



LA RAZÓN HISTÓRICA. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas. ISSN 1989-2659

Número 45, Año 2020, páginas 89-97. www.revistalarazonhistorica.com



La gestión dual en las Sociedades Anónimas alemanas (*Aktiengesellschaft*), a través del Consejo de Vigilancia (*Aufsichtsrat*).

Dual management in German Shareholder Companies (*Aktiengesellschaft*), through the Supervisory Board (*Aufsichtsrat*).

José Manuel Santos Jaén.

Profesor Contratado de la Universidad de Murcia (España).

María Teresa Tornel Marín.

Profesora Contratada de la Universidad de Murcia (España).

Resumen: Fruto de la armonización legislativa, el ordenamiento jurídico español y el alemán en materia de sociedades de capital es muy parecido, especialmente en lo que a Sociedades Anónimas se refiere. Entre las principales diferencias entre la Sociedad Anónima Española y la alemana, denominada *Aktiengesellschaft*, se encuentra la existencia en Alemania de un tercer órgano de gobierno, como es el Consejo de Supervisión, denominado *Aufsichtsrat*.

Este órgano está encargado de velar por la adecuada gestión de la compañía por parte del Consejo de Administración y asegurar un correcto funcionamiento de las políticas de Gobierno Corporativo. Entre sus particularidades destaca el hecho de estar formado tanto por accionistas como por trabajadores, lo que ha creado a lo largo de los años una cultura del dialogo en la gestión empresarial alemana.

Palabras clave: Sociedad Anónima, Consejo de Supervisión, Derecho Mercantil.

Abstract_ As a result of legislative harmonisation, the Spanish and German legal systems in the area of capital companies are very similar, especially as regards Limited Companies. Among the main differences between the Spanish and German Limited Companies, called

Aktiengesellschaft, is the existence in Germany of a third governing body, such as the Supervisory Board, called *Ausfischtrast*.

This body is responsible for ensuring the proper management of the company by the Board of Directors and ensuring the proper functioning of Corporate Governance policies. Among its particularities, the fact of being formed by both shareholders and workers stands out, which has created over the years a culture of dialogue in German business management.

Keywords: Limited Company, Supervisory Board, Commercial Law.

1. Introducción.

En cualquier economía actual, el adecuado funcionamiento de la legislación mercantil es garante de la seguridad jurídica deseada por cualquier empresa, accionista o inversor. De ahí, que en todos los países desarrollados, el Derecho Mercantil haya experimentado unas altas cotas de desarrollo, lo que unido a la globalización ha provocado una importante armonización legislativa, especialmente entre los países de la Unión Europea.

El objetivo del presente artículo es realizar una comparación entre los principios reguladores de la Sociedad Anónima en España y su homónima en Alemania, la denominada *Aktiengesellschaft*, para posteriormente abordar una de las principales diferencias existentes, como es la inclusión por parte del legislador alemán de un tercer órgano de gobierno en las sociedades anónimas alemanas, el Consejo de Supervisión, denominado *Ausfischtrast*.

2. La Sociedad Anónima en Alemania.

Fue el príncipe elector prusiano Friedrich Wilhelm quien en 1682 y con el objetivo de poder comerciar con bienes y esclavos provenientes de África quien fundó la primera *Aktiengesellschaft*, termino equivalente a la Sociedad Anónima recogida en el ordenamiento jurídico español.

Aunque en la actualidad la forma societaria más común en Alemania es la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) el equivalente a la Sociedad de Responsabilidad Limitada en España, en la actualidad existen en Alemania más de 12.000 *Aktiengesellschaft*¹ y al igual que ocurre en la economía española, si bien este tipo societario no es el mayoritario, en cuanto al número de sociedades se refiere, si es el escogido para las grandes sociedades de capital, debido a sus especiales características.

3. Características de la *Aktiengesellschaft* y su contraste con la Sociedad Anónima española.

¹ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/6917/umfrage/anzahl-der-aktiengesellschaften-von-1960-bis-2008/>

Al igual que ocurre con nuestra sociedad anónima, la *Aktiengesellschaft* es un tipo societario caracterizado en la responsabilidad limitada de los accionistas al capital que hubiesen invertido en la sociedad, sin asumir ningún riesgo más allá de sus aportaciones en la sociedad. Esta característica la convierte en lo que en nuestro Derecho Mercantil consideramos como sociedades de capital.

