

NORMAS COMUNES A LOS SISTEMAS  
DE ADMINISTRACIÓN MONISTA  
Y DUAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA\*  
*COMMON NORMS TO THE ONE-TIER AND TWO-TIER  
SYSTEMS OF THE EUROPEAN COMPANY*

Carlos Ernesto ARCUDIA HERNÁNDEZ\*\*

**RESUMEN:** La Sociedad Anónima Europea (SE) es una solución de compromiso entre diversas tendencias del derecho europeo de sociedades. En efecto, la SE se presenta como un híbrido comunitario-nacional con una estructura de fuentes compleja que toma determinados matices dependiendo de la legislación interna del Estado miembro de la UE. De entre los muchos aspectos que conforman el régimen jurídico de la SE está la organización de la administración social. La misma puede llevarse a cabo mediante un sistema monista o un sistema dual. Ambos sistemas tienen cierta convergencia en las normas comunes a ambos sistemas de administración. Analizaremos la posibilidad de que exista un administrador-persona jurídica, los nombramientos especiales y las operaciones sujetas a autorización. El estudio se hace desde la perspectiva de una SE domiciliada en España, a efectos de complementar la legislación comunitaria con la legislación española.

**Palabras clave:** Sociedad Anónima Europea, derecho comunitario, sistema monista, sistema dual, España.

**ABSTRACT:** *The European Company (SE) is a solution of commitment between diverse tendencies of the Law of European societies. Indeed, SE appears like a communitarian-national hybrid with a complex structure of sources that takes certain shades following the internal legislation from the Member State of the EU. Among the many aspects that conform the legal regime of she is the organization of the social administration. The same can carry out by means of a one-tier system or a two-tier system. Both systems have certain convergence in the common norms to both management systems. We will analyze the special possibility that an administrator exists legal person, appointments and the subject operations to authorization. The study is done from the point of view of an SE domiciled in Spain, with the object of complementing the communitarian legislation with the Spanish legislation.*

**Descriptors:** *European Company, european union law, one-tier system, two-tier system, Spain.*

\* Artículo recibido el 18 de febrero de 2009 y aceptado para su publicación el 31 de julio de 2009.

\*\* Doctor en derecho mercantil por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Campus Huasteca.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLIII, núm. 127,  
enero-abril de 2010, pp. 73-100

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La SE en el marco del derecho comunitario y el mercado interior europeo*. III. *Los sistemas de administración*. IV. *Administrador-persona jurídica*. V. *Nombramientos especiales*. VI. *Operaciones sujetas a autorización*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La Sociedad Anónima Europea, mejor conocida por su denominación latina *Societas Europae* y su sigla SE, es una especialidad de la sociedad anónima. Esta sociedad, que se caracteriza por estar sometida al derecho comunitario, ya que debe constituirse con arreglo al Reglamento CE 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE), así como las normas derivadas de la transposición de 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 los trabajadores (DITSE).<sup>1</sup>

La adopción del RESE marca una solución de compromiso a dos tendencias en el derecho de sociedades europeo. Se crea un híbrido normativo comunitario-nacional, y por otro lado, se acepta la posibilidad de optar por el sistema monista o el sistema dual de administración.

## II. LA SE EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL MERCADO INTERIOR EUROPEO

Para comprender mejor la naturaleza jurídica de la SE es conveniente hacer un repaso del derecho comunitario europeo, enfocándonos principalmente en los reglamentos comunitarios y las directivas; así como en los principios de primacía y de aplicación directa del derecho comunitario.

<sup>1</sup> Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de derecho mercantil*, 30a. ed., Madrid, Aranzadi, 2007, pp. 579 y 580.

### 1. *El sistema de normas del derecho comunitario*

El sistema de normas de la Unión Europea se apoya en una *summa divisio* entre las normas originarias y derivadas que estaba presente desde el origen de la construcción europea.

La norma originaria se identifica sustancialmente con los tratados constitutivos y las normas convencionales que los han modificado a lo largo del tiempo.<sup>2</sup>

Las normas derivadas en el sistema europeo se cualifican esencialmente por tratarse de un conjunto de modos de instrumentación jurídica con fundamento en la norma constitutiva. El grueso de estas normas proviene del sistema de atribución de competencias que, constituyendo la esencia misma del modelo comunitario, otorga al sistema institucional los poderes jurídicos necesarios para la consecución de los fines y objetivos establecidos en la norma originaria. Los reglamentos y las directivas son la expresión más acabada de las normas derivadas.<sup>3</sup>

### 2. *Los reglamentos y las directivas comunitarias*

El artículo 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) establece que “el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. Se trata indiscutiblemente del instrumento de regulación jurídica más acabado dentro del sistema comunitario.

<sup>2</sup> Sus características básicas pueden agruparse en torno a tres ejes fundamentales:  
a) Tanto material como formalmente se trata de normas jurídico-internacionales y, en consecuencia, regidas por las normas de derecho internacional general aplicables a los tratados internacionales. b) Como elemento de normatividad esencial, revisten una dimensión “constitucional” que se manifiesta en sus contenidos (establecen los principios, determinan los poderes atribuidos y sus límites, estructuran el sistema institucional y la distribución de sus poderes y funciones, así como los procedimientos para su ejercicio y control) y en la garantía de su preeminencia sobre cualquier otra norma. c) Como elemento de regulación, las normas originarias de la Unión Europea contienen regulaciones materiales específicas (así, las relativas a las libertades comunitarias, a las reglas de competencia o a las políticas comunes). Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D., *Instituciones y derechos de la Unión Europea*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 334 y 335.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 335.

Al reglamento lo definen dos propiedades muy poco comunes en el derecho internacional: su carácter comunitario, que consiste en la particularidad de imponer el mismo derecho a toda la Comunidad sin tener en cuenta las fronteras, y de ser válido de manera uniforme e íntegra en todos los Estados miembros.<sup>4</sup>

Y además, su aplicabilidad directa, es decir, que los reglamentos establecen un derecho idéntico sin necesidad de una normativa especial de aplicación de carácter nacional del Estado, y confieren o imponen a los ciudadanos comunitarios derechos y obligaciones, igualmente directos.<sup>5</sup>

En punto a las directivas, el artículo 249 del TCE dispone que “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

