

La modernización del Derecho de Sociedades en Alemania¹

Autora: Dra. Susanne Braun. Universidad de Lueneburg

(Revisado y traducido por M^a Luisa Aparicio, Universidad Pontificia Comillas)

Resumen

En estas páginas se ofrece una perspectiva general de las reformas que se han realizado en el ordenamiento jurídico alemán para su adaptación al Plan de Acción de la Unión Europea para Modernizar el Derecho de Sociedades y Reforzar el Gobierno de las Empresas.

Palabras clave: Gobierno corporativo; sociedades cotizadas; comercio electrónico; registro de sociedades; sociedad cooperativa europea; OPA's; fusiones transfronterizas.

¹ Este trabajo tiene su origen en el Seminario "Los retos de la integración hispano-alemana en la Unión Europea" que, conjunta y anualmente, desarrollan los Profs. Dres. Juergen Simon y Susanne Braun, de la Universidad de Lueneburg (Alemania) y M^a Luisa Aparicio, de la Universidad Pontificia Comillas (España), en el marco del Programa de Intercambio Erasmus que mantienen ambas Universidades, desde 1998.

Abstract

This work is an overview updating the German company law to introduce the last and more recent rules of the EU Action Plan on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance.

Key words: Corporate governance; listed companies; electronic commercial; company register; takeover bids; cross-border mergers.

Recibido:09.07.2007

Aceptado:20.09.2007

I. Introducción

La última década ha sido una época de cambios en prácticamente la totalidad de las formas societarias alemanas por múltiples razones. Por un lado, se trataba de dar una respuesta a la insolvencia de muchas grandes compañías; y por otro, las modificaciones que se han producido podrían interpretarse como un intento de una mejor adaptación de la protección de inversores y acreedores en el ámbito de los negocios, especialmente para la inversión extranjera que demandaba un régimen de mayor transparencia en el ámbito del Derecho de sociedades.

La ampliación del Mercado interior así como la mejora de la situación económico-jurídica y legal en la Unión Europea requieren la supresión de las barreras comerciales y la adopción de estructuras de producción de dimensión europea. Los Estados miembros tienen que reducir cargas en la creación de negocios, del mismo modo que deben reducir tanto el tiempo empleado para iniciar un negocio como el relativo a los costes de registro. Así pues, la mejora y simplificación de las estructuras jurídicas, en general, se ha convertido en una prioridad en el ámbito de la Unión. Un Derecho de sociedades dinámico y flexible es esencial para una sociedad industrial moderna, dinámica e interconectada². Estas exigencias se corresponden, básicamente, con los cuatro puntos del Plan de Acción de la Unión Europea para Modernizar el Derecho de Sociedades y Reforzar el Gobierno de las Empresas³ que se identifican con reforzar la transparencia en materia de gobierno corporativo; consolidar los derechos de los accionistas; modernizar el órgano de administración de las sociedades y, en definitiva, lograr un mayor grado de coordinación entre los Estados miembros, en todo lo concerniente al gobierno de las sociedades.

² Braun, "Essay – the European Private Company: a supranational company form for small and medium-sized enterprises?" German Law Journal, 2005, (www.germanlawjournal.php?id=518).

³ Plan de Acción para la modernización del Derecho de Sociedades y la mejora del gobierno corporativo, 12.05.2003, COM (2003), 284.

Además, la libertad de establecimiento en la Unión se ha consolidado por tres importantes decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al declarar que toda clase de límites o restricciones que pudieran existir en los Estados nacionales a este derecho quedan prohibidos. Con esas decisiones (*Centros*⁴, *Übersee-ring*⁵; *Inspire Art*⁶) se inició una auténtica competición entre los reguladores del mercado común europeo para la adaptación interna de una serie de normas que favorecieran a los Estados miembros de la Unión. Hasta la adopción de las citadas decisiones, las consecuencias del traslado del domicilio social de una compañía constituida en un Estado miembro, era una cuestión polémica debido a la falta de una regulación clara al respecto, a diferencia de lo que resulta en la actualidad y que había originado dos distintas soluciones al supuesto contraponiendo el “modelo de sede legal” al de “sede real” o “modelo constitutivo”⁷ de la empresa.

El modelo de sede real tiende a la aplicación del derecho del país donde se encuentre el centro de la administración de la sociedad. Esta postura entiende que el derecho que rige en un Estado miembro no será respetado por otro Estado miembro después de la transferencia de sede⁸. El lugar de incorporación determina el derecho aplicable con arreglo al estatuto del domicilio de la sociedad¹⁰. Por tanto, la transferencia de sede no tendrá consecuencias respecto al reconocimiento de su legalidad. A pesar de los muchos esfuerzos que se realizaron, ambas posturas resultaron irreconciliables¹¹.

Tras la polémica, el Tribunal de Justicia Europeo aclaró que una sociedad extranjera no solo ha de ser respetada como una entidad legal con derecho a tomar parte en procedimientos legales sino que además como sociedad extranjera está sometida al derecho de sociedades del Estado al que se haya incorporado¹². Con arreglo al artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, están prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro

⁴ TJUE Caso C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

⁵ TJUE Caso C-208/00, Slg. 2002, I-9919.

⁶ TJUE Caso C-167/01, AG 2003 (48), p. 680.

⁷ Los países anglo-americanos siguen esta tendencia. Véase, Lüderitz, en Soergel, *Kommentar zum BGB*, 12^a ed., 1992, Art. 10, remark 9, 13.

⁸ Esta dirección era respetada en Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, España, Portugal y Grecia. Véase, Lüderitz, en Soergel, *Kommentar zum BGB*, 12^a ed., 1992, Art. 10, remark 4.

