

Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España (*)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES: OPCIÓN LEGISLATIVA Y LÍMITES DE REGULACIÓN.—II. LA TÉCNICA DE REGULACIÓN. LA APARICIÓN DE SOCIEDADES HÍBRIDAS COMUNITARIO-NACIONALES.—III. CONFORMACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA EN EL SISTEMA DE FUENTES: EL CASO ESPAÑOL: A) CONSIDERACIONES GENERALES: LEY APlicable A LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA. B) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE REMISIÓN COMUNITARIA. C) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE CARÁCTER NACIONAL: 1. *La incidencia de las normas nacionales de desarrollo en la conformación estatutaria de la sociedad europea*. 2. *La incidencia de las normas nacionales de aplicación a las sociedades anónimas en la conformación estatutaria de la sociedad europea*. 3. *El ámbito de configuración estatutaria admitido por el Reglamento en relación con las normas nacionales aplicables*.—IV. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: A) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO ADMITIDO POR EL REGLAMENTO. B) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO RESULTANTE DE LA LEY NACIONAL APlicable: 1. *Cláusulas obligatorias y condicionalmente obligatorias*. 2. *Cláusulas facultativas*. C) FUTUROS DESARROLLOS ESTATUTARIOS DE LA SE. EL CAMBIO DEL SISTEMA.

(*) Trabajo realizado en el marco del Programa de I+D «Continuidad e innovación en el Derecho de sociedades de la Unión Europea», SEJ2004-07400/JURI, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, dirigido por el Profesor Doctor don JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES: OPCIÓN LEGISLATIVA Y LÍMITES DE REGULACIÓN

La entrada en vigor del Reglamento (CE) número 2157/2001, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), el día 8 de octubre de 2004 abre nuevas perspectivas para las empresas transnacionales de dimensión europea. Esta figura societaria es, a fecha de hoy, la máxima expresión, tras décadas de arduas negociaciones políticas, del grado de armonización del Derecho societario alcanzado dentro de la Unión Europea. Con la institucionalización de la llamada *Societas Europaea* («SE») se realiza el principio de igualdad de los sujetos en el desarrollo de su actividad económica en el mercado interior de la Unión. El recurso a esta figura jurídica por los operadores económicos permite, de una parte, eliminar los obstáculos nacionales existentes respecto de los intercambios comerciales, y, por otra, mejorar la situación económica y social general (Considerando primero del Reglamento) (1).

La creación legal de esta figura societaria de carácter transcomunitario parte de la necesidad de reestructurar aquellas empresas que, con actividad económica a través de filiales, sucursales u otras formas de representación en distintos países comunitarios, deseen su integración bajo el amparo jurídico de una única sociedad, con reconocimiento dentro de toda la Unión Europea. Tal opción, dentro de los mecanismos de organización que el Derecho ofrece al empresario, le permite, siempre y cuando su actividad satisfaga necesidades económicas en distintos países de la Unión y dentro de determinados límites (cfr. art. 2 RESAE), reestructurar, de forma derivativa, su organización empresarial en una sola figura societaria (2). Y para ello, la sociedad europea se presenta como una opción legislativa que reconoce, por primera vez, las operaciones de fusión

(1) Para una aproximación a la formación histórica de este Reglamento, ESTEBAN VELASCO («El compromiso de Niza: Por fin, la Sociedad Europea», en *RdS*, Ed. Aranzadi, t. I, 2001, pág. 141 y sigs., pág. 143-4); GARCIMARTÍN ALFÉREZ («El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pág. 7 y sigs., pág. 9 a 11), y BLANQUET («La société européenne n'est plus un mythe», en *Revue de Droit International et de Droit Compare*, vol. 78, núm. 2, 2001, pág. 139 y sigs.).

En este contexto, MIOLA («Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti», en *Rivista delle Società*, vol. 48, núm. 2-3, 2003, pág. 322 y sigs., pág. 323) acusa a la reducción actuada sobre la materia del Reglamento de haber llevado a la disciplina de la sociedad europea a un amasijo incompleto y desordenado de normas.

(2) Vid. art. 43 del Tratado en relación con las nociones de filial, sucursal y establecimiento secundario.

ESTEBAN VELASCO (*ob. cit.*, pág. 143) alude a vías complejas o indirectas, tales como la multiplicación de sociedades creadas de acuerdo con las leyes de los diversos Estados miembros, creación de «holdings», intercambio de participaciones y tomas de control, entre otras.

y de concentración transfronteriza de empresas, de titularidad común o diferenciada, que operen en distintos Estados miembros, independientemente de la forma utilizada (filial, sucursal), si bien con limitaciones en la forma societaria escogida (S. A., S. L.) (vid. Considerando segundo RESAE) (3).

El Reglamento comunitario, mediante la admisión, junto a las sociedades de carácter nacional, de sociedades con empresas cuya actividad trascienda a varios mercados nacionales en la Comunidad, sujeta estas últimas a una normativa específica, cuya aplicación resulte directa en todos los Estados miembros (vid. Considerando sexto RESAE). Se ofrece a los operadores económicos, por esta vía normativa, un mecanismo de concentración empresarial y reestructuración societaria a través del cual aquellos puedan desarrollar una gestión común. De este modo, se supera, a su vez, las limitaciones de unas legislaciones nacionales que, por su territorialidad, no pueden atender a estas necesidades sociales de dimensión comunitaria (4).

Tanto la pretensión originaria de regulación como la orientación legislativa finalmente adoptada parten del principio de unidad de empresa en el plano jurídico allá donde exista una unidad económica. Sin embargo, esta aspiración encuentra limitaciones en la sistematización del Derecho nacional de los distintos países miembros. Tal disgregación del Derecho de la empresa en diversas disciplinas jurídicas es reconocida en el Reglamento mediante la exclusión, en su materia regulada, de la relativa al Derecho fiscal, al Derecho de la competencia, al Derecho de propiedad intelectual y al Derecho concursal. Respecto de estas disciplinas jurídicas, en la regulación de la sociedad europea, han de regir las disposiciones del Derecho de los Estados miembros, y las dictadas desde el Derecho comunitario en estas materias (vid. Considerando vigésimo RESAE) (5).

(3) SEQUEIRA MARTÍN («La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 79 (678), 2003, pág. 2169 y sigs., pág. 2180-1) indica que, como reconoce el artículo 17 RESAE, sólo en la fusión por constitución de una SE se puede en puridad hablar de constitución de nueva sociedad, mientras que la fusión por absorción es una modificación estructural de una sociedad ya existente.

(4) JORIS («EU awaits the birth of the European Company», en *International Financial Law Review*, vol. 20, núm. 7, 2001, pág. 15 y sigs., pág. 16, y en «Will the European Company work?», en *International Financial Law Review*, vol. 21, núm. 2, 2002, pág. 19 y sigs., pág. 23) destaca que la formación de la sociedad europea puede operar como vehículo tanto para la fusión transnacional de sociedades anónimas dentro de la Unión Europea como para la reestructuración de los grupos de sociedades europeos existentes, e, incluso de multinacionales fuera de la Unión. En esta línea, BLANQUET («La société européenne...», pág. 150-1) y POCAR («Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 38, núm. 3, 2002, pág. 585 y sigs., pág. 588-9).

(5) Critican la ausencia de normativa específica para la SE, MENJUCQ («La société européenne enfin l'aboutissement!», en *Recueil Dalloz*, vol. 13, núm. 1, 2001, pág. 1085 y sigs., pág. 1088); CATERINO («Il Regolamento sulla Società Europea e la connessa diret-

Estas limitaciones resultan manifiestas en materia laboral. La falta de consenso político en esta sede, tras largas negociaciones, obligó al legislador comunitario a acudir al recurso normativo de la Directiva, como medio de armonización del Derecho Europeo, en relación con la Sociedad Anónima Europea. Frente a esta técnica reguladora, la aplicación directa del Reglamento, en sede societaria, si bien con matizaciones, demuestra el mayor grado de armonización comunitaria alcanzado en el Derecho de sociedades. La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de trabajadores, se orienta a garantizar unos criterios de mínimos en la intervención de los mismos en aquellas cuestiones y decisiones relevantes en la empresa organizada bajo la forma de la sociedad europea (vid. Considerando vigésimo primero del Reglamento). Otras cuestiones objeto de la legislación social y laboral, en particular el derecho de los trabajadores a la información y consulta, en la medida que sea tutelado en los Estados miembros, se rigen por las disposiciones nacionales aplicables, en las mismas condiciones previstas para las sociedades anónimas (6).

Llegados a este punto, la delimitación a la materia societaria del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea determina su carácter mercantil, más allá de declaraciones programáticas de unidad económica y jurídica de la empresa. Además, la adopción del Reglamento de la SE a través del artículo 308 del Tratado comunitario, impone que la regulación del mismo se someta al principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 del Tratado. De este modo, la formulación reglamentaria del Derecho comunitario encuen-

tiva sul coinvolgimento dei lavoratori», en *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, vol. 29, núm. 4, pág. 480 y sigs., pág. 487-8); CARBONE («La corporate governance della "società europea" nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato», en *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 16, núm. 1, 2002, pág. 133 y sigs., pág. 138), y WYMEERSCH («Company Law in Europe and European Company Law», en *Financial Law Institute Universiteit Gent*, Working Paper núm. 6, 2001, pág. 1 y sigs., pág. 43). Sin embargo, mantienen la necesidad de mantener separados ambos planos, SCHULZ y EICKER («The European Company Statute-The German view», en *Intertax*, vol. 29, 2001, núm. 10, pág. 332 y sigs., pág. 340) y BLANQUET («Enfin la société européenne, la SE», en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, Ed. Clément Juglar, 2001, núm. 1, pág. 65 y sigs., pág. 98) en tanto que la regulación de la SE atiende a beneficios operativos para las empresas de carácter transcomunitario y no a ventajas fiscales, y en este aspecto se remiten al principio de igualdad de trato y a la normativa comunitaria aplicable a las fusiones de sociedades de diferentes Estados miembros (Directiva 90/434/CEE).

(6) Para JORIS (*Will the European...?*, pág. 23) las reglas de implicación de los trabajadores impuestas determinan que esta figura societaria devenga atractiva principalmente para aquellos grupos de sociedades en los que estas reglas ya existan en las sociedades dominantes; para los restantes, el éxito de esta figura societaria dependerá de patrones nacionales respecto de la complejidad, coste, duración y certeza del resultado del proceso de negociación con los trabajadores.

tra, en esta materia, una segunda restricción: su ámbito de aplicación se ha de extender únicamente a aquellos objetivos que no puedan, por su limitación territorial, ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Ello, en su vertiente positiva, permite la regulación general de una sociedad anónima europea de ámbito europeo, pero exige, asimismo, el respeto a aspectos de regulación ofertados por las legislaciones nacionales para sus tipos societarios. En consecuencia, es el principio de proporcionalidad el que justifica las posibles divergencias entre la tipología de la SE frente a los tipos societarios nacionales, siempre y cuando no se exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos de regulación unitaria de la figura (Considerando vigésimo noveno del Reglamento) (7).

II. LA TÉCNICA DE REGULACIÓN. LA APARICIÓN DE SOCIEDADES HÍBRIDAS COMUNITARIO-NACIONALES

En buena cuenta, la consecución de esta figura societaria de común aplicación a los países de la Unión europea es resultado de un cierto grado de armonización logrado a través de las Directivas comunitarias en esta sede. No obstante, el acuerdo alcanzado respecto de la Sociedad europea traspasa el Derecho armonizado, y rompe con el bloqueo de las Directivas de fusiones transfronterizas (Propuesta de Décima Directiva) y de traslado internacional del domicilio (Propuesta de Decimocuarta Directiva). Por lo tanto, se ha de reconocer al Reglamento una clara pretensión dinamizadora de las operaciones de reestructuración y cooperación a escala comunitaria. Y es más, a través de la regula-

(7) Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, contenidos en el artículo 5 del Tratado de Maastricht y recogidos en el «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» incorporado al Tratado de Ámsterdam, inspiran la técnica adoptada, siguiendo las recomendaciones del Grupo de trabajo encargado de la simplificación del Derecho de sociedades en el marco de la Iniciativa SLIM, Doc. XV/6037/99-ES. Así, el artículo 5, para aquellas materias que no sean de competencia exclusiva de las instituciones comunitarias, como ocurre con el Derecho de sociedades, establece que aquéllas sólo pueden intervenir «en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario»; a lo cual se ha de añadir el principio de proporcionalidad, que exige que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

MALATESTA («Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 38, núm. 3, 2002, pág. 613 y sigs., pág. 6620) señala que es el carácter internacional de estas operaciones el que justifica, en todo caso, el ejercicio de la competencia comunitaria, que exige un vínculo con el territorio comunitario. Por otra parte, desde esta perspectiva de la territorialidad se ha de entender el principio de unidad económica y jurídica de empresa enunciado, como señala BLANQUET (*La société européenne...*, pág. 160).

ción de esta materia por vía de Reglamento de Derecho comunitario, que ya fue abierta por la Agrupación de Interés Económico, se supera, en parte, la territorialidad estatal de la figura societaria. Igualmente, se supera la obligatoriedad, hasta ahora existente, de elección de un determinado tipo legal contemplado por la regulación nacional en cada Estado en el que la empresa desarrolle su actividad (vid. Considerandos tercero y cuarto RESAE) (8).

La existencia de esta figura societaria es consecuencia de un entramado de equilibrios políticos y legislativos, necesarios para comprender su conformación. La armonización del derecho societario a través de Directivas ha favorecido en gran parte la promulgación del Reglamento de SE. No se ha de obviar, empero, el carácter de regulación de mínimos que se contempla en las Directivas. Por otra parte, la existencia de materias controvertidas que no han sido objeto de la referida armonización (vgr. organización de la gestión, problemática de los grupos de sociedades) han obligado al legislador comunitario a abordarlas nuevamente, en alguno de sus aspectos, a fin de dotar a esta figura jurídica de virtualidad (9).