Se trata en esta perspectiva de un instrumento regulador sin alcance general. Frente a la plenitud de la obligatoriedad del reglamento, la directiva tiene una obligatoriedad parcial que recae sobre el elemento “resultado” y, desde luego, que en la medida en que deja en manos de las autoridades nacionales la elección de la “forma y medios” de darle efectividad en el orden interno, es decir, requiere la intermediación estatal, carece de definición y aplicabilidad directa.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Esto significa que los Estados no pueden, por ejemplo, aplicar las disposiciones de un reglamento de forma parcial, o decidir cuáles aplican para, de esta forma, excluir las normas a las que un Estado miembro se ha opuesto en el procedimiento de decisión, o que son contrarias a ciertos intereses nacionales. Los Estados miembros tampoco pueden sustraerse a la obligatoriedad de las disposiciones reglamentarias amparándose en normas y usos del derecho nacional. Borchadt, K., *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000, p. 63.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>6</sup> La directiva es un instrumento jurídico que responde, esencialmente, a los siguientes caracteres: a) La directiva impone a los Estados una obligación de resultado que debe ser cumplida en el plazo determinado por la propia directiva; b) Concebida como tal obligación de ejecución, la directiva no sólo exige la consecución en abstracto de un resultado, sino que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas nacionales necesarias para alcanzar dicho resultado con la libertad de elección de la forma y de los medios; y c) La vinculación de los efectos jurídicos a la norma nacional de transposición constituye el tercero de los elementos esenciales en la configuración formal de la directiva en el TCE. Ésta es la característica fundamental que traslada la ausencia de aplicabilidad y de eficacia directa de la directiva. Y es, tam-

### 3. *Relaciones del derecho comunitario con el derecho nacional*

Las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional se caracterizan igualmente por el hecho de que el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos nacionales a veces se enfrentan. Esta situación se produce siempre que una disposición de derecho comunitario establece derechos y obligaciones directos para los ciudadanos de la Comunidad y su contenido contradice una norma de derecho nacional. Tras esta problemática en apariencia tan sencilla, se ocultan dos cuestiones fundamentales acerca de la estructura de la Unión Europea (UE), cuya solución vendría a construir la piedra de toque de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario: la aplicación directa del derecho comunitario y la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional correspondiente.<sup>7</sup>

En punto a la aplicabilidad directa del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) la impuso contra la resistencia inicial de algunos Estados miembros, y garantizó la existencia del ordenamiento jurídico comunitario.

El punto de partida de su jurisprudencia fue el caso de la empresa de transportes neerlandesa Van Gend & Loos.<sup>8</sup>

El TJCE se pronunció en contra del parecer de numerosos gobiernos y sus abogados generales, a favor de la aplicabilidad directa de las disposiciones del derecho comunitario; alegando la naturaleza y la finalidad de la Comunidad. En su exposición de motivos, el TJCE señalaba:

que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico... cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales

bién, la que introduce un alto grado de complejidad en este instrumento jurídico. Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D., *op. cit.*, nota 2, pp. 366 y 367.

<sup>7</sup> Borchadt, K., *op. cit.*, nota 4, p. 97.

<sup>8</sup> La empresa neerlandesa Van Deer & Loos se opuso ante un tribunal de los Países Bajos al aumento de los derechos de aduana por la importación de un producto químico de la República Federal de Alemania. El resultado de este litigio dependía en última instancia de si los individuos pueden invocar el antiguo artículo 12 del Tratado CEE (actualmente, artículo 25 del Tratado CE), que prohíbe expresamente a los Estados miembros la introducción de nuevos derechos de aduana y el aumento de los ya existentes en el mercado común, para impugnar un arancel contrario a los tratados. STJCE de 5 de febrero de 1963 en el asunto 26/62 Van Gend & Loos.

que, en consecuencia, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares está también destinado a generar derechos, que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias.<sup>9</sup>

Ahora bien, la aplicabilidad directa de una disposición de derecho comunitario plantea una segunda cuestión igualmente fundamental: ¿qué sucede si una disposición de derecho comunitario establece derechos y obligaciones directos para los ciudadanos comunitarios y su contenido está en contradicción con una norma de derecho nacional?

Así las cosas, el TJCE el que impuso el inevitable principio de la primacía del derecho comunitario a causa de sus consecuencias para la existencia del ordenamiento jurídico comunitario. En el asunto Costa/ENEL, el TJCE realizó dos observaciones:

1. Los Estados han transferido de forma definitiva derechos de soberanía a la Comunidad creada por ellos. Y no pueden revocar dicha transferencia con medidas posteriores y unilaterales incompatibles con el concepto de Comunidad.
2. Uno de los principios del Tratado es que ningún Estado miembro puede atentar contra la peculiaridad del derecho comunitario consistente en tener validez uniforme e íntegra en todo el ámbito de la Comunidad.<sup>10</sup>

#### 4. *El sistema de fuentes de la SE*

Como es sabido, en la versión definitiva del RESE se consolida una concepción de la SE como forma de empresa sometida al derecho comunitario directamente aplicable en el conjunto de la Comuni-

<sup>9</sup> Véase Borchadt, K., *op. cit.*, nota 4, p. 98.

<sup>10</sup> De todo ello se desprende que el derecho comunitario, establecido con arreglo a las competencias de los tratados, tiene preeminencia sobre el derecho de los Estados miembros. No sólo prima sobre el derecho nacional anterior, sino que desarrolla un efecto de bloqueo también respecto del derecho establecido posteriormente. STJCE de 15 de julio de 1964 en el asunto 6/64, Costa/ENEL.

dad, pero integrada en una cierta medida en el derecho interno del Estado miembro donde establezca su domicilio. Esta nueva concepción se refleja en el régimen de fuentes, y en el carácter simplificado y fragmentario de las normas comunitarias del RESE.

La normativa aplicable, siguiendo el sistema general del artículo 9o. del RESE, se puede ordenar como sigue. En primer lugar, el RESE establece un mínimo imperativo y, en su caso, autoriza expresamente a los estatutos de la SE para regular determinados aspectos. En segundo lugar, prevé que los Estados miembros dicten normas específicas para la SE domiciliadas en su territorio, que deberán ser conformes con las directivas aplicables a las SA. En tercer lugar, declara con carácter general, y en ocasiones de forma expresa, aplicables a las SE domiciliadas en su territorio, las disposiciones establecidas para las SA nacionales. En cuarto lugar, y finalmente, permite la autonomía estatutaria en las mismas condiciones que para las SA nacionales.<sup>11</sup>

En punto a los aspectos orgánicos, está claro que con el abandono de hecho de los trabajos de la propuesta de quinta directiva sobre estructura de las SA y con la aprobación del Estatuto de la SE se ha puesto fin a una etapa sobre el modelo de gobierno del derecho comunitario de la SA, que en esta materia pretendía anticipar el Estatuto de la SE.

