

SOCIEDADES MERCANTILES INTERNACIONALES: UN MODELO UNIFICADO PARA LA UE

(INTERNATIONAL COMMERCIAL COMPANIES: A UNIFIED MODEL FOR THE EU)

Autor: *Rudy M. Silva Pacherre¹*

RESUMEN

Un aspecto fundamental en el Derecho de Sociedades de la Unión Europea es el relativo a las formas o modelos societarios europeos, siendo uno de ellos el de la Sociedad Privada Europea. Al respecto, resulta interesante ver cómo es posible aplicar las mismas reglas a diferentes tipos de empresas y cómo estas reglas aportan distintas clases de beneficios a cada una de ellas, ya sea que se trate de PYMES, grandes empresas o grupos de empresas, haciendo posible establecer un esquema legal uniforme que regule a todos los tipos societarios. En atención a estas consideraciones, en el presente artículo, se analizará la relación de la Sociedad Privada Europea con la Sociedad Anónima Europea y la importancia que la primera tiene para las PYMES, atendiendo a los requisitos del capital mínimo y del elemento transfronterizo; y, en segundo lugar, se evaluará la relación de dicho modelo societario con las grandes empresas y grupos de empresas, desde la perspectiva de las teorías de las sedes y el traslado de sede al interior de la Unión Europea.

Palabras clave: Sociedad Privada Europea, Sociedad Anónima Europea, PYMES, grupos de empresas, negocio transfronterizo, libertad de establecimiento, teorías de las sedes, traslado de sede.

1) Profesor de Derecho en la Universidad de Piura (UDEP) y en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Lima, Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho Mercantil Internacional y Finanzas por la Universidad de Deusto (España) y Magister en Derecho, Economía y Administración, con mención en Derecho Empresarial, por la Universidad de Estrasburgo (Francia). rudymsilva@hotmail.com

ABSTRACT

A fundamental aspect in the European Union Company Law is the one related to European corporate forms, being one of them the European Private Company. In this regard, it is interesting to appreciate how it is possible to apply the same rules to different corporate forms and how these rules provide different kinds of benefits to each of them, whether they are SMEs, big companies or groups of companies; making possible to establish a uniform legal scheme that regulates all of those corporate forms. Taking into account those considerations, this article will analyze the relationship between the European Private Company and the European Company and the importance that the first one has for SMEs, considering the requirements of minimum capital and cross-border element; and, secondly, the relationship of that corporate form with big companies and groups of companies will be evaluated from the perspective of the seat theories and the transfer of seat within the European Union.

Keywords: *European Private Company, European Company, SMEs, groups of companies, cross-border business, freedom of establishment, seat theories, transfer of seat.*

1. NOTA INTRODUCTORIA

El Derecho de la Unión Europea es un sistema jurídico intrincado y en constante evolución. Son precisamente esas características y la idea de imponer a numerosos países normas jurídicamente vinculantes, creadas a nivel supranacional, lo que puede significar para muchos un ensayo complicado, por decir lo menos, al tener que enfrentarse a la idea de un conjunto de instituciones que engloban a diferentes países y toman decisiones sobre la base de la Unión Europea (UE) como un todo. Lo cual es un aspecto que podría no corresponder con la tradicional concepción de un sistema que funcione correctamente. Sin embargo, de alguna manera este sistema funciona y produce resultados; además de haberse convertido en un modelo a seguir para nuevas alianzas interestatales emergentes como las del continente americano.

Una pequeña parte de todo este sistema jurídico es el Derecho de Sociedades de la Unión Europea, con sus diversas formas o modelos societarios, ahora aplicable en los 27 Estados miembros de la UE.

La creación de ese marco jurídico para, entre otras cosas, adaptarse a las empresas transfronterizas, es un logro increíble por sí mismo y se ha ido desarrollando aún más a lo largo de los años; por lo que es precisamente el último intento por regular esos tipos de empresa el que será objeto de este artículo, ello se refiere a la Sociedad Privada Europea (SPE).

2. LA SPE EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON LA SE

La idea de crear una SPE (o Societas Privata Europaea) no es nueva, dado que los primeros intentos se remontan a la década de 1950; sin embargo, tomó algún tiempo antes de que esta surgiera propiamente. La propuesta de SPE es intrigante, ya que con la sencillez y la competencia regulatoria que propone en toda la Unión Europea, inspira una revolución en el Derecho de Sociedades; pero, al mismo tiempo, es una fuente de continuos desacuerdos políticos al interior de este bloque regional.

Los debates sobre la SPE se originan en las reticencias de los Estados miembros de la UE a obedecer las nuevas normas impuestas por el Derecho Europeo de

Sociedades. Se considera, por un lado, que estas normas son demasiado liberales; y, por otra parte, el principal reparo se centra en el temor a la posible utilización de la SPE como un medio para eludir las estrictas normas nacionales en materia societaria, por parte de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) e incluso por los grupos de empresas. Creando así, con este esquema, un escenario de competencia de producción legislativa entre los distintos sistemas jurídicos al interior de la Unión Europea.

La SPE es una sociedad privada de responsabilidad limitada de “marca europea” a la cual no se le imponen mayores condiciones o requisitos, más allá de contar únicamente con el capital mínimo de un euro; y que está diseñada para ser una forma jurídica alternativa para las PYMES. Esta propuesta de modelo societario, que existiría paralelamente a las diversas formas previstas en las legislaciones internas de los Estados miembros, se basa principalmente en la libertad contractual y, por lo tanto, se convierte en el primer vehículo corporativo único, accesible para cualquier persona². Pero, para comprender mejor la propuesta de la SPE, será necesario compararla con su “hermana mayor”, la Sociedad Anónima Europea (SE), debido a la estrecha conexión, similitudes y diferencias que existen entre estos dos esquemas corporativos.

La SPE constituye el siguiente paso lógico en el desarrollo del Derecho de Sociedades de la Unión Europea y su contenido se configura no solo por la existencia y

La SPE constituye el siguiente paso lógico en el desarrollo del Derecho de Sociedades de la Unión Europea

evolución de la SE, sino, sobre todo, por el fracaso práctico de ésta. Al respecto, se puede afirmar, en base a la información del European Trade Union Institute (2020), que la SE no ha tenido un gran éxito; si consideramos que, desde sus primeros años de creación y hasta la fecha (del 2001 al 2020), solo se han registrado alrededor de 3300 compañías bajo este marco legal al interior de la Unión Europea. Además, aún con los ajustes que el tratamiento de este modelo societario ha sufrido a nivel jurisprudencial, en lo relativo al traslado de sede o domicilio, su número no ha aumentado seriamente.

Las razones para ello son muchas, pero se puede destacar que cuando la SE fue creada en 2001³, la UE estaba compuesta sólo por 15 Estados miembros; por lo que esta forma societaria se adaptó a las necesidades y a la legislación de aquellos países. Sin embargo, los 12 Estados

2) Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, presentado por la Comisión, en Bruselas, el 25 de junio de 2008 – COM (2008) 396 final. 2008/0130 (CNS).

3) Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

Es claro que las PY- MES y las grandes empresas o los grupos de empresas tienen diferentes motiva- ciones, necesidades y capacidades finan- cieras

miembros de Europa Central y Oriental que se integraron posteriormente a la Unión Europea son, en general, más pobres; por lo que el requisito del capital mínimo de 120.000 euros para establecer una SE resulta bastante oneroso para sus inversionistas. De esta forma, se excluye, en la práctica, todo el atractivo que el esquema corporativo de la SE pudiera haber tenido, principalmente para las PYMES.

Entonces, la Sociedad Anónima Europea es, en términos concretos, una creación de la norma comunitaria diseñada para adaptarse a las necesidades de los grandes grupos de empresas en sus actividades transfronterizas. En ese sentido, se trata de una sociedad anónima con un

capital social determinado y que ejerce una actividad empresarial transfronteriza dentro de la UE. Al mismo tiempo, la SE presenta como la gran revolución del Derecho Europeo de Sociedades, el hecho de permitir, por primera vez, la fusión transfronteriza de empresas y la transferencia o traslado de la sede⁴ de una sociedad de un Estado miembro a otro sin la necesidad de pasar por un proceso de disolución y liquidación.