Las circunstancias que rodean a la promulgación del Reglamento comunitario de la SE inciden en el carácter híbrido de la figura, cuya regulación se encuentra marcada por continuas remisiones a la legislación nacional del domicilio social de la sociedad. Por una parte, la materia armonizada permite, en ciertos aspectos, una uniformidad de las soluciones legales en cada uno de los Estados miembros. Desde la perspectiva contraria, la exigencia de mínimos que imponen las Directivas societarias determina una gran disparidad de contenidos en la regulación nacional de cada uno de los Estados. Ante esta

(8) Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) y el posterior Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

ESTEBAN VELASCO (*ob. cit.*, pág. 161) destaca la vía abierta por la sociedad europea para llevar a cabo complejas operaciones societarias transfronterizas, que reanuda la necesidad de consenso en la promulgación de Directivas sobre fusiones transfronterizas y traslado de domicilio entre diversos Estados miembros. Asimismo, MENJUCQ [«La société européenne (règlement CE n. 2157/2001 et Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001)»], en *Revue des Sociétés*, vol. 120, n. 2, 2002, pág. 225 y sigs., pág. 246), y LARGO GIL [«La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE)»]. [Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades]], en *RdS*, núm. 18, t. I, 2002, pág. 99 y sigs., pág. 104, señalan que la aprobación del Reglamento ha de suponer un nuevo impulso a la aprobación de la Décima Directiva sobre fusiones transnacionales.

(9) GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*ob. cit.*, pág. 37) critica el resultado normativo, que califica de arbitrario y asistemático, en tanto que sus distintas piezas se ajustan según circunstancias políticas, empecinamientos personales o intereses de grupos de presión. Por otra parte, JORIS (*Will the European...?*, pág. 20) señala que el sistema de regulación adoptado, como consecuencia de los compromisos políticos de los cuales nace la sociedad europea, determina un proceso de formación de la SE largo y complejo y el abandono de un código de sociedad europeo, dadas las remisiones a la ley nacional en asuntos relevantes de la sociedad.

realidad, el Reglamento afronta las divergencias normativas existentes, bien mediante la introducción de sistemas alternativos —como en la organización el órgano administrativo—, bien mediante una remisión genérica a la ley nacional, aun cuando sea materia carente de armonización, como remedio para superar los impedimentos a la promulgación de la ley (10).

Ciertamente, la falta de uniformidad en la regulación de la SE, como consecuencia de su distinto régimen legal, incide en la disputa de un *forum shopping*. Esta competencia legislativa resulta de la libertad normativa que el Reglamento reconoce a los distintos Estados para aspectos concretos de desarrollo legislativo y de los requerimientos legales previstos para las sociedades nacionales. Ello, no obstante, éste es el coste que deriva de la técnica legislativa apuntada: la existencia de un cuerpo legislativo «marco» directamente aplicable a los distintos Estados.

El fin perseguido de realización del mercado interior de productos y servicios a través de la sociedad europea opera mediante un Reglamento de regulación imperativa en su núcleo esencial, pero flexible en su régimen general, dadas las constantes remisiones a las regulaciones nacionales que contiene (11). De este modo, se manifiesta la solución de equilibrio alcanzada

(10) Por ello, considera VICENT CHULIÁ («La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo», en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Europea*, Ed. Civitas-Fundación Profesor Manuel Broseta, Madrid, 1995, pág. 95 y sigs., pág. 134) que el estado de armonización del Derecho de sociedades no permite hallar un régimen uniforme, derivado de la remisión de gran parte del régimen de la sociedad europea al régimen nacional de las sociedades anónimas. Asimismo, HALBHUBER («National Doctrinal Structures and European Company Law», en *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, núm. 6, pág. 1385 y sigs., pág. 1405 y sigs.) para quien la armonización a través de Directivas tiene un carácter en su mayor parte formal, y es producto de grupos de presión que pretenden mantener los privilegios concedidos por su regulación nacional.

También critica este modelo, BLANC [«La société européenne: la pluralité des rattachements en question (a propos du règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001)», en *Le Dalloz*, 2002 —marzo—, núm. 12/7065, pág. 1052 y sigs., pág. 1057] en tanto que el régimen jurídico que resulta de las remisiones al Derecho nacional importa el riesgo de que los Estados decidan mantener sus particularismos nacionales en la elaboración de una normativa específica para las sociedades europeas establecidas en su territorio, lo cual sería contrario al principio armonizador que inspira la Regulación comunitaria; por otra parte, se producen «desarmonizaciones técnicas» de estas remisiones en los casos en los que determinadas soluciones de derecho nacional sean contrarias a disposiciones materiales del Reglamento. Asimismo, FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS («El futuro del Derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», en *La Ley*, núm. 5465, 2002, pág. 1 y sigs., pág. 2) quien destaca la labor de armonización del Derecho de sociedades europeo que supone la Sociedad Europea, frente al bloqueo de las Directivas relativas a los grupos de sociedades, a la disolución y liquidación de sociedades y a las OPAs.

(11) En este sentido, CATERINO (*ob. cit.*, pág. 487) y RESCIO («La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale», en *Revista delle Società*, vol. 48, núm. 5, 2003, pág. 965 y sigs., pág. 965). También, SAGASTI AURREKOETXEA («La constitución de la «Societas Europaea-SE», en *RdS*, 2002, núm. 19, t. II, pág. 115 y sigs., pág. 117) apunta

entre el carácter comunitario y nacional de esta normativa. En ella convergen un núcleo europeo, derivado de las normas comunes a toda SE, y un conjunto de soluciones normativas específicas de carácter nacional para cada sociedad, según la localización de su domicilio social, en el denominado «juego del archipiélago» (12).

En este punto, la aspiración reguladora de los antecedentes al Reglamento comunitario ha tenido que ceder, ante las tensiones políticas y desarmonías en las regulaciones de los Estados, en aquellas materias más sensibles a los particularismos nacionales. La solución para resolver este nudo gordiano consiste en una remisión genérica a la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE. Asimismo, el principio de subsidiariedad permite tal remisión en todos aquellos aspectos que no requieran de normas comunitarias uniformes (vid. Considerando noveno RESAE) (13).

De acuerdo con esta técnica reguladora, el principio de subsidiariedad justifica que el artículo 3 RESAE, a efectos de las modalidades constitutivas de la sociedad europea, realice una remisión genérica a la consideración de aquélla como una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social. Ello debe ser completado con el principio de igualdad que sustenta el artículo 10 RESAE. De conformidad con el mismo, esta figura societaria ha de recibir en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Europea tenga su domicilio social. Esta remisión se encuentra presente, asimismo, respecto de la regulación especial que atienda a sectores específicos de actividad de la sociedad anónima. En el referido sentido, el apartado tercero del artículo 9 RESAE, extiende la aplicabilidad de sus disposiciones específicas a la sociedad europea.

Los principios de subsidiariedad, proporcionalidad e igualdad exigen, en primer lugar, que los Estados miembros garanticen que la aplicación de las

que el Reglamento constituye una articulación original entre los ordenamientos jurídicos nacionales, la libertad contractual y el «núcleo duro» del Derecho comunitario. Sostiene así, BLANQUET (*La société européenne...*, pág. 159) que la «columna vertebral» de la regulación de la sociedad europea, que se contiene en el Reglamento, será sostenida por los diversos derechos nacionales.

(12) A esta metáfora se refiere RESCIO (*ob. cit.*, pág. 974) en la que la sociedad europea aparece en el centro de un conjunto de islas periféricas que aseguran, dentro del margen concedido por el propio Estatuto, y por la competencia legislativa entre ellas, una tendencia a mejorar la oferta de regulación de estas sociedades.

(13) Sobre este particular, MALATESTA (*ob. cit.*, pág. 616) reconoce que la normativa que resulta del Reglamento parte de dos circunstancias: una, la existencia de un grado de armonización mínimo, y otra, la gran flexibilidad reconocida mediante los márgenes concedidos a la voluntad de las partes y los frecuentes reenvíos a las legislaciones nacionales aplicables.

disposiciones de las Sociedades Europeas desarrolladas al efecto por ley nacional no causen discriminaciones respecto del régimen jurídico establecido para las sociedades anónimas nacionales. Se evita, de este modo, la eventual introducción, por esta vía específica, de un mecanismo favorable al *forum shopping* frente a otras regulaciones nacionales. Por otra parte, frente a pretensiones regulatorias tendentes a la «inmovilización» de sociedades europeas de carácter nacional, estos principios impiden, igualmente, que, por vía del desarrollo legislativo permitido a los legisladores nacionales, se introduzcan limitaciones desproporcionadas a la constitución de una Sociedad Europea o al cambio de su domicilio (vid. Considerando quinto RESAE). Desde perspectiva distinta, los Estados miembros vienen obligados a aplicar, en los casos de infracciones de las disposiciones del Reglamento comunitario, las mismas sanciones que las previstas para las sociedades anónimas sometidas a su legislación (vid. Considerando décimooctavo RESAE) (14).

Ello no obstante, la ausencia de consenso comunitario en aspectos relevantes de la regulación societaria de la sociedad europea, sede, por otro lado, donde se han alcanzado mayores espacios de armonización, abre amplios resquicios a la existencia de competencia legislativa entre los distintos Estados de la Unión en relación con esta figura societaria común. La posibilidad de *forum shopping* o competencia legislativa se ha de reconocer en cuanto la ausencia de regulación en el Reglamento comunitario, o las remisiones que en el mismo se contiene a la ley nacional, alcanzan a aspectos relevantes de la sociedad europea. Así ocurre en las materias donde no se han logrado acuerdos para su armonización en el ámbito comunitario. Entre ellas, la regulación de las ofertas públicas de adquisición, las reglas de la ordenación de la estructura del órgano de gestión y de responsabilidad de sus miembros, y en sede de los grupos de sociedades. A las anteriores se unen todas aquellas otras materias respecto de las cuales el carácter de mínimos de las Directivas deja

(14) Frente al principio de competencia de sistemas legislativos, propugnado por tendencias liberales anglosajonas, como mecanismo de mejora de los ordenamientos nacionales, ESTEBAN VELASCO (*ob. cit.*, pág. 142) destaca que ello puede llevar a la promulgación por los Estados de normas menos protectoras y a la propagación del «efecto Delaware». La existencia de un arbitraje normativo para las empresas de ámbito comunitario mediante la adopción de esta forma societaria, dado el bajo nivel de armonización de las regulaciones nacionales en materia de sociedades, es apuntado por ENRIQUES («Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio», en *Rivista delle Società*, vol. 48, núm. 2-3, 2003, pág. 375 y sigs., pág. 394-5). Asimismo, BLANC (*ob. cit.*, pág. 1057) señala que este efecto Delaware puede tener lugar por distintas vías, no sólo mediante la regulación del Derecho de sociedades, sino también mediante el Derecho laboral y el fiscal. Por otra parte, identifica FERNÁNDEZ DEL POZO («El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (*Societas Europaea*)», en *RDM*, núm. 250, 2003, pág. 1479 y sigs., pág. 1525-6) en el criterio de sede real mantenido por el Reglamento una restricción sustancial a la existencia de «*forum shopping*» entre las legislaciones nacionales de sociedades.

un margen regulador a los legisladores nacionales, tales como la protección de accionistas minoritarios y de acreedores o la regulación de la asistencia financiera. A las anteriores se incorporan, como resultado del Reglamento y en consideración a sus remisiones a la ley nacional, nuevas áreas de juego de la competencia legislativa. Tal es el caso de ámbitos de regulación relativos a los procedimientos de control en la constitución de una sociedad europea, las reglas de funcionamiento del comité de negociación y las disposiciones de referencia para la implicación de trabajadores (15).

III. CONFORMACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA EN EL SISTEMA DE FUENTES: EL CASO ESPAÑOL

A) CONSIDERACIONES GENERALES: LEY APLICABLE A LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

El carácter híbrido comunitario-nacional de esta tipología de sociedades y el principio de igualdad respecto de las sociedades nacionales permiten introducir diversas consideraciones. Y ello con las excepciones que derivan de la preferencia de las normas de carácter imperativo del Reglamento, así como de los márgenes que el mismo dispensa a los Estatutos y a las normas nacionales especiales de desarrollo, según el sistema de fuentes que contempla el artículo 9 RESAE. En primer lugar, la equiparación que el artículo 3 RESAE efectúa respecto de la sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social determina que el régimen de ésta sea el de subsidiaria aplicación a la sociedad europea. En segundo lugar, impone el artículo 10 RESAE que la sociedad europea haya de recibir en el Estado miembro donde tenga su domicilio social el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación de dicho Estado. Este principio de igualdad, también con carácter general, es extendido por el artículo 15 RESAE a la constitución de toda SE (16).

A tal efecto, a falta de regulación expresa sobre el contenido de la forma constitutiva de la sociedad europea, excepción hecha de algunas menciones particulares, el régimen previsto para la sociedad anónima nacional se exten-

(15) En términos similares, JORIS (*EU awaits...*, pág. 17, y en *Will the European...?*, pág. 23) y RESCIO (*ob. cit.*, pág. 976). CARBONE (*ob. cit.*, págs. 140 a 144) incluye, como aspectos relevantes para la opción legislativa, los relativos a las obligaciones de información a los socios y a la regulación de las ofertas públicas de acciones, así como el régimen relativo a la administración de la sociedad (*corporate governance*).

(16) RESCIO (*ob. cit.*, pág. 994) recoge la relevancia de los principios generales del Reglamento para, frente a pretensiones uniformistas o localistas de interpretación del régimen jurídico de la sociedad europea, encontrar criterios que ofrezcan un equilibrio entre el derecho comunitario y el derecho nacional, como fuentes de regulación en esta sede.

derá a la constitución de la sociedad europea cuyo domicilio, y por tanto, su administración real (art. 5 RESAE), se hallen situados en España. En concreto, será de aplicación el artículo 9 LSA, que, en relación con los Estatutos sociales, determina las menciones mínimas obligatorias y el alcance natural de su contenido (17).

El carácter derivativo de la creación de la sociedad europea, que requiere el sustento de una sociedad o, al menos, entidad de derecho, en los términos del apartado segundo del artículo 48 del Tratado constitutivo, permite en unos casos hablar, en esta sede, de medidas de reestructuración de sociedades para la adaptación de sus unidades empresariales al ámbito comunitario de actuación. Así se deduce de las exigencias de constitución de Sociedad europea mediante fusión o mediante transformación. Por otra parte, la admisión de la constitución de sociedades europeas mediante la creación de Sociedades holding o de sociedades filiales europeas institucionaliza el fenómeno de los grupos de sociedades de ámbito comunitario (18).

Todas las operaciones anteriores inciden en la conformación estatutaria de la sociedad europea y exigen la adaptación de sus Estatutos al Reglamento comunitario. En los casos de las modalidades de modificaciones estructurales admitidas de sociedades anónimas en sociedad europea, se exige, en primer lugar, una adaptación del contenido de los Estatutos al régimen jurídico particular de esta figura societaria. Por otra parte, la estructuración de grupos de sociedades comunitarios por cualesquiera sociedades para la creación de una sociedad europea filial, o por sociedades de capital de una sociedad europea filial, exige, igualmente, la redacción de los Estatutos por los cuales se haya de regir la nueva sociedad (19).