En cuanto a su constitución se refiere, la *Aktiengesellschaft*, al igual que la sociedad anónima española (SA) ha de constituirse mediante documento público (escritura notarial) y ha de ser inscrita en el *Handelregister*, el equivalente a nuestro Registro Mercantil. Para acelerar los trámites y reducir burocracia, es posible la realización telemática de los trámites, así como el acceso transfronterizo y la posibilidad de obtener copias, lo que redundará, tal y como señala Braun (2012) en una mayor transparencia. Para ello se dispone del acceso electrónico al *Handelregister*, a través de la web <https://www.unternehmensregister.de/ureg/>.

Es en el *stammkapital* (capital social) donde aparece una pequeña diferencia con nuestra SA, ya que si nuestra legislación establece un capital social mínimo de 60.000 euros, la legislación alemana lo fija en un importe algo inferior, en concreto en 50.000 euros. Lo que sí que no presentan diferencias entre ambos países es la característica de fácil transmisión de las *aktien* (acciones), lo que ha permitido la gran expansión de este tipo societario en los últimos siglos, especialmente en la búsqueda de financiación de proyectos con grandes necesidades de inversión. Según las últimas cifras en Alemania más de 10 millones de personas poseen acciones².

En cuanto a su representación, al igual que ha ocurrido en nuestro país, se ha producido una evolución desde las representaciones mediante títulos a las actuales anotaciones en cuenta lo que permite una transmisibilidad más ágil.

Ilustración 1. Imagen de una acción alemana representada mediante título.



Fuente: Imagebroker.

² <https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/aktien/aktionarszahlen-zehn-millionen-deutsche-haben-aktien-so-viele-wie-vor-der-finanzkrise/20977306.html?ticket=ST-845835-RDCifU9QHpmHKkoCmrcX-ap1>

Otra importante similitud entre ambos tipos societarios es el relativo al número de socios, ya que tanto la legislación española como la alemana permiten la existencia de este tipo de sociedades sin límites mínimo ni máximo de socios.

Si la Ley de Sociedades de Capital (LSC³) en España establece como órganos de gobierno de las SA a la Junta General y al Consejo de Administración u Administradores. Por su parte, tal y como señala Rinne (2016) la *Aktiengesetz*⁴ (Ley que regula las *Aktiengesellschaft*) establece la existencia de tres órganos; *Generalversammlung* (Asamblea General de Accionistas), *Vorstand* (Consejo de Administración) y *Aufsichtsrat* (Consejo de Vigilancia).

Los dos primeros órganos guardan estrecha similitud con los establecidos por la LSC para las SA. Es decir, la *Generalversammlung* es el órgano de máximo gobierno encargado de acordar las decisiones más importantes de la sociedad, tales como, modificaciones del capital social, reparto de dividendos, modificación de los *Satzung der Gesellschaft* (estatutos sociales), etc.

A diferencia del Derecho Mercantil español, el alemán no prevé que los miembros del Consejo de Administración sean nombrados por la Junta General, sino que esta será la encargada de nombrar a los miembros del Consejo de Vigilancia, y estos a su vez nombrarán a los miembros del Consejo de Administración.

Este Consejo de Administración guarda similitud con el regulado por la LSC, ya que es el órgano de representación de la sociedad frente a terceros, siendo sus facultades conferidas y limitadas, no solo por la Junta General, sino que también por el Consejo de Vigilancia.