Sin embargo, aunque este parece ser un modelo societario muy atractivo para los inversionistas, hay que considerar que existen algunas reglas en el Estatuto de la SE que disminuyen dicho atractivo, tales como: el aspecto relativo a la ley aplicable, el cual deja demasiado espacio para la aplicación de las normas nacionales⁵; o el requisito de que la sede real y la sede legal o de constitución de la SE se encuentren en el mismo Estado miembro⁶; que el capital mínimo requerido para su establecimiento sea de 120,000 euros⁷; o el hecho que una SE no pueda constituirse *ex nihilo* y que las sociedades que éstas constituyen deban estar en distintos Estados miembros⁸; además de las estrictas normas referentes a la participación de los trabajadores en la SE⁹ en el marco de la Directiva 2001/86/CE¹⁰. Son precisamente esos aspectos de las normas aplicables a la SE, considerados “problemáticos” desde la perspectiva de los inversionistas, los que influyeron en la

4) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desarrolló progresivamente las nociones relativas al traslado de la sede dentro de la UE en las sentencias de los casos Daily Mail, Centros, Überseering, InspireArt, Sevic y Cartesio.

5) Artículo 9 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

6) Artículo 7 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

7) Artículo 4 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

8) Artículo 2 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

9) Artículo 1, numeral 4 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

10) 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.

formación de la propuesta inicial del Estatuto de la SPE.

Es así que los legisladores de la Unión Europea, aprendiendo de los errores previos, estipularon en el Estatuto de la SPE reglas exactamente opuestas a las previstas en el de la SE; ello con la intención de crear un nuevo modelo societario más adecuado para las pequeñas empresas y no solo para los grandes grupos de empresas. En ese sentido, entre otras regulaciones, se dispuso: que la ley aplicable sea casi enteramente comunitaria¹¹; que la sede real pueda diferir de la sede legal o de constitución¹²; que el capital mínimo se fije en un euro¹³; que la SPE pueda constituirse *ex nihilo* sin requerir del elemento transfronterizo¹⁴; y que la participación de los trabajadores quede sujeta al derecho interno del Estado miembro donde se tenga el domicilio social¹⁵. Adicionalmente, el artículo 35 del Estatuto de la SPE recoge lo contemplado en el artículo 8 del Estatuto de la SE, en cuanto a las normas sobre el traslado del domicilio social o sede, prescribiendo así que dicho traslado no dará lugar a la liquidación de la sociedad.

Se puede apreciar entonces, que a pesar de que la SPE está especialmente diseñada para adaptarse a las pequeñas y medianas empresas, sus normas permiten que la utilización de este modelo societario se dé no solo por las PYMES, sino

por cualquier tipo de empresa. Es así que resulta más sencillo, menos costoso y, por lo tanto, extremadamente atractivo el establecer una SPE, ya sea para reestructurar el gobierno corporativo de un grupo de empresas o simplemente para evitar una determinada legislación nacional inconveniente, a través del *forum shopping* legal. Es precisamente este uso de la SPE por parte de cualquier empresa el eje central de este artículo, dado que resulta interesante observar cómo se aplican las mismas reglas a diferentes tipos de empresas o modelos societarios y cómo estos aportan diferentes beneficios a cada una de ellas.

En ese sentido, es claro que las PYMES y las grandes empresas o los grupos de empresas tienen diferentes motivaciones, necesidades y capacidades financieras. Por su parte, el Estado miembro de origen de estas empresas tampoco está exento de importancia, ya que su Derecho interno y las posibilidades financieras de su población son una variable a tomar en cuenta por parte del inversionista. Al respecto, cabe anotar que las normas internas más flexibles que pudieran ser adecuadas para las PYMES, en un determinado Estado miembro, podrían ser consideradas como una motivación o tentación de incurrir en el *forum shopping* ilícito o en cualquier forma de comportamiento fraudulento por parte de las grandes empresas o los grupos de empresas.

11) Artículo 4 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

12) Artículo 7 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

13) Artículo 19 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

14) Artículo 5 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

15) Artículo 34 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

Es por tal motivo, que resulta importante estudiar las implicancias de la aplicación de las reglas del Estatuto de la SPE, tanto a las PYMES como a las grandes empresas y grupos de empresas. Y además, a la luz de la propuesta inicial de la Comisión, analizar las modificaciones planteadas por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, para poder evaluar las ventajas y desventajas que estas tendrían para los diferentes tipos de empresas, basado principalmente en las normas relativas a: el capital de constitución, las reglas de constitución y el elemento transfronterizo, las teorías y el traslado de la sede.

3. LA SPE Y SU IMPORTANCIA PARA LAS PYMES

Se ha mencionado precedentemente que el modelo de la SPE resultaría beneficioso para el esquema de las pequeñas y medianas empresas. Al respecto, corresponde en este punto referirse a las nociones generales relativas a las PYMES en el contexto europeo, a fin de poder aterrizar en el detalle de las normas específicas que el Estatuto de la SPE ha propuesto.

En ese sentido, cabe señalar que se considera que las PYMES son el factor más importante en la creación de empleo e innovación en la Unión Europea. Sobre el particular, de acuerdo con una recomendación de la Comisión Europea del año 2003¹⁶, las PYMES son empresas definidas por la conjunción de las características de ambos modelos empresariales que conforman su denominación. Por un

lado están las medianas empresas, que tienen un volumen de negocio que no supera los 50 millones de euros o un balance general que no excede los 43 millones de euros, además de contar con menos de 250 trabajadores; y, por otra parte se tiene a las pequeñas empresas, que se desarrollan con menos de 50 trabajadores, mientras que su volumen de negocios anual y/o su balance general no sobrepasa los 10 millones de euros. Como nota adicional, resulta importante mencionar también las características de las microempresas, en contraposición a los dos modelos antes referidos, las cuales sólo tienen 10 o menos trabajadores y cuentan con un volumen de negocios anual y/o un balance general no mayor a 2 millones de euros (Mathias Siems y otros, 2009).

A la luz de esta definición de las PYMES y en la medida en que el Estatuto de la SPE proporcionaría mayor flexibilidad y rentabilidad a las empresas, siempre y cuando este se mantenga como se presentó en la propuesta inicial de la Comisión, la SPE tendría la ventaja de ofrecer una etiqueta de la UE o “marca europea” a las empresas nacionales. Adicionalmente, brindaría la posibilidad de acceder al traslado de sede o administración central a otro Estado miembro. Esto último fluye del hecho que la SPE está especialmente diseñada para las PYMES y forma parte de un conjunto de medidas destinadas a ayudar al desarrollo de estas, denominada “*Small Business Act*”¹⁷, cuyo objetivo es facilitar a aquellas la realización de ne-

16) Recomendación 2003/362/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

17) Comunicación Final 2008/394/CE de la Comisión, de 25 de junio de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la iniciativa “Pensar primero a pequeña escala” «Small Business Act» para Europa: Iniciativa en favor de las pequeñas empresas.

gocios transfronterizos dentro del mercado único europeo. En consecuencia, se busca mejorar los resultados de negocio de las PYMES, motivo por el cual la SPE fue una de las iniciativas prioritarias de la Comisión Europea en su Programa Legislativo y de Trabajo de 2008¹⁸.