En cuanto a los requisitos formales para la constitución de una sociedad europea, presenta el artículo 6 RESAE un lenguaje ambiguo, a fin de armonizar las diferencias entre las soluciones normativas nacionales. Según el mismo, la expresión estatutos de la SE designa tanto al acto constitutivo de la sociedad, como a los Estatutos propiamente dichos, cuando constituyan un acto separa-

(17) En particular, para la modalidad constitutiva por vía de fusión, SEQUEIRA MARTÍN (*ob. cit.*, pág. 2239) destaca la relevancia del ordenamiento nacional aplicable en la elaboración de los «estatutos» que han de figurar en el proyecto de fusión, y que, con éste, han de ser aprobados por las sociedades partícipes.

(18) También en esta línea, MIOLA (*ob. cit.*, págs. 368 a 374) en cuanto la admisión de la sociedad europea enfatiza el problema de armonización del Derecho comunitario en relación con los grupos de sociedades. Por otra parte, BLANQUET (*La société européenne...*, pág. 169) destaca la importancia de los grupos de sociedades de «marca» comunitaria dentro del mercado único.

(19) LARGO GIL (*ob. cit.*, pág. 102) distingue entre unos modos constitutivos de índole jurídico-societaria y, dentro de ellos, la fusión y la transformación como modificaciones estructurales de sociedades, y otros de índole jurídico-negocial, como la creación de una filial común.

do (20). En todo caso, en nuestro sistema la necesidad de incorporación de los Estatutos a la escritura fundacional, en virtud del artículo 8 LSA, determina la obligatoriedad de unicidad de acto. No obstante, la distinción ha de operar en referencia a la escritura fundacional, en atención a las menciones obligatorias que se contienen en dicho artículo, y al contenido de los Estatutos sociales, en los términos recogidos en el artículo 9 LSA. En consecuencia, la referencia a los Estatutos en el Reglamento comunitario es comprensiva tanto de la escritura fundacional, como de los Estatutos en sentido estricto. Por otra parte, los requerimientos del Reglamento, en cuanto a la configuración de esta particular tipología de sociedades, inciden en el régimen aplicable a la constitución de sociedades europeas de carácter español (21).

B) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE REMISIÓN COMUNITARIA

El complejo entramado de equilibrios de los que resulta la promulgación de la SE justifica que el Estatuto comunitario, en su artículo 9, establezca un particular régimen de prelación en el sistema de fuentes que ha de regir esta tipología de sociedades. Mediante la introducción de disposiciones estatutarias de remisión comunitaria («La SE se regirá: cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE») se reconoce una capacidad de autorregulación a los fundadores de la misma para aquellas materias en las que el Reglamento comunitario autorice, de forma expresa, un espacio de libertad a la conformación estatutaria.

En consecuencia, esta remisión únicamente alcanza a las materias tratadas de forma específica por el Reglamento, y no a aquellas otras cuyo régimen jurídico es trasladado por el mismo a la regulación nacional donde la sociedad europea se halle domiciliada, según el principio de sede real mantenido (art. 7 RESAE). Entre las materias que son objeto de regulación comunitaria se encuentran, con carácter general, las especialidades en las formas constitutivas de la SE, el traslado transnacional del domicilio social, las modalidades

(20) Ello es conforme con el artículo 2 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en el cual se señala «1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las Sociedades se refiera, al menos, a los actos e indicaciones siguientes: a) La escritura de constitución y los Estatutos, si fueran objeto de un acto separado».

(21) Junto al ahorro de los costes de transacción y la admisión de la fusión transfronteriza derivados de la sociedad europea, ENRIQUES (*ob. cit.*, pág. 390) añade, como razón por la cual se patrocina la elección de esta figura, la adopción de la legislación que resulte más favorable a los intereses concurrentes en su constitución.

de estructuración de los órganos sociales y la transformación de la SE en Sociedad nacional. A ellas se unen aspectos generales de la identificación de esta particular figura societaria, como los caracteres definidores de la figura (art. 1), la admisión de la unipersonalidad (art. 3.2), el capital mínimo (art. 4), las exigencias de domicilio (art. 7) y de denominación (art. 11), y las reglas de implicación de los trabajadores (art. 12).

En este punto, normas de carácter dispositivo que se contengan en la regulación comunitaria pueden ser derogadas, dentro del margen de libertad reconocido por la propia norma legal, mediante expresión a contrario contenida en los Estatutos sociales. Este margen a la autonomía de los fundadores, o, en caso de modificación estatutaria, a los socios en Junta General, halla acomodo en la conformación de los órganos de gestión de la sociedad. Dentro del margen de libertad estatutaria atribuido por esta vía, el artículo 38 RESAE estructura la formación orgánica de la sociedad europea a través de una Junta General y de uno o varios órganos de gestión. Y en este último caso, se reconoce la posibilidad de adopción de un modelo gestorio de carácter dualista, formado un órgano de control y un órgano de dirección, o de un sistema monista, constituido por un único órgano de administración. En cualquier caso, la elección que debe constar, necesariamente, en los Estatutos sociales.

En este orden de cosas, junto al sistema monista atribuido a las sociedades de capital en la regulación nacional española, consistente en la determinación de un órgano de administración, desde la norma comunitaria se introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema dualista de gestión societaria propio de sistemas de Derecho comparado. Esta medida, tendente a encontrar soluciones de equilibrio entre las diversas formaciones de órganos de gestión dentro de los Estados miembros de la Unión, se manifiesta, por una parte, como superadora de los inconvenientes que impidieron la aprobación de la correspondiente Directiva comunitaria en sede de sociedades (5.^a Directiva). En segundo lugar, esta técnica regulatoria permite a las empresas que se acojan a la figura de la sociedad europea y que tengan su domicilio social en España, la asunción de una fórmula dualista de gestión. Esta medida, dentro del sistema de fuentes dispuesto, no puede ser rechazada por norma nacional alguna.

El artículo 38 RESAE contiene un mandato imperativo de necesaria admisión, por las legislaciones nacionales, de ambos sistemas de gestión, dual y monista, extendidos en los distintos Estados miembros. Del mismo, la necesidad de integración nacional del régimen comunitario previsto, para cada uno de ellos, en el Reglamento. La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, es continente de un artículo único por el que se inserta, este régimen complementario y supletorio, en el articulado del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Para ello se añaden al Texto Refundido los nuevos artículos 312 a 337. Por

otra parte, la referida Ley, en sus disposiciones adicionales y finales adapta, con carácter general, ciertos artículos de la Ley del Mercado de Valores y de las respectivas leyes de sociedades de capital (22).

Para atender a la necesidad de regulación apuntada, se introduce por esta vía, a través del nuevo artículo 327 TRLSA la traslación de la obligatoria admisión de ambos sistemas gestorios. En este punto, impone la norma que los Estatutos de la sociedad anónima europea domiciliada en España, desde el momento fundacional, habrán de establecer por cual de los dos sistemas opta la sociedad.

Con carácter particular, en sede de régimen jurídico aplicable a los órganos de gestión de la sociedad europea, la regulación comunitaria permite, de forma expresa, márgenes a la regulación estatutaria. Así, en cuanto al plazo de reunión del órgano de administración o de información al órgano de control. Por una parte, para el supuesto de elección del sistema monista de gestión de la sociedad, el artículo 44 RESAE, en su apartado primero, establece un plazo «mínimo» de reunión del órgano de administración de tres meses. De este modo, se institucionaliza la reunión «ordinaria» del órgano de administración para «deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible». Alternativamente, para el supuesto de elección del sistema dual de gestión de la sociedad, el artículo 41 RESAE, en su apartado primero, de forma paralela, establece un plazo «mínimo» de tres meses para que el órgano de dirección informe al órgano de control, igualmente, sobre «la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible»; ello sin perjuicio de las facultades de comprobación que se atribuyan al referido órgano de control.

Establecido este plazo «mínimo» de tres meses, el artículo 44 RESAE acoge la posibilidad de disposición estatutaria que implante una menor periodicidad de las reuniones del órgano de administración. De este modo, la libertad de configuración que se reconoce a los Estatutos sociales se ha de entender en la opción de exigir un mayor número de reuniones «ordinarias» del órgano de administración; pero, en caso alguno, los Estatutos podrán establecer un periodo de reunión superior a los tres meses establecidos legal-

(22) En un primer momento y con fecha de 16 de mayo de 2002, se aprobó, por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) que, en su Libro VIII, dedicado a la sociedad anónima europea domiciliada en España, cuyo Título tercero, dedicado a los órganos sociales, destinó su capítulo segundo a la organización del sistema dual de gestión. Asimismo, el Anteproyecto de Ley sobre la sociedad Anónima Europea domiciliada en España, aprobado por el Consejo de Ministros en sesión de 23 de octubre de 2004, también acogió, en buena parte, las soluciones de la Propuesta, y añadía un nuevo capítulo XII: «De la Sociedad Anónima Europea», al Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, e incorporaba, dentro del mismo, en su Sección tercera, las formas de estructuración de los órganos sociales, y la distinción entre los sistemas monista y dual de gestión de la SE.

mente. Esta misma posibilidad, *at least, but not at last*, se ha de admitir para las sociedades que opten por un sistema dual de gestión. La periodicidad de información del órgano de dirección al órgano de control adquiere un carácter de mínimos, que puede ser incrementado por disposición estatutaria (23).

Reconocida la posibilidad de alteración estatutaria, con los límites reseñados, respecto de las exigencias temporales de reunión de los órganos de la sociedad europea, según la estructura de gestión adoptada por los mismos Estatutos, otro tanto ocurre en cuanto a los plazos de duración del cargo para los miembros de los órganos sociales de gestión. Dentro de este ámbito, el artículo 46 RESAE, dentro del régimen común a ambos sistemas gestorios, establece, en primer lugar, el límite máximo de seis años de duración para el ejercicio del cargo por los miembros de estos órganos sociales.

Dentro de la línea apuntada, se impone la indicación estatutaria, por una parte, del plazo de vigencia de los cargos de gestión de la sociedad; por otra, los Estatutos podrán reducir, pero no ampliar, la duración de seis años prevista legalmente. Estipula, por tanto, la norma de referencia, la duración «máxima» que pueden contemplar los Estatutos de la sociedad, lo cual no impide que éstos opten por una duración inferior. Desde la perspectiva de Derecho nacional, el artículo 126 LSA, tras la modificación operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, mediante su Disposición Final Primera, número cuarto (a partir de ahora LSAE), aplicable con carácter general a toda sociedad anónima, nacional o europea, amplía la duración máxima del cargo de administrador a seis años. La influencia de otros sistemas de Derecho comparado ha extendido el referido plazo al de que señala el artículo 46 RESAE; y ello sin perjuicio de eventuales reducciones, por vía estatutaria y con carácter general, para ambas tipologías de sociedades.

Al régimen anterior se incorpora el apartado segundo del artículo 46 RESAE, que acoge el principio de libre renovación en el cargo gestor por el órgano competente para ello, renovaciones que serán ilimitadas, por el periodo determinado en los Estatutos. Dentro de las facultades de delimitación estatutaria del régimen jurídico de los órganos de gestión de la sociedad europea, permite también el artículo 46 RESAE, en su apartado segundo, que los Estatutos puedan establecer restricciones al principio de renovación ilimitada del cargo. En consecuencia, mediante este mecanismo se pueden introducir medidas limitadoras, tanto de la posibilidad de renovación de los miembros de los órganos de la sociedad, como del número de renovaciones admitidas.

(23) Así, es reconocido, recogiendo la opinión de STRASSER, en relación con el párrafo 81 AktG, por MORILLAS JARILLO y GRECHENIG [«La administración de la Sociedad Anónima europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *Derecho de los Negocios*, núm. 145, 2002, pág. 1 y sigs., notas 105 y 128].

Por otra parte, la literalidad de la norma contrasta con la regulación del artículo 126 LSA, que se limita, en su apartado cuarto, y tras la nueva redacción dada al mismo, a admitir también la reelección de los administradores «una o más veces por periodos de igual duración máxima». El silencio respecto de la posibilidad estatutaria de introducción de restricciones a este principio de libre reelección debe ser integrado con la regulación comunitaria para las sociedades europeas que se hallen domiciliadas en España. Se encuentra, de este modo, en la regulación comunitaria de la *Societas Europaea* un mecanismo de armonización de la materia societaria nacional de los distintos Estados miembros (24).

Desde otra perspectiva, el artículo 50 RESAE establece las reglas relativas al *quórum* y a la toma de decisiones de los órganos gestorios de la SE. Con carácter general, se atiende, dentro de la estructura del Derecho de Sociedades, a una doble consideración: primero, que el *quórum* y la aprobación se sujetan a las reglas generales de la mitad y la mayoría de los miembros presentes o representados; segundo, que para determinados acuerdos y cuando se requiera, por norma legal, otro porcentaje superior o una mayoría reforzada para la concurrencia de los requisitos legales de asistencia y decisión, se ha de estar a los mismos. No obstante, el artículo 50 RESAE admite que «los estatutos dispongan otra cosa». De ello se ha de derivar que, establecidos estos mínimos legales, la posibilidad de su modificación, por vía estatutaria, se ha de orientar a su reforzamiento, en tanto que tales mínimos actúan como límites imperativos para la validez de los acuerdos (25).

En relación con lo anterior y para el caso en el que en el órgano de gestión social se produjere un empate en los votos de sus miembros, el apartado segundo del artículo 50 RESAE, en la toma de decisiones, reconoce un principio de voto dirimente a favor del presidente del órgano en cuestión. Sin embargo, admite, asimismo, una excepción consistente en la exclusión estatutaria del reconocimiento del referido voto de calidad del presidente. A este respecto, la libertad que reconoce el apartado segundo del artículo 50 RESAE en la redacción de los Estatutos, en este punto, permite que éstos prevean

(24) GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*ob. cit.*, pág. 9) señala que las soluciones del Reglamento comunitario pueden servir de referente hermenéutico para cubrir las lagunas del Derecho positivo nacional, de modo que los silencios no deben interpretarse *a contrario*, sino como habilitaciones implícitas al desarrollo judicial. Este criterio es mantenido por SEQUEIRA MARTÍN (*ob. cit.*, pág. 2178). Asimismo, RESCIO (*ob. cit.*, pág. 974) destaca que, en dirección opuesta a la originaria, la regulación de la sociedad europea puede servir para interpretar algunos aspectos innovativos de la reforma de sociedades. También, en esta línea, MENJUCQ (*La société européenne...*, pág. 245) y BLANC (*ob. cit.*, pág. 1053) para quien el principio de subsidiariedad produce un efecto inverso, en tanto que las disposiciones nacionales serán de aplicación por remisión o en defecto de la regulación comunitaria.