4. El *aufsichtsrat* alemán.

Como anteriormente se ha comentado, la *Aktiengesetz* establece un tercer órgano de gobierno, ajeno en el ordenamiento jurídico español, como son los *Aufsichtsrat* (Consejos de Vigilancia). Este órgano tiene más de 150 años de antigüedad, ya que en palabras de Montes (1983) tiene su origen en la *Aktiennovelle* de 11 de junio de 1870 en la que se instaura la administración de las sociedades bajo dos pilares (*Aufsichtsrat* y *Vorstand*). Igualmente, destaca por su carácter de único en el mundo (Müller, 2014), está compuesto por un número no inferior a 3 miembros y no superior a 21, de los cuales un tercio de los mismo estará formado por trabajadores. Su cometido principal es vigilar la labor desempeñada por el *Vorstand* (Consejo de Administración), en aras de garantizar que estos buscan

³ Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁴ Ley Alemana de Sociedades Anónimas, cuya última modificación ha sido realizada a través del artículo 1 de la Ley de 31 de julio de 2009.

aumentar la rentabilidad de la empresa en defensa de los intereses de los accionistas.

Aun tratándose de un órgano de control, exclusivo en las empresas alemanas, debe respetar la independencia del órgano ejecutivo en la gestión empresarial (García, 1965). Además del mencionado control, este órgano tiene otro cometido, como es la implementación de los códigos de buen gobierno. Estos códigos tienen como objetivo garantizar el buen funcionamiento de los órganos de gobierno y dirección de las compañías, con el fin de mejorar la confianza y transparencia de las partes interesadas (accionistas, trabajadores, inversores, etc.).

Con la introducción en el año 1976 de la necesidades de que una parte de estos *Aufsichtsrat* estén formados por los trabajadores a través de sus representantes legales, ha contribuido a desarrollar en Alemania una cultura del consenso y el dialogo. Hasta tal punto, que si bien las *GmbH* (SL) no están obligadas a contar con este órgano, son muchas las que debido a los grandes beneficios de su incorporación, lo tiene establecido como un órgano más de gobierno de la sociedad.

Con el *Aufsichtsrat* se introduce en la sociedad un modelo de gestión dual (Consejo de Administración – Consejo de Supervisión). Tal y como define Dangen (2010)

“La gestión dual se basa en la elección de un órgano, el Consejo de Vigilancia, que se entre pone entre la Junta de los Accionistas y el Consejo de Administración.

Los accionistas, básicamente, eligen a los miembros del Consejo de Vigilancia, formado por profesionales, representantes de los accionistas y representantes de los trabajadores, que nombra, controla y asesora al consejo de administración y que está directamente involucrado en la toma de aquellas decisiones que sean de importancia fundamental para la empresa. Es más, para negocios de gran trascendencia, los estatutos o el Consejo de Vigilancia mismo establecen reservas de aprobación a favor del Consejo de Vigilancia sobre aquellas decisiones o medidas que modifiquen sustancialmente la situación patrimonial, financiera o de rentabilidad de la empresa”.

Fruto del carácter exclusivo del *Aufsichtsrat* en la legislación alemana, también lo es este sistema dual, así en otros países como Reino Unido, España o EEUU se usa un sistema de un solo nivel y en otros como en Francia o Rusia se produce una combinación de ambos sistemas (Telke, 2019).

Tal y como señala Smith (1995) son los accionistas quienes eligen al presidente del *Aufsichtsrat*, quien tiene voto de calidad con el que dirimir posibles votaciones ajustadas.

De tal manera, el *Aufsichtsrat* es el órgano de gobierno corporativo de las empresas alemanas al representar por un lado al capital (accionistas) y por otro al trabajo, pero no a la dirección (García, 1995), órgano este de quien está obligado a

controlar su gestión (Albach, 1997). En cuanto a las funciones más concretas del *Aufsichtsrat*, según Ruhwedl (2002) este órgano ha de encargarse del diseño organizativo del *Vorstand* (Consejo de Administración) incluido el establecimiento del sistema de incentivos. También resulta significativo como a raíz de la reforma legislativa que tuvo lugar en 1937, el *Aufsichtsrat* asumió importantes funciones que hasta entonces eran competencia exclusiva de la *Generalversammlung* (Junta General), entre ellas se pueden destacar la revisión de cuentas (Arana, 1982). Debido a esta característica, el *Aufsichtsrat* se encuentra sometido a la regulación alemana en materia de auditoría de cuentas, ya que en la revisión por parte de un experto independiente de las cuentas de una *Aktiengesellschaft* será necesario por parte del auditor examinar las tareas tanto del *Aufsichtsrat* como del comité de auditoría (Prangenberg, 2016). En el caso de las empresas alemanas, el comité de auditoría será el órgano encargado de ayudar al *Aufsichtsrat* en la revisión de las políticas de revelación de información, ya que como definen Pincus, Rusbarsky y Wong (1989), este órgano tiene como misión la asistencia en esta materia al órgano encargado de la revelación de información en las sociedades.