⁹ Behrens, “Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG”, *IPRax* 1989 (9), p. 354; Knobbe-Keuk, “Umzug von Gesellschaften in Europa”, *ZHR* 1990 (154), p. 325; Ulmer, “Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktiven Auslandsitz”, *JZ* 1999 (54), p. 662.

¹⁰ Kindler en *Münchener Kommentar, Internationales Gesellschaftsrecht*, 1999, parag 256 y ss.; Großfeld en Staudinger, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 1998, parag 20, 22.

¹¹ Behrens, “Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG”, *IPRax* 1989 (9), p. 354; Knobbe-Keuk, “Umzug von Gesellschaften in Europa”, *ZHR* 1990 (154), p. 325; *ob. y loc. ult. cit.*

¹² TJUE Caso C-167/01, AG 2003 (48), p. 680 (683).

en el territorio de otro Estado miembro, de modo que la libertad de establecimiento comprende la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. Contrariamente a lo que ocurrió con el caso “Centros”, el asunto “Inspire Art” no versaba sobre el registro de una sucursal, sino sobre la admisibilidad de un régimen especial que se ocupara de las compañías pseudo-extranjeras. Con la decisión sobre “Inspire Art”, el Tribunal rechazó la posición favorecedora del modelo real argumentando sobre el intrusismo de la libertad de establecimiento¹³. Así, si una sociedad se hubiera instalado en un determinado Estado miembro con la única intención de establecerse en otro Estado miembro, -la denominada sociedad pseudo-extranjera- donde su principal actividad tuviera lugar, una restricción a la libertad de establecimiento no estaría permitida, excepto en los posibles supuestos de fraude¹⁴. El Tribunal también decidió que, una provisión requiriendo a las sociedades pseudo-extranjeras a tener un capital equivalente al capital mínimo previsto para las sociedades conforme al derecho nacional, constituye una violación de la libertad de establecimiento. Si una sociedad se mantiene fuera para ser considerada extranjera y no nacional, los acreedores deben ser suficientemente informados sobre esas circunstancias¹⁵. Los intereses de acreedores, accionistas minoritarios, trabajadores y de la propia Administración pública pueden justificar, bajo ciertas circunstancias y requisitos, las restricciones a la libertad de establecimiento si llegara a ser considerado como un requisito imperativo en defensa del interés público¹⁶. Siguiendo las conocidas decisiones del TJUE, la aplicación de ese modelo conllevará un incremento de ciertos principios tendentes a diseñar un *status* de orden público, especialmente en los Estados miembros que siguen la tendencia del modelo real o efectivo. El Estado de incorporación, como creador de la sociedad, tiene libertad para prohibir la transferencia del domicilio principal, o del establecido estatutariamente, a otro Estado¹⁷. Si el Estado de incorporación permite la transferencia del domicilio, el Estado receptor estará obligado a reconocer a la sociedad como tal¹⁸.

En relación a las condiciones de este marco legal, a continuación se ofrece una panorámica sobre algunos de los desarrollos efectuados en el Derecho de sociedades alemán, en parte de esta legislatura. La mayoría de las modificaciones en la regulación del mercado de capitales no será tratada dado que deseamos centrar nuestra atención en el ámbito del Derecho de sociedades, especialmente las sociedades de capital.

¹³ Las cuestiones que se suscitan entorno a la libertad de establecimiento de las sociedades han sido siempre motivo central de discusión en el ámbito del Derecho comunitario.

¹⁴ Véase, Kersting/Schindler, “The ECJ’s Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its effects on practice”, German Law Journal vol. 4, No 12, 2003, p. 1277, (www.germanlawjournal.php?id=344).

¹⁵ Schanze/Jüttner, «Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach “Inspire Art”», AG 2003 (48), p. 661 (663).

¹⁶ Schanze/Jüttner, *ob. y loc. ult. cit.*

¹⁷ TJUE Caso C-167/01, AG 2003 (48), p. 680.

¹⁸ Véase «“Inspire Art” decisión, TJUE Caso C-167/01», AG 2003 (48), p. 680 (683).

II. Panorama de actualidad

Conviene distinguir entre las modificaciones ya llevadas a cabo y las que todavía están pendientes, en el ámbito del derecho de sociedades. Aun cuando la distinción es importante, sin embargo, todo el panorama de las reformas, realizadas o pendientes, gira entorno a un punto en común como es la consecución de mayor transparencia, mayor eficacia y mayor celeridad en la realización de los negocios¹⁹.

II.1. Cambios efectuados

Algunas de las más relevantes modificaciones llevadas a cabo hacen referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, así como a un gran número de modificaciones en el ámbito de las sociedades cotizadas.

II.1.2. La sociedad civil

La forma de sociedad civil fue establecida en 1900, a través de los §§ 705 y siguientes del BGB. A consecuencia de la falta de concreción en el estatuto legal de esta sociedad, se han venido manteniendo dos posturas tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. La sociedad civil tiene que ser estrictamente separada de la sociedad mercantil, la cual ya mantenía “parcialmente” su personalidad jurídica, con arreglo a lo previsto por el Código de Comercio (§ 124 HGB). En 2001, el Tribunal Supremo federal alemán decidió por primera vez²⁰, que una sociedad civil posee “parcialmente” una personalidad análoga a la de la sociedad mercantil. Es decir, se reconoció una personalidad jurídica propia. Esto supuso una ruptura con la postura anterior, y se produjo sin acometer la correspondiente reforma legal para su incorporación al Código Civil. La consecuencia de ello es el mantenimiento de un régimen de responsabilidad en buena medida paralelo para las sociedades civiles y mercantiles. De acuerdo con la decisión de los tribunales, los nuevos socios de una sociedad civil son responsables por las deudas que mantuviera la sociedad con anterioridad al momento de su incorporación a la misma. Desde el punto de vista de los acreedores, este cambio supone una ventaja para acudir a los tribunales²¹, dado que la demanda se puede interponer contra la propia sociedad. Formalmente, el requisito procesal para indicar el nombre de cada socio, individualmente considerado, ha demostrado ser un gran obstáculo para demandar, y de manera muy especial cuando se trata de demandas contra socios extranjeros.

