

DE LA *SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA* A LA *SOCIETAS UNIUS PERSONAE* EN LAS PROPUESTAS EUROPEAS

FROM THE *SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA* TO THE *SOCIETAS UNIUS PERSONAE* IN THE EUROPEAN PROPOSALS

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)*

Recibido: 26.11.2016 / Aceptado: 1.12.2016
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3624>

Resumen: El trabajo examina críticamente las sucesivas propuestas realizadas por la Comisión Europea de un Reglamento sobre el Estatuto de la *Sociedad Privada Europea* y una Directiva sobre las *sociedades unipersonales de responsabilidad limitada*, respectivamente abandonada y paralizada al día de la fecha, contextualizándolas en sus objetivos de facilitar la operativa de las PYMEs, particularmente en relación con la libertad de establecimiento, y las tendencias en materia de Derecho de sociedades en Europa y en el mundo.

Palabras clave: Derecho europeo de sociedades, libertad de establecimiento, sociedades privadas, *Societas Privata Europaea*, *Societas Unius Personae*, PYMEs.

Abstract: This paper examines critically the successive proposals carrier out the European Commission for a Regulation on the Statute for a *European Private Company* and a Directive on *single-member private limited liability companies*, respectively withdrawn and paralyzed nowadays, in context with their objectives to facilitate the operative of SMEs in relation to freedom of establishment, and the trends on Company Law in Europe and the World.

Keywords: European Company Law, freedom of establishment, *Societas Privata Europea*, *Societas Unius Personae*, SMEs.

Sumario: I. Introducción. II. Necesidad y conveniencia de instrumentos europeos relativos a las sociedades cerradas. III. Coincidencia con otros debates o tendencias más generales. IV. La Sociedad Privada Europea (SPE). A) Antecedentes. B) Principales características de la SPE. 1. Tipo europeo. 2. Sociedad cerrada. 3. Sociedad contractual. 4. Con especiales facilidades transfronterizas. 5. Con facilidades de constitución. 6. Con limitación de responsabilidad de los socios y sin capital mínimo. V. La *Societas Unius Personae* (SUP). A) Antecedentes. B) Principales características de la SUP. 1. Tipo nacional de sociedad unipersonal. 2. Sin especiales facilidades transfronterizas. 3. Constitución electrónica estandarizada. 4. Con limitación de responsabilidad del socio único y sin capital mínimo. VI. Conclusiones.

* Este trabajo se corresponde básicamente con la ponencia desarrollada por el autor el 6 de octubre de 2016 en el *Congreso Internacional "As pequeñas e médias empresas e o Direito"*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, lo que explica el tono y el alcance limitado con el que se plantean los problemas, seguramente acreedores de un mayor estudio. No obstante, se ha considerado oportuno, para una mayor claridad y precisión, añadir notas explicativas y con referencias legales y bibliográficas.

I. Introducción

1. En el presente trabajo se van a examinar las sucesivas propuestas de Reglamento de la *Societas Privata Europaea* (SPE) y de Directiva de la *Societas Unius Personae* (SUP), realizadas en los últimos años en el ámbito de la Unión Europea (UE), y que no han logrado ser culminadas, ya que la primera fue abandonada oficialmente en 2013, y los trabajos de la segunda están paralizados *de facto* desde 2015.

Abordar las dos propuestas conjuntamente tiene sentido en cuanto representan sendos intentos de conseguir directa o indirectamente un tipo uniforme de *sociedad cerrada* en Europa, apropiado para las pequeñas y medianas empresas (PYMES), pero también útil para vertebrar grupos de sociedades¹. Aunque en el trasfondo de ambas, como luego se verá, se trata de favorecer los *negocios transfronterizos*, como es lógico tratándose de instrumentos de la UE, las propuestas van mucho más allá de estos objetivos y, en línea con otras internacionales (la de la CNUDMI², particularmente) e internas, en diferentes países, pretenden asimismo favorecer la constitución y el funcionamiento de este tipo de sociedades, simplificando ambos aspectos, independientemente de que finalmente sean o no instrumentos para tales negocios transfronterizos.

2. En este ámbito, como es sabido, casi todos los ordenamientos a partir del siglo XIX han ido reconociendo al menos un tipo de *sociedad cerrada* con limitación de responsabilidad de los socios, claramente diferenciado del tipo de *sociedad abierta* por antonomasia que es la *sociedad anónima* o *por acciones*. Es el caso, por ejemplo, de la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*) del Derecho alemán –primer ordenamiento donde se creó la figura³, y que luego ha influido directa o indirectamente en todos los demás–, de la *Private Limited Company* inglesa⁴ –término que parece generalizarse ahora para la denominación de este tipo de sociedades (*Sociedad Privada*)–, de la *société à responsabilité limitée* en Francia, de la *Società a responsabilità limitata* italiana, de la *Sociedade por Quotas* de Portugal, o de la *Sociedad de Responsabilidad Limitada* (SL) del ordenamiento español⁵, por citar algunos ordenamientos europeos⁶. Todas ellas, ciertamente, tienen características compartidas –especialmente la de ser precisamente sociedades cerradas–, debidas al influjo mutuo entre ordenamientos y a la dinámica de los negocios que exigen sociedades con estos rasgos, pero en ausencia de armonización europea las diferencias de régimen entre todas ellas siguen siendo bastante significativas.