Sin embargo, cabe resaltar que aún existen algunas dudas sobre la real necesidad de este modelo societario europeo para las PYMES o incluso para las microempresas. Ello, dado que si se adoptan los cambios propuestos al estatuto de la SPE, este perdería todo su atractivo en comparación con el marco normativo para las empresas nacionales en el derecho interno de los Estados miembros. Ello, partiendo de la premisa de que las empresas a las que principalmente estaría dirigido el Estatuto de la SPE, efectivamente prevén realizar el traslado de su sede a otro Estado miembro. Adicionalmente, es importante destacar que la revolucionaria disposición relativa al capital mínimo de un euro, prevista en la propuesta de Estatuto de la SPE, ya viene siendo aplicada o ha existido en las legislaciones nacionales de algunos de los Estados miembros, como es el caso los Países Bajos, Francia o el propio Reino Unido, antes del Brexit.

En ese sentido, las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo el 10 de marzo de 2009 crean importantes dificultades para las PYMES y disminuyen los beneficios que para estas podría tener el adoptar la forma societaria de la SPE. Por ejemplo, ahora se requeriría de un componente transfronterizo previo para establecer una SPE y la administración central

Aún existen algunas dudas sobre la real necesidad de este modelo societario europeo para las PYMES o incluso para las microempresas

de esta deberá coincidir con su domicilio social; además de precisar de la creación de un Registro Central Europeo para este tipo de empresas. Adicionalmente, se incluyen también en estas enmiendas normas más estrictas sobre la participación de los trabajadores; así como un cambio fundamental en las normas relativas al capital mínimo de un euro, para lo cual se exigirá el requisito de contar con un certificado de solvencia o en su defecto el capital mínimo a suscribir tendrá que ser de 8000 euros.

Estas modificaciones a la propuesta original del Estatuto de la SPE crean dificultades adicionales para los inversionistas y añaden dudas en los pequeños y medianos empresarios sobre si la forma jurídica de la SPE resulta necesaria cuando, de hecho, su uso se vería considerablemente obstaculizado por estas nuevas medidas. Pero, a pesar de ello, la SPE tiene algunas ventajas inherentes sobre los modelos so-

18) Comunicación Final 2007/640/CE de la Comisión, de 23 de octubre de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008.

La SPE puede tener una ventaja comercial competitiva al desarrollarse en el mercado internacional en comparación con las formas o tipos societarios nacionales

cietarios de las empresas nacionales o de derecho interno de los Estados miembros.

En primer lugar, el uso en el extranjero de tipos o modelos societarios basados en legislación nacional (o empresas nacionales) puede suscitar sospechas de conducta fraudulenta; toda vez que los socios comerciales de éstos en otro Estado miembro pueden no estar familiarizados con la forma societaria elegida o con la legislación interna del Estado de origen. En segundo lugar, si esta empresa se involucra en procedimientos legales o procesos judiciales, los jueces locales podrían estar menos familiarizados con el tratamiento de las formas jurídicas y societarias extranjeras; lo que crearía el riesgo de que el Derecho de Sociedades aplicable se ejecute inadecuadamente o que ante las dudas en su aplicación se generen retrasos por la necesidad de recurrir a la interpretación judicial del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea. En tercer lugar, la SPE puede tener una ventaja comercial competitiva al desarrollarse en el mercado internacional, en comparación con las formas o tipos societarios nacionales de empresas. Esto último, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, es particularmente importante cuando la empresa inicia su negocio transfronterizo y aún no está bien posicionada en el mercado exterior, tal como lo analiza Mathias Siems y otros (2009).

Habiendo explicado las nociones generales y el interés que el Estatuto de la SPE podría tener para las PYMES, es necesario analizar algunas de las normas específicas estipuladas en la propuesta de la Comisión, teniendo en cuenta los debates políticos que sobre estas se han dado y las modificaciones posteriores planteadas por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Al respecto, cabe centrarse en este punto en las cuestiones del capital mínimo y en la constitución de una SPE, con o sin un elemento transfronterizo, toda vez que estas disposiciones reflejan la mayor preocupación de las PYMES al momento de decidir si optar o no por este modelo societario europeo. Por su parte, los aspectos relativos a las teorías de las sedes y los procedimientos de transferencia o traslado de la sede serán abordados más adelante, ya que merecen más atención cuando se trata de grandes empresas y grupos de empresas.

a) El requisito del capital mínimo en la SPE

Con el fin de facilitar la creación de nuevas empresas, el Reglamento propuesto establece que el capital mínimo obligatorio para constituir una SPE será de un euro¹⁹. Al respecto, si bien la propuesta se

19) Artículo 19.4 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea: "El capital de la SPE será, como mínimo, de 1 euro".

aparta del enfoque tradicional que considera la exigencia de un capital mínimo elevado como medio de protección de los acreedores, los estudios sobre el particular demuestran más bien que los acreedores hoy en día analizan aspectos distintos al capital, como lo es el flujo de caja, que resultan más relevantes para determinar la solvencia de la empresa. Además, los directores/accionistas de las pequeñas empresas a menudo ofrecen garantías personales a sus acreedores, tales como bancos u otras entidades financieras; mientras que los proveedores también utilizan distintos métodos para asegurar sus pretensiones, como por ejemplo, condicionar la transferencia de propiedad de los bienes al pago del costo de los mismos en lugar que esto opere por la sola tradición.

Sobre el particular, es importante considerar que las empresas tienen diferentes necesidades de capital en función de su actividad, por lo que es virtualmente imposible y arbitrario el determinar un capital adecuado para todas las empresas, tan sólo observándolas desde fuera. Por ello, son los accionistas de una empresa los mejor situados para poder definir las necesidades de capital de su negocio, motivo por el cual aquellos son los responsables del capital suscrito, de conformidad con las disposiciones legales en materia societaria del Derecho interno aplicable a la empresa. Sin embargo, con las últimas enmiendas planteadas por el Parlamento Europeo²⁰ y el Consejo de la Unión Europea²¹ se estaría dando marcha

Son los accionistas de una empresa los mejor situados para poder definir las necesidades de capital de su negocio

atrás a la pretensión original señalada en el párrafo precedente, toda vez que se han propuesto diferentes variantes para el requisito del capital mínimo; pudiéndose establecer que este sea de 8000 euros o en su defecto, una suma entre 1 y 8000 euros a criterio de cada Estado miembro.

Cabe señalar que, esta última propuesta parece ser la menos aconsejable, ya que la SPE tendría distintos requisitos de capital mínimo en los diferentes Estados miembros, dentro de los márgenes de 1 a 8000 euros; con lo cual, la intención inicial de crear un modelo societario uniforme para Europa estaría siendo descartada. No obstante, hay quienes afirman que el fundamento de esa opción es dar a los Estados miembros la posibilidad de adaptar mejor la SPE a las especificidades de su vida económica y empresarial nacional; aunque esto signifique, en buena cuenta, desnatu-

20) Resolución legislativa del Parlamento Europeo, P6_TA(2009)0094, de 10 de marzo de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (COM/2008/0396 - C6-0283/2008 - 2008/0130/CNS)

21) Adenda de Nota 16115/09/ADD1 de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2009, sobre una propuesta transaccional revisada al Reglamento del Consejo relativo a la Sociedad Privada Europea, presentada por la Presidencia.

La SPE se convierta en una verdadera alternativa a las formas o tipos societarios nacionales, tácitamente aboliría el abuso de la figura del forum shopping

ralizar la idea de una empresa europea con un modelo único y termine por mantener el statu quo de los tipos societarios nacionales regidos por las legislaciones internas de cada Estado miembro.

Ante este entrapamiento de argumentos contrapuestos, que a la fecha no ha podido ser resultado a nivel legislativo al interior de la Unión Europea y a la luz de la idea originaria basada en la consolidación de la internacionalización del Derecho de Sociedades en Europa, se debe apoyar la propuesta original del requisito de capital mínimo de un euro en el Estatuto de la SPE. De esta manera se lograría que este modelo societario sea accesible para todos los empresarios europeos, independientemente del Estado miembro del que procedan.