¹⁹ Vease Weber, “Entwicklung des Kapitalmarktrechts”, NJW 2006, p. 3685.

²⁰ BGHZ 146, p. 341.

²¹ Leyens, “German Company Law: Recent Developments and Future Challenges”, German Law Journal, 2005, (www.germanlawjournal.com/article.php?id=645).

II.1.2. Gobierno corporativo y sociedades cotizadas

Un gran número de escándalos societarios se ha producido en Alemania y ello ha intensificado el debate sobre la disciplina del gobierno corporativo, de cara a romper con viejas tradiciones en el ámbito de las sociedades cotizadas.

La tercera modificación del Código alemán de Gobierno Corporativo, llevada a cabo en junio de 2006²², gira en torno a la necesidad de perfeccionar el régimen de independencia de los miembros del Consejo de Vigilancia.

La *KontraG* (Ley de Control y Transparencia en el ámbito de la empresa²³) de 1998 estableció que toda sociedad cotizada alemana debía instaurar un Consejo de Vigilancia para controlar y supervisar al Consejo de Dirección (Directorio), confiéndole, además, competencias en el ámbito de auditoría, con lo que se consolidó su posición de control. La reforma también se ocupó de los conflictos de intereses que se presentaron en la práctica ordinaria entre directivos y representantes de bancos, para lo que redujo a uno solo el número de puestos de supervisión que una misma persona puede mantener al mismo tiempo. Por otro lado, además la ley modificó el Código de Comercio para exigir a las sociedades dar información sobre riesgos en sus Informes de gestión.

En 2002 la *TransPubG* (Ley sobre Publicidad y Transparencia²⁴) introdujo la exigencia de elaborar un Informe anual de gobierno corporativo. Desde la entrada en vigor de esta ley las sociedades cotizadas tienen que informar sobre si cumplen o no con las recomendaciones del Código alemán de Gobierno Corporativo (pará. 161 AktG). El principio “cumple o explica” ha significado un importante paso adelante a la hora de elevar el nivel de transparencia informativa de las sociedades. Las normas de autogobierno pueden adaptarse a las necesidades individuales de cada compañía, con lo que la combinación de normas legales y recomendaciones ha supuesto la incorporación de una nueva técnica, totalmente desconocida hasta ahora en la tradición societaria alemana.

En 2004, la *SEEG* (Ley sobre la Sociedad Anónima Europea²⁵) incorporó la previsión de una Sociedad anónima europea con opción entre el sistema monista y el sistema dualista para organizar su administración. Esta circunstancia planteó un sistema novedoso en el ámbito legal alemán, en el que, hasta entonces, había regido estrictamente el sistema dualista. La elección entre ambos modelos demostrará el éxito del buen gobierno en la administración.

La *VorstOG* (Ley sobre Información de la remuneración de los administradores de las sociedades cotizadas²⁶), de 2005, exige que la remuneración de los administra-

²² Publicado en el Boletín Electrónico Nacional de 24 de Julio de 2006; para detalles, véase Lieder, NZG 2005, p. 569.

²³ Ley sobre control y transparencia en el ámbito empresarial, de 27 de abril de 1998, BGBl. I 1998, p. 786.

²⁴ Ley sobre transparencia y publicidad, de 19 de julio de 2002, BGBl. I 2002, p. 2681.

²⁵ Ley de introducción de la Sociedad Anónima Europea (SE), de 22 de diciembre de 2004, BGBl. I 2004, p. 3675.

²⁶ Ley sobre Información de la remuneración de los administradores de las sociedades cotizadas de 12.08.2005, BGBl. I 2005, p. 2267.

dores individuales, incluyendo tanto su remuneración total como cualquier otro beneficio, se refleje en las cuentas anuales. Esta Ley tiene su fundamento en la Recomendación de la Comisión Europea 2004/913/CE, de 14 de diciembre de 2004, para fomentar un régimen apropiado de remuneración de los administradores de las sociedades cotizadas²⁷.

Un régimen adecuado de transparencia también debe darse en los contratos de los administradores, por lo que se incluirán informaciones tales como períodos y plazos de pago de aquellos beneficios a los que se vincule de una manera directa su remuneración. Esta norma permite ampliar el sistema de transparencia en relación con los inversores pues obliga a las sociedades cotizadas a informar individualizadamente acerca de lo que los miembros de sus consejos directivos cobran. En un futuro, las sociedades estarán obligadas a revelar los nombres y la remuneración individualizada de estas personas así como informar acerca de los beneficios que se reserven en caso de terminación del contrato. Por estas razones, el pago de pensiones y cantidades por desempleo también deberán ser objeto de información. El conjunto de esa información se añadirá a los correspondientes informes contables, por lo que las sociedades cotizadas estarán obligadas a informar sobre la remuneración de los consejeros y el reparto de beneficios en el Informe de Gestión. Por otro lado, una remuneración basada en acciones ha de ser objeto de aprobación expresa por parte de los accionistas²⁸.