II. Necesidad y conveniencia de instrumentos europeos relativos a las sociedades cerradas

3. En la actualidad no hay (apenas hay, si queremos hablar con mayor propiedad) instrumentos europeos relativos a las *sociedades cerradas*. En el ámbito de la armonización del Derecho de

¹ La idoneidad de este tipo de sociedades para vertebrar grupos de sociedades, fue ya destacada hace bastantes años por L. C. ÁLVAREZ QUELQUEJEU, *La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid 1958.

² CNUDMI, *Proyecto de guía legislativa sobre la Entidad de Responsabilidad Limitada de la CNUDMI*, 25.6.2016, Nota de la Secretaria, A/CN.9/WG.I/WP.99 y A/CN.9/WG.I/WP.99/Add. 1 (http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/1MSME.html).

³ En la Ley de 20.4.1892. Sobre los orígenes de la figura véanse A. HUECK, EN BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16ª ed., Verlag C.H. Beck, München 1996, pp. 1 y ss. ; ULMER, P., *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, trad. española, Madrid 1998, pp. 22 y ss.

⁴ En Inglaterra la figura se introdujo en la reforma de la *Companies Act* de 1907-1908, y al parecer también por influencia de la legislación alemana. Así se considera desde la propia doctrina británica en PALMER'S, *Company Law*, 24ª ed. (by C. M. SCHMITTHOFF), STEVENS, London 1987, I, pp. 46 y 47.

⁵ Tardíamente regulada en España en la Ley de 17 de julio de 1953, aunque desde finales del siglo XIX se venían constituyendo sociedades con el nombre de limitadas, al amparo de una práctica notarial inspirada en la legislación alemana, y admitida por la aparente libertad de configuración de tipos societarios que concedía el art. 122 del Código de comercio. Esta Ley fue sustituida por una de nueva planta de 23 de marzo de 1995, y finalmente su contenido refundido con la Ley de sociedades anónimas, en el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010.

⁶ La figura también se expandió por Latinoamérica, entre otros países, en Brasil (donde se introdujo por el Decreto de 10 de enero de 1919) y Argentina (introducida en la Ley de 8 de octubre 1932).

sociedades, que se inició en los años 60 del pasado siglo, la mayoría de las directivas tienen por objeto las sociedades anónimas⁷. Tampoco hay tipo europeo de sociedad cerrada como, por contra, sí lo hay en relación con las sociedades anónimas –la *Societas Europaea* o *Sociedad Anónima Europea* (SE)⁸–, e incluso con otras formas societarias, como la *Agrupación Europea de Interés Económico*⁹ y la *Sociedad Cooperativa Europea*¹⁰.

Esta circunstancia, como se acaba de indicar, provoca diferencias normativas entre los Estados Miembros (EE. MM.), que dificultan la *libertad de establecimiento*, en la medida en que cuando menos generan importantes costes de información y asesoramiento –conocer el ordenamiento extranjero, distinto del nacional de procedencia–, más difíciles de enfrentar para las PYMEs debido a su menor fortaleza económica. Esto a la postre obstaculiza los negocios transfronterizos, como la constitución de filiales y de *joint ventures*¹¹, y en definitiva el avance hacia un definitivo *mercado único europeo*, que obviamente no solo debe ser de grandes empresas, sino también de PYMEs y consumidores¹².

4. A la espera de disponer de estos instrumentos europeos, se ha generado una *competencia entre legislaciones*, por la búsqueda por los operadores económicos de las que se consideran más apropiadas para hacer negocios. Este fenómeno ha sido legitimado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en relación con la *movilidad de sociedades*, a partir de las sentencias *Centros*¹³, *Überseering*¹⁴, *Cartesio* (no respecto a la *lex societatis*)¹⁵, y *Vale*¹⁶. Esta jurisprudencia es acertada desde la óptica de la *libertad de establecimiento*, consagrada actualmente en los arts. 49 y 54 del Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE), que exige el reconocimiento de la posibilidad tanto de fijar la sede social en otro Estado miembro diferente del que se está operando, como de trasladarla de un Estado a otro¹⁷. Pero plantea la duda de si no estará produciendo un *efecto Delaware*¹⁸ a la europea y, lo que es más preocupante, de si no estará conduciendo a una reducción inexorable de las garantías que razonablemente debería conceder el ordenamiento aplicable, sea éste el que sea, a los socios y terceros que se relacionan con una sociedad, en una suerte de inquietante *race to the bottom* entre legisladores. De momento tenemos algunos datos que así lo indican, como la *eliminación del capital mínimo* en este tipo de sociedades, con unos expedientes

⁷ La excepción era la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre 1989, *en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único*, DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, actualmente sustituida por la Directiva 2009/102/CE, de 16 de septiembre de 2009, DOUE L 258/20 de 1 de octubre de 2009.

⁸ Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo de 8 de diciembre de 2001, *por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, DOUE L 294/1, de 10 de noviembre de 2001 y Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2001, *por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*, DOUE L 294/1, de 10 de noviembre de 2001.