Adicionalmente, el hecho que la SPE se convierta en una verdadera alternativa a

las formas o tipos societarios nacionales, tácitamente aboliría el abuso de la figura del forum shopping, que busca entre las legislaciones de los Estados miembros los tipos societarios más favorables y de bajo costo, amparados en la libertad de establecimiento de empresas a nivel comunitario. Por lo que la consolidación de este esquema uniforme, a través de la flexibilización de las normas relativas al capital mínimo de constitución, brindaría una real unificación de las normas del Derecho de Sociedades en todos los Estados miembros a través la creación de un Registro Común Europeo de Empresas, que haría que estas sean más fiables y transparentes.

b) La constitución de empresas y el elemento transfronterizo

Tal como señala el profesor Federico Perazza (2008), la propuesta original de la Comisión excluye la exigencia de un elemento transfronterizo para la constitución de una SPE. Esta característica sería uno de los atractivos principales para que se prefiera mayoritariamente este modelo frente a otros tipos societarios comunitarios, como la SE o las propias formas societarias nacionales. Sin embargo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea propusieron enmiendas que trastocan el objetivo primigenio de la propuesta de Estatuto en ese extremo.

Al respecto, el Parlamento ha añadido un nuevo literal en el apartado 1 del artículo 3 de la propuesta de la Comisión²²; en el cual se establece que la SPE tendrá un

22) Resolución legislativa del Parlamento Europeo, P6_TA (2009)0094, de 10 de marzo de 2009. Enmienda 70 a la Propuesta de Reglamento. Artículo 3 – apartado 1 – letra e bis (nueva): “Enmienda (e bis) Tendrá una dimensión transfronteriza probada mediante uno de los siguientes elementos:

- la intención de ejercer una actividad empresarial o tener un objeto social de carácter transfronterizo,
- el objetivo de ser significativamente activa en más de un Estado miembro,
- establecimientos en diferentes Estados miembros, o
- una sociedad matriz registrada en otro Estado miembro.”

componente transfronterizo, que quedará demostrado por uno de los siguientes elementos:

- (i) Intención de ejercer actividad comercial transfronteriza;
- (ii) Objeto social de carácter transfronterizo;
- (iii) Objeto social significativamente activo en más de un Estado miembro;
- (iv) Establecimientos o locales comerciales en diferentes Estados miembros; o
- (v) Sociedad matriz registrada en otro Estado miembro.

Por su parte, el Consejo, a través de la propuesta transaccional revisada, confirmó esta enmienda en el apartado 3 del artículo 3 del documento presentado por la Presidencia²³.

Sobre el particular, es importante resaltar que si bien, en términos generales, puede resultar claro el requisito que propone la enmienda cuando se refiere a que la SPE debe tener “*establecimientos en diferentes Estados miembros*” o contar con “una sociedad matriz registrada en otro Estado miembro”; no es igual de claro cómo es que se define el elemento o dimensión transfronteriza en las expresiones “*intención de ejercer una actividad empresarial o tener un objeto social de carácter transfronterizo*.” Peor aún, la propuesta es ambigua al referir que la SPE debe cumplir con “*el objetivo de ser significativamente activa en más de un Estado miembro*”; ya que existe una diferencia

Existe una diferencia sustancial entre el hecho de que el propio objeto comercial sea transfronterizo y la mera intención de realizar negocios transfronterizos en otro Estado miembro

sustancial entre el hecho de que el propio objeto comercial sea transfronterizo y la mera intención de realizar negocios transfronterizos en otro Estado miembro.

Con relación a dichos elementos transfronterizos o “dimensión transfronteriza”, propuesta por el Parlamento y el Consejo, la Asociación de Cámaras Europeas de Comercio e Industria (como representante de la comunidad empresarial en la UE), en su Documento sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, señaló expresamente la importancia que reviste la ausencia de requisitos transfronterizos como uno de los pilares clave del Estatuto de la SPE (Eurochambres, 2008). Ello es especialmente importante para las PY-

23) Adenda de Nota 16115/09/ADD1 de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2009. Artículo 3: Características principales de una SPE “3. Una SPE tendrá una dimensión transfronteriza en el momento de su inscripción en el registro, que se demuestre en uno de los aspectos siguientes:
a) la intención de hacer negocios en un Estado miembro distinto de aquel en el que está registrada la SPE, o
b) un objeto comercial transfronterizo que figure en los estatutos de la SPE, o
c) una sucursal o filial registrada en un Estado miembro distinto de aquel en el que está registrada la SPE, o
d) un o unos socios que sean residentes o estén registrados en más de un Estado miembro o en un Estado miembro distinto de aquel en el que está registrada la SPE.”

Queda claro que las PYMES y los grupos de empresas tienen diferentes motivaciones, necesidades y capacidades financieras

MES, dado que facilitaría la constitución de empresas y filiales tanto en su Estado de origen como más allá de sus fronteras; más aún si se considera que, de lo contrario, la mayoría de los pequeños empresarios se verían imposibilitados de utilizar este modelo societario, perdiéndose así el objetivo real del Estatuto de la SPE.

4. LA SPE Y SU RELACIÓN CON LAS GRANDES EMPRESAS Y LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Aun cuando este tipo societario no haya sido creado originalmente para adaptarse a sus necesidades, el interés que el Estatuto de la SPE puede provocar en las grandes empresas y en los grupos de empresas es todavía mayor; ya que este nuevo modelo societario y sus ventajas están abiertos a cualquier empresa. Es en ese sentido que la SPE también debe analizarse desde la perspectiva de las grandes corporaciones, ya que estas revelan un punto de vista distinto sobre las normas más debatidas del Estatuto; sobre todo, si consideramos que aquellas también necesitan tener un instrumento más flexible y más eficaz para organizar su gobierno corporativo.

Queda claro que las PYMES y los grupos de empresas tienen diferentes motivaciones, necesidades y capacidades financieras; y que el Estado miembro de origen tampoco es un factor exento de importancia, atendiendo a su Derecho interno y a las posibilidades financieras de su población. Por lo tanto, las normas flexibles (más adecuadas para las PYMES), en un determinado ordenamiento jurídico intracomunitario, pueden ser consideradas como una motivación para el *forum shopping* o incluso para el comportamiento fraudulento por parte de los grandes grupos de empresas. Es precisamente en base a esta idea que los Estados miembros han defendido la propuesta inicial de la Comisión sobre el Estatuto de la SPE; como una forma de regulación comunitaria estandarizada, que permita la aplicación de las mismas condiciones y reglas de juego para todos los actores empresariales, excluyendo así la posibilidad de conductas irregulares o fraudulentas.

Sin embargo, como resultado de un análisis similar, aunque con una conclusión distinta, el Parlamento Europeo y, posteriormente, el Consejo de la Unión Europea, elaboraron la modificación de los textos jurídicos, elevando la valla para no hacer las condiciones tan flexibles para las grandes empresas y los grupos de empresas; aunque esto signifique, al mismo tiempo, desnaturalizar la flexibilidad que se buscaba dar a la SPE para la creación de PYMES bajo este modelo. Cabe señalar también, que el fenómeno de la agrupación de empresas o grupos empresariales abarca situaciones económicas muy diversas; más concretamente, en relación con el tamaño de las empresas establecidas. De hecho, la mayoría de los grupos de empresas consisten en micro-grupos, que emplean a menos de 500 trabajadores; y, no se refieren necesariamente a las grandes corporaciones

multinacionales, que más bien constituyen el menor número de estos conglomerados económicos.

Los grupos de empresas, como resalta Michel Menjucq (2018), no sólo son diferentes en su tamaño, sino también en sus objetivos, tales como, asegurar el poder, optimizar la gestión de capitales, acceder a mercados privilegiados, etc. En ese sentido, las grandes empresas y los grupos de empresas pueden o no ejercer actividades transfronterizas, pueden o no tener establecimientos en otros países y pueden o no someterse a una oferta pública de adquisición de acciones; pero hay algo que estas empresas tienen en común en el contexto europeo y es el cierto interés que han puesto en la propuesta de Estatuto de la SPE. Esto último responde al hecho que, dentro del mercado común de la Unión Europea, las grandes empresas y grupos de empresas tienen el interés de desarrollar negocios transfronterizos de una manera más sencilla y con posibilidades de gobiernos corporativos más eficientes.