(25) Vid. artículos 139 y 140 LSA.

cualquier otro modo de resolución del bloqueo de decisiones en el órgano colegiado (26).

Ahora bien, este mismo artículo establece una restricción a esta posibilidad de derogación estatutaria del principio de voto dirimente del Presidente del órgano. Cuando la representación de los trabajadores en el órgano de control en el sistema dualista alcance a la mitad de sus miembros, la preponderancia del capital en la toma de decisiones determina que, en todo caso, el presidente pueda ejercer su voto dirimente. Así se reconoce en el artículo 42 RESAE cuando limita la capacidad para ser presidente, para el supuesto de paridad entre los miembros designados por los trabajadores y por la Junta General de Accionistas, a aquellos miembros que hubieran sido designados por esta última.

Sin embargo, sorprende que la solución se contemple únicamente para el supuesto de participación paritaria de los trabajadores en el órgano de control. Esta misma participación se reconoce, igualmente, en el artículo 43 RESAE respecto del órgano de administración de la sociedad europea. Sin embargo, y de acuerdo con la dicción de la norma, los Estatutos podrían, en principio, derogar el reconocimiento del voto de calidad del presidente en los casos de empate en las decisiones de los órganos colegiados de representación paritaria. Ello puede ser debido a una desarmonía en la traslación de soluciones de inserción de los trabajadores de sistemas de Derecho comparado a las estructuras del sistema monista de gestión, la cual causa una laguna legal que debe ser integrada con las soluciones del sistema dualista.

En consideración a lo apuntado, la solución prevista para el sistema dualista debe ser extendida, por vía analógica, al sistema monista de gestión de la SE. Por otra parte, han de ser traídas a colación, igualmente, las reticencias introducidas en la integración de los trabajadores en el órgano de gestión de la sociedad en el sistema monista y las restricciones en la constitución de sociedades europeas; en particular en el caso de la fusión, en las que participan sociedades con regímenes y escalas distintas de implicación de los trabajadores en la sociedad (cfr. arts. 3.4 y 7.2 Directiva 2001/86/CE).

Dentro de los distintos aspectos de regulación para los que el Reglamento comunitario autoriza un desarrollo por vía estatutaria se incluye, asimismo, el ámbito competencial de los órganos gestorios. No obstante, la configuración estatutaria de esta materia ha de respetar las facultades de carácter imperativo que la norma comunitaria reconoce a cada uno de ellos. En particular, los artículos 39.1 y 40.1 RESAE, para los órganos de dirección y control en el sistema dualista, y el artículo 43.1 RESAE, respecto de la función genérica de gestión social atribuida al órgano de administración en el sistema monista.

(26) También MORILLAS JARILLO y GRECHENIG (*ob. cit.*, nota 90) admite que los estatutos puedan disponer medidas alternativas.

Adicionalmente, el artículo 48.1 RESAE atribuye a los Estatutos la enumeración de las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración, en el sistema monista.

La determinación en los Estatutos de las materias respecto de las cuales el órgano de dirección precisa de autorización del órgano de control no incide sobre la iniciativa de gestión que se reconoce a aquél. Únicamente afecta a la validez, como requisito *ad solemnitatem*, del acuerdo del órgano de administración, en tanto que la realización del acto y los requisitos para su aprobación gozan de la publicidad registral que resulta de la inscripción de los Estatutos sociales en el Registro Mercantil. Cuando los Estatutos, de acuerdo con la facultad concedida en el Reglamento, dispongan las categorías de operaciones respecto de las cuales se exija aprobación de ambos órganos gestorios en el sistema dual, los efectos de la publicidad registral se extenderán a tales operaciones contenidas en los Estatutos debidamente inscritos. En consecuencia, los actos realizados tendrán eficacia frente a terceros en su vinculación con la sociedad.

Por otra parte, cuando las sociedades resulten estructuradas bajo la forma de gestión monista, con un único órgano de administración, los Estatutos podrán manifestar la necesidad de constancia escrita del órgano de administración para la ejecución de determinados asuntos de su competencia. Esta norma se ha de entender desde la perspectiva de la posibilidad de delegación de las competencias del órgano de administración en uno o más consejeros o comisiones. La enunciación en los Estatutos de determinadas categorías de operaciones, en este sentido, restringe la posibilidad de delegación de las mismas.

En particular, en nuestra regulación, el artículo 141 LSA impide la delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, así como las facultades que la Junta conceda al Consejo de administración con el carácter de indelegables (27). No obstante, nada más dice la norma respecto a la restricción a la delegación de facultades por vía estatutaria. De esta forma, el silencio normativo que resulta de la regulación nacional, puede ser integrado o completado, nuevamente, por la norma comunitaria. El artículo 148 RESAE mantiene, en este punto, un mayor desarrollo del régimen jurídico aplicable, que no resulta incompatible, por otra parte, con la regulación nacional.

(27) Sobre este particular, con carácter general, vid. AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Facultad de Derecho de Albacete, Ed. Civitas, Madrid, 1991; AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, coord. Alfonso Ureba, A., Duque Domínguez, J., Esteban Velasco, F., García Villaverde, R., y Sánchez Calero, F., Madrid, 1994; y AA.VV., *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, dir. V. M. Garrido de Palma, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Además, la posibilidad de enumeración en los Estatutos de las materias que requieran de decisión expresa del órgano de administración, es decir, que no puedan ser delegadas por el mismo en otra representación orgánica o voluntaria, resulta compatible con la restricción contenida en el artículo 124.4 RRM. Según el mismo, no podrán inscribirse en el Registro mercantil las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los Estatutos. La solución de la norma comunitaria no contradice la norma nacional en tanto que ambas pretenden fines distintos.

La norma nacional mantiene el ámbito de gestión y representación atribuido a los administradores, en contraposición a la Junta General de la sociedad. En consecuencia, por vía estatutaria no se puedan introducir limitaciones a las facultades amparadas por el artículo 124.4 RRM. De este modo se mantiene indubitado el ámbito competencial atribuido a cada órgano. Por el contrario, la norma comunitaria no incorpora restricción alguna en el ámbito de gestión encomendada a los administradores; únicamente establece, dentro de esta esfera, qué categorías de operaciones pueden ser atribuidas de forma taxativa por los Estatutos sociales al órgano de administración, sin que quepa, por tanto y respecto de las mismas, un acuerdo de delegación en órgano distinto (28).

C) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE CARÁCTER NACIONAL

1. *La incidencia de las normas nacionales de desarrollo en la conformación estatutaria de la sociedad europea*

Dentro del sistema de prelación de normas dispuesto por el artículo 9 RESAE, y junto con las normas de origen comunitario, tanto las dimanadas del mismo Reglamento, como las autorizaciones al desarrollo estatutario que en el mismo se contienen, son de aplicación a la SE, con carácter subsidiario, otras normas de carácter nacional. En este punto, el legislador nacional dispone de la libertad reguladora que la propia norma comunitaria le concede «respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento, o si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos».

En consecuencia, se pueden distinguir dos aspectos en cuanto al régimen jurídico de la SE. En primer lugar, respecto de aquellas materias de Derecho societario que no sean tratadas por el Reglamento, el artículo 10 RESAE impone un principio de «igualdad de trato» de la SE que tenga su domicilio en un Estado miembro respecto de la sociedad anónima constituida según su legislación nacional. Esta imposición restringe la capacidad de desarrollo normativo de la reglamentación nacional respecto de esta figura societaria.

(28) Respecto de esta materia, vid. AA.VV., *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, dir. J. M. Embid Irujo, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

A todo ello se une que los principios de subsidiariedad y proporcionalidad determinan que toda regulación específica sobre esta materia se haya de ajustar a colmar los vacíos legales que presente la norma «marco». Por ende, se ha de entender desde una visión restrictiva cualquier pretensión reguladora del legislador nacional por esta vía. Y en este sentido, el apartado segundo del artículo 9 RESAE añade la necesidad de conformidad de las disposiciones legales que sean adoptadas por los Estados miembros para las sociedades europeas domiciliadas en su territorio con respecto a las Directivas comunitarias en sede de sociedades.

En segundo lugar, para aquellas materias que sean parcialmente tratadas por el Reglamento se ha de atender al margen concedido en el mismo para su desarrollo por la norma nacional. Este margen a la regulación nacional ha de ser, asimismo, autorizado por el Reglamento. Por lo tanto, se ha de estar a de cada supuesto concreto en el que se permite esta posibilidad de regulación a los Estados miembros.

Sin distinción alguna, la letra c comprende las distintas fuentes normativas de carácter nacional que pueden incidir en las SE con carácter particular, en tanto que sólo afectarán a aquellas sociedades con domicilio en el Estado miembro de que se trate. Dentro de estas fuentes se incluye la referencia a: i) «disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE» que «deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I»; ii) «las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social», y iii) «las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social».

La norma comunitaria no dispone, a diferencia de la distinción entre las fuentes de regulación de origen europeo y nacional, criterio de prelación alguno entre las normas nacionales. No obstante, la lógica del sistema así lo exige. El criterio de especialidad atribuye preferencia a las normas nacionales en desarrollo de la regulación de la Sociedad europea frente a la ley nacional aplicable, con carácter general, a toda sociedad anónima (cfr. arts. 3 y 5 LSA). Asimismo, la ley nacional de carácter imperativo se ha de superponer, también dentro del régimen de la sociedad europea, a la conformación estatutaria que se dispense a los fundadores o promotores.

Por lo tanto, las posibilidades de conformación estatutaria de la sociedad europea domiciliada en España encuentran determinados límites que han de ser objeto de consideración. En primer lugar, las normas de carácter imperativo del Reglamento comunitario. Por otra parte, las normas imperativas, tanto las resultantes de un específico desarrollo legislativo nacional para las

Sociedades europeas domiciliadas en España (LSAE), como las aplicables a las sociedades anónimas nacionales.

Este margen de libertad estatutaria se ha de ajustar, por último, a la necesidad de igualdad de trato de la sociedad europea respecto del régimen jurídico de la sociedad nacional, con excepción de las especialidades contenidas en el propio Reglamento. En este punto y con respeto de las restricciones anteriores, se ha de reconocer a los socios fundadores la posibilidad de introducir, por vía estatutaria, los actos y condiciones que tuvieran por conveniente establecer para regular el funcionamiento de la sociedad, y las relaciones entre ésta y los accionistas. Pero aún en este caso, la organización social ha de atender a las leyes y a los principios configuradores de la sociedad anónima, que la distinguen de otras modalidades societarias.

Descritas las especialidades contenidas en el Reglamento respecto de la configuración estatutaria en el ámbito comunitario de las sociedades europeas, resta por atender a las posibilidades de conformación a escala nacional. En cuanto a las materias que sean parcialmente tratadas por el Reglamento, la regulación nacional de desarrollo del mismo puede limitar, igualmente, la posibilidad de conformación estatutaria de la sociedad europea con domicilio en España. Tal es el caso, en primer lugar, del artículo 7 RESAE, que señala la posibilidad de los Estados miembros de imponer la unicidad de administración central y del domicilio social en un mismo lugar dentro de su territorio. En este punto, la LSAE se limita, mediante la introducción del artículo 312 al Texto Refundido de la LSA, a exigir la domiciliación de la sociedad europea en España cuando su administración central radique en territorio español (29).

La facultad reguladora de los Estados miembros, consentida en el Reglamento, alcanza, con carácter general, a la inclusión de medidas de protección de los intereses de los accionistas minoritarios ante acuerdos sociales que les afecten (vid. art. 8.5 RESAE, en el caso de traslado de sede a otro Estado miembro; art. 24.2 en la fusión constitutiva de la SE, y art. 34 RESAE en la creación de una sociedad Europea Holding) (30). Y también medidas de tutela de las expectativas de los acreedores (art. 8.7 ap. 2.º RESAE, ante el traslado a otro Estado). Al respecto, la LSAE ha acogido la solución del reconocimiento de un

(29) Este criterio es concordante con la opción que contempla el artículo 6 LSA de elección entre el centro de efectiva administración y dirección, o en el que radique el principal establecimiento o explotación.

(30) Ya desde un primer momento, los artículos 645.1.º y 649 PCSM, acogidos en los artículos 314, letra a, y 318 del Anteproyecto, reconocían un derecho de separación a los accionistas que votaran en contra del acuerdo traslado del domicilio a otro Estado miembro o, en su caso, del acuerdo de fusión; mientras que el artículo 323 del Anteproyecto, en relación con el artículo 654 PCSM, trasladaba la solución prevista en la integración del grupo de sociedades a la protección de los accionistas que se opusieran a la constitución de una SE Holding.

derecho de separación a los socios que se opongan a los referidos acuerdos (art. 315.1, letra a, art. 320 y art. 325 TRLSA) y un derecho de oposición a los acreedores por créditos nacidos con anterioridad a la publicación de los correspondientes proyectos (art. 315.1, letra b TRLSA) (31).

A ello se añade la tutela del interés público mediante la inclusión de un derecho de oposición por parte de los Estados en caso de cambio de ley aplicable (art. 8.14 RESAE para el traslado de sede, y art. 19 en la fusión). Esta medida garantista del interés público nacional o, incluso, regionales, por la iniciativa reconocida a las Comunidades Autónomas, es acogida en los artículos 316 TRLSA, para el supuesto de traslado de la SE a otro Estado, y por el artículo 318.1 TRLSA, para el supuesto de participación de una sociedad española en la constitución de una SE mediante fusión (32).

A lo anterior, se unen otros ámbitos de desarrollo normativo nacional en relación con la sociedad europea. En particular, la introducción de distintas modalidades de implicación de los trabajadores en la vida social exige la adecuación de la regulación societaria. Para el supuesto en el que los Estatutos se hayan de adaptar a las disposiciones relativas a la implicación de trabajadores que se hubieran fijado, el tercer párrafo del apartado cuarto del artículo 12 RESAE permite a los Estados miembros atribuir la facultad de la consecuente modificación de Estatutos al órgano de dirección, o en su caso, de administración. De este modo, se excepciona la exigencia de adopción del acuerdo por la Junta General.