En relación con esta cuestión, el Gobierno alemán hizo una concesión al sector industrial incluyendo en la Ley la posibilidad de que los accionistas pueden permitir a la sociedad optar por excluir la información individual relativa a los miembros del Consejo. Para ello es preciso que al menos tres cuartas partes de los accionistas reunidos en Junta general, así lo decidan. El citado acuerdo tendrá una eficacia por un período máximo de cinco años y podrá ser objeto de renovación posterior, adoptado con los mismos requisitos. Si, por el contrario, la sociedad opta por la información individualizada, los ingresos de sus directivos deben ser objeto de publicidad, detallando tanto la remuneración general, como las específicas con base en dividendos, derechos de emisión, costes, premios y otras ventajas. La sociedad que rehúse revelar los datos relativos a la composición de la remuneración de sus directivos tendrá que pagar multas superiores a 50.000 euros por cada miembro del Consejo.

La Ley entró en vigor durante el ejercicio económico del año 2006, por lo que las sociedades vendrán obligadas a publicar los datos anteriormente mencionados con los Informes anuales correspondientes al año 2006, con lo que los resultados relativos a la aplicación de la norma se empezarán a conocer en el segundo período del año 2007.

²⁷ Recomendación 2004/913/CE de 14 de Diciembre de 2004, para alcanzar un regimen apropiado para la remuneración de los administradores de las sociedades cotizadas, DOUE L 385, p. 55.

²⁸ Weber, "Entwicklung des Kapitalmarktrechts", NJW 2005, p. 3682 (3685).

También de manera reciente, la UMAG (*Ley sobre gobierno corporativo y modernización del Derecho de sociedades anónimas*²⁹), que entró en vigor el 1 de noviembre de 2005, amplió el elenco de deberes y responsabilidades de los administradores.

La regla judicial estadounidense -relativa a que una decisión de los administradores no será juzgada como incumplimiento de sus obligaciones, si puede considerarse que el administrador actuó guiado por el bien de la compañía y, además, su decisión estaba basada en la información adecuada- fue incorporada por medio de la Ley alemana sobre sociedades cotizadas (§ 93 AktG), como un principio general aplicable a la responsabilidad de los administradores³⁰.

Además, con esta norma los derechos de los accionistas –especialmente los de la minoría- se han visto reforzados. Los accionistas minoritarios serán estimulados a participar en la Junta y hacer uso de su derecho de voto. Un incremento efectivo de la participación de los accionistas previene la posibilidad de mayorías concertadas y ataca a aquellos accionistas que poseen un pequeño número de acciones pero ejercitan una amplia influencia en la sociedad, como resultado de la escasa participación habitual de los accionistas en la Junta. En el futuro, los accionistas que posean un 1% del capital social o una cantidad a prorrata de al menos 100.000 euros podrá demandar por pérdidas a los miembros del Consejo de administración de la sociedad, en su propio nombre (§ 148 AktG).

Las demandas de accionistas contra miembros del Consejo se podrán acumular a través de los procedimientos judiciales que permiten al accionista interponer la correspondiente demanda. El tribunal responsable permitirá la reclamación por daños únicamente si los accionistas demandantes poseen sus acciones con anterioridad al momento en que se produjo el daño o tuvieron lugar las pérdidas reclamadas (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG) y, además, los accionistas instan a la sociedad, sin éxito, para que demande en su propio nombre (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG). Por otro lado, deben realizar alegaciones de hechos que justifiquen la sospecha de que las pérdidas tuvieron lugar como resultado de la conducta desleal de los administradores o a través de una profunda violación de las normas o los estatutos sociales. Estas demandas no pueden retirarse si existen intereses preferentes de la sociedad (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG). Dado que la expresión “intereses preferentes” no se encuentra definida, será difícil pronosticar una interpretación por los tribunales alemanes. A efectos de evitar demandas abusivas, el legislador ha incorporado un procedimiento especial de admisión (*Klagezulassungsverfahren*) para tratar de clarificar si se dan las condiciones anteriormente mencionadas.

Un Foro de accionistas, recientemente enunciado en el Boletín oficial, facilitará la coordinación de las demandas de los accionistas minoritarios³¹.

²⁹ Ley sobre gobierno corporativo y modernización del derecho de sociedades, de 22 de setiembre de 2005, BGBl. I 2005, p. 2802.

³⁰ Langenbucher, “Vorstandshandeln und Kontrolle”, DStR 2005, p. 2083.

³¹ Véase el Decreto sobre Forum de Accionistas (AktFoV) de 22 de noviembre de 2005, BGBl. I 2005, p. 3193 www.ebundesanzeiger.de; www.unternehmensregister.de; www.aktionärsforum.de.

Los requisitos para que tenga lugar una auditoria especial también han sido rebajados por la UMAG (§ 142 Abs. 2 S. 1 AktG). Bastará con el 1% del capital o el equivalente al menos a 100.000 euros, siendo necesario que existan hechos que justifiquen la sospecha respecto a la deslealtad de los administradores o bien respecto a la violación de la ley o de los estatutos.

Asimismo, para facilitar especialmente a los inversores institucionales extranjeros el ejercicio de su derecho de voto se ha incorporado un plazo de 21 días anteriores a la celebración de la Junta General para su ejercicio. Pero la UMAG también recorta los derechos de los accionistas en la Junta General, puesto que con arreglo al § 131 AktG, el presidente de la Junta puede establecer una limitación del tiempo en que los accionistas puedan hablar durante la celebración de la reunión, así como respecto al derecho a realizar preguntas o ser informado. Además, el Consejo de administración puede abstenerse de contestar a las preguntas que se realicen durante la Junta si las contestaciones han sido objeto de publicación en la página *web* de la compañía con siete días de antelación al momento de celebración de la Junta.