En efecto, por un lado, se renuncia a la inicial concepción pluralista de la SE y a su articulación organizativa a través del sistema dual y de la necesaria incorporación de los trabajadores en los órganos societarios, y, por otro lado, se desplaza hacia el derecho nacional del domicilio de la SE la posibilidad de seguir una u otra concepción y

<sup>11</sup> Esteban Velasco, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la Sociedad Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 29, 2001, p. 66. Pues bien, para el caso que nos ocupa, una SE domiciliada en España se regirá por el RESE y por sus estatutos, en tanto esa disposición lo consienta. Su régimen se completa con relación a las materias no reguladas por el Reglamento, en primer término, por la Ley 19/2005 sobre la Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España que modificó la Ley de Sociedades Anónimas, agregándole el capítulo XII que regula la sociedad anónima europea; así como la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre Implicación de los Trabajadores en las Sociedades Europeas que ha traspuesto la DITSE; y, en segundo lugar, por las normas de la Ley de Sociedades Anónimas española (LSA), así como por los estatutos que apruebe la propia SE.

una u otra estructura orgánica en función del derecho interno y del espacio de autorreglamentación de las partes implicadas. Este vacío comunitario podrá ser visto como una frustración por quienes esperaban el impulso comunitario para nuevos avances en un modelo al mismo tiempo funcional y de composición pluralista de intereses o podrá ser saludado como un progreso al dejar en manos de los derechos nacionales (tendencialmente flexibles por el principio de la competencia entre ordenamientos) y, sobre todo, de la propia autonomía estatutaria la plasmación de la solución más adecuada.<sup>12</sup>

Coincidimos con Sánchez Calero en el sentido de que esta modalidad de sociedad anónima, que en principio tendía a un régimen uniforme dentro de lo que hoy es la Unión Europea, ha resultado con un régimen complejo que sólo en forma reducida ha alcanzado la unidad de régimen deseado.<sup>13</sup>

##### 5. *La SE y el mercado interno*

La idea de crear un mercado común se encuentra en los orígenes de la Comunidad Europea. El Tratado de la CE, que entró en vigor el 1o. de enero de 1958, instauró las condiciones para la creación de un mercado común. Para ello definió los plazos necesarios para la formación de una unión aduanera y los requisitos necesarios para el establecimiento de la libertad de circulación de los factores productivos: trabajo y capital.

En cuanto al establecimiento de la libertad de circulación de los factores productivos, hemos de distinguir:

1) La libertad de circulación de personas: el Tratado CE regula esta libertad en el marco exclusivo de la libre circulación de trabajadores.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>13</sup> De lo expuesto se deduce que aun cuando la SE tenga en parte un régimen común en cualquiera que sea el Estado de la Unión Europea en que se domicilie, el dato de la fijación del domicilio en uno de ellos —en nuestro caso en España— hace que ese régimen se complete con el nacional de las sociedades anónimas y otras normas especiales. Véase Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J., *op. cit.*, nota 1, p. 580.



2) La libertad absoluta de circulación de capitales no estaba prevista en el Tratado CE, y sólo se llevaría a cabo en la medida que fuera necesaria para el buen funcionamiento del mercado común.

3) La libertad de establecimiento y de prestación de servicios a través de fronteras también fue regulada en el Tratado CE. Concretamente, no debía existir ningún impedimento, salvo para las actividades expresamente excluidas (material de guerra o actividades de la administración pública), para poder ejercer una actividad en otro Estado miembro, tanto para las personas físicas y jurídicas.

Con objeto de profundizar la construcción del mercado común, la Comisión Europea presentó en 1985 el Libro Blanco sobre el mercado interior. En él se definían las 279 disposiciones consideradas necesarias para eliminar las trabas existentes en el mercado común y asemejarlo a un mercado nacional, de ahí la denominación de mercado interior. El tiempo propuesto para adoptarlas y materializarlas fue de cinco años.<sup>14</sup>

De acuerdo con el Libro Blanco, los ámbitos en los cuales se había de actuar para conseguir el mercado interior eran los siguientes: eliminación de fronteras físicas; eliminación de las fronteras técnicas, y eliminación de las fronteras fiscales.<sup>15</sup>

Es en el marco del Libro Blanco que se relanza la propuesta de crear una SE como una de las condiciones necesarias para llevar a cabo el mercado interior.

Pues bien, una vez analizados el fundamento legal y de mercado de la SE abordaremos los aspectos orgánicos comunes a ambos sistemas de administración.

### III. LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN

La estructura orgánica es uno de los aspectos que tradicionalmente resultó problemático en los debates sobre la SE, pero progresivamen-

<sup>14</sup> El Libro Blanco recibió el apoyo del Consejo Europeo de Milán en junio de 1985 y, seguidamente, se convocó a conferencia intergubernamental para negociar las modificaciones de los tratados constitutivos necesarias tanto para el logro del objetivo del mercado interior y nuevas políticas comunitarias.

<sup>15</sup> Muns, J., *Lecturas de integración económica*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2005, p. 174.

te su importancia se ha ido diluyendo en el contexto del Reglamento sobre el Estatuto de la SE al estancarse los trabajos sobre la armonización de la propuesta de quinta directiva sobre la estructura de las sociedades anónimas (1972-1983), al incrementarse la flexibilidad de las propuestas iniciales sobre la SE (las de 1970 y 1975) y al remitirse en gran medida a la regulación de la materia en el propio Reglamento a los ordenamientos jurídicos nacionales (como sucede en el texto aprobado).

La materia, pues, ha perdido la centralidad de antaño (alternativa entre sistemas monista y dual, correspondiente al estatuto de los miembros y distribución de competencias entre los órganos y cláusula de interés social), salvo en la dimensión que conecta con la participación de los trabajadores en el debate, hoy abierto en general en materia de estructura orgánica, sobre eventuales medidas de desregulación —más adelgazamiento normativo de la SE— para acoger recomendaciones de aceptación voluntaria por las concretas sociedades y, de forma más difusa y débil, sobre si conviene establecer en el ámbito europeo algunos principios de gobierno de las grandes sociedades (en esencia, sociedades cotizadas).<sup>16</sup>

Una de las especialidades del régimen de la SE radica en que además de la Junta General,<sup>17</sup> regida por normas que en algunos aspectos se apartaban del régimen de la LSA, puede organizar la administración bien mediante el sistema dual, formado por un órgano de control y un órgano de dirección, o bien mediante el sistema monista, caracterizado por un único órgano de administración.<sup>18</sup>

### 1. *Sistema monista*

En el órgano de administración del sistema monista residen las competencias de administración y control de la sociedad. Este sistema es el que ha seguido la LSA española.

El artículo 328 de la LSA reformado por la Ley 19/2005, de 19 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea Domiciliada en

<sup>16</sup> Véase Esteban Velasco, G., *op. cit.*, nota 11, p. 66.