La incidencia de la implicación de los trabajadores en la vida social de la SE se manifiesta, igualmente, en el apartado octavo del artículo 37 RESAE. Según el mismo, cualquier Estado miembro podrá condicionar la transformación de una sociedad anónima en Sociedad Europea a la aprobación, por mayoría cualificada o por unanimidad, del órgano social a través del cual participen los trabajadores en las decisiones societarias. Sin embargo, este último criterio de eventual unanimidad no resulta admisible en nuestro sistema por tratarse de una exigencia contraria a los principios configuradores de la Sociedad Anónima. Por otra parte, el artículo 326.2 del TRLSA, tras la modificación introducida por la LSAE, remite únicamente la aprobación del proyecto a la Junta General de Accionistas (33).

(31) El artículo 314 del Anteproyecto, en su letra b, que acogía la solución del anterior artículo 645.2.º PCSM, reconoció un derecho de oposición a los acreedores al traslado del domicilio social a otro Estado.

(32) Este derecho de oposición basado en razones de interés público, también tuvo acogida en el artículo 314 del Anteproyecto, en su letra d, que mantenía, a su vez, la solución del artículo 645.4.º PCSM para el supuesto de traslado a otro Estado, y en su artículo 316, en relación con el 647 PCSM, ante la participación de una sociedad española en la constitución de una SE mediante fusión.

(33) En correspondencia con los anteriores artículos 324.2 del Anteproyecto y 655.2 PCSM.

Otras medidas de desarrollo afectan a la Junta General de estas sociedades y pueden, consecuentemente, delimitar las facultades de conformación estatutaria del régimen jurídico aplicable a la SE. En primer lugar, la posibilidad consistente en que el Estado miembro sustituya el régimen general de la mayoría prevista en el artículo 59 RESAE de dos tercios de los votos emitidos en la Junta General para la modificación estatutaria. Admite este artículo la aprobación de la modificación de Estatutos por mayoría simple de votos cuando se halle presente o representada, al menos, la mitad del capital suscrito, en los términos estipulados en el apartado segundo del mismo. A la anterior se une la admisión, respecto de la primera Junta General, en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 54 RESAE, de posposición de la celebración de la primera Junta General a los dieciocho meses siguientes a la constitución de la sociedad.

Pero al respecto, y en relación con los Estatutos sociales, el artículo 314 TRLSA, en su apartado tercero, se limita a equiparar los requisitos de forma y publicidad de los actos y datos de toda sociedad anónima europea domiciliada en España a los exigidos, con carácter general, a las sociedades anónimas nacionales. El silencio legal de la nueva regulación comporta ciertas dudas interpretativas en la trasposición del artículo 59 del RESAE. El silencio legal debiera, en puridad, determinar la aplicación directa del referido artículo comunitario; pero a ello se oponen los principios de igualdad y subsidiariedad. Ergo, la solución contenida en el artículo 103 LSA debiera ser igualmente trasladada a la sociedad anónima europea domiciliada en España.

El Reglamento recoge, expresamente, otros aspectos de regulación respecto de los cuales el desarrollo normativo nacional para las sociedades europeas domiciliadas en su territorio puede incidir en la formación de los Estatutos sociales. El apartado tercero del artículo 50 RESAE, para el particular régimen de participación de los trabajadores contemplado en la Directiva 2001/86/CE, prevé que los Estados miembros puedan sujetar el *quórum* y la toma de decisiones del órgano de control, no ya a las normas previstas por el propio Reglamento comunitario, sino a las reglas de *quórum* y mayorías previstas para las sociedades anónimas nacionales. Y en este punto, el artículo 333.1 TRLSA formula una remisión genérica, en relación con el Consejo de control, al régimen previsto para el consejo de administración de las sociedades anónimas (34).

Por otra parte, el Reglamento concede al legislador nacional cierta discrecionalidad en la regulación de los órganos de gestión y de control de los mismos. Con carácter general, el artículo 48 RESAE, en su apartado segundo, reconoce a los Estados la posibilidad determinar las categorías de operaciones que deban, en su contenido mínimo, figurar en los Estatutos de la Sociedad

(34) También, con carácter general, los artículos 331.1 del Anteproyecto y 662.1 PCSM.

Europea (35). Estas operaciones podrán requerir, cuando los Estatutos mismos así lo dispongan, de constancia expresa de la decisión del órgano de administración o de autorización previa del órgano de control. En este último caso, el párrafo segundo del apartado primero de la norma admite que la regulación específica relativa a la Sociedad europea domiciliada en su territorio sustituya este criterio de enumeración estatutaria por la facultad del órgano de control de someter a su autorización determinadas categorías de operaciones. Y ello, sin necesidad de constancia en los Estatutos sociales.

Esta medida sí es incorporada a la regulación nacional mediante el nuevo artículo 334 TRLSA. Éste admite, de forma expresa, el acuerdo del consejo de control que exija autorización previa para determinadas operaciones aprobadas por el órgano de administración. Pero, en este caso, la falta de su constancia en los Estatutos, impide su oponibilidad frente a terceros de buena fe (36). La cuestión se traslada a la posibilidad de incorporación a los Estatutos sociales de este acuerdo de autorización previa, como consecuencia de la enunciación, por el artículo 10 TRLSA, del principio de libertad de pactos y condiciones reconocido a los socios fundadores. El carácter preferente de la regulación comunitaria resuelve esta incertidumbre. El artículo 48 RESAE admite que los Estatutos sociales, de forma directa, enumeren las categorías de operaciones que exigen autorización del órgano de control. De este modo, este régimen adquiere la publicidad registral que resulta del contenido de los Estatutos sociales, y ello sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores respecto de los terceros afectados.

Tanto para el sistema monista como para el sistema dual se incorporan facultades de desarrollo legislativo paralelas. Así ocurre en la atribución de la administración corriente de la empresa societaria a uno o varios consejeros delegados (arts. 39.1 y 43 RESAE), siempre que se sujete al régimen previsto por la ley nacional para «sus» sociedades (37); también en la determinación del número mínimo y/o máximo de miembros del órgano de dirección y control y de administración (arts. 39.4 y 40.3 y 43.2 RESAE) (38); o en la

(35) Esta opción no debe ser confundida con la ineficacia, contenida en el artículo 330.2 del TRLSA, frente a terceros, de inscripción en el Registro Mercantil de cualquier limitación de las facultades atribuidas a la dirección, en tanto que la gestión de la sociedad, en todos sus ámbitos, está atribuida a este órgano.

(36) Cfr. artículo 332 del Anteproyecto y artículo 663 PCSM.

(37) En este punto, el artículo 328 TRLSA (cfr. art. 336 del Anteproyecto y art. 657 PCSM) extiende el régimen jurídico establecido para las sociedades anónimas nacionales, con excepción del régimen dispuesto en el Reglamento, a las sociedades europeas domiciliadas en España que opten por un sistema monista de administración. En esta línea, el artículo 333.1 TRLSA (cfr. art. 331.1 del Anteproyecto y art. 662 PCSM) realiza la misma remisión en relación con el Consejo de control.

(38) En particular, el artículo 331.1 TRLSA (cfr. art. 329.1 del Anteproyecto, que mantiene la solución del art. 660 PCSM) prevé que el consejo de dirección haya de estar formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete.

introducción de las medidas necesarias para la incorporación del sistema gestorio hasta entonces no contemplado por la ley nacional, bien sea el sistema dual bien el monista (arts. 39.6 y 43.4 RESAE) (39).

En particular, la facultad de desarrollo nacional del derecho comunitario viene establecida para el sistema dual de gestión de la sociedad. Ejemplo de ello es la facultad de los Estados de limitar temporalmente el ejercicio del cargo de miembro del órgano de dirección a quien hubiese cubierto la vacante existente como miembro del órgano de vigilancia o control (art. 39.3 RESAE). En este punto, el nuevo artículo 332 TRLSA recoge este particular nombramiento por «cooptación», que limita temporalmente, dentro de la libertad regulatoria concedida, a un año de duración (40).

En esta línea, recoge el artículo 41.3 RESAE la norma comunitaria la posibilidad de extender a los miembros del órgano de control la facultad, reconocida por el Reglamento, únicamente al órgano de control en abstracto, de solicitar la información necesaria para desempeñar sus funciones. Esta opción, no obstante, no es acogida por La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

Por otra parte, el artículo 55 RESAE contempla la posibilidad consistente en que la legislación nacional fije un porcentaje inferior al mínimo del diez por ciento que establece el Reglamento comunitario, para el ejercicio de la facultad de solicitud de convocatoria de Junta General. En este caso, la reducción se ha de ajustar a las mismas condiciones que resulten de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. Esta opción es admitida, también y aun a falta de regulación expresa, por vía de su inclusión en el contenido de los Estatutos sociales. Ambas medidas son extensibles, de conformidad con el artículo 56 RESAE, para la exigencia del capital mínimo que autorice a los accionistas minoritarios la solicitud de inclusión de uno o varios puntos en el orden del día de la Junta General.

Esta reducción a mínimo es adoptada por el nuevo artículo 337 TRLSA, introducido por la LSAE. El mismo reconoce la obligación de convocar la Junta General a solicitud de accionistas que sean titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social, en correlación al porcentaje contemplado para esta facultad en la sociedad anónima nacional. Este criterio es, a su vez, refrendado por el apartado segundo del artículo 338 TRLSA para la solicitud de inclusión de nuevos asuntos al orden del día. Todo ello debe ser comple-

(39) Los nuevos artículos 329 a 336 TRLSA establecen el régimen jurídico para la organización del sistema dual de gestión, si bien formulan remisiones al régimen general previsto para los administradores, respecto del poder de representación de los directores, en cuanto a la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos, el régimen subsidiario del consejo de control y la responsabilidad de los miembros de estos órganos.

(40) Cfr. artículo 330 del Anteproyecto y artículo 661 PCSM.

tado con la nueva regulación del artículo 97 TRLSA, aplicable a toda tipología de sociedad anónima, nacional o comunitaria (41).

2. *La incidencia de las normas nacionales de aplicación a las sociedades anónimas en la conformación estatutaria de la sociedad europea*

Delimitado el marco legislativo referente a las disposiciones de específica regulación de la sociedad europea, el sistema de fuentes establecido exige que, en lo restante, los Estatutos de la sociedad se hayan de ajustar a la regulación nacional de carácter imperativo. Para ello se ha de atender a las reglas de fijación del domicilio social, en la delimitación del régimen jurídico aplicable a la sociedad europea. En consecuencia, a esta tipología de sociedades serán de aplicación las normas de los Estados miembros que lo sean, a su vez, a las sociedades anónimas que tengan su domicilio social en dicho Estado.

Resulta frecuente en el texto reglamentario, para aspectos concretos de su regulación, la remisión a la normativa nacional del Estado miembro donde la sociedad europea tenga su domicilio social. Tal es el caso de ámbitos como la constitución de la sociedad bajo las modalidades típicas reconocidas (art. 15 RESAE); las especialidades, mantenimiento y modificaciones del capital, y régimen de las acciones, obligaciones y demás títulos asimilables a la Sociedad (arts. 4 y 5); las formas de publicidad previstas para operaciones relevantes, como el traslado intercomunitario del domicilio social (art. 8); y el control de la constitución de la sociedad europea mediante fusión (art. 25.1), así como para trámites específicos para la transmisión de bienes, derechos y obligaciones en las operaciones de fusión (art. 29.3) y transformación (art. 37.9) y en las especialidades derivadas de las fusiones abreviadas (art. 31.1. y 2).

Tal recurso normativo se contempla, igualmente, para el derecho de socios minoritarios en la designación de parte de los miembros de los órganos gestorios de la sociedad (art. 47.4), para el control y publicidad de las cuentas anuales y consolidadas (art. 61 y 62) y para los procedimientos de disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos (art. 63). Esta técnica remisoría alcanza, asimismo, al desarrollo regulador de las sanciones ante el incumplimiento del principio de sede real (art. 64). En este último punto, el mandato reglamentario de desarrollo es acogido por el nuevo artículo 313 TRLSA.

Otros ámbitos del régimen jurídico de la sociedad europea afectan a su particular configuración estatutaria. En sede de órganos sociales, la remisión a la regulación nacional se extiende, respecto de la organización de las acti-

(41) Cfr. artículo 335 del Anteproyecto y artículo 666.3 PCSM, respecto de la solitud por la minoría, y apartado segundo del artículo 336 del Anteproyecto, y artículo 667 PCSM, relativos a la solicitud de inclusión de nuevos asuntos al orden del día.

vidad gestoria y de su control en la sociedad, a las limitaciones y prohibiciones para la designación como miembro de alguno de los órganos gestorios (art. 47). En particular, el artículo 47 RESAE restringe la imposibilidad de estipulación estatutaria que acepte la participación de una sociedad u otra entidad jurídica como miembro de uno de los órganos de gestión de la sociedad europea al caso en que también la impida la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE (42).

Además, ante la falta de regulación específica por las normas nacionales, se contempla un campo de libertad estatutaria para la determinación del número de miembros del órgano de dirección, control o administración o, alternativamente para la fijación de normas que permitan su determinación (arts. 39.4., 40.3 y 43.2 RESAE). En cuanto a esta delimitación, el apartado primero del artículo 331 TRLSA únicamente impone, respecto del Consejo de dirección, que éste se halle compuesto por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete (43).

En cuanto a la regulación de la Junta General, el artículo 53 RESAE contiene una remisión genérica a la ley aplicable nacional del lugar donde la sociedad tenga su domicilio social en los aspectos que no sean objeto de regulación de forma preferente por el Reglamento; en particular, respecto a la organización y desarrollo de la Junta General y a sus procedimientos de votación. De esta forma, la regulación reglamentaria ofrece remisiones específicas a las leyes nacionales en aspectos tales como el plazo de convocatoria de las Junta Generales ordinarias (art. 54.1); el órgano competente para efectuar la convocatoria (art. 54.2.); procedimientos y plazos requeridos para el ejercicio por accionistas minoritarios de su derecho de solicitud de convocatoria y determinación del orden del día (arts. 55.1 y 56); elevación del principio de mayoría simple de votos emitidos para la adopción de acuerdos sociales (art. 57); y para la modificación de Estatutos (art. 59.1), con la salvedad contenida en el apartado segundo del artículo 59 RESAE (44).

En esta sede, particular relevancia asume la armonización operada en relación con el plazo de convocatoria de la Junta General. Por la aplicación del apartado segundo del artículo 54 RESAE, el legislador nacional, en el

(42) En nuestro sistema, sin embargo, el artículo 125 LSA admite el nombramiento de personas jurídicas, con las precisiones del artículo 143 RRM para su inscripción, como miembros del órgano de administración.

(43) En esta misma línea, el artículo 329.1 del Anteproyecto y el artículo 660.1 PCSM.