Al respecto, resulta pertinente recordar que para tal fin ya existen tres modelos o tipos de sociedades europeas: la Sociedad Anónima Europea (SE) o *European Company*²⁴, la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) o *European Cooperative Society*²⁵ y la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) o *European Economic Interest Grouping (EEIG)*²⁶. Sin embargo, la SCE y la AEIE se crearon únicamente para adaptarse a fines muy específicos y, por lo tanto, no tienen la misma flexibili-

El modelo de la SE aplica únicamente a grupos de empresas y no a entidades individuales

dad que podrían tener modelos como el de la SE; ni son útiles para la reestructuración de un grupo de sociedades, como en el caso de la SPE. De ahí que el uso de las primeras sea muy limitado; hecho que se ha visto reflejado en los últimos años en el aumento en la constitución de Sociedades Anónimas Europeas, claro está, por no tener aún en vigor el Estatuto de la SPE y no poder recurrir a este modelo societario para los negocios transfronterizos en la Unión Europea.

La SE fue el primer modelo societario de responsabilidad limitada creado por la Unión Europea y reguló, por primera vez, la fusión transfronteriza y la transferencia legal de sede a otro Estado. Sin embargo, el modelo de la SE aplica únicamente a grupos de empresas y no a entidades individuales, por lo que las únicas formas de crear una SE están relacionadas con tener al menos dos empresas en dos Estados miembros distintos. En ese sentido, la SE debe poseer una filial en otro

24) Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)

25) Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)

26) Reglamento (CEE) 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE)

Ninguno de los modelos societarios o tipos de empresas actualmente existentes en la Unión Europea proporciona una “etiqueta europea”

Estado miembro o también puede crearse mediante la fusión de dos empresas; o mediante la transformación de una que tenga una filial en otro Estado miembro²⁷. Adicionalmente, estos grupos de empresas deben ser abiertos y están obligados a realizar actividades transfronterizas.

Por otra parte, la elección de un Estado miembro con un sistema jurídico más favorable, recurriendo al *forum shopping* legal, es limitado; toda vez que el domicilio social y la administración central de la SE tienen que estar situadas en el mismo Estado miembro. Por ello, se puede apreciar que este modelo societario se creó para adaptarse a fines muy específicos; y, por lo tanto, su uso se restringe a un

pequeño porcentaje de empresas, ya que los requisitos y condiciones de operación que establece limitan significativamente la aplicación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea para un amplio número de inversionistas. Todo esto explicaría el reducido número de este tipo de empresas existentes desde su creación en 2001 hasta la fecha; y que justificó, en su momento, la propuesta de Estatuto de la SPE planteada por la Comisión como un modelo alternativo.

En este escenario, un grupo de empresas a nivel nacional no puede beneficiarse de ninguna “etiqueta” o “marca” de la Unión Europea; ni tampoco puede hacerlo una gran empresa con sucursales en diferentes Estados, ya que debido a la falta de personalidad jurídica propia de estas sucursales, la empresa no puede definirse como un grupo. De igual modo, se puede dar también la situación en que una PYME quiera reorganizar su negocio como grupo, pero probablemente no podría hacerlo bajo la forma societaria de una SE, debido a su capacidad económica y lo restrictivo que puede ser el requisito de capital mínimo de 120,000 euros que se exige.

En resumen, ninguno de los modelos societarios o tipos de empresas actualmente existentes en la Unión Europea proporciona una “etiqueta europea” o “*marca europea*” uniforme que facilite la consti-

27) Artículo 2 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE): “1. Las sociedades anónimas que figuran en el anexo I, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE mediante fusión, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes. 2. Las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada contempladas en el anexo II del presente Reglamento, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad podrán promover la constitución de una SE holding, siempre que al menos dos de ellas:

a) estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; o

b) tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes. (...)”.

tución o reestructuración de las empresas y de su gobierno corporativo. Es por ello que, ante esta situación, la SPE se presenta como la primera creación del Derecho de Sociedades de la UE que es flexible y puede ser usada como un medio único para todo tipo de gobierno corporativo. Es en ese sentido que, debido a su falta de exigencia de una dimensión transfronteriza y al requisito de capital mínimo de sólo un euro (previsto en la propuesta inicial) el modelo de la SPE puede ser utilizado indistintamente por las PYMES o por las grandes empresas y grupos de empresas; independientemente de si son puramente nacionales o tienen negocios intracomunitarios o transfronterizos.

La primera gran ventaja de la Sociedad Privada Europea es que esta se puede utilizar para realizar una reorganización del gobierno corporativo, de manera económica y sencilla. Por ejemplo, se pueden crear *holdings* o nuevas filiales y la empresa se puede estructurar de cualquier forma imaginable; incluso es posible que una SE incorpore varias SPE en diferentes Estados miembros con el fin de fusionarlas en una nueva Sociedad Anónima Europea. Otra ventaja que presenta el modelo de la SPE es que incluso una gran empresa se puede beneficiar de la flexibilidad que esta propone. Así por ejemplo, una empresa puede optar por las leyes aplicables más adecuadas, eligiendo inicialmente el Estado miembro del domicilio social mientras establece su administración central en otro Estado miembro o transfiriendo su sede posteriormente.

De este modo, las empresas puede eludir legalmente los estrictos requisitos nacionales de algún Estado miembro que no les resulten convenientes para su negocio, como por ejemplo: los elevados requisitos de capital, las estrictas normas de participación de los trabajadores o los engorrosos procedimientos fiscales y de insolvencia; tal como ocurre en Alemania u otros Estados miembros con legislaciones societarias extremadamente rígidas al respecto. Por lo tanto, con este modelo se fomentaría la competencia normativa entre los Estados miembros de la UE, para hacer que sus formas societarias nacionales sean más atractivas; para lo cual tendrían que reducir los requisitos de capital, ofrecer flexibilidad en los sistemas de participación de los trabajadores y abolir la aplicación de la teoría de la sede real.

Por otra parte, el *forum shopping* a través de la SPE solo estaría asociado a aquellas normas no cubiertas por el Estatuto, según se establece artículo 4²⁸; siendo algunos ejemplos de estas, las normas nacionales obligatorias relativas a los derechos de insolvencia, tributación y derecho laboral; aunque la cuestión de si la participación de los trabajadores debe regirse por la legislación nacional o por el Estatuto aún sigue abierta. Un aspecto adicional que cabe destacar es que, con las enmiendas a la propuesta de Estatuto de la SPE, planteadas por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, paradójicamente resulta mucho más sencillo establecer una SPE para las grandes empresas y grupos de empresas

28) Artículo 4 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE): "Normas aplicables a la SPE. 1. La SPE se registrará por lo dispuesto en el presente Reglamento y, asimismo, en lo referente a las materias enumeradas en el anexo I, por su escritura de constitución. No obstante, cuando una materia no se contemple en los artículos del presente Reglamento ni en su anexo I, la SPE se registrará por la legislación, incluidas las disposiciones de incorporación del Derecho comunitario, que se aplique a las sociedades de responsabilidad limitada en el Estado miembro en el que la SPE tenga su domicilio social, en lo sucesivo denominada «legislación nacional aplicable»".

Resulta irónico que la existencia de estas enmiendas haya sido provocada principalmente por la posibilidad de que las grandes empresas y grupos de empresas eludan las leyes nacionales

que para las PYMES; ya que, en principio, aquellas estarían en mejor capacidad de invertir un mayor capital para cumplir con el requisito del capital mínimo y, por otra parte, el componente transfronterizo tampoco sería un problema per se.

Sin embargo, resulta irónico que la existencia de estas enmiendas haya sido provocada principalmente por la posibilidad de que las grandes empresas y grupos de empresas eludan las leyes nacionales; siendo el objetivo del Parlamento y del Consejo, el poder limitar este tipo de comportamientos fraudulentos. Pero, se puede apreciar que, en la práctica, el resultado ha sido el de haber creado más dificultades para las PYMES que para las grandes empresas; siendo la única excepción las normas añadidas sobre la participación de los trabajadores.