II.1.3. Comercio electrónico y registro de sociedades

La Directiva 2003/58/CE³² trata respecto a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas. Los Estados miembros deberán tener la opción de decidir si el boletín nacional, designado para la publicación de actos e indicaciones personales obligatorios, debe estar en papel o en formato electrónico, o incluso, publicar esa información a través de procedimientos que sean igualmente eficaces, y por lo tanto, permitir a las sociedades elegir entre realizar la presentación de sus actos e indicaciones obligatorios en papel o por medios electrónicos. El acceso transfronterizo a la información de las sociedades debe mejorarse, permitiendo además de la publicación obligatoria en una de las lenguas permitidas en el Estado miembro de la sociedad que se trate, el registro voluntario, en otras lenguas, de los actos e indicaciones obligatorios. Los Estados miembros deberán asegurar que, a partir del 1 de enero de 2007, pondrán en marcha los mecanismos legales necesarios para dar cumplimiento al mencionado mandato, para que los documentos puedan ser presentados y guardados por procedimientos electrónicos en los correspondientes registros. A estos efectos, en noviembre de 2006 tuvo lugar la incorporación al Derecho alemán de la directiva³³. El resultado de su aplicación consistirá en la aceleración de los procesos de inscripción, más transparencia y menos burocracia, así como el acceso transfronterizo, y, en definitiva, la posibilidad de obtener también copias electrónicas

³² Directiva 2003/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Julio de 2003, por la que se modifica la Directiva 68/151/CE del Consejo, en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas, DOUE L 221, p. 13.

³³ Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG), (en vigor desde el 1 de enero de 2007), 10.11.2006, BGBl. I 2006, p. 2533.

para todo tipo de actos sujetos a inscripción. Para ello, se ha creado un registro electrónico para las sociedades mercantiles y cooperativas que puede consultarse en la dirección de la web "www.unternehmensregister.de".

Los Estados miembros podrán decidir reemplazar la publicación en el tradicional boletín nacional por otro medio que conlleve la utilización de un sistema que permita consultar la información publicada en orden cronológico, a través de una plataforma electrónica central, adoptando las medidas necesarias para evitar cualquier discordancia entre el contenido de la publicación efectuada del modo referido y el contenido del registro.

Además, las cuentas anuales presentadas después del 1 de enero de 2007, si bien no deberán ser convertidas automáticamente al formato electrónico por el registro, sí deberán convertirse cuando el registro reciba una solicitud de publicación por medios electrónicos, pudiéndose obtener una copia literal o en extracto³⁴. En este sentido, el § 12 GmbHG, modificado a partir del 1 de enero de 2005, permite para este tipo societario realizar esas actuaciones por el procedimiento tradicional o bien por medios electrónicos.

Hasta ahora la competencia para todos los asuntos registrales recaía en los juzgados locales (de primera instancia), pero una nueva modificación de la materia ha transferido la competencia en el ámbito de las sociedades mercantiles, cooperativas y asociaciones a la autoridad determinada por el correspondiente "Land"³⁵.

II.1.4. Sociedad Cooperativa Europea

Una nueva forma de sociedad supranacional fue creada por el Reglamento nº 1435/2003 sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa (SCE)³⁶. Esta normativa fue completada por la Directiva 2003/72/CE, relativa a la implicación de los trabajadores³⁷. La introducción de una forma legal europea para las cooperativas, basada en un principio común pero teniendo en cuenta sus rasgos específicos, debería permitirles operar fuera de su territorio nacional, es decir, en cualquier parte de la Unión Europea. El propósito fundamental de la regulación consiste en permitir la constitución de una SCE con personas residentes en al menos dos diferentes Estados miembros o bien con personas jurídicas constituídas con arreglo al Derecho nacional de dos diferentes Estados miembros. Asimismo, será posible la creación de una SCE por medio de una fusión de dos o más cooperativas ya existentes, siempre que se trate de sociedades

³⁴ Véase OLG München, 31 Wx 065/05, de 10.10.2005.

³⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Führung des Handelsregisters, des Genossenschaftsregisters, des Partnerschaftsregisters und des Vereinsregisters durch von den Ländern bestimmte Stellen (Register-Führungsgesetz-RFüG), BT-Drs. 16/515.

³⁶ Reglamento (CE) No 1435/2003 del Consejo, de 22 de Julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DOUE L 207, p. 1.

³⁷ Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de Julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DOUE L 207, p. 25.

reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; o bien, por medio de la transformación de una cooperativa nacional en la nueva forma, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años. Como ocurre en el caso de la Sociedad Europea, la implicación de los trabajadores se ha resuelto por medio de una Directiva que tiene que ser aplicada conjuntamente con el Reglamento. El conjunto normativo entró en vigor el 18 de agosto de 2006³⁸; y en Alemania, en esas mismas fechas se aprobó la correspondiente incorporación al Derecho interno³⁹.

II.1.5. OPA's

Un factor en constante aumento respecto a su importancia en las sociedades alemanas es la regulación del mercado de capitales. Tradicionalmente el modelo alemán de gobierno corporativo está basado en un sistema de control interno influido por el modelo bancario y dominado por la representación de los intereses empresariales y sociales a través del consejo de vigilancia⁴⁰. Es necesario proteger los intereses de los inversores de aquellas sociedades que se encuentren inmersas en un proceso de adquisición de acciones y por lo menos algunos de sus valores estén admitidos a cotización en un mercado regulado en un país de la Unión Europea. También es necesario dar la mayor transparencia posible a todo el proceso y tratar de prevenir que las sociedades se reestructuren con arreglo a patrones que provocan importantes diferencias en la cultura de la gestión y la administración societaria. En orden a prevenir circunstancias que pudieran frustrar una oferta, los poderes del Consejo de una sociedad oferente deberían limitarse a efectos de abordar operaciones de excepcional importancia, sin que ello obstaculice excesivamente las normales actividades de la compañía. El Consejo de una sociedad oferente debería hacer públicos los documentos relativos a la oferta y las razones en que basa su postura, incluida su visión sobre los efectos que provocaría la oferta sobre todas las sociedades en juego, y de modo especial, el aspecto relativo a la situación de los trabajadores. De acuerdo con el artículo 3, núm. 1, c), el Consejo de una sociedad oferente debe actuar en interés de la sociedad y no debe negar a los inversores la oportunidad de decidir sobre la oportunidad de la oferta.