(44) Sobre esta materia, en relación con el régimen jurídico aplicable a las Juntas Generales de las sociedades domiciliadas en territorio español, vid. BOQUERA MATARREDONA («La Junta General de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 41, 2004, pág. 11 y sigs.) y ROMERO FERNÁNDEZ («La convocatoria de la Junta General de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España», en *Derecho de los Negocios*, núm. 142-3, 2002, pág. 12 y sigs.).

artículo 97 TRLSA, apartado primero, amplía el anterior plazo de la convocatoria del anterior, de quince días, a un mes a la fecha fijada para la celebración de la Junta; dicción que se reitera, de forma acaso innecesaria, en el apartado primero del artículo 338 TRLSA. Y ello a fin de conceder el tiempo suficiente para que pueda publicarse la solicitud de la minoría de inclusión de nuevos asuntos en el orden del día, según prevé el artículo 55 RESAE. De forma paralela, el legislador, ante la necesidad de modificar este plazo, introduce al artículo 97, junto a la regulación del complemento a la convocatoria, la asistencia de los accionistas a la Junta General por medios telemáticos, y la organización, por vía estatutaria, de la misma.

Por otro lado, con carácter general, la estructura de los Estatutos sociales, para la sociedad europea con domicilio en España, se ha de ajustar a la ley nacional aplicable. Además, de las remisiones específicas antes apuntadas, el artículo 9 RESAE realiza una remisión genérica a la ley nacional para todas aquellas «materias no reguladas por el presente Reglamento». Derivado de lo anterior, la formación estatutaria de la sociedad europea ha de atender a las menciones de Derecho necesario que se contienen en el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas, con respeto al sistema de fuentes establecido en el artículo 9 RESAE. Esta «sociedad anónima», la *Societas Europaea*, reconoce, como caracteres esenciales, la división del capital social en acciones, la responsabilidad limitada de cada accionista, y la atribución de «su» propia personalidad jurídica (cfr. art. 1 RESAE y arts. 1 y 7 LSA), lo cual justifica la remisión genérica apuntada.

Pero en este caso, aun cuando el artículo 9 RESAE reconoce como fuente de regulación a los Estatutos sociales, éstos se han de ajustar a «las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social». Por otra parte, se ha de estar a la regulación contenida en el artículo 6 RESAE, que comprende, dentro de la expresión Estatutos de la SE, tanto al acto constitutivo, como a los Estatutos propiamente dichos, cuando constituyan un acto separado. En nuestro sistema legislativo, los Estatutos, si bien forman un documento separado, se incorporan de forma necesaria a la escritura constitutiva de la sociedad (vid. art. 8, letra e LSA).

3. *El ámbito de configuración estatutaria admitido por el Reglamento en relación con las normas nacionales aplicables*

El propio Reglamento reconoce un espacio normativo específico a los Estatutos respecto de la legislación nacional aplicable a las sociedades europeas, según la radicación de su domicilio social. Dada la estructura del sistema de fuentes, se puede sistematizar este espacio abierto la formación estatutaria de la SE a partir de la distinción entre: uno, las disposiciones de los

Estatutos admitidas por ley nacional específica en el desarrollo de la regulación de la sociedad europea, cuando esta posibilidad sea permitida por el Reglamento comunitario; y dos, las disposiciones estatutarias resultantes del ámbito de libertad concedido por la regulación nacional existente.

En primer lugar, dentro del espacio concedido al desarrollo estatutario por la regulación específica nacional, y respecto de la mención necesaria relativa a la elección del sistema dual de gestión y control de la misma, se ha de atender al artículo 39.2 RESAE. Esta disposición comunitaria reconoce a los Estados miembros la facultad de permitir a los Estatutos que trasladen a las competencias de la Junta General el nombramiento y revocación del miembro o los miembros del órgano de dirección, en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio (45).

Por otra parte, para el caso en que los Estados miembros establezcan un número máximo, mínimo o ambos de miembros del órgano de dirección y control o de administración, de conformidad con los artículos 39.4, 40.3 y 43.2 RESAE, los Estatutos de sociedad europea habrán de hacer mención, dentro de estos límites, del número de miembros del órgano o de las normas para su determinación. En todo caso, para el sistema monista de gestión se ha de respetar el número mínimo de tres miembros cuando participen los trabajadores en el referido órgano social.

Dentro de este grupo de remisiones recae la facultad, concedida por el artículo 48.2 RESAE, de determinación por ley del desarrollo del Reglamento comunitario de las categorías de operaciones que deban como mínimo figurar en los Estatutos de las SE que estén registradas en su territorio. Cuando esto sea así, corresponde a los Estatutos de la SE, según el artículo 48.1 RESAE, en consideración a la norma aplicable, la enumeración de las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista (46).

Respecto de la convocatoria de la Junta General y la fijación del orden del día por accionistas minoritarios, el artículo 55 RESAE permite a los Estatutos, a falta de mención expresa en ley nacional de desarrollo del Reglamento comunitario, la fijación de un porcentaje de capital suscrito mínimo inferior al del diez por ciento que reseña la norma comunitaria. Para ello es necesario que se ajuste las mismas condiciones exigibles en las sociedades anónimas naciona-

(45) Al respecto, el artículo 661 PCSM únicamente atribuía al órgano de control la facultad de suscribir el contrato que vinculara al miembro de la dirección con la sociedad, en las condiciones previstas para todo consejero ejecutivo, solución que ya no se contempló en el Anteproyecto de Ley en su correlativo artículo 330 TRLSA.

(46) Opción, por otra parte, no adoptada por la Ley, más allá de la inoponibilidad, a la que hace referencia el artículo 334 TRLSA, frente a terceros, de las operaciones de la dirección sometidas a autorización previa del Consejo de control.

les. Asimismo, para el caso del reconocimiento del derecho de las minorías accionariales de solicitar la inclusión de nuevos puntos en el orden del día. El artículo 56 RESAE, en defecto de regulación expresa que contemple la posibilidad de reducir el porcentaje del diez por ciento del capital suscrito que dispone el Reglamento comunitario, permite que sean los Estatutos sociales los que, de acuerdo con las condiciones que resulten de aplicación a las sociedades nacionales, determinen un porcentaje inferior. Esta posibilidad, no obstante, es eliminada por la LSAE, en tanto que, mediante la nueva redacción del artículo 338 TRLSA, reduce el referido porcentaje a un cinco por ciento, según el régimen previsto para las sociedades anónimas nacionales.

En contraposición a lo anterior, también reconoce el Reglamento de forma expresa un margen de libertad estatutaria para materias que sean delegadas a la legislación nacional. Se ha de atender, entre otras, al espacio normativo permitido en la regulación, por vía estatutaria, en relación con las condiciones particulares exigidas para ser elegido miembro en representación de los accionistas, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.3 RESAE. Para el supuesto de la sociedad europea domiciliada en España, en correspondencia con la norma reseñada, el artículo 123.2 LSA permite que los Estatutos exijan la condición de accionista para ser nombrado administrador.

Por otra parte, respecto del ámbito competencial de la Junta General de la sociedad europea, el artículo 52 RESAE comprende las competencias específicas que resulten tanto del Reglamento comunitario, como de la legislación del estado miembro o, incluso, las que atribuyan los Estatutos; en este último caso, siempre que se adecuen a la libertad concedida por la legislación nacional. Sin embargo, en este punto, la regulación nacional no contiene, a diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada, una norma que recoja el espacio competencial atribuido a la Junta General. Su esfera de actuación, por tanto, resulta de cada una de las normas que se refieren a actos societarios que requieran de su aprobación. En este aspecto, cobran relevancia los principios configuradores de la sociedad anónima, en tanto que los Estatutos no pueden incorporar competencias de gestión a las propias de la Junta General, ni restringir las que le sean reconocidas por la Ley.

Igualmente, en cuanto a los procedimientos y plazos para que los socios minoritarios puedan ejercitar su derecho de solicitud de inclusión de nuevos puntos en el orden del día, el artículo 56 RESAE, en defecto de regulación nacional, permite su introducción por vía estatutaria. Sin embargo, la redacción dada a los artículos 97 y 338 TRLSA ha venido a colmar este vacío legal, y excluye la necesidad de previsión estatutaria sobre este punto (47).

(47) Se supera, por esta vía, la problemática planteada, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inclusión de nuevos puntos en el orden del día por los accionistas.

IV. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

A) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO ADMITIDO POR EL REGLAMENTO

La libertad de configuración estatutaria de la sociedad europea se encuentra limitada por el orden de prelación dispuesto por el artículo 9 RESAE y por las condiciones que éste establece para la aceptación de los Estatutos sociales como fuente normativa de la SE. En el mismo se contempla un doble reenvío. En primer lugar, la facultad de desarrollo estatutario se ha de ajustar, dentro de las normas de carácter comunitario y, por tanto, aplicable a toda SE con independencia de la radicación de su domicilio, a las reglas de Derecho material contenidas en el propio Reglamento. Por otra parte, en cuanto al ámbito reconocido para el desarrollo estatutario de la SE en cada uno de los Estados, se ha de atender a las limitaciones de derecho imperativo contenidas en la ley aplicable en el que se encuentre su domicilio social. Dado el orden de cascada de las fuentes, la limitación anterior, en este último caso, se ha hacer extensiva, también, a las normas específicas reguladoras de la SE en el ámbito nacional, y a las normas comunitarias de aplicación a esta figura, que ostentan un carácter preferente (48).

A los efectos de la remisión anterior, se ha de atender a los límites que recoge el propio artículo 9 RESAE en la disposición del sistema de fuentes. En primer lugar, la conformación estatutaria de la sociedad europea, dentro de las normas de carácter comunitario, exige mención expresa de la norma material que la autorice. El principio de subsidiariedad limita la posibilidad de regular aquellos aspectos o materias que reciban un tratamiento suficiente a través de la legislación nacional. Por lo tanto, este principio, que preside la normativa comunitaria, excluye una interpretación amplia que permita la extensión de los Estatutos a otros campos de regulación no contemplados de forma expresa el articulado del Reglamento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

Al principio anterior se ha de añadir la pretensión del mantenimiento de unidad empresa-sociedad contenida en el Reglamento. Y ello, a partir de la posibilidad de implicación de los trabajadores en la organización societaria, lo cual trasciende a la formulación de los Estatutos de la sociedad europea. De acuerdo con esta consideración, el apartado cuarto del artículo 12 RESAE

(48) Como señala BLANC (*ob. cit.*, pág. 1055), el Reglamento no indica orden jerárquico de normas de carácter subsidiario a la norma comunitaria, no obstante, se puede deducir que los estatutos sociales ocupan una situación de último rango.

impone la adaptación de los Estatutos de las SE a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Alternativamente, exige la norma una posterior modificación estatutaria para su adecuación a las nuevas disposiciones en materia de implicación de trabajadores, acordadas en virtud de la Directiva 2001/86/CE. A tal fin, el Reglamento permite que los Estados miembros faculten al órgano de dirección o al órgano de administración para modificar los Estatutos sin necesidad de acuerdo de la Junta General de Accionistas.

De otra parte, del régimen dispuesto por el Reglamento comunitario se deduce una distinción, en la redacción de los Estatutos sociales, entre unas disposiciones estatutarias de carácter obligatorio, unas normas de carácter condicionalmente facultativo, y otras estipulaciones de carácter meramente facultativo (49). Dentro de las primeras, el artículo 38 RESAE exige que los Estatutos dejen constancia de la modalidad gestoria elegida, bien la monista, bien la dual (50). En adición a lo antedicho, y dentro de la obligación de determinar el sistema de gestión escogido, los artículos 39.4, 40.3 y 43.2 RESAE imponen, ya como norma estatutaria de carácter condicionalmente facultativo, que, respecto de los órganos colegiados de gestión de la sociedad, los Estatutos señalen el número de miembros del órgano correspondiente, o las normas para su determinación.

Estos artículos del Reglamento comunitario establecen un distinto espacio a la regulación de desarrollo nacional para cada uno de los órganos gestorios. El párrafo cuarto del artículo 39 RESAE autoriza a los Estados miembros a introducir una limitación mínima o máxima, o ambas, en la composición del órgano de dirección. Por otra parte, el apartado tercero del 40 RESAE, en relación con el número de miembros del órgano de control, extiende este margen de regulación también a la posibilidad de determinación legal del número de miembros exigidos para este órgano. Y, respecto del órgano de administración en el sistema monista de gestión, el apartado segundo del 43 RESAE autoriza a los Estados miembros a la fijación de un número mínimo o, en su caso, máximo. En este último supuesto, cuando la representación de los trabajadores se integre en este órgano, el mismo deberá estar compuesto de, al menos, tres miembros.

Los Estatutos de la SE, por lo tanto, se habrán de ajustar al esquema apuntado, en consideración a la ley nacional de desarrollo del Reglamento

(49) También, RESCIO (*ob. cit.*, pág. 980-1).

(50) Por otra parte, señala el artículo 56 RESAE, a falta de regulación nacional, que corresponde a los Estatutos la fijación del procedimiento y los plazos para la solicitud, por una minoría de socios en el capital, de inclusión de nuevos puntos del día a tratar en la Junta General; sin embargo, esta obligación es relevada por las reglas impuestas, con carácter general, para el ejercicio de este derecho, en el párrafo tercero del reformado artículo 97 TRLSA.

comunitario. Dado lo anterior, el nuevo artículo 328 TRLSA remite, para el caso de elección del sistema monista de administración, al régimen previsto para los administradores de las sociedades anónimas nacionales. En todo caso, la Junta General habrá de atender a las reglas estatutarias de determinación del número de administradores que exigen el artículo 43 RESAE en su apartado segundo y el artículo 123 LSA, y a las limitaciones que resulten de la Ley que regule el régimen de implicación de los trabajadores (51).

De otra parte, para el sistema dual de gestión de la sociedad, se ha de distinguir entre el órgano de control y el órgano de dirección. En cuanto al primero, el artículo 333 TRLSA se refiere únicamente al Consejo de control, por lo que se ha de entender al mismo aplicable la exigencia mínima de tres miembros para su composición (52). Esta presunción resulta corroborada por la remisión del apartado primero del referido artículo al régimen del Consejo de Administración. En lo que respecta al órgano de dirección, el artículo 331 TRLSA recoge las distintas modalidades de su organización y estructura, y en reiteración de la norma comunitaria, impone que, cuando los Estatutos de la sociedad no fijen el número de directores, aquéllos habrán de establecer su número máximo y mínimo, así como las reglas para su determinación. En todo caso, la regulación estatutaria habrá de respetar los límites, mínimo, de tres miembros, y máximo, de siete, impuesto en el artículo 331 TRLSA (53).