En este punto, resulta importante centrar la atención en ciertas normas del Estatuto de la SPE relativas a las grandes empresas y grupos de empresas, tales como las que se refieren a las teorías de las sedes y el traslado de sede; dado que estas entidades corporativas están muy interesadas en crear una sociedad con una “marca europea” *ex nihilo* y poder reorganizar libremente el grupo a través de fusiones o traslados de sede a otro Estado miembro. En ese contexto, resulta necesario, a luz de lo establecido en la propuesta de Estatuto de la SPE y sus posteriores enmiendas, comprender los alcances de las normas sobre la sede registrada y la administración central; así como aquellas respecto a la libertad de establecimiento expresada mediante el traslado de sede o la transformación.

Existen dos formas de constitución de empresas que consagran el derecho a la libertad de establecimiento dentro de la Unión Europea. La principal expresión de libertad de establecimiento consiste en el derecho de una empresa a constituir y establecer su sede en el Estado miembro que desee; mientras que la forma secundaria de la libertad de establecimiento, se refiere al derecho de una empresa ya constituida a permanecer en su Estado de origen, creando agencias, sucursales o incluso filiales con personalidad jurídica en un Estado miembro distinto al de origen.

Es precisamente dicha forma secundaria de la libertad de establecimiento la que, como menciona Menjucq (2018), representa la realidad del mercado europeo; por lo que, en la práctica, la que sería la forma principal de la libertad de establecimiento, mencionada anteriormente, sólo habría sido parcialmente analizada hasta el momento. En efecto, el derecho de constitución o a la libertad de establecimiento, no se representa únicamente

en la creación de una sociedad ex nihilo; sino que está principalmente presente en actos corporativos posteriores como en la realización de fusiones transfronterizas, las cuales han sido ya definidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una modalidad de la libertad de establecimiento, tal como lo ha expresado en su sentencia del caso SEVIC²⁹.

En ese sentido, es claro afirmar sobre este punto, que existe un verdadero interés por parte de las grandes empresas y grupos de empresas sobre este tema, ya que a menudo transitan por un proceso de reorganización empresarial. Más aún ahora, que en el contexto de la Unión Europea es posible fusionarse con una empresa extranjera en el marco de una adecuada estructura normativa regulada a través del Reglamento del Estatuto de la SE, el Reglamento del Estatuto de la SCE, la normativa comunitaria respecto de las fusiones jurídicas transfronterizas³⁰ y la propia jurisprudencia del caso SEVIC; por lo que se trata de un asunto ampliamente reglamentado a nivel comunitario, que no merece mayor análisis en este momento.

Por otro lado, el aspecto relativo a la libertad de establecimiento de una empresa ya constituida fue desarrollado, principalmente y en gran medida, desde 1999 con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en las sentencias de los casos Cen-

En el contexto de la Unión Europea es posible fusionarse con una empresa extranjera en el marco de una adecuada estructura normativa regulada a través del Reglamento del Estatuto de la SE

tros³¹, Überseering³² e Inspire Art³³. En dichas sentencias, el TJCE dio prioridad a la teoría de la sede de constitución (*incorporation theory*), afirmando que el Estado miembro de acogida (de la inversión o empresa que se traslada desde su Estado de origen) no puede impedir que una empresa establecida según dicha teoría en otro Estado miembro, cree una sucursal o filial, ni puede cuestionar la capacidad jurídica de esta o su derecho de acceso

29) Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2005, en el asunto C-411/03, SEVIC Systems AG.

30) La Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, se adoptó el 26 de octubre de 2005, con posterioridad a la creación de la SE, y se mantuvo en vigor entre el 25 de noviembre de 2005 y el 19 de julio de 2017 en que fue derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades.

31) Sentencia del Tribunal de Justicia de 09 de marzo de 1999, en el asunto C-212/97, Centros Ltd.

32) Sentencia del Tribunal de Justicia de 05 de noviembre de 2002, en el asunto C-208/00, Überseering BV.

33) Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, en el asunto C-167/01, Inspire Art Ltd.

La Comisión Europea determinó tácitamente que la teoría de la sede de constitución es la que rige a la Sociedad Privada Europea

a la justicia; ni mucho menos puede imponer la aplicación de las disposiciones sobre Derecho de Sociedades de su legislación interna.

Por su parte, el Estatuto de la SPE propone dos normas de conflicto relativas a las grandes empresas y grupos de empresas y su derecho a la libertad de establecimiento. En primer término, una referida a la ubicación de la sede en relación con el derecho de constitución y, en segundo lugar, otra respecto al traslado de la sede real como forma de reorganización.

a) Teoría de la sede de constitución y teoría de la sede real

El debate sobre si la SPE tendrá o no su domicilio social y su administración cen-

tral en diferentes Estados miembros debe resolverse para desarrollar las nociones sobre el traslado de la sede. En otras palabras, cabe preguntarse si ¿apoyaría la Unión Europea la teoría de la sede real o la teoría de la sede de constitución? Para ello, es necesario distinguir concretamente ambas teorías.

Al respecto, para reconocer a una empresa extranjera, la teoría de la sede de constitución admite que una sociedad se considera válidamente creada, cuando esta se ha constituido regularmente de acuerdo con la legislación de un país extranjero; esto quiere decir que la teoría de la sede de constitución sólo requiere del registro de una empresa como criterio formal. Sin embargo, para la teoría de la sede real el criterio formal no es suficiente, también se exige uno de carácter material; por lo que la validez de la constitución de la empresa, según las normas societarias del Estado de origen, no es suficiente para que esta sea reconocida como tal en el Estado de acogida, sino que también es necesario que dicha empresa esté registrada en el país competente; es decir, en el Estado donde se encuentra la administración central o el centro principal de negocios (sede real).

En su propuesta inicial, la Comisión Europea determinó tácitamente que la teoría de la sede de constitución es la que rige a la Sociedad Privada Europea, al establecer que *“la SPE no estará obligada en modo alguno a tener su administración central o su centro de actividad principal en el mismo Estado miembro en que tenga su domicilio social”*³⁴. Esto último es exactamente lo opuesto a lo estable-

34) Artículo 7 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE).

cido en el Estatuto de la SE³⁵, donde se dispuso que la sede real y la sede legal o de constitución deben estar en el mismo Estado miembro, elemento que ha sido mayoritariamente considerado como una de las razones de la falta de éxito de este modelo societario. Al respecto, el Parlamento Europeo, en su Resolución Legislativa en que formula enmiendas a la propuesta de Estatuto de la SPE, confirmó la propuesta de la Comisión en el extremo referido a la sede³⁶.

Por su parte, el Consejo propuso que la SPE tenga su domicilio social y su administración central o "sede de actividad principal" en la Unión Europea, pero sin establecer una norma más específica al respecto. Sin embargo, agregó un párrafo final al artículo 7³⁷, con una disposición transitoria que prescribe que la SPE tendrá su domicilio social y administración central en el mismo Estado miembro por un período de dos años a partir de la fecha de aplicación del Reglamento que aprueba el Estatuto, para posteriormente aplicar la legislación nacional. En atención a ello, cabe precisar que la

propuesta del Consejo de la Unión Europea constituye un paso atrás hacia la teoría de la sede real; esto sin mencionar que la posterior remisión al Derecho nacional convertiría a la SPE en una suerte de modelo societario de derecho interno, creando un régimen jurídico distinto por cada Estado miembro, lo cual estaría abiertamente en contra de la finalidad original del Reglamento.