Con la creciente conciencia respecto a la necesidad de establecer controles internos independientes, por un lado, y la globalización de los mercados de capitales, por otro, se puede decir que Alemania está iniciando el camino hacia importantes cambios en su sistema. Tal es el caso de la Directiva 2004/25/CE, sobre ofertas públicas

³⁸ Véanse los artículos 80 del Reglamento y 16 de la Directiva.

³⁹ Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts (SCEAG), 14.08.2006, BGBl. I 2006, p. 1911.

⁴⁰ Zumbansen, "Germany Inc. Eroding? –Board Structure, CEO and Rhenish Capitalism–", German Law Journal 2002, www.germanlawjournal.com/article.php?id=156.

de adquisición⁴¹ que tenía que ser incorporada al derecho interno antes de mayo de 2006, y que se incorporó al Derecho alemán en julio de 2006⁴².

II.2. Derecho proyectado

Una buena cantidad de normas están en marcha. Así, ya se ha iniciado la tramitación de los proyectos relativos a la reducción del capital mínimo para las sociedades limitadas; el comercio electrónico y el registro de sociedades; la Sociedad Cooperativa Europea; la trasposición de las directivas sobre fusiones transfronterizas y sobre ofertas públicas de adquisición de valores; así como otras modificaciones –en este caso, más lejanas- relativas, de nuevo, al gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.

II.2.1. Reducción del capital mínimo de las sociedades limitadas

A consecuencia de la competición iniciada por los reguladores en el Mercado Común europeo por las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia Europeo, mencionadas con anterioridad, un empresario busca una forma adecuada de sociedad limitada creando una Limitada (*private company limited by shares*) en el Reino Unido, sin ningún capital mínimo, en lugar de elegir el tipo de sociedad regulado por la Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada, para la que se requiere un capital mínimo de 25.000 euros. Si todas las actividades de la Limitada tuvieran lugar en Alemania, no habría riesgo ninguno en ser reconocida como una entidad legal por este Estado miembro⁴³; motivo por el que se está incrementando la presencia de la Limitada, incorporada por el Reino Unido, en Alemania⁴⁴. El capital mínimo parece ser un obstáculo para la competitividad de la sociedad limitada. En Alemania, la decisión del Tribunal de Justicia Europeo sobre el caso “*Inspire Art*” ha dado lugar a un intenso debate para disminuir o incluso eliminar totalmente el requisito de un capital mínimo para la sociedad limitada⁴⁵. En mayo de 2005, un proyecto de ley (*Mindestkapitalgesetz –Ley sobre Capital Mínimo*)⁴⁶ que reducía el capital

⁴¹ Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición, DOUE L 142, p. 12.

⁴² Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote - Übernahmerichtlinien-Umsetzungsgesetz, 14.07.2006, BGBl. I 2006, p. 1426.

⁴³ Véase, „Bayer, Die EuGH-Entscheidung “*Inspire Art*” und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen“, BB 2003 (58), p. 2357; Ziemons, “Freie Bahn für den Umzug der Gesellschaften nach *Inspire Art*?” ZIP 2003 (42), p. 1913; Wachter, “Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften nach *Inspire Art*”, GmbHR 2003, p. 1254, argumentando en sentido contrario.

⁴⁴ En 2004 habría 800.000 sociedades limitadas privadas por acciones alemanas y 15.000 U.K. Limited en Alemania. Véase, “Westhoff, Die Gründung einer britischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland und die Pflichten der laufenden Geschäftstätigkeit - How to set up a Limited?”, ZInsO 2004, p. 289.

⁴⁵ Schall/Westhoff, “Warum Deutschland eine neue Kapitalgesellschaftsform braucht”, GmbHR 2004, p. R381.

⁴⁶ BR-Drs. 619/05.

de 25.000 a 10.000 euros fue aceptado por el Gobierno alemán; sin embargo, el Parlamento lo rechazó en septiembre del mismo año.

Aparte de este proyecto, otra propuesta denominada “*GmbH light*” (realizada por el gobierno del *Land de Nordrhein-Westphalen*) preveía un capital mínimo de 5.000 euros⁴⁷. La total eliminación del capital mínimo no parece ser la solución para reforzar el papel de la sociedad limitada como una forma societaria atractiva en el ámbito del mercado común europeo⁴⁸. Según estudios realizados en Francia y España, tal medida no motivaría el incremento en la utilización de esa forma societaria⁴⁹. Finalmente, en mayo de 2007 el gobierno federal aprobó un proyecto de ley para permitir una mayor rapidez y facilidad en la creación de sociedades limitadas (Ley para la modernización del derecho de sociedades de responsabilidad limitada y para combatir los abusos legales⁵⁰). La ley entrará en vigor a comienzos del año 2008.

II.2.2. Gobierno corporativo en el ámbito de las sociedades cotizadas

La disciplina del gobierno corporativo en el ámbito de las sociedades cotizadas es una materia muy dinámica, en constante desarrollo. En Alemania, el desafío más difícil que se presenta viene de la mano de los crecientes modelos de control interno independiente, resultado del sistema de codecisión y que establece una presencia obligatoria de representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia de las sociedades cotizadas⁵¹. La participación de los trabajadores juega un papel importante en el sistema alemán dado que los Comités de empresa tienen suficiente poder para salvaguardar los intereses de los trabajadores en su seno. Mientras que tales representantes no interfieran negativamente con controles internos, la presencia obligatoria de representantes en un consejo supervisor probará la incompatibilidad con fomentar la supervisión independiente de la gerencia en el ámbito de la Unión Europea⁵². Las propuestas de reforma de las leyes sobre codecisión se han excluido de la agenda nacional de reformas, casi por principio⁵³.