Por último, otras remisiones a los Estatutos resultan aplicables a toda sociedad europea, con independencia de su domicilio, y con carácter únicamente facultativo. Entre ellas, la posibilidad de reducir la periodicidad de las reuniones de los órganos de administración, también reconocida de forma implícita para los órganos de dirección (arts. 41 y 44.1 RESAE). Asimismo, otras disposiciones pueden reducir los máximos impuestos legalmente o limitar los principios recogidos en el Reglamento; verbigracia para la reducción de la duración de seis años en el cargo gestorio y en las restricciones a las renovaciones en el cargo (art. 46 RESAE en relación con el art. 126 TRLSA). Este criterio se mantiene, en consideración a las sociedades anónimas nacionales, para la posibilidad de reducción del porcentaje de capital necesario para la solicitud de convocatoria de la Junta General y de inclusión de nuevos puntos en el orden del día por una minoría de socios (arts. 55.1 y 56 RESAE). No obstante, esta opción tiene acogida en los nuevos artículos 337.1 y 338.2

(51) En este punto, la letra h del artículo 9 LSA exige, de conformidad con el artículo 124 RRM, la expresión estatutaria de la estructura del órgano de administración, así como de la determinación del número de administradores, que no podrá ser inferior a tres, cuando se trate de un Consejo de Administración, o alternatively, del número máximo o mínimo de los mismos. En este último caso, el artículo 123 LSA atribuye la facultad de concreción del número de administradores, dentro de los márgenes estatutarios apuntados, a la Junta General.

(52) Cfr. artículo 331 del Anteproyecto y artículo 662 PCSM.

(53) Cfr. artículo 329 del Anteproyecto y artículo 660 PCSM.

TRLSA, que equiparan el porcentaje necesario para la solicitud al exigible para las sociedades anónimas nacionales.

A sensu contrario, la regulación estatutaria puede desarrollar las normas de mínimos establecidas en el Reglamento; ejemplo de ello es la posibilidad de enumeración de las categorías de operaciones que requieran autorización del órgano de control o una decisión expresa del órgano de administración (art. 48 RESAE). En esta línea, también se admite la introducción por vía estatutaria de mayorías reforzadas para la aprobación de los acuerdos sociales de los órganos de gestión (art. 50.1 RESAE).

B) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO RESULTANTE DE LA LEY NACIONAL APLICABLE

1. *Cláusulas obligatorias y condicionalmente obligatorias*

En segundo lugar, la remisión genérica, en última instancia, a los Estatutos de la sociedad exige su adaptación a las mismas condiciones admitidas para una sociedad anónima constituida según la ley del Estado miembro en el que se encuentre el domicilio de la sociedad europea. De este modo, se excluye la posibilidad de inclusión de cláusulas que no sean admitidas en la constitución y en las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas en los Estados miembros de la Unión (54).

Junto a las menciones requeridas por el artículo 9 LSA, el artículo 10 LSA permite que la escritura incluya, adicionalmente, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer. Esta libertad encuentra en las leyes y en los principios configuradores de la sociedad anónima los límites ordenadores también aplicables a los Estatutos de la SE. Por otro lado, para estas sociedades, junto al límite del régimen legal imperativo impuesto, principalmente, por la Ley de Sociedades Anónimas, se incorpora, aun cuando asuman carácter español, el régimen establecido por el Reglamento comunitario (55).

(54) GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*ob. cit.*, pág. 23) habla de una combinación de normas materiales uniformes y de normas de conflicto.

(55) En cuanto a la delimitación estatutaria de la sociedad anónima española, vid. EMBID IRUJO y MARTÍNEZ SANZ («Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de las sociedades de capital», en *RdS*, núm. 7, 1996, pág. 11 y sigs.), DUQUE DOMÍNGUEZ («Escritura, estatutos y límites de la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en *Derecho de Sociedades*, t. I, pág. 15 y sigs.), y GARRIDO DE PALMA («Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 1869 y sigs.). Asimismo, NEILA NEILA (*Estatutos de sociedades anónimas*, Ed. Revis-

De este modo, principios hasta hoy esenciales de las sociedades de capital, como, por ejemplo, el heteroorganicismo en los órganos sociales (Órgano de Administración/Junta General), puede ser sustituido por la adopción, que debe constar en los Estatutos de la sociedad, de un modelo dual de gestión (art. 327 TRLSA). A través de este sistema gestor se introduce en la organización societaria un multiorganicismo de carácter bifuncional (Órgano de Dirección/Consejo de Control y Junta General). Pero fuera de las especialidades contenidas en el Reglamento comunitario se han de mantener las limitaciones establecidas, con carácter general, para las sociedades anónimas.

A este respecto se ha de conservar el esquema empleado para la conformación estatutaria de la SE. En primer lugar, el artículo 9 LSA exige la concurrencia de unas menciones obligatorias, que habrán de ser, en su caso, adaptadas a los requerimientos exigidos por el Reglamento comunitario en relación con aquellos aspectos relevantes de la sociedad tratados por él. Así, en cuanto a su denominación (art. 11 RESAE) (56), domicilio social (art. 7 RESAE), capital social (art. 5 RESAE), o la elección de la estructura del órgano de gestión (art. 38 RESAE).

Particular norma de carácter «obligatorio» en la sociedad europea es la referida a los modos de organizar la dirección, y ello en relación con la letra h del artículo 9 TRLSA. Cuando la sociedad, mediante la mención obligatoria en los Estatutos sociales de adopción de un sistema de administración, opte por el sistema dual, los Estatutos sociales habrán de señalar la modalidad de dirección que asuma. De modo correlativo al sistema dispuesto en el sistema monista, el artículo 331 TRLSA impone que los Estatutos sociales designen, dentro del esquema prefijado, la modalidad de un solo director, de varios directos solidarios o mancomunados o de un Consejo de dirección. En este último caso han de regir los límites cuantitativos que impone el artículo 331 TRLSA.

Por otra parte, se habrán de incluir en los Estatutos de la sociedad europea domiciliada en España todas las menciones «condicionalmente obligatorias»; es decir, las cláusulas que, cuando se prevean entre los fundadores, para su eficacia, no puedan quedar reservadas entre ellos, sino que, en aras a la seguridad jurídica y a los intereses de terceros de buena fe, hayan de constar en los Estatutos. Entre éstas, los derechos especiales que se hayan reconocido a los fundadores en los términos del artículo 11 LSA y en el artículo 128 RRM; las prestaciones accesorias, con las menciones que recogen los artícu-

ta de Derecho Privado, Madrid, 1993, pág. 617 y sigs.) y PEÑAS MOYANO («De cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se han ocupado de las menciones de los estatutos de la Sociedad Anónima», en *RdS*, Ed. Aranzadi, 2004, núm. 22, pág. 252 y sigs.).

(56) No obstante, la insuficiente coordinación en la organización registral, en este punto, se manifiesta en la limitación, contenida en el apartado cuarto del artículo 314 TRLSA, en cuanto el criterio subjetivo de prohibición de identidad, en referencia únicamente a las sociedades anónimas españolas preexistentes.

los 9 LSA y 127 RRM; y la existencia de dividendos pasivos y las reglas para su desembolso, de acuerdo con el artículo 9 f) LSA y artículo 121.2 RRM, en relación con el artículo 135 RRM.

Otra cláusula condicionalmente obligatoria de los Estatutos, y que se ha de mantener para la SE, en cuanto el artículo 5 RESAE remite al régimen nacional aplicable a la sociedad anónima con domicilio en España, en la regulación de acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, es el relativo a las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. En particular, la ley y los principios configuradores que inspiran nuestro sistema excluyen la inclusión de menciones estatutarias que impongan a los socios la intransmisibilidad absoluta de sus acciones, o en su caso, restrinjan el derecho alternativo de separación de la sociedad mediante la obtención del valor real de sus acciones (art. 123 RRM) (57). Tampoco tendrán cabida en los Estatutos los acuerdos entre los socios de carácter interno que no tengan acceso al Registro Mercantil (58).

A lo anterior, añade el artículo 48 LSA, en relación con la atribución de derechos que incorpora la acción, que se ha de atender tanto a los derechos reconocidos en la Ley como a los contenidos en los Estatutos. De este modo, la concurrencia de distintas clases de acciones aparece, igualmente, como una cláusula condicionalmente obligatoria de los Estatutos sociales. Los distintos derechos que incorporen las diferentes clases de acciones, también en las SE, y que han de constar, en su caso, en los Estatutos (art. 9 g LSA) pueden aparejar la existencia de acciones privilegiadas que, en contraposición a las ordinarias, otorguen derechos preferentes en la percepción de dividendos o en la cuota de liquidación (vid. art. 50.2 LSA) (59).

(57) A ello se unen, para las sociedades anónimas que tengan sus títulos cotizados en un mercado secundario de valores, el principio de incompatibilidad de las restricciones estatutarias a la libre transmisión de acciones, en cuanto afecta al principio de sociedad abierta que se requiere para estas operaciones.

(58) Vid., entre otros, PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, VÁZQUEZ GARCÍA, «Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones», en AA.VV., *Contratos sobre acciones. Estudio en homenaje a Pérez Pradilla y Yanci*, ed. Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994, pág. 359 y sigs.; GARCÍA LUENGO, «Limitaciones estatutarias a la libre transmisión de acciones», en *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. I, La fundación, Ed. Civitas, Madrid, 1991, SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, «La acción como título y como valor mobiliario negociable. La transmisión de acciones», en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, AA.VV., Madrid, 1990, y MEJÍAS GÓMEZ y MELLADO RODRÍGUEZ, *Negocios jurídicos sobre acciones no cotizadas en Bolsa*, Ed. Dykinson, Madrid, 1993.

(59) Sobre esta materia, vid., entre otros, PORFIRIO CARPIO, «Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998», en *Derecho de los negocios*, núm. 10, 1999, pág. 1 y sigs., y CAMPUZANO LAGUILLO, *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

A las reglas anteriores y para el caso que los Estatutos sociales no prevean el número concreto de miembros del Consejo de dirección, aquéllos, como cláusula «condicionalmente obligatoria», habrán de incluir las reglas para su determinación. Para ello, habrán de quedar debidamente fijados los números máximo y mínimo, dentro de los márgenes legales. Igualmente, cuando se varía, a menos, el plazo de duración de seis años de ejercicio en el cargo de administrador, que señala el artículo 126 TRLSA.

2. *Cláusulas facultativas*

Fuera de los supuestos anteriores y con respeto a la ley y a los principios configuradores de la sociedad, los fundadores pueden incluir en los Estatutos los pactos y condiciones que estimen por conveniente (art. 10 LSA). El artículo 134 LSA impide que los Estatutos sociales amplíen el criterio de la mayoría del artículo 93 LSA para la adopción del acuerdo de la Junta General que permita entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores. Pero fuera de las normas imperativas contenidas en la ley y de los principios configuradores de la regulación, el contenido estatutario se puede extender a todos aquellos otros aspectos organizativos de la sociedad o de las operaciones que afecten a su estructura o actividad.

El artículo 53 RESAE remite, más allá de las especialidades contenidas en el mismo Reglamento, en cuanto a la organización, desarrollo y procedimientos de votación de la Junta General de la SE, a la regulación nacional prevista para las sociedades anónimas. Los Estatutos, pueden, dentro de nuestra regulación, además de elevar los *quórumes* y mayorías previstos para la adopción de acuerdos en la Junta General, regular, dentro de los límites señalados en la ley, los derechos de asistencia, voto y representación en la Junta General de Accionistas (60).

En tal sentido, el artículo 104 LSA determina el límite de configuración estatutaria respecto de los requisitos de legitimación anticipada necesaria para el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta. Por otra parte, la limitación de mínimos a los derechos de asistencia y de máximo al derecho de voto se ha de ajustar a las condiciones previstas por el artículo 105 LSA. También recae, dentro de este espacio abierto al desarrollo estatutario, la posibilidad, contenida en el artículo 106 LSA, de limitación a las facultades de representación en la Junta, así como el establecimiento de los criterios para

(60) Vid. SÁNCHEZ-ANDRÉS, «La acción como conjunto de derechos», en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M., Madrid, 1993, y AA.VV., «Capital y acciones», en *Derecho de sociedades anónimas*, t. II, vol. 1.º, coord. Alonso Ureba, A., Duque Domínguez, J., Esteban Velasco, G., García Villaverde, R., y Sánchez Calero, F., Madrid, 1994, pág. 1383 y sigs.

la designación del Presidente de la Junta General, tal y como previene el artículo 110 LSA (61).

Un particular ámbito de concurrencia de normas comunitarias y nacionales es el relativo a la organización de los órganos gestorios de la SE domiciliada en España. En primer lugar, la estipulación estatutaria que establezca la condición de accionista para poder ser elegido administrador, reconocida por el artículo 123.2 LSA, se ha de poner en relación con el artículo 47.4 RESAE. Según el mismo, se reconoce a los Estatutos, cuando así lo permita la legislación nacional, la imposición de condiciones particulares para ser elegido miembro en representación de los accionistas en los órganos gestorios. Esta regulación impone una doble consideración. Primero, desde una visión positiva, extiende la aplicación de la norma a todos los órganos de gestión de la SE. Desde una formulación restrictiva, por otra parte, y en atención a las posibles medidas de participación de los trabajadores en estos órganos, limita esta restricción estatutaria a aquellos gestores que resulten de la elección que corresponda a los accionistas.

Por otra parte, el artículo 141 LSA, más allá de la imposición del artículo 9 i. LSA, que exige, como mención estatutaria obligatoria, la descripción del modo de deliberación y de la toma de decisiones de los órganos colegiados de la sociedad, contiene un margen de autonomía estatutaria. Conforme el mismo, los Estatutos pueden ordenar el régimen interno del Consejo de administración, regular la delegación de facultades y el nombramiento de las personas que hayan de ocupar los cargos delegados; posibilidad que se ha de poner en relación con los artículos 39 y 43 RESAE respecto a la delegación de facultades por los órganos de dirección y de administración de la SE (62).

Si el artículo 328 TRLSA contiene una remisión genérica del régimen de los administradores en el sistema monista de gestión al previsto para los de la sociedad anónima nacional, esta opción es mantenida, por el artículo 331 TRLSA, en su apartado segundo, para el Consejo de dirección en el sistema dual de gestión. Dispone este último artículo que la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección, en defecto de norma estatutaria, se regirá por las reglas generales propias del

(61) En relación con estos márgenes de configuración estatutaria, vid. RECALDE CASTELLS, *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, «Observaciones críticas sobre el régimen legal y estatuario de representación del socio en la Junta General de las sociedades de capital», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 29, 1999, pág. 9 y sigs.