Ante estos vaivenes de propuestas legislativas, cabe señalar que resulta importante el procurar mantener la propuesta inicial del Estatuto de la SPE, como el último paso en el apoyo constante de la Unión Europea a la teoría de la sede de constitución. Esta postura respecto a la referida teoría de la sede de constitución se vio de manifiesto en los últimos casos que sobre la materia fueron resueltos por el Tribunal de Justicia de Unión Europea; sobre todo, cuando en el caso *Cartesio*³⁸ se estableció que el traslado de la sede real de una empresa originaria de un Estado miembro hacia otro Estado miembro sí es posible, utilizando la teoría de la

-
- 35) Artículo 7 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE): "El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar."
- 36) Resolución legislativa del Parlamento Europeo, P6_TA(2009)0094, de 10 de marzo de 2009. Enmienda 18 a la Propuesta de Reglamento. Artículo 7: "*La SPE tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Comunidad. La SPE no estará obligada en modo alguno a tener su administración central o su centro de actividad principal en el mismo Estado miembro en que tenga su domicilio social. Si la administración central o el centro de actividad principal está situado en un Estado miembro diferente de aquel en el que tiene su domicilio social, la SPE depositará en el registro del Estado miembro en el que se sitúe la administración central o el centro de actividad principal los datos indicados en el artículo 10, apartado 2, letras a), b) y c). La información consignada en el registro se considerará exacta. El depósito de documentos en un registro central europeo cumplirá los requisitos para el depósito de documentos de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo.*" Artículo 7 - apartado 3 bis (nuevo): "*El domicilio social será aquella dirección a la que tenga que remitirse toda la documentación jurídica relativa a la SPE.*"
- 37) Adenda de Nota 16115/09/ADD1 de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2009. Artículo 7: "*Sede de la sociedad. La SPE tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Unión Europea. Durante un período de dos años a partir de [la fecha de aplicación del presente Reglamento] una SPE tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en el mismo Estado miembro. Posteriormente se aplicará el Derecho nacional.*"
- 38) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-210/06, *Cartesio* Oktató és Szolgáltató Bt.

Las empresas encuentran múltiples dificultades al momento de querer modificar la ubicación de su sede

sede de constitución; y que dicho traslado no puede ser obstaculizado por las normas internas del Estado miembro de acogida.

La aplicación de esta resolución del Tribunal de Justicia, que sentó jurisprudencia en la Unión Europea, junto con el Estatuto de la Sociedad Privada Europea y su posibilidad de disponer de una sede legal o de constitución y de una sede real en diferentes Estados miembros, legalizaría la realidad del traslado transfronterizo de sedes. En ese contexto, se avanzaría en la uniformización del Derecho Internacional de Sociedades en el contexto europeo y

se facilitarían los negocios corporativos transnacionales al interior de la UE, tanto para las PYMES como para las grandes empresas y los grupos de empresas.

b) El traslado de la sede al interior de la Unión Europea

Al analizar este tema, podemos observar que las empresas encuentran múltiples dificultades al momento de querer modificar la ubicación de su sede, lo cual genera dos situaciones relativas a la figura jurídica del traslado de la sede. Por un lado, se tiene el traslado del domicilio registrado, tal como se describe en el artículo 35 del Estatuto de la SPE³⁹; y, por otro lado, el traslado de la sede real y la transformación, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el caso Cartesio.

Respecto al primer supuesto, cabe resaltar que, antes de la adopción de la Directiva sobre Fusiones Transfronterizas, derogada por la Directiva sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades⁴⁰ y antes de la sentencia del caso SEVIC, la única manera en que una empresa podía trasladar su sede registrada de un país a otro, era disolverse mediante la liquidación en el Estado miembro de origen para ser posteriormente re-constituida en un

39) Artículo 35 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE): "Capítulo VII - Traslado del Domicilio Social de la SPE. Artículo 35 - Disposiciones generales. 1. Se podrá trasladar el domicilio social de la SPE a otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo. El traslado del domicilio social de una SPE no dará lugar a la liquidación de la misma ni a la interrupción o pérdida de su personalidad jurídica, ni afectará a los derechos u obligaciones que se deriven de cualquier contrato celebrado por la SPE y que esté vigente antes del traslado. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a las SPE que se hallen incursas en un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia o suspensión de pagos, o en relación con las cuales las autoridades competentes hayan adoptado medidas preventivas para evitar la incoación de dichos procedimientos. 3. El traslado surtirá efecto en la fecha de inscripción de la SPE en el Estado miembro de acogida. A partir de esa fecha, y por lo que respecta a las materias a que se refiere el artículo 4, párrafo segundo, la SPE se regirá por la legislación del Estado miembro de acogida. 4. A efectos de los procedimientos judiciales o administrativos iniciados antes del traslado del domicilio social, y con posterioridad a la inscripción a que se refiere el apartado 3, se considerará que la SPE tiene su domicilio social en el Estado miembro de origen."

40) Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades.

Estado miembro diferente. Sin embargo, este procedimiento no sólo es bastante costoso y complicado, sino que además no preserva la continuidad de la unidad económica, poniendo en riesgo no sólo a los propios inversionistas sino también a trabajadores y acreedores.

Por otra parte, dado que la Comisión y el Parlamento Europeo, en 2007, abandonaron la propuesta de la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de Sociedades y la Transferencia de la Sede Social⁴¹ y toda vez que no se dispone, a la fecha, de ningún otro texto jurídico comunitario concreto en el ámbito de la transferencia de sede, en la práctica las empresas recurren a dos técnicas corporativas utilizadas para lograr el resultado deseado en este aspecto. Al respecto, la primera consiste en crear un *holding* en otro Estado miembro y transferir acciones o activos a este; con lo cual en realidad se estaría creando un grupo de empresas o reorganizando a la sociedad en este modelo. Cabe mencionar, que esta práctica no deja de ser una salida ingeniosa para “trasladar” la unidad económica del negocio a otro Estado miembro, sin perder la sede de constitución originaria; sin embargo, este proceso acarrea un riesgo, ya que podría ser interpretado por algunas legislaciones nacionales como una conducta fraudulenta o un uso indebido del *forum shopping*.

El segundo método empleado por las empresas para lograr la transferencia de la sede

social está más orientado para estructuras de menor tamaño; las cuales pueden crear una sociedad off-shore “casarón” en otro Estado miembro, para luego fusionarla con la primera, valiéndose de la normativa comunitaria en materia de fusiones transfronterizas⁴² y el marco jurisprudencial del caso SEVIC. Bajo este mecanismo se consigue, indirectamente, que la empresa originaria transfiera su sede real a otro país sin necesidad de disolverse; pero nuevamente estamos aquí frente a una conducta empresarial que puede ser asumida como fraudulenta por las legislaciones internas de los Estados miembros.

Resulta importante mencionar, en este punto, que el procedimiento del traslado de sede se legalizó y reguló por primera vez con el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea⁴³ y se recoge posteriormente en la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la SPE. Al respecto, el artículo 35 de dicha propuesta estipula que el traslado del domicilio social de una SPE a otro Estado miembro es posible y que esto “*no dará lugar a la liquidación de la misma ni a la interrupción o pérdida de su personalidad jurídica, ni afectará a los derechos u obligaciones que se deriven de cualquier contrato celebrado por la SPE*”. Además, el citado artículo establece que dicha Sociedad Privada Europea se regirá por la legislación del Estado miembro de acogida a partir de la fecha de inscripción de la empresa en el referido Estado.

41) Resolución del Parlamento Europeo, P6_TA(2007)0491, de 25 de octubre de 2007, sobre la Sociedad Privada Europea y la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades sobre la transferencia de la sede social de una sociedad. (DO-C-263-E, de 16.10.2008, p. 671 / DO-C-87-E, de 1.4.2010, p. 5)

42) El Capítulo II de la Directiva sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, de 14 de junio de 2017, regula la materia en reemplazo de la derogada 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.

43) Artículo 8 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE): “1. Se podrá trasladar el domicilio social de la SE a otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 13. Dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica. (...)”