Esta figura propia de la legislación alemana, trae como novedad la incorporación de los trabajadores a un órgano de gobierno de la sociedad, lo que no se produce en el Derecho Mercantil de otros países. Esta situación, como ya se ha apuntado, trae como beneficio un aumento del consenso dentro de las empresas, pero por otra parte está provocando una situación desventajosa en el corto plazo para las empresas alemanas que operan fuera de sus fronteras, tal y como afirma Stettes (2007) a raíz de una encuesta realizada por el Instituto de Investigación Económica de Colonia y el Instituto de Derecho y Finanzas de la Universidad de Frankfurt en relación a la participación de los trabajadores en la gestión empresarial. Esto se debe a que de este tipo de gestión dual surge una orientación más a largo plazo en las decisiones corporativas (Rapp, Wolff, Henning & Udoieva, 2019).

Aunque en la gran mayoría de ocasiones, debido a la instaurada cultura del consenso, las decisiones adoptadas por el *Aufsichtsrat* son adoptadas por unanimidad, en este órgano conviene mitigar el riesgo de conflictos que pueden abocar en la disidencia de alguno de sus miembros, para ello los investigadores en la materia han planteado una serie de pautas para evitar estas situaciones (Scholderer & Werder, 2014). Ya en 1976, tras el informe denominado “Congestión para la empresa” recogía un sistema de dirección empresarial en Alemania de dos niveles: Dirección por el *Vorstand* y Control por el *Aufsichtsrat* (Schmidt, 1977), lo que derivó en la promulgación de la conocida como Ley de Congestión de los Trabajadores alemana García (1976) apuntaba la necesidad de un determinado nivel de formación de todos los integrantes del *Aufsichtsrat*, si se quería asegurar un correcto funcionamiento.

El carácter exclusivo de este órgano en la legislación alemana ha sido objeto de análisis por parte de los tribunales de justicia europeos, así en julio de 2017, la sentencia del asunto C-566/15 Konrad Erzberger / TUI AG, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resolvió la no contrariedad de la Ley de Congestión de Trabajadores en Alemania con el Derecho de la Unión. En su fallo el alto tribunal sentenció: *“El hecho de que los trabajadores de un grupo de sociedades empleados fuera de Alemania carezcan del derecho a votar y a ser candidatos en la elección de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad matriz alemana no es contrario a la libre circulación de trabajadores”*.

Este órgano no se ha visto ajeno a la actual tendencia de promoción de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, así en marzo de 2015 se instauró una cuota mínima de un 30% mujeres en los *Aufsichtsrat* (Weckes, 2019).

Por último, cabe señalar un cambio experimentado en el modo de operar de estos *Aufsichtsrat*, ya que en base a las conclusiones de Pohl (2017), la revolución introducida por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, ha supuesto también un cambio exponencial en la organización del trabajo de este órgano societario, el cual a través de las modernas herramientas ha conseguido organizar el trabajo de sus miembros de una manera más eficiente.

5. Conclusiones.

La legislación española y alemana en materia de sociedades de capital, y en concreto de sociedades anónimas, guarda una importante similitud. Si bien, el ordenamiento jurídico alemán establece la existencia de un tercer órgano de gobierno de las *Aktiengesellschaft* (SA) como es el *Aufsichtsrat* (Consejo de Supervisión). Entre las funciones de este órgano, no existente en otros ordenamientos jurídicos, destaca el velar por el correcto funcionamiento del Consejo de Administración, lo que está íntimamente ligado al adecuado Gobierno Corporativo.