(62) Sobre algunos puntos de esta materia, vid., entre otros, GÓMEZ MENDOZA, «Juntas Especiales: organización y funcionamiento», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II, Valladolid, 1998, pág. 421 y sigs., y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Derecho de los negocios*, núm. 9, 1998, pág. 1 y sigs.

Consejo de Administración. Del mismo modo, aún de forma tácita, esta solución resulta de aplicación al Consejo de control por la remisión contenida en el apartado primero del artículo 333 TRLSA.

Dentro de las facultades de conformación estatutaria facultativa, el artículo 63 RESAE remite, también, en relación con la regulación de la disolución y liquidación de la sociedad, a la legislación nacional del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social. Pese a tratarse de aspectos esenciales de la vida de la sociedad, la propia legislación admite supuestos en los cuales los Estatutos sociales puedan complementarla. Así, sucede respecto a la ampliación por vía estatutaria de las causas legales de disolución, recogida en el número séptimo del artículo 260 LSA. Adicionalmente, los Estatutos, de acuerdo con el artículo 268 LSA, pueden establecer normas para la determinación de los liquidadores, como criterio que sustituya o restrinja el principio de libertad de nombramiento por la Junta General.

En esta misma sede, y junto a la previsión de intervención gubernativa del artículo 265 LSA para la continuación de la sociedad, con base en la protección de la economía nacional o del interés social, el interés público tutelado, con relación a esta tipología de sociedades, introduce una especialidad en materia de disolución. El artículo 313 TRLSA, en su apartado segundo, cuando concorra causa de solución por falta de cumplimiento del requisito de domicilio real y efectivo, faculta al Gobierno para que designe persona encargada de velar por la realización de lo dispuesto, a efectos de liquidación de la sociedad, en los Estatutos sociales y en la Ley.

Por último, se reconoce a los Estatutos sociales la posibilidad de establecer sesiones «ordinarias» de los órganos colegiados de la sociedad fuera de las reuniones de carácter periódico, impuestas por vía legal. De una parte, el artículo 44 RESAE reconoce la posibilidad de que los Estatutos sociales reduzcan la periodicidad de las reuniones trimestrales obligatorias del órgano de administración, impuestas en el mismo con carácter obligatorio. Esta misma opción se ha de entender extensible al sistema dual, en tanto que el artículo 41 RESAE establece también un mínimo de tres meses para que el órgano de dirección informe al órgano de control sobre la marcha de la empresa.

Esta conformación estatutaria no resulta, sin embargo, aplicable a las reuniones de las Juntas Generales. Esto trae causa de la limitación contenida en el artículo 54 RESAE, por cuanto la regulación nacional no trata una frecuencia mayor respecto de la periodicidad anual de las Juntas ordinarias previstas en el artículo 95 TRLSA. Respecto de la Junta General en el sistema dual y su convocatoria, empero, el artículo 337 TRLSA atiende a la fijación de los plazos establecidos por el Reglamento o por los Estatutos.

El artículo 337 TRLSA realiza una remisión genérica a los plazos de convocatoria de la Junta señalados en el Reglamento comunitario. No obstante, el mismo únicamente hace remisión, en su artículo 54, a la legislación

nacional aplicable en cada Estado a las sociedades anónimas nacionales, y el artículo 55 RESAE, en su apartado tercero, se refiere a la convocatoria «a su debido tiempo». Por ello, nada aporta la remisión a la legislación comunitaria, por cuanto, los plazos de convocatoria han de atender a las previsiones del nuevo artículo 97 TRLSA. Por otra parte, el régimen previsto para el derecho de convocatoria formal a los accionistas, instrumental del derecho de asistencia a la Junta, permite que los Estatutos amplíen el plazo obligatorio de convocatoria previa a la celebración de la Junta General.

A todo este marco de libertad de conformación estatutaria se han de incorporar las modificaciones traídas al TRLSA, mediante la disposición final primera de la LSAE, a las sociedades anónimas, cualquiera que sea su ámbito territorial, nacional o europeo. Así, respecto de la convocatoria de la Junta General, el nuevo artículo 97, en su apartado quinto, admite que los Estatutos sociales prevean la asistencia a las juntas por medios telemáticos. En tal caso, los Estatutos sociales, según el artículo 9 TRLSA, letra i, habrán de indicar el modo de deliberación y adopción de acuerdos.

Analizados los diversos puntos de modelación de los Estatutos sociales, el distinto espacio otorgado a la libertad en la conformación estatutaria en los diferentes Estados miembros de la Unión puede constituir, de nuevo, un factor relevante en la existencia de una competencia legislativa para la atracción de las sociedades europeas a la regulación nacional. Allí donde los fundadores encuentren un mejor caldo de cultivo para la adaptación de los Estatutos a las necesidades de organización de la sociedad, mayor será el factor de atracción del Estado a su ley particularmente aplicable a la SE. No obstante, tanto la armonización alcanzada en materia societaria como el régimen común establecido por el Reglamento minoran tales riesgos.

Aun dado lo anterior, la distinta adaptación de las Directivas comunitarias en materia de sociedades, así como las lagunas de Derecho armonizado, dejan, por esta vía, márgenes a la adecuación estatutaria de la sociedad europea. Más allá de las cautelas de mínimos contempladas en las Directivas en protección de terceros y del «núcleo duro» de regulación del Reglamento, el reconocimiento de una normativa más flexible tiende a favorecer la adopción de este régimen nacional supletorio mediante la domiciliación de la sociedad europea en el territorio donde esta normativa sea de aplicación (63).

(63) ENRIQUES (*ob. cit.*, pág. 390 y sigs.) destaca las diferencias en materias confiadas a la regulación nacional, tales como las relativas a las exigencias del capital social, a las acciones y sus clases, y las vías de financiación de la sociedad. Con carácter general, sobre las diferencias de regímenes legales aplicables, AA.VV., *Armonie e disarmonie nel Diritto Comunitario delle società di capitali*, Ed. Rivista delle Società, Milán, 2003, y AA.VV., *European company law: towards democracy?*, Ed. Ashgate/Darmouth, 1998; AA.VV., *European company laws : a comparative approach*, Ed. Dartmouth, Hants, 1993.

En todo caso, el principio de sede real no se aprecia como un impedimento relevante para las empresas de carácter trasnacional en la elección del foro. No existen costes relevantes respecto del establecimiento de su domicilio en el lugar, dentro del espacio comunitario, que sea más favorable para sus intereses o para el de los fundadores de la SE (64).

C) FUTUROS DESARROLLOS ESTATUTARIOS DE LA SE. EL CAMBIO DEL SISTEMA

El artículo 69 RESAE en su letra d, dado el carácter transitorio del Reglamento comunitario, dispone que en el plazo de cinco años tras la entrada en vigor del mismo, la Comisión ha de presentar al Consejo y al Parlamento Europeo un informe relativo a los aspectos de regulación que puedan ser desarrollados. En el mismo, entre otros extremos, se ha de analizar la conveniencia de permitir disposiciones en los Estatutos de la sociedad europea que se aparten de las regulaciones nacionales de desarrollo y ejecución del Reglamento. Y ello, incluso, cuando tampoco tales disposiciones estatutarias fueran inscribibles en caso de tratarse de una sociedad anónima con domicilio social en el Estado miembro.

La posibilidad, acogida en el artículo 69 RESAE, de una posterior modificación del sistema de fuentes de la sociedad europea puede incidir en el esquema actual. De esta forma se permite, de una parte, que por vía estatutaria se pueda superponer, en un futuro, la libertad estatutaria a las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las Sociedades europeas. Esta autorización comporta la modificación del sistema de fuentes que se contempla en el artículo 9 RESAE, que, a su vez, establece la necesidad de autorización expresa del reglamento para la aplicación de las disposiciones estatutarias con carácter preferente a estas normas (art. 9, letras b y c).

Por otra parte, esta disposición se debe comprender a partir del carácter político y de consenso del cual resulta la regulación actual, que desvirtúa la pretensión de alcanzar un completo y sistemático régimen jurídico de la sociedad europea. El ambicioso proyecto de dotar a la SE de un régimen jurídico propio se mantiene mediante esta previsión, no obstante la adopción, en la regulación en vigor, de una técnica reguladora compleja, que exige una continua interrelación de normas comunitarias y nacionales. La solución actual es debida, en buena parte, al estado de armonización existente en sede de sociedades. Por lo tanto, la previsión del artículo 69 RESAE encuentra justificación en la

(64) También MIOLA (*ob. cit.*, pág. 391-2) apunta que la empresa multinacional no ha de encontrar mayores costes en el establecimiento de su administración central donde más le interese, lo cual puede hacer irrelevante el principio de sede real que impone el Reglamento.

espera de futuras aproximaciones legislativas en sede societaria, respecto de las cuales la sociedad europea, ya mediante la introducción de nuevas normas de carácter material en el Reglamento, puede jugar una posición angular (65).

Consecuentemente, la modificación que contempla el artículo 69 RESAE abre la posibilidad de desvirtuar el principio de igualdad de la sociedad europea y la sociedad anónima nacional, mediante la admisión de cláusulas estatutarias que contradigan la regulación nacional prevista para las sociedades anónimas. Esta medida encuentra su fundamento en la pretensión, en un futuro a medio plazo, de armonización del derecho en esta materia, con incremento del régimen imperativo común de la sociedad europea. Este giro en la regulación de la SE, que, a partir de entonces, adquiriría un carácter preminentemente comunitario, permitiría la atribución del régimen supletorio directo a los Estatutos sociales, con preferencia a las leyes nacionales de cada una de estas sociedades.

No obstante, se han de introducir matizaciones en cuanto a la facultad concedida por este artículo a la Comisión europea de examinar la conveniencia de autorizar a los Estados miembros para que puedan permitir disposiciones estatutarias referentes a las sociedades europeas domiciliadas en su territorio que no sean admisibles para las sociedades nacionales. En primer lugar, aun cuando se autorice esta posibilidad, su ejercicio corresponde a cada uno de los Estados miembros. Esta atribución a cada uno de los Estados de flexibilización del régimen jurídico de la SE domiciliada en su territorio, sin embargo, puede ser reconocida como una medida tendente a favorecer el *forum shopping*. La ejecución de esta opción normativa por un Estado miembro puede abrir la «Caja de Pandora» de una competencia legislativa que, en el estado actual de la regulación, se halla restringida, dado el grado de armonización existente en materia de sociedades. Desde perspectiva distinta, la experiencia de las SE de carácter nacional puede llevar, en el medio plazo, junto con el desarrollo de medidas comunes desde el Derecho comunitario, a la aparición de una sociedad «realmente» europea, en contraposición a las formas híbridas actuales (66).

Por otra parte, esta posibilidad de reordenación del sistema de fuentes, en la pretensión de la formación de una «verdadera» sociedad europea, se ha de

(65) Destaca ROMERO FERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 23) que el sistema adoptado obedece al tributo que resulta del avance hacia la armonización de Derecho societario, modelo que, a largo plazo, se adaptará por las presiones ejercidas por el mercado, con base en la experiencia de esta figura.

(66) Por otra parte, MIOLA (*ob. cit.*, págs. 333 a 342) señala que el margen de flexibilidad contemplado en las directivas permite encontrar un espacio a la competencia entre ordenamientos, pero advierte, también que ésta no necesariamente se ha de resolver en una competencia de «desvalorización», sino que puede mejorar la eficiencia de las legislaciones nacionales. Y a ello MENJUCQ (*La société européenne...*, pág. 246) añade que la pretendida armonización del Derecho de sociedades comunitario puede ser alcanzada, por esta vía, a través de la concurrencia de los derechos nacionales.

ajustar, igualmente, a la normativa de carácter comunitario que sea de aplicación. Es decir, el mayor espacio concedido a la libertad de pactos estatutarios que reconoce la norma ha de atender, en primer lugar, a la regulación imperativa contenida en el Reglamento comunitario de la SE o a su eventual revisión. Además de este primer límite, no se puede obviar que la SE, en cuanto sociedad de capital dotada de personalidad propia, se ha de equiparar a la naturaleza jurídica de las restantes sociedades anónimas nacionales. En consecuencia, a ella serán también aplicables los contenidos de las Directivas en vigor en sede de sociedades (67).

Solamente de este modo se mantiene la institución de la sociedad anónima europea, frente a otras aspiraciones de regulación comunitaria de sociedades, en particular la «sociedad privada europea». La regulación comunitaria ha de reconocer, independientemente de las formas nacionales adoptadas, un único modelo de sociedad anónima, o bien la distinción entre «grandes y pequeñas sociedades anónimas». En todo caso, su régimen jurídico ha de contener, como consecuencia de los intereses concurrentes, una serie de restricciones a la libertad de configuración estatutaria de la SE.

Esta orientación normativa, por otra parte, ha de tener una influencia directa en la regulación de una futura «sociedad privada europea». Por un lado, sirve de fundamento para su desarrollo normativo, en cuanto la existencia de una sociedad anónima europea, sede en la que se ha alcanzado una mayor armonización legislativa, abre el camino a la adopción de otras formas societarias dentro del ámbito comunitario. En segundo lugar, la delimitación de un espacio restrictivo al desarrollo estatutario de la SE atiende a la necesidad de asunción por el Reglamento de las soluciones ya adoptadas con carácter de mínimos por las Directivas en las materias no reguladas en él, lo cual deja un espacio propio a la «sociedad privada europea», como modelo diferenciado. Esta última sociedad, en contraposición a la sociedad anónima europea, y de forma paralela a las distintas modalidades de sociedades nacionales de responsabilidad limitada, debe partir de un principio de amplia libertad estatutaria en la organización de las relaciones entre los socios y de éstos con la sociedad (68).

LUIS HERNANDO CEBRIÁ

Doctor en Derecho

Profesor asociado de Derecho Mercantil
de la Universidad de Valencia

(67) Apunta FOUASSIER («Le statut de la Société européenne: un nouvel instrument juridique au service des entreprises», en *Revue du Marche Commun*, núm. 445, 2001, pág. 85 y sigs., pág. 87) a un futuro proceso de convergencia voluntaria de legislaciones a la luz del régimen previsto para la sociedad europea.

(68) Sobre este particular, vid. LA SOCIÉTÉ FERMÉE EUROPÉENNE, «Une alternative à la société anonyme européenne», en *Economie et Compatibilité*, núm. 202, 1998, págs. 16 a 20.