La empresa no solo puede decidir trasladar su sede real, sino que junto a ello puede decidir también el no adherirse a una modificación de la ley aplicable

Es así que, a la luz de la referida propuesta, se puede apreciar la voluntad de mantener no solo una continuidad legal y operativa del negocio, sino también permitir una real transferencia de competencias jurisdiccionales de un Estado miembro a otro, respecto del tratamiento que se le dará a la empresa que decide trasladar su sede. En ese sentido, cabe resaltar que la normativa mencionada no fue modificada, ni por el Parlamento ni por el Consejo de la UE, en el proceso de enmiendas al Estatuto de la SPE propuesto por la Comisión Europea. Adicionalmente, se debe destacar el hecho que el Estatuto de la SPE no solo establece el traslado del domicilio social, sino que propone también que el domicilio social y la administración central puedan estar en diferentes Estados miembros.

Al respecto, resulta claro afirmar que la transferencia de la sede real ha sido un tema problemático y controvertido al interior de la Unión Europea. Sobre todo, si analizamos que las resoluciones del Tribunal de Justicia en los casos *Daily Mail*⁴⁴ y *Cartesio*, relativas a dicho aspecto del Derecho Europeo de Sociedades, parecen repetirse y retrotraerse, incluso habiendo una diferencia temporal de 20 años entre ambos y sendos análisis jurisprudenciales de por medio; tal como lo destacan Arellano y Silva (2015). Por ello, es sorprendente el hecho que el Consejo haya propuesto normas sobre la transformación de sociedades dentro de un mismo Estado miembro, pero haya omitido el asunto de la transformación transfronteriza tal como fue propuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el referido caso *Cartesio*.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación que, con la sentencia del caso *Cartesio*, el Tribunal de Justicia de la UE por primera vez desarrolló la idea de la transformación sociedades en otro Estado miembro. Con ello, estableció que dicha transformación puede ocurrir cuando una empresa decide trasladar, tanto su sede legal o de constitución, así como su sede real, hacia un Estado miembro distinto del de origen. Es decir que, la empresa no solo puede decidir trasladar su sede real, sino que junto a ello puede decidir también el no adherirse a una modificación de la ley aplicable, del Estado de origen al Estado de acogida, para dicha sede.

Adicionalmente, el Tribunal determinó que la transferencia de la sede real sin

44) Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, en el asunto 81/87, H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*.

cambios en la ley aplicable del Estado miembro de origen, amparado en la teoría de la sede de constitución, sí es posible y no puede ser obstaculizada por el Estado de acogida; siempre que dicha transferencia de sede esté regulada por la legislación del Estado miembro de origen. Ello, entendiendo que es en aquel Estado y bajo su normativa en el que la empresa ha sido creada; por lo que es su legislación interna la que regula y determina las reglas de la transformación y/o disolución de empresas constituidas bajo su ámbito.

En ambos casos, lo más relevante de esta figura y su tratamiento jurisprudencial, es la idea de que el Estado de acogida no puede obstaculizar el traslado de la sede; ya que ello sería contrario a los tratados de la Unión Europea y al principio de la libre movilidad como pilar de la misma. En ese sentido, la sentencia del caso *Cartesio*, conjuntamente con el resurgimiento de la propuesta del Estatuto de la SPE y su posibilidad de disponer de una sede legal o de constitución y de una sede real en diferentes Estados miembros, legalizaría en la práctica la figura del traslado transfronterizo de la sede. Esto facilitaría el que se pueda retomar la discusión y posterior adopción de la Decimocuarta Directiva sobre la Transferencia de la Sede Social; la misma que fue dejada de lado en su oportunidad, al igual que se hizo con el propio Estatuto de la SPE, por la falta de consenso al interior de las entidades legislativas de la Unión Europea.

5. REFLEXIÓN FINAL

En su momento, se tuvo una propuesta legislativa que sugería una revolución en el Derecho de Sociedades de la Unión Europea, la cual, debido a múltiples enmiendas y vaivenes del debate político, no logró concretarse por una falta de consenso en el proceso de aprobación. Sin embargo, pese a que el resurgimiento y posible entrada en vigor del Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea sigue siendo incierto, como inciertas son las modificaciones sobre sus aspectos específicos, lo que sigue siendo indiscutible es la necesidad de contar con este modelo o tipo societario unificado al interior del mercado único europeo.

Al respecto, resulta interesante resaltar el hecho que, a pesar de haber sido pensado específicamente para las PYMES, el Estatuto de la SPE es también extremadamente útil para las grandes empresas y grupos de empresas; las cuales tendrían mayores incentivos para aplicar la figura del *forum shopping legal* y adherirse al Derecho de Sociedades aplicable al Estado miembro que resulte más favorable para el desarrollo de su negocio dentro del mercado común. De esta manera, se disiparía el temor de las instituciones de la Unión Europea, sobre el uso y abuso de comportamientos fraudulento por parte de las empresas; lo cual fue el eje de los debates políticos que impidieron, en su oportunidad, la aprobación definitiva del Estatuto de la Sociedad Privada Europea. ◆

REFERENCIAS

- Arellano, J., y Silva, R. (2015). Traslado internacional de la sede social en la Unión Europea, Cartesio, una sentencia innovadora del TJCE. *Ius Inter Gentes – Revista de Derecho Internacional*, Año 11 (N° 11), pp. 127-140.
- Comisión de las comunidades Europeas (2008a). Comunicación Final 2007/640/CE de la Comisión sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 23 de octubre.
- Comisión de las comunidades Europeas (2008b). Comunicación Final 2008/394/CE de la Comisión sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 25 de junio.
- Comisión de las Comunidades Europeas (2008c). Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 25 de junio.
- Consejo de la Unión Europea (1985). Reglamento (CEE) 2137/85 del Consejo relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 25 de julio.
- Consejo de la Unión Europea (2001a). Directiva 2001/86/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 10 de noviembre.
- Consejo de la Unión Europea (2001b). Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 10 de noviembre.
- Consejo de la Unión Europea (2001c). Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 8 de octubre.
- Consejo de la Unión Europea (2003a). Recomendación 2003/362/CE de la Comisión sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 20 de mayo.
- Consejo de la Unión Europea (2003b). Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 22 de julio.
- Eurochambres. (2008). Position Paper on the Statute for a European Private Company. EUROCHAMBRES, Año 2008 (Septiembre).
- European Trade Union Institute. (2020). European Company (SE) Database – ECDB. Bruselas: ETUI. Recuperado de: <http://ecdb.worker-participation.eu/>
- Menjucq, M. (2018). *Droit international et européen des sociétés*. Précis Domat Droit Privé (5ta. Edición). París: Lextenso éditions.
- Parlamento Europeo (2005). Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. 26 de octubre.

- Parlamento Europeo (2007). P6_TA (2007) 0491, Resolución del Parlamento Europeo sobre la Sociedad Privada Europea. 25 de octubre.
- Parlamento Europeo (2009). Resolución legislativa P6_TA (2009) 0094 sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (COM/2008/0396 - C6-0283/2008 - 2008/0130/CNS). 10 de marzo.
- Parlamento Europeo (2017). Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades. 14 de junio.
- Pernazza, F. (2008). Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe, Fusions transfrontalières, SE, SPE. Chambre de commerce et d'industrie de Paris. CREDA, pp.61-65.
- Presidencia del Consejo de la Unión Europea (2009). Adenda de Nota 16115/09/ADD1 de sobre una propuesta transaccional revisada al Reglamento del Consejo relativo a la Sociedad Privada Europea. 27 de noviembre.
- Siems, M., Herzog, L. y Rosenháger, E. (2009). The European Private Company (SPE): An Attractive New Legal Form of Doing Business. Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, Working Paper 27, pp. 247-250.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1988). Asunto 81/87, H.M, Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999). Asunto C-212/97, Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2002). Asunto C-208/00, Übersee-ring BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2003). Asunto C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2005). Asunto C-411/03, Petición de decisión prejudicial planteada por Landgericht Koblenz.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008). Asunto C-210/06, Cartessio Oktató és Szolgáltató bt.