<sup>17</sup> La Junta General en la legislación mexicana se corresponde con la Asamblea General de Accionistas.

<sup>18</sup> Véase Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J., *op. cit.*, nota 1, p. 583.

España, establece que en el caso de que se opte por un sistema de administración monista, será de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la LSA para los administradores de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga el RESE y la Ley 31/2006 que traspuso la DITSE a la legislación española.

El órgano administrativo puede optar por las formas establecidas en el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM): administrador único; varios administradores que actúen solidariamente; dos administradores que actúen conjuntamente o un Consejo de Administración.

No obstante, y como veremos más adelante, las funciones pueden ser objeto de delegación con las restricciones que impone la propia ley.

## 2. *Sistema dual*

El sistema dual proviene del derecho germano. En este sistema, la administración se confía a dos órganos: el Consejo de Dirección o *Vorstand* (VR) y el Consejo de Vigilancia o *Aufsichtsrat* (AF).

El VR se encarga de la gestión y representación de la sociedad bajo su responsabilidad. Tiene cierta independencia en el ejercicio de sus funciones, aunque la Junta General del AF puede pronunciarse en algunas cuestiones, en específico el VR puede solicitar de la Junta General una decisión o bien requerir el consentimiento del AF para ciertas operaciones.<sup>19</sup>

El AF vigila y controla la gestión de la sociedad. Esta función de control la realiza mediante la aprobación de determinadas operaciones del VR; mediante la exigencia de informes anuales, trimestrales y extraordinarios elaborados por el VR; vía el nombramiento de los miembros del VR, por la fijación de la remuneración del VR, apro-

<sup>19</sup> El VR es nombrado por el AF en pleno. Se requiere mayoría doble, esto es, mayoría simple del AF en pleno y mayoría absoluta de los miembros del AF nombrados por la Junta General. Este sistema de doble mayoría tiene el fin de evitar que los trabajadores y los consejeros de la minoría superen en voto a los consejeros nombrados por los accionistas mayoritarios. El AF acuerda un contrato de trabajo con los miembros del VR.

bación y revisión de las cuentas; entre otras facultades que le concede la ley.<sup>20</sup>

El inciso b) del artículo 38 del RESE establece la posibilidad de optar por el sistema monista o por el sistema dual de administración.<sup>21</sup> Asimismo, establece que los Estados que no cuenten con uno u otro sistema de administración deberán hacer las adaptaciones legales pertinentes para que las SE puedan optar por uno u otro sistema (artículos 39.5 y 43.4, RESE).<sup>22</sup>

En el caso español, la Ley 19/2005 introduce el sistema dual de administración para las SE domiciliadas en España.<sup>23</sup> Al VR se le denomina Dirección o Consejo de Dirección (en el caso de ser un órgano colegiado);<sup>24</sup> al AF se le denomina Consejo de Vigilancia.

Llegados a este punto, debemos señalar que el RESE regula el sistema dual de los artículos 39 al 42; el sistema monista de los artículos 43 al 45. Por último, establece una serie de normas comunes a ambos sistemas de administración de los artículos 46 al 51. Para efectos del presente trabajo, nos centraremos en los aspectos comunes a ambos sistemas de administración contenidos en el artículo 47 y 48

<sup>20</sup> El AF es nombrado por la Junta General, y los trabajadores tienen derecho a designar un tercio de los miembros del AF, por lo que estamos ante un caso de co-gestión. Véase Morillas, J. y Grechenig, K., “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”, *Revista de Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre de 2002, pp. 9-14.

<sup>21</sup> Una de las cuestiones que más se liberalizó a lo largo de los más de 30 años que tardó la aprobación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea fue el relativo al sistema de administración. En la propuesta de 1970-1975 se establecía como obligatorio el sistema dualista de origen alemán. En la propuesta de 1991 se contemplaba la facultad de optar por cualquiera de ellos, pero se otorgaba a cada Estado miembro la posibilidad de imponer uno u otro a las SE domiciliadas en su territorio. Véase *ibidem*, p. 6.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>23</sup> El considerando III de la Ley 19/2005 señala que uno de los problemas de mayor complejidad que planteaba al legislador español el RESE ha sido la posibilidad de extender la opción del sistema dual a la totalidad de las sociedades anónimas constituidas en España. El legislador optó por respetar el sistema monista español en espera de que la práctica permita apreciar si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España prefieren el sistema monista o el sistema dual y, en este último caso, cuáles son los principales problemas operativos de este modelo de organización.

<sup>24</sup> Véase los artículos 329 y 331.1 de la LSA modificada por la Ley 19/2005.

RESE; a saber: el administrador-persona jurídica,<sup>25</sup> los nombramientos especiales y las operaciones sujetas a autorización.

#### IV. ADMINISTRADOR-PERSONA JURÍDICA

##### 1. *Regulación en el RESE y la LSA*

Si la legislación nacional no lo prohíbe por vía estatutaria, podrá establecerse que una sociedad u otra entidad jurídica<sup>26</sup> pueda ser miembro de uno de sus órganos.

En el caso de que se nombre a un representante-persona jurídica, el RESE establece la obligación de nombrar una persona física que lo represente ante el órgano en el que participe, para que ejerza los poderes conferidos a la sociedad o entidad jurídica.

Por lo que respecta a la legislación española, en la regulación del sistema monista en España, el artículo 8f, LSA, establece que en la escritura de constitución de la sociedad se expresarán los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueran personas físicas, o su *denominación social* si fueran personas jurídicas. Esta disposición es completada por el artículo 143 del RRM, el cual dispone que en caso de administrador-persona jurídica no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquella haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

Para el sistema dual, el artículo 333 de la LSA modificada por la Ley 19/2005 establece que para el Consejo de Control será de aplicación lo previsto en relación al Consejo de Administración de las

<sup>25</sup> La persona jurídica del derecho español equivale a la persona moral del derecho mexicano.

<sup>26</sup> Esta expresión —según Esteban Velasco— se debe a que en algunas legislaciones nacionales el concepto de persona jurídica se aplica solamente a las sociedades que limitan la responsabilidad, como ocurre en Alemania y en Italia. En estos países, una sociedad colectiva, una fundación o una asociación no son consideradas personas jurídicas. Con objeto de que no se restringiera la participación de las organizaciones antes mencionadas, se utilizó el término entidad jurídica.

SA. Por lo tanto, en el derecho español es perfectamente posible que participen personas jurídicas en el órgano de vigilancia.