⁴⁷ NJW-aktuell, 43/2005, p. X.

⁴⁸ Roth, “Qualität und Preis am Markt für Gesellschaftsformen”, ZGR 2005, p. 348 (376); Westermann, “Die GmbH in der nationalen und internationalen Konkurrenz der Rechtsformen”, GmbHR 2005, p. 4 (6).

⁴⁹ Becker, «Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische Blitz-S.A.R.L.», GmbHR 2003, p. 706; Meyer/Ludwig, «Französische GmbH-Reform 2003/2004: Hintergründe und “Ein-Euro-GmbH”», GmbHR 2005, p. 346.

⁵⁰ “Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung des Missbrauchs”, presentada el 28.05.2007; rsw.beck.de/rsw/upload/DStR/MoMiG_RegE.pdf. Vease Wulfentange, “Die Reform des GmbH-Rechts: Schneller und einfacher gründen, wettbewerbsfähiger in Europa werden”, BB Beilage 2006, p. 19; Schmidt, “Brüderchen und Schwesterchen für die GmbH?” DB 2006, p. 1096.

⁵¹ Leyens, “German Company Law: Recent Developments and Future Challenges”, German Law Journal No 10, 2005, www.germanlawjournal.com/article.php?id=645.

⁵² Ulmer, “Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß?” ZHR (161) 2002, p. 271 (275).

⁵³ Leyens, “German Company Law: Recent Developments and Future Challenges”, German Law Journal No 10, 2005, www.germanlawjournal.com/article.php?id=645.

Además, la Comisión Europea presentó el 5 de enero de 2006 una propuesta de Directiva sobre el ejercicio de los derechos de voto de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado⁵⁴. La participación de los accionistas es una condición esencial para la eficacia del gobierno corporativo. Los ciudadanos europeos que posean acciones de una sociedad cotizada situada en otro Estado miembro, a menudo, se encuentra con importantes problemas inherentes a las citadas acciones, cuando desean ejercer su derecho de voto. En algunas ocasiones los obstáculos existentes llegan a hacer prácticamente imposible el ejercicio de ese derecho. Además, los inversores normalmente mantienen sus acciones por medio de cuentas abiertas con intermediarios de valores, quienes, a su vez, mantienen cuentas con otros intermediarios y depositarios ubicados en otras jurisdicciones. Las cadenas de intermediarios transfronterizos son los encargados de establecer la comunicación entre los emisores y los accionistas, dificultando el proceso de votación. En su Plan de Acción sobre Modernización del Derecho de sociedades y mejora del Gobierno Corporativo en la Unión Europea⁵⁵, la Comisión ya consideró en 2003 que era necesario facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas transfronterizos. Las normas existentes en la Unión Europea no eran suficientes para atender ese objetivo, dado que el acceso a la Junta General y otros derechos referentes a la Junta deberían estar abiertos a todos los accionistas con independencia de su origen o residencia, dentro de la Unión. La propuesta pretende asegurar que todas las Juntas Generales sean convocadas con la suficiente antelación y toda la documentación pertinente esté disponible a tiempo para permitir que los accionistas puedan tomar una decisión respecto al ejercicio de su derecho de voto. Por otro lado, la propuesta también hace referencia a la abolición de cualquier clase de bloqueo de acciones, así como a la facilitación para participar en las Juntas “electrónicamente”.

II.2.3. Fusiones transfronterizas

Con base en la Directiva 2005/56/CE⁵⁶ y en una decisión del TJUE de diciembre de 2005⁵⁷, las fusiones entre sociedades nacionales y sociedades de otros Estados miembros están permitidas, dado que cualquier prohibición a esta operación, con

⁵⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un Mercado regulado, por la que se modifica la Directiva 2004/109/EC, COM (2005) 685. Posteriormente, el 1 de junio de 2007, se ha publicado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (Documento 2005/0265 (COD) PE-CONS 3608/07).

⁵⁵ Plan de Acción sobre Modernización del Derecho de Sociedades y mejora del gobierno corporativo en la Unión Europea, 21.05.2003, COM (2003), 284.

⁵⁶ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DOUE L 310, p. 1.

⁵⁷ TJUE SEVIC Systems AG – C-411/03, DOUE C 36, p. 5.

origen en un Derecho nacional, violaría el principio relativo a la libertad de establecimiento. Esta solución es necesaria para la cooperación y la consolidación entre sociedades de diferentes Estados miembros y termina con las dificultades existentes hasta el momento, tanto de índole legal como administrativo, garantizando la realización de fusiones transfronterizas entre sociedades de capital de distintos tipos que se encuentren previstas en el ámbito de las legislaciones de Estados miembros diferentes. Como el resto de países de la Unión, Alemania deberá adaptar a su Derecho interno la Directiva antes del 15 de diciembre de 2007. A estos efectos, el 17 de febrero de 2006, el Ministerio de Justicia hizo público el oportuno proyecto de ley⁵⁸, excluyendo los temas de codeterminación en caso de fusiones transfronterizas, para ser objeto de una regulación específica. Posteriormente, los procesos de fusión transfronteriza serán simplificados, lo que significa que ya no será necesaria la liquidación de una sociedad que haya sido adquirida por otra. Además, este procedimiento será una alternativa para las pequeñas y medianas empresas con actividades fuera de sus fronteras nacionales, en lugar de tener que acudir a la forma de Sociedad Europea. Al fin los tipos de sociedades alemanes se verán reforzados con esta Directiva⁵⁹.