Este órgano registra la particularidad de representar tanto a la propiedad (accionistas) como a los trabajadores, ya que un tercio de sus componentes estará compuesto por trabajadores o sus representantes legales. Además fruto de la búsqueda de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, se ha instaurado una cuota mínima de mujeres (30%). Esta irrupción de los trabajadores en un órgano de gobierno, ha traído a lo largo de los años una gran ventaja como es la creación de una gran cultura del consenso y el diálogo, algo tan necesario en otras economías, como por ejemplo la española, a la hora de poder superar situaciones de dificultad dentro de una compañía.

Otro aspecto importante a reseñar, es que a pesar de las dudas acerca de la posible contrariedad de la Ley de Congestión de Trabajadores alemana, por la que se

determina la participación en los *Aufsichtsrat* con el Derecho de la UE, el Tribunal de Justicia de la UE ha fallado en sentido favorable a la no contrariedad.

6. Referencias.

Albach, H. (1997). Strategische Unternehmensplanung und Aufsichtsrat. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 26(1), 32-40.

Arana Gondra, F. J. (1982). La revisión de cuentas en el derecho alemán. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 121-150.

Braun, S. (2012). La modernización del Derecho de Sociedades en Alemania. *Revista Icade. Revista De Las Facultades De Derecho Y Ciencias Económicas Y Empresariales*, (72), 373-389.

Dangen (2010). El ordenamiento Alemán: el gobierno corporativo y la gestión dual de la empresa.

García Echevarría, S. (1965). La reforma de la legislación de sociedades anónimas en la República Federal Alemana.

García Echevarría, S. (1976). Análisis de la experiencia alemana en torno a la cogestión empresarial.

García Echevarría, S. (1995). Gobierno corporativo: la experiencia alemana.

Montes, A. C. (1983). La administración de la sociedad anónima en el Derecho comparado. *Anuario de derecho civil*, 36(3), 843-868.

Muller, S. (2014). El "Aufsichtsrat" alemán garantiza más control sobre las cuentas y la gestión de una sociedad anónima. *Hay derecho*.

Prangenberg, A. (2016). *Die Folgen der EU-Abschlussprüfungsreform für den Aufsichtsrat und den Prüfungsausschuss: Eine handlungsorientierte kommentierte Darstellung der neuen Rechtslage* (No. 26). Mitbestimmungsreport.

Pincus, K.; Rusbarsky, M.; Wong, J. (1989). Voluntary formation of corporate audit committees among NASDAQ firms. *Journal of Accounting and Public Policy*, 8 (4), 239-265.

Pohl, E. (2017). Der Aufsichtsrat wird digital. *Bankmagazin*, 66(1), 48-49.

Rapp, M. S., Wolff, M., Hennig, J. C., & Udoieva, I. (2019). *Mitbestimmung im Aufsichtsrat und ihre Wirkung auf die Unternehmensführung: Eine empirische Analyse vor dem Hintergrund der Finanz- und Wirtschaftskrise* (No. 424). Study der Hans-Böckler-Stiftung.

Ruhwedel, P. (2002). *Aufsichtsratsplanungssysteme: theoretische Grundlagen und praktische Ausgestaltung in Publikumsaktiengesellschaften*. Berlin: Peter Lang International Academic Publishers.

Rinner, T. (2016). *Establecimientos mercantiles en Alemania*. Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte · Steuerberater PartG mbB.

Schmidt, H. (1977). La Ley de Empresa alemana. Un intento de democracia empresarial.

Smith, S. C. (1995). Derechos de participación, formación y eficiencia de los trabajadores: hipótesis y evidencia empírica para Alemania. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, (33), 92-121.

Scholderer, F., & Werder, A. V. (2017). Dissens im Aufsichtsrat. *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht*, 46(6), 865-916.

Stettes, O. (2007). Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat: Ergebnisse einer Unternehmensbefragung. *IW-Trends-Vierteljahresschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung*, 34(1), 17-30.

Telke, J. (2019). Der aktienrechtliche Aufsichtsrat im internationalen Vergleich. *Deutsch-Russische Rechtszeitschrift*, 4(2), 126-131.

Weckes, M. (2019). *Strahlungsarmes" Quötchen": Die Geschlechterverteilung in Aufsichtsrat und Vorstand 2019* (No. 48). Mitbestimmungsreport.