## 2. *Consideraciones sobre el administrador-persona jurídica*

### A. *Controversias sobre el administrador-persona jurídica*

La posibilidad de que una persona jurídica pueda ocupar el cargo de administrador en una sociedad no ha sido resuelta de manera uniforme en el derecho comunitario.<sup>27</sup> El carácter híbrido-nacional de la SE ocasiona que, dependiendo del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio, existirá —o no— la posibilidad de administradores-personas jurídicas.

En la doctrina hay controversia en torno a esta figura, existen ciertas ventajas e inconvenientes que hacen que no sea fácil adoptar una postura enteramente a favor o en contra de los administradores que son personas jurídicas.

En el derecho español, Girón Tena cuestiona la posibilidad de que el administrador sea una persona jurídica basándose en el *intuitus personae*, es decir “hay que entender que la Ley quiere que las condiciones personales sean las que se tengan en cuenta para el cargo, y al permitirse que lo ocupen las personas jurídicas, se produce una desviación del espíritu de la Ley”.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> En Alemania, la ley establece que los miembros del Consejo de Dirección podrán ser únicamente personas físicas; en el Reino Unido, tampoco parece admisible la persona jurídica administradora; en Grecia, se acepta expresamente; en Bélgica, la ley nada dice, pero la *Court de Cassation* ha admitido la posibilidad; la legislación portuguesa solamente permite que los administradores sean personas físicas; la ley francesa de 1966 permite que las personas jurídicas sean administradores siempre que nombren un representante permanente; por último, en el Proyecto de Quinta Directiva se establece que en el órgano de dirección solamente podrán participar personas físicas, aunque deja abierta la posibilidad de que participen personas jurídicas en el órgano de vigilancia, nombrando un representante permanente siempre que la legislación del Estado miembro lo permita. Véase Prada González, J., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, en *id.* (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II: *Sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2299-2302.

<sup>28</sup> Girón Tena, J., *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1952, p. 351.

En contra, Polo Sánchez establece que el *intuitus personae* no sólo lo podemos encontrar en las personas físicas, sino que también lo tienen las personas jurídicas, ya que tomando en cuenta la acepción común del término consiste en una serie de circunstancias y condiciones que rodean a la persona y la caracterizan, factores que pueden ser identificados en una persona jurídica, “no en balde poseen las sociedades una personalidad propia, medios propios de acción y una competencia técnica en virtud de los cuales su presencia en un Consejo ofrece a la sociedad administrada un interés considerable”.<sup>29</sup>

En nuestra opinión, para el adecuado funcionamiento del o los órganos de administración, las relaciones entre las personas físicas que los componen son importantes. El hecho de que una sociedad tenga una determinada capacidad técnica nada nos garantiza sobre las características personales de su representante-persona física en el órgano de administración.

Ahora bien, uno de los problemas más delicados y que generan oposición es la variabilidad de la persona física representante de la sociedad. La falta de una representación estable en el o los órganos de administración constituyen un problema para la sociedad administrada, y que no solamente afecta la administración coherente y ordenada que la sociedad supone, sino que también afecta a la continuidad de la conducta a seguir por el administrador, imposible de existir si no es siempre la misma persona física la que acude a las sesiones del Consejo de Administración.<sup>30</sup> Un posible inconveniente sería establecer, como en la Ley de Sociedades Anónimas francesa de 1966, que el representante sea permanente.

Como ventaja del administrador-persona jurídica, Polo Sánchez<sup>31</sup> manifiesta que la posibilidad de que exista un administrador-persona jurídica permitiría a los grupos de sociedades dejar de recurrir a la

<sup>29</sup> Polo Sánchez, E., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 98, octubre-diciembre, p. 204.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>31</sup> Además, en opinión de este autor, viene a eliminar dos cuestiones importantes, la primera, en beneficio de las sociedades controladoras el asegurarse de la fidelidad del administrador, la segunda en protección de la seguridad del tráfico, ya que no es fácil determinar hasta qué punto no era fraudulenta la interposición de persona para eludir responsabilidades como administradores. *Ibidem*, pp. 201-202.

ficción de nombrar personas interpuestas entre la sociedad madre y las filiales para que desempeñen la administración, lo cual constituye el medio más idóneo para asegurar la relación entre los representantes-personas físicas y sus representados, las personas jurídicas.

*B. Problemas que suscita la regulación legal de la LSA*

Además de las objeciones que se han hecho en la doctrina, existen algunos inconvenientes de carácter práctico derivados de la regulación contenida en la LSA y el RRM, de los cuales comentaremos los más importantes:

No se establece en la ley quién debe hacer el nombramiento del representante, aclarando que por jurisprudencia registral que será lógicamente la persona jurídica-administrador; sin que quede claro qué órgano de ésta deba hacer el nombramiento. No obstante, en opinión de Prada González,<sup>32</sup> el nombramiento recaerá sobre el órgano de administración de la persona jurídica, toda vez que a la Junta General solamente se le reconocen facultades deliberantes.

Sobre la posibilidad de que la persona jurídica nombre más de un representante, en opinión de Prada González<sup>33</sup> podrían nombrarse un representante titular y algún o algunos suplentes, también considera factible que se nombre a dos o más representantes que ejerzan su función mancomunadamente. Este último caso es cuestionable, ya que si bien el voto se contará por uno, habrá más de una persona con voz representando a la sociedad.

Por último, comentaremos lo relativo al deber de secreto de los administradores. El artículo 127 quater, LSA, dispone que si bien el deber de secreto recae sobre el representante-persona física es sin perjuicio de la obligación que tengan de informar a la persona jurídica. Por ende, existe la posibilidad de que la información que se tiene en el seno del órgano administrativo llegue a conocerse por otra persona jurídica aun antes de salir a la luz pública, lo cual podría generar ciertos inconvenientes a la sociedad administrada.

<sup>32</sup> Prada González, J., "La persona jurídica administradora...", *cit.*, nota 27, p. 2318.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 2320 y 2321.



## V. NOMBRAMIENTOS ESPECIALES

El artículo 47.4 del RESE nos remite expresamente al ordenamiento nacional, en cuanto las leyes o los estatutos sociales prevean medidas de tutela de las minorías o de otras personas o autoridades para nombrar a una parte de los miembros de los órganos de administración. Para efectos del presente trabajo, abordaremos brevemente tres mecanismos: el sistema de representación proporcional contemplado en la LSA; el de la participación de los trabajadores —del DITSE y la Ley 31/2006—, y el de las empresas públicas.

1. *Sistema proporcional*

Este sistema tiene la finalidad de otorgar a las minorías, bajo determinadas circunstancias, la posibilidad de designar a uno o varios vocales del Consejo de Administración al margen de la votación que se desarrolle. Sus presupuestos son la existencia de un Consejo de Administración en una SA (en el sistema monista), y que exista una agrupación de acciones por la minoría que esté debidamente notificada a la sociedad, cuando menos con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la Junta General.<sup>34</sup>

Durante la celebración de la Junta General, la minoría debe ratificarse como tal procediendo a designar consejero(s) que le(s) corresponda con arreglo a la suma del valor nominal de las acciones que hubieran agrupado. Por cada vocal propietario podrán nombrar hasta tres suplentes.

Los efectos de este sistema de nombramiento son que la minoría no puede participar en la votación para nombrar vocales mientras

<sup>34</sup> Véase Martínez Sanz, F., “Comentarios a los artículos 123, 124, 137 y 141, LSA”, en Arroyo, I. y Embid, J. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Tecnos, 2001, t. II, pp. 1454-1461. El método de nombramiento consiste en que “las acciones que se agrupen voluntariamente hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción”. Este sistema de nombramiento se encuentra regulado más extensamente en el RD 821/1991 de 17 de mayo por el cual se desarrolla el artículo 137 de la LSA.

subsista la agrupación, y que la agrupación subsiste durante todo el plazo de duración en el cargo del vocal nombrado.

El sistema proporcional ha sido severamente criticado desde su introducción en España por la LSA de 1951 en cuanto a cuestiones técnicas, como, por ejemplos, que no se establece si la minoría puede revocar su nombramiento, o bien, la ineficiencia de la norma, ya que se puede restringir su aplicación por vía estatutaria.

También ha sido cuestionado su carácter de representación de minoría, pues más bien tiende a representar a grupos de intereses definidos, estables, constantes y controlables, tales como clases especiales de acciones, entidades públicas, etcétera.<sup>35</sup> Por ende, es un grave riesgo pretender su trasplante a un sistema de representación de grupos, a la representación de coaliciones aleatorias de accionistas, cambiantes, sin otro nexo de unión que su carácter minoritario, y cuya representación queda supeditado a la condición de que su porcentaje de participación en el capital social alcance un cociente indeterminado y arbitrario cuyo divisor queda totalmente en manos del grupo que controla la sociedad.

A estas críticas habría que añadirle que el caso de las sociedades cotizadas, donde la propiedad y la gestión se separan y existen accionistas que se desentienden de sus facultades dominicales, para convertirse en meros inversores, resulta de poca utilidad. Aunado a lo anterior, en estas sociedades el accionariado se encuentra tan disperso que sería difícil alcanzar el porcentaje de votación para nombrar a un representante. Además de que dicho sistema reproduce las pugnas existentes en la Junta General y en el Consejo de Administración.<sup>36</sup>

## 2. *Empresas públicas*

En el caso de las empresas públicas, cuando éstas son mixtas, es decir participan las corporaciones públicas y los particulares, las cor-

<sup>35</sup> Girón Tena, J., *op. cit.*, nota 28, p. 340 y Polo Sánchez, E., “Comentarios del artículo 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas”, en Uría, R. *et al.*, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 1992, t. VI, p. 395.

<sup>36</sup> Véase Trías Sagnier, Miguel, *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 355 y 356.

poraciones tienen derecho a nombrar a sus representantes en el Consejo de Administración.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto del 17 de junio de 1955, prevé para la prestación de los servicios públicos municipales o provinciales la posibilidad de gestionarlos mediante una empresa mixta. Esta empresa puede ser constituida en cualquiera de las formas de sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada. Para su administración, en el artículo 108 del RCSL se establece que los representantes que correspondan a la corporación en los órganos de gobierno y administración de la empresa, serán nombrados por aquella y podrá removerlos libremente.

### *3. Participación de los trabajadores en las empresas*

De las posibles formas de intervención contempladas en la DITSE y traspuestas a la legislación española mediante la Ley 31/2006 del 18 de octubre, sobre Implicación de los Trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas, solamente haremos referencia al derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración (Consejo de Administración en el sistema monista) o de control (Consejo de Vigilancia del sistema dual), que también se le denomina cogestión y proviene del derecho alemán.<sup>37</sup>

La cogestión puede acordarse entre la comisión negociadora de los trabajadores y el órgano de administración o dirección. Para el caso de no llegar a un acuerdo, se estará a lo dispuesto en la Ley 31/2006.

En punto al acuerdo de cogestión, el inciso h) del artículo 11.1 de la Ley 31/2006, establece que si se pacta la participación de los trabajadores en el acuerdo se deberá establecer que los trabajadores elijan representantes: el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tengan derecho a elegir; los procedimientos por los cuales los elijan, y sus derechos.

Ahora bien, para el caso de que así lo decidan las partes o no se alcance un acuerdo, el artículo 20 de la Ley 31/2006 establece algu-

<sup>37</sup> Véase Esteban Velasco, G., “Una aproximación a la estructura orgánica...”, *cit.*, nota 11, pp. 77-83.

nas normas de referencia para regular la participación de los trabajadores. En efecto, el artículo 20.1, inciso a), establece: “en el caso de una SE constituida por transformación, todos los elementos de la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control aplicados antes de la inscripción de la SE continuarán siendo de aplicación en ella”.

Para los demás casos de constitución de una SE, el inciso b) del mencionado artículo 20.1 de la Ley 31/2006 establece que los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales, o sus órganos de representación, tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes antes de la inscripción de la SE en las sociedades participantes.

Si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por normas de participación antes de la inscripción de la SE, esta no estará obligada a establecer ninguna disposición en esta materia, salvo acuerdo en contrario, en términos de lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley 31/2006.

## VI. OPERACIONES SUJETAS A AUTORIZACIÓN

El tema de las operaciones sujetas a autorización se originó en el marco del sistema dual. En primer lugar, se discute la conveniencia o no de establecer un catálogo legal mínimo, en caso de estimarse conveniente la siguiente cuestión a dilucidar, acerca de qué operaciones deben figurar. En segundo lugar, la posibilidad de establecer esas operaciones por vía estatutaria o por acuerdo del órgano de vigilancia. En tercer lugar, las consecuencias de la falta de autorización frente a terceros, y por último, la resolución de conflictos entre el órgano de dirección y el de vigilancia.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Véase *ibidem*, p. 91. Esa discusión se ha transportado también al sistema monista en el marco del movimiento del gobierno corporativo con respecto a las funciones indelegables del Consejo de Administración. Es decir, y utilizando los mismos términos del RESE, las operaciones que requieren de una decisión expresa del órgano de administración.

### 1. *Regulación en el sistema dual*

La regulación del sistema dual de administración en el derecho alemán ha evolucionado desde una marcada intervención del Consejo de Vigilancia en la gestión, hasta limitarla en el sentido de dar su autorización a ciertas operaciones del órgano de dirección.

Para este último extremo, existen tres supuestos de autorización de operaciones: los previstos por la ley, los previstos por los estatutos o los establecidos por el propio Consejo de Vigilancia.

El catálogo legal mínimo aparece en los proyectos de Estatuto de SE de 1970-75, el de 1989 y el de 1991. También está presente en el proyecto de quinta directiva de 1983. Holanda, en su legislación de 1971, adopta un catálogo legal mínimo de operaciones sujetas a autorización. Según Esteban Velasco, es muy difícil establecer por ley un catálogo mínimo de medidas sujetas a autorización, ya que es un tanto complicado determinar qué operaciones deben figurar.<sup>39</sup>

Ahora bien, el derecho alemán establece la obligación de establecer medidas sujetas a autorización por la vía de los estatutos o bien por el propio Consejo de Vigilancia.

Por último, el establecimiento de operaciones por vía estatutaria solamente tiene sentido si se le faculta al Consejo de Vigilancia establecer operaciones. Ya que si solamente se permite la vía estatutaria en el supuesto de la cogestión, se estarían primando los intereses del capital sobre los de los trabajadores.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Esteban Velasco, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1982, p. 475. Para no dejar a los terceros en estado de indefensión deben establecerse algunas medidas que den facultades al órgano de control para autorizar determinadas operaciones como podrían ser las decisiones que afecten el patrimonio de la empresa, las que repercutan en la política general y en la estructura de la empresa. Más que generalizar sobre medidas determinadas, lo que debe hacer la ley es obligar a incluir medidas sujetas a autorización, sin hacer referencia concreta a alguna en particular. La única excepción a la no obligatoriedad del catálogo legal, podría ser en el caso de la cogestión, y esto sería en protección de los intereses de los trabajadores.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 478. Asimismo, es conveniente permitir al Consejo de Vigilancia el establecimiento de autorizaciones, puesto que refuerzan la función de vigilancia del propio Consejo, ya que puede ejercer un mejor control preventivo de acuerdo con circunstancias específicas por las que atraviese la empresa.

## 2. *Regulación de las operaciones sujetas a autorización en el RESE*

### A. *Sistema dual*

El artículo 48.1 del RESE establece la posibilidad mediante enumeración por vía estatutaria de la lista de operaciones que requieran autorización del órgano de vigilancia.

A esto añade la posibilidad de verse complementado con la disposición de los Estados miembros de permitir al órgano de control establecer casos de autorización previa.

En España, el artículo 334 de la LSA modificada por la Ley 19/2005 establece que el Consejo de Control podrá acordar que determinadas operaciones de la dirección se sometan a autorización previa.

Por último, el RESE establece la posibilidad de que los Estados miembros determinen las categorías de operaciones que como mínimo deberán constar en los estatutos (catálogo legal mínimo).

### B. *Sistema monista*

El artículo 48.1, RESE, establece que para el sistema monista los estatutos establezcan ciertas operaciones que requieran una decisión expresa del órgano de administración.

El Consejo de Administración del sistema monista no necesita de una autorización legal para establecer las operaciones que requieran una decisión expresa, puesto que, en todo caso, es dicha instancia de la que delega a favor de los consejeros o comisiones las facultades que se le confieren por la ley o los estatutos, conservando siempre la competencia originaria.

En cuanto a las disposiciones legales, el artículo 141, LSA, establece que no podrán delegarse la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo de Administración, salvo que fuese expresamente autorizado para ello.

Además de las anteriores, Martínez Sanz<sup>41</sup> señala que existen prohibiciones legales implícitas o inmanentes derivadas de ciertas facultades del Consejo de Administración, éstas son principalmente las facultades de organización de la sociedad. En opinión de este autor no resultaría delegable la redacción del reglamento interior del Consejo de Administración; el nombramiento del presidente del Consejo; el nombramiento de consejeros delegados; el nombramiento de consejeros por cooptación; la aceptación de la dimisión de los consejeros; la presentación del informe explicativo de la propuesta de modificación estatutaria; la presentación de la memoria justificativa de la exclusión del derecho de suscripción preferente; la propuesta de reducción de capital por pérdidas; o los proyectos que tiendan a modificar la estructura de la empresa; la solicitud de disolución de la sociedad o la solicitud de suspensión de pagos.<sup>42</sup>

*C. Consecuencias de la falta de autorización de las operaciones frente a terceros en ambos sistemas de administración*

Existe una laguna legal en el RESE, respecto a la falta de autorización de las operaciones frente a terceros, por lo cual hay que remitirse al derecho de los Estados miembros.

<sup>41</sup> Martínez Sanz, F., “Comentarios a los artículos 123...”, *cit.*, nota 34, p. 1507.

<sup>42</sup> En el apartado II del Informe Olivencia se plantea que cuando la sociedad pasa de cierto tamaño, el Consejo de Administración deja de ser un órgano idóneo para la gestión, y ésta generalmente se delega en manos de un equipo de dirección. Pero lejos de que el Consejo de Administración sea inútil está llamado a ejercer funciones de control de la gestión. “El Consejo de Administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial”. En el ejercicio de las funciones de control de la gestión, el Consejo de Administración del Informe Olivencia hace referencia a ciertas competencias que no deben ser delegadas en manos de los ejecutivos, éstas son: aprobación de las estrategias generales de la sociedad; nombramiento, retribución y, en su caso, destitución de los más altos directivos de la sociedad; control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos; identificación de los principales riesgos de la sociedad e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y de información adecuados; y, por último, determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública. Véase Informe Olivencia en [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es), p. 18.

Para el sistema dual, el artículo 334 de la LSA, modificada por la Ley 19/2005, establece la inoponibilidad frente a terceros de la falta de autorización previa de las operaciones por el Consejo de Vigilancia, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado de mala fe en perjuicio de la sociedad.

Para el sistema monista, el artículo 129, LSA, establece que las limitaciones de las facultades de representación de los administradores serán ineficaces frente a terceros, aunque se hallen inscritas en el Registro Mercantil.

## VII. CONCLUSIONES

1. En la versión aprobada de la RESE convergen los dos sistemas de administración de las sociedades anónimas existentes en el ámbito comunitario: el dual y el monista. Y es en las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración donde podemos observar algunos de los puntos de convergencia entre ambos sistemas de administración. Sobre todo, en el apartado relativo a las operaciones que requieren autorización o decisión expresa es notoria cierta aproximación funcional de ambos sistemas, ya que si bien éste fue un tema que tuvo sus orígenes en el sistema dual (con tres formas diversas de regular dicha situación), ha pasado al sistema monista en el marco del movimiento del gobierno corporativo que resalta la importancia del Consejo de Administración en el control de la gestión que en la práctica se delega.