III. Conclusiones

La evolución del Derecho de sociedades alemán se caracteriza por dos tendencias: por un lado, la ruptura con las tradiciones, y por otro, la aceptación de la idea de Europa, auspiciada por un mercado único.

La mayoría de los desarrollos descritos han tenido lugar en el ámbito de las sociedades cotizadas. Además, la panorámica se ha centrado en poner de manifiesto la gran cantidad de modificaciones que se están llevando a cabo, en Alemania, sobre el modo tradicional de entender la gobernanza empresarial. Desde el momento en que se inició en Alemania la discusión sobre la disciplina del gobierno corporativo se dieron muchos impulsos renovadores al Derecho sobre sociedades cotizadas. A consecuencia de la permanente revisión y modificación del *Corporate Governance Codex* todavía se esperan nuevas reformas. Tradicionalmente, el sistema normativo con su régimen de obligaciones y prohibiciones ha sido el método preferido en Alemania frente a la autorregulación; sin embargo, la creación del *Corporate Governance Codex*, concordado con el §161 AktG, ha introducido un nuevo mecanismo, a pesar de que, a veces, parece que el legislador alemán no esté completamente de acuerdo con esta tendencia. Alemania tiene que aprender que la legislación estricta y rigurosa no es un buen método para resolver los problemas.

⁵⁸ Entwurf eines 2. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, www.bmj.bund.de/media/archive/active/1149.pdf (Abrufdatum: 08.03.2006). Bayer/Schmidt, "Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften", NJW 2006, p. 401.

⁵⁹ Samson/Flindt, „Internationale Zusammenschlüsse“, NZG 2006, p. 290.

Por otro lado, otro aspecto que caracteriza la evolución del Derecho de sociedades en Alemania es el de las actividades supranacionales. La evolución del Derecho de sociedades se caracterizará por un fuerte mercado basado en la economía con escasas situaciones de privilegio, motivo éste por el que los sistemas de gobierno en ese mercado será uno de los retos fundamentales para Alemania, Europa y sus actuales 27 Estados miembros. La eficiencia, la transparencia y los mercados de valores integrados contribuyen a un genuino mercado único europeo y el conocimiento de una acertada, comprensiva y puntual información sobre los valores contribuye a mantener la confianza de los inversores y le permite realizar una adecuada valoración de sus negocios y activos⁶⁰.

Bibliografía

- Bayer*, Die EuGH-Entscheidung "Inspire Art" und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003 (58), p. 2357.
- Bayer/Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, p. 401.
- Becker*, Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische Blitz-S.A.R.L., GmbHR 2003, p. 706.
- Behrens*, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, IPRax 1989 (9), p. 354.
- Braun*, Essay – the European Private Company: a supranational company form for small and medium-sized enterprises?, German Law Journal, 2005, www.germanlawjournal.com/article.php?id=518.
- Kersting/Schindler*, The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, German Law Journal, Vol. 4, 2003, p. 1277, http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol04No12/PDF_Vol_04_No_12_1277-1291_Privat_Kersting_Schindler.pdf
- Knobbe-Keuk*, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 1990 (154), p. 325.
- Langenbacher*, Vorstandshandeln und Kontrolle, DStR 2005, p. 2083.
- Leyens*, German Company Law: Recent Developments and Future Challenges, German Law Journal, Vol. 10, No. 2005, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=645>.
- Meyer/Ludwig*, Französische GmbH-Reform 2003/2004: Hintergründe und „Ein-Euro-GmbH“, GmbHR 2005, p. 346.
- Münchener Kommentar*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1999, München.

⁶⁰ Directiva 2003/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2003, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE y 91/674/CEE del Consejo, sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras y empresas de seguros (DOUE L 178, p. 16), traspuesta al derecho alemán por medio de la Ley sobre reforma de la contabilidad, promulgada el 4 de diciembre de 2004, BGBl. I 2004, p. 3166.

- Roth, Qualität und Preis am Markt für Gesellschaftsformen, ZGR 2005, p. 348.
- Samson/Flindt, Internationale Unternehmenszusammenschlüsse, NZG 2006, p. 290.
- Schall/Westhoff, Warum Deutschland eine neue Kapitalgesellschaftsform braucht, GmbHR 2004, p. R381.
- Schanze/Jüttner, Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach „Inspire Art“, AG 2003 (48), p. 661.
- Schmidt, Brüderchen und Schwesterchen für die GmbH?, DB 2006, p. 1096.
- Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Auflage, 1992, Stuttgart.
- Staudinger, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Berlin.
- Ulmer, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktiven Auslandsitz, JZ 1999 (54), p. 662.
- Ulmer, Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß ?, ZHR (161) 2002, p. 271.
- Wachter, Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften nach Inspire Art, GmbHR 2003, p. 1254.
- Weber, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2005, NJW 2005, p. 3682.
- Weber, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2006, NJW 2006, p. 3685.
- Westermann, Die GmbH in der nationalen und internationalen Konkurrenz der Rechtsformen, GmbHR 2005, p. 4.
- Westhoff, Die Gründung einer britischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland und die Pflichten der laufenden Geschäftstätigkeit - How to set up a Limited?, ZInsO 2004, p. 289.
- Wulfentange, Die Reform des GmbH-Rechts: Schneller und einfacher gründen, wettbewerbsfähiger in Europa werden, BB-Beilage 2006, p. 19.
- Ziemons, Freie Bahn für den Umzug der Gesellschaften nach Inspire Art?, ZIP 2003 (42), p. 1913.
- Zumbansen, Germany Inc. Eroding? – Board Structure, CEO and Rhenish Capitalism -, German Law Journal, vol. 6, 2002, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=156>