⁹ Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE)*, DOUE L 199 de 31 de julio de 1985.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, *relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)*, DOUE L 207 de 18 de agosto de 2003 y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de la misma fecha, *por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*, DOUE L 207 de 18 de julio de 2003.

¹¹ Véase datos sobre costes de constitución de filiales en diversos países en R. DRURY, “La SPE: un instrumento para la PYMES o un cambio de planteamiento de armonización de las sociedades de capital cerradas”, en C. ALONSO LEDESMA/ A. ALONSO ÜREBA./ G ESTEBAN VELASCO, *La modernización del Derecho de sociedades en España*, Aranzadi, Pamplona 2011, I, p. 40.

¹² En este punto las propuestas coinciden en parte con la del *non nato* Reglamento de Compraventa Europea (CESL) que perseguía asimismo esos objetivos. Sobre este texto me permito remitirme a L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La propuesta de Reglamento de Compraventa Europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n° 2, Octubre 2013, pp. 468 y ss.

¹³ STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, *Rec.* 1997, p. I-01459.

¹⁴ STJCE de 5 noviembre de 2002, *Überseering*, C-208/00, *Rec.* 2002, p. I-9919.

¹⁵ STJCE de 16 de noviembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.* 2008, p. I-09641.

¹⁶ STJUE de 12 de julio de 2012, *Vale*, C-378/10, *Rec.* 2012.

¹⁷ Sobre este tema véanse L.A. VELASCO SAN PEDRO/ J. M. SÁNCHEZ FELIPE, “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades* n° 19, 2002, págs. 15 y ss. y *P. Rodas Paredes, Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada 2011.

¹⁸ Una buena exposición de ese conocido efecto que hace que la gran mayoría de las grandes corporaciones en Estados Unidos se constituyan conforme al Derecho de este pequeño Estado, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona 1997, pp. 53 y ss.

u otros, en ordenamientos que sí lo establecían como el alemán, el holandés, el italiano, el portugués o el español, siguiendo la senda del Derecho inglés, que nunca estableció tal regla¹⁹.

Aunque luego volveremos sobre este problema, es obvio que esta carrera hacia el abismo únicamente se puede evitar con instrumentos comunes de carácter europeo, como los que se intentaban en las propuestas sobre la SPE y la SUP.

III. Coincidencia con otros debates o tendencias más generales

5. Para contextualizar debidamente el alcance de las propuestas *non natas* de SPE y SUP conviene poner de relieve que coinciden en el tiempo con otros debates o tendencias de fondo más generales del Derecho de sociedades, cuyos términos no han dejado de influir en la articulación de ambas, aunque con distinta intensidad según se verá.

6. El primero de estos debates es el de *simplificación y desregulación del Derecho de sociedades*. Desde hace tiempo en Europa se viene planteando la necesidad de simplificar la legislación –cada vez más compleja–, y desregular determinados sectores económicos en aras a una mayor libertad de competencia, legislando mejor. Estos debates también han alcanzado al Derecho de sociedades, y en diversas legislaciones se han simplificado, por poner ejemplos significativos, los sistemas de constitución de sociedades permitiendo su constitución electrónica, con la utilización de estatutos tipo, y con eliminación de controles que se estiman innecesarios o redundantes, como la característica intervención de notario. Otro ejemplo es la simplificación de la estructura financiera de las sociedades, con la superación del sistema del capital al permitir constituir sociedades a partir de 1 euro de capital²⁰.

7. Otro debate es el relativo al carácter que deben tener las normas del Derecho de sociedades. Tradicionalmente en la Europa continental estas normas han sido a lo largo del siglo XX fundamentalmente imperativas, lo que obedecía a la consideración de las sociedades como instituciones cuyos fines (el llamado interés social) estaban más allá del interés de los socios. Las últimas décadas del siglo XX y lo que va del actual siglo, han visto surgir con renovado auge posiciones *contractualistas*, que vuelven a poner el acento en el interés de los socios, con apoyo en las nuevas corrientes de análisis económico del Derecho, que conciben a la empresa como un entramado de contratos²¹. En el nuevo paradigma se defiende que las normas del Derecho de sociedades deberían ser fundamentalmente dispositivas, debiendo quedar en manos de los interesados (los socios) la configuración de las reglas societarias que consideren más apropiadas, de manera que el legislador solo debería intervenir fijando normas en aquellos supuestos en que no es posible establecerlas negociadamente (por costes de transacción o problemas de agencia)²². El debate también ha tenido alguna incidencia en las legislaciones, ampliando el ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad en el Derecho de sociedades²³.

¹⁹ Curiosamente la primera Ley de sociedades de responsabilidad limitada española de 1953 no establecía un capital mínimo, que se introdujo en la reforma de 1989, fijándose en 500.000 ptas. (unos 3000 €).

²⁰ Sobre estos procesos véanse, en la doctrina española, P. YANES YANES, "La simplificación del Derecho de sociedades: status quaestionis comunitario y perspectiva española", en C. ALONSO LEDESMA / A. ALONