

LA SOCIEDAD EUROPEA

JAVIER HERNÁN AGRANATI y FERNANDO ESTANISLAO BOUGAIN (h)

PONENCIA

El estudio del Derecho Comparado es siempre útil para encontrar alternativas ya experimentadas en órdenes sociales similares a los nuestros; sin embargo, como se aprecia en el estudio que antecede, la problemática en el plano fáctico europeo no es coincidente con lo que ocurre en el Mercosur. A pesar de lo antedicho, el esfuerzo jurídico europeo muestra, al menos, los obstáculos que deberá superar nuestra Comunidad para alcanzar la integración que busca.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

La evolución de la integración continental ha llevado a la Unión Europea a fijar una serie de objetivos comunes, entre los que podemos mencionar el establecimiento de un mercado común, de una unión económica y monetaria y de la puesta en marcha de políticas o de acciones comunes, tales como (1) una política comercial común, (2) un mercado interno, caracterizado por la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de las mercaderías, las personas, los servicios y los capitales, y (3) la promoción de un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad.

De igual modo, las necesidades de la Comunidad se han extendido al campo normativo, lo que derivó en un orden jurídico propio, dentro de cuyo marco se inscribe la creación de una Sociedad de Derecho Comunitario.

La Comisión Europea que tiene a cargo la legislación común había dado los primeros pasos de un largo camino proponiendo la creación de un Estatuto de Sociedad Europea, (Propuesta de Directiva del 30 de junio de 1970, modificada luego por otra del 13 de mayo de 1975). Esta proposición debía erigirse como el Reglamento que

conllevaría a la creación de la Sociedad Anónima Europea. Sin embargo, esta iniciativa no fue adoptada por el Consejo.

Luego de un prolongado intervalo, la Comisión presentó el 29 de agosto de 1989 una nueva proposición de Reglamento concerniente al Estatuto de Sociedad Europea, y el 25 de agosto de 1989 un proyecto complementario respecto del rol de los trabajadores en aquellas. Estos textos han sido objeto de modificaciones a la luz de las reformas adoptadas por el parlamento europeo y de la posición del Comité económico y social.

El objetivo perseguido por esta legislación es triple:

- 1) Promoción de la creación de sociedades en la dimensión del mercado comunitario, permitiendo a las sociedades originarias de los Estados miembros fusionarse o crear una sociedad *holding* o una filial común; esto ha sido difícil hasta la fecha, básicamente por razones que hacen al derecho de sociedades y al derecho fiscal.
- 2) Facilitar la gestión de una sociedad que posea establecimientos en países diferentes del Mercado Común, sometiéndolos a un derecho común.
- 3) Combatir el obstáculo psicológico contra el reagrupamiento de sociedades de distintas nacionalidades, que resulta del hecho que hoy las sociedades nuevas deban relacionarse a un derecho nacional determinado, mientras que a través de la nueva forma propuesta, la relación será comunitaria.

El instrumento jurídico puesto en juego se ve directamente unido al derecho comunitario: se trata de prever la constitución, paralelamente a la existencia de la sociedades de carácter nacional y reguladas por su propio derecho, de sociedades cuya formación y funcionamiento son regidos por un reglamento de derecho comunitario, directamente aplicable en todos los Estados miembros. El objetivo es el "de hacer corresponder, en la medida de lo posible, la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa europea (5to. considerando de la proposición de reglamento).

La técnica y la política legislativa de la Comisión europea han mutado y se han transformado en el tiempo. De una pretenciosa posición codificadora y maximalista que pretendía ofrecer un cuerpo completo y único que regulara todos los aspectos del instituto en cuestión, ha pasado a una posición si se quiere menos abarcadora pero más realista. Es así como en los últimos proyectos presentados se observa que la Comisión renuncia a tratar ciertas y determinadas cuestiones que no siendo indispensables para el buen funcionamiento de la sociedad europea, pueden ser sometidas por reenvío a la legislación sobre las sociedades anónimas del Estado de la sede de la sociedad europea.

Esta solución, contrariamente a lo que podría parecer, no elude el problema de la unificación del derecho sino que lo facilita gracias al esfuerzo legislativo ya realizado a lo largo de los últimos veinte años, pues a través del mecanismo de directivas puntuales se han optado por soluciones equivalentes en las diferentes legislaciones. Este mecanismo es conocido bajo el nombre de coordinación o armonización legislativa.

Vale recordar que el estatuto propuesto es facultativo; una SE puede ser constituida bajo las condiciones y según las modalidades propuestas por el reglamento que examinamos, pero no existe ninguna obligación de recurrir a este instrumento jurídico. Su utilización dependerá sólo entonces del interés que por sí mismo genere.

2. Modalidades de la SE

2.1. ¿Quiénes pueden constituir una sociedad europea ?

En principio sólo las sociedades anónimas constituidas según el derecho de un Estado miembro y que posean su sede estatutaria y su administración central en la Comunidad pueden constituir las. Sin embargo y en virtud de una política menos restrictiva, para permitir el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la forma de sociedad europea, es que se les ha permitido a las sociedades de responsabilidad limitada constituir las a través de la creación de un *holding*.

2.2. ¿Cómo puede constituirse una sociedad europea ?

Una sociedad europea puede ser constituida:

- 1) Por fusión si al menos dos de las sociedades fusionantes poseen su administración central en Estados miembros diferentes;
- 2) Mediante la creación de un *holding*, si al menos dos de las sociedades fusionantes poseen su administración central en Estados miembros diferentes o si poseen una sociedad filial o un establecimiento en otro Estado distinto al de su administración;
- 3) Por una sociedad anónima que puede transformarse para constituir una SE, si posee una filial o un establecimiento en otro Estado miembro distinto al de su administración.
- 4) Por último, una SE ya existente puede crear con una o más SE también ya existentes, o con una o más Sociedades anónimas una SE por fusión, o mediante la creación de un *holding*, o de una filial común.

2.3. El capital social

El capital suscrito de una SE debe ser al menos de 100.000 ecus. Tal capital ha sido establecido en vista de permitir igualmente, como ya lo adelantáramos, el acceso de las PYMES a este instrumento jurídico.

El capital de la SE está dividido en acciones expresadas en ecus.

¹ La ley de un Estado miembro que prevea un capital suscrito más elevado para las sociedades que ejerzan ciertas actividades, se aplica a las SE que tengan su sede en ese Estado miembro.

3. *El Derecho aplicable*

En cuanto al derecho aplicable la Sociedad Europea es regida por las disposiciones del reglamento y por las disposiciones libremente elegidas por las partes en los estatutos cuando ello fuera expresamente permitido por el reglamento, como es el caso de la organización de la asamblea general o la enumeración de actos sometidos a la autorización del consejo de vigilancia o del directorio.

En su defecto por las normas dispuestas según la ley del Estado de la sede de la SE para las Sociedades Anónimas, o por lo dispuesto por las partes en los estatutos en las mismas condiciones que para las sociedades anónimas reguladas por el derecho del estado donde se encuentra la sede de la SE.

En materia fiscal, la SE es sometida al derecho fiscal del Estado donde ella es residente. Ahora bien, cuando la SE posea establecimientos en otro Estado miembro o en un tercer país, las pérdidas eventuales de estos son deducibles de los beneficios que realice en el Estado donde sea residente fiscal. La contracara de tal disposición impone como contrapartida que los beneficios ulteriores que aquellos establecimientos realicen serán un beneficio imponible de la SE en el Estado donde es residente fiscal en la medida de las pérdidas anteriormente imputadas.

La SE puede tener acceso a todos los medios de financiamiento que se encuentra disponibles a las sociedades anónimas según la ley del Estado donde se encuentra la sede. Esta disposición ha sido incluida en la última modificación mencionada a pedido del Comité económico y social de las Comunidades Europeas, el cual desearía que fuera igualmente posible la emisión por ejemplo de partes beneficiarias o de títulos como los *warrants* que permitan suscribir bajo condiciones preestablecidas nuevos títulos, acciones u obligaciones.

En caso de insolvencia o de cesación de pagos, la SE es sometida a las disposiciones del derecho nacional aplicable.

4. *Estructura de la SE*

Un tema que nos merece especial atención es la estructura orgánica de la SE. De acuerdo a la realidad imperante en el mundo jurídico societario europeo, dos son los sistemas que se disputan la forma de organización interna de las sociedades anónimas y por ende de la sociedad europea. Por un lado el sistema dualista que prevé un órgano de dirección y un órgano de vigilancia y por el otro un sistema monista que implica un único órgano de administración. Numerosas y variadas son las razones que pugnan por una u otra solución y su estudio excedería el objetivo de esta reseña.

El reglamento ofrece la posibilidad de optar por una u otra haciendo la salvedad que un estado miembro puede imponer uno u otro a las SE que tengan la administración en su territorio.

En el primero de los sistemas enumerados el órgano de dirección es el que asegura la gestión de la SE, son sus miembros además los encargados de representar a la

sociedad frente a los terceros así como en justicia. En este caso ellos son nombrados y revocados por el órgano de vigilancia.

El órgano de vigilancia es el que controla la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección. Sus miembros son nombrados y revocados por la asamblea general. Para el cumplimiento de su misión puede proceder a todas las verificaciones necesarias, lo que es más puede confiar tal tarea a uno o más de sus miembros y asimismo hacerse asistir por expertos en la materia. Por su parte el órgano de dirección debe comunicar en el plazo más breve posible al órgano de vigilancia toda información que pueda tener repercusiones importantes en la situación de la SE.

En el sistema monista la gestión de la SE está confiada al órgano de administración. El órgano de administración puede delegar a uno o más de sus miembros el poder de dirigir la SE. A su vez pueden ser delegadas a una o más personas físicas—no miembros del órgano—ciertas facultades de administración; en este caso los estatutos o, en su defecto, la asamblea general pueden fijar las condiciones en las que procede una tal delegación.

En cualquiera de los sistemas adoptados, la SE dispone y no podría ser de otra manera de una asamblea de accionistas que deberá ser organizada por los estatutos.

Los derechos y obligaciones relativas a la protección de los accionistas minoritarios y de los terceros provenientes del hecho del control ejercido por otra sociedad sobre la SE son regidos por la ley del lugar de la sede de la SE.

5. Oportunidad de esta ponencia descriptiva

Hemos tenido la voluntad de traer esta ponencia descriptiva a este Congreso en convencimiento que el estudio del Derecho Comparado es siempre útil para encontrar alternativas ya experimentadas en órdenes sociales similares a los nuestros; sin embargo, como se aprecia en el estudio que antecede, la problemática en el plano fáctico europeo no es coincidente con lo que ocurre en el Mercosur.

A pesar de lo antedicho, el esfuerzo jurídico europeo muestra, al menos, los obstáculos que deberá superar nuestra Comunidad para alcanzar la integración que busca.