2. La SE es un híbrido de derecho comunitario y derecho nacional. En cuanto a su regulación comunitaria, está formado por un reglamento que establece el Estatuto de la SE y una directiva que armoniza las legislaciones nacionales en punto a la participación de los trabajadores. En el marco del derecho comunitario, los reglamentos tienen aplicación directa y son de cumplimiento obligatorio al mismo nivel que una ley nacional; por el contrario, las directivas deben ser traspuestas al ordenamiento jurídico interno. Ahora bien, la SE representa un intento de aproximación de todas las legislaciones nacionales en materia de sociedades ante el fracaso de la armonización, vía directivas.



3. El sistema de fuentes adoptado, si bien está inspirado en la mínima intervención del legislador comunitario, genera 27 modelos distintos de SE, uno para cada Estado miembro. Este es otro aspecto que ha variado desde el primer proyecto de la SE, en el cual se planteaba una sociedad regulada exclusivamente por el derecho comunitario. Creemos que la adopción de dicho sistema de fuentes también respondió a cuestiones de carácter práctico, pues si tratar de adoptar un solo sistema de administración fue difícil, tanto más lo sería tratar de regular bajo un solo ordenamiento 27 realidades jurídicas diferentes.

4. En cuanto a la posibilidad de nombrar a un administrador-persona jurídica, hemos visto cómo para el sistema monista y dual, vigente en España, en la LSA y en el RRM se permite el nombramiento de administradores que sean personas jurídicas, y, al igual que en el RESE, se exige que nombren representante-persona física.

5. Sin embargo, la posibilidad de que una persona jurídica ocupe el cargo de administrador no es una cuestión uniformemente resuelta en el derecho comunitario. Algunas legislaciones lo aceptan, otras lo prohíben, otras callan y otras más lo aceptan implícitamente.

En la doctrina tampoco es una cuestión pacífica, la posibilidad de que una persona jurídica sea administradora ha sido cuestionada. El primer cuestionamiento que hemos tratado es el relativo al carácter *intuitus personae* del administrador, es decir, se elige a una persona como administrador por sus cualidades personales, lo cual no resulta aplicable en el caso de personas jurídicas.

Otro es el de la responsabilidad de la persona jurídica administradora que, si bien la de tipo civil se haya garantizada con el patrimonio de ésta, es irresponsable penalmente. En torno a esto, establecimos que si bien la persona jurídica es irresponsable penalmente, su representante no lo es.

Probablemente, uno de los aspectos que suscitan más controversia en la participación de personas jurídicas es la variabilidad de su representante-persona física en la sociedad. A este respecto, podría establecerse la obligación de nombrar un representante permanente como lo exige la ley francesa de 1966.

6. Por lo que respecta a los nombramientos especiales, el RESE nos remite a las legislaciones nacionales para el caso de que conce-

dan a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades el derecho de nombrar parte de los miembros del órgano de administración. Los casos analizados fueron el sistema proporcional, el de la participación de los trabajadores y el de los gobiernos locales en España.

El sistema proporcional que dota a los accionistas minoritarios de la posibilidad de nombrar a uno o más vocales del Consejo de Administración; en España, la LSA permite abiertamente este sistema de nombramientos para ambos sistemas de administración.

El segundo supuesto se basa en la DITSE, y fue uno de los temas que más polémica generó durante la evolución del proyecto de SE, estableciéndose el principio “antes-después”.

En el último de los supuestos, y dada la dispersión normativa, analizamos los casos en que las administraciones autonómicas, provinciales o municipales prestan servicio a través de una empresa mixta. Creemos que en este punto probablemente haya cierta discrepancia en los ordenamientos legales de los países que se incorporarán en mayo a la UE en los cuales tuvieron economías socialistas.

7. En cuanto a las operaciones sujetas a autorización, como hemos adelantado líneas arriba, es uno de los puntos de coincidencia de ambos sistemas de administración. Y que proviniendo del sistema dual ha pasado al sistema monista.

Consideramos que es positivo que se acepten las tres posibilidades de regular las operaciones sujetas a autorización (por ley, por vía estatutaria y por el propio Consejo de Vigilancia) en el sistema dual; sin duda alguna, como hemos expuesto en el trabajo, autorizar ciertas operaciones del Consejo de Dirección da poder al Consejo de Vigilancia. Por lo que respecta a estas dos últimas, nos parece adecuado que el RESE contemple ambas, ya que el establecimiento de medidas por vía estatutaria solamente tiene sentido si también existe la posibilidad de establecerlas por el Consejo de Vigilancia en el caso de las sociedades con cogestión. Permitir que solamente puedan establecerse por vía estatutaria, los accionistas estarían en ventaja con respecto a los trabajadores.

En cuanto al sistema monista, nos parece adecuado que el RESE haya adaptado principios de gobierno corporativo estableciendo la posibilidad de regular a nivel nacional operaciones que requieran una

decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista, y por lo tanto, no se puedan delegar a los consejeros o comisiones delegadas, y refuerza el papel de control del Consejo de Administración.

Por cuestiones de certeza jurídica, debería establecerse la regulación a nivel SE de la falta de autorización frente a terceros. Más, si tenemos en cuenta que la SE podrá operar en dos o más países.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BORCHADT, K., *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.
- ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1982.
- , “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 29, septiembre-diciembre de 2001.
- , “Reglamento (CE) núm. 2157/2001 de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la SE y Directiva 2001/86/CE de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 17, 2001-2.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1952.
- Informe Olivencia en [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es).
- MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y derechos de la Unión Europea*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentarios a los artículos 123, 124, 137 y 141, LSA”, en ARROYO, I. y EMBID, J. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Tecnos, 2001, t. II.
- MORILLAS, M. y GRECHENIG, K., “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”, *Revista de Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre de 2002.
- MUNS, J., *Lecturas de integración económica*, Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 2005.

- POLO SÁNCHEZ, E., “Comentarios del artículo 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas”, en URÍA, R. *et al.*, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 1992, t. VI.
- , “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 98, octubre-diciembre.
- PRADA GONZÁLEZ, J., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, en IGLESIAS PRADA, J. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II: *Sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 1996.
- Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Madrid, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, 2002.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La sociedad anónima europea”, en VARIOS AUTORES, *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. IV.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Efectos de la declaración del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil*, 30a. ed., Madrid, Aranzadi, 2007.
- TRIAS SAGNIER, M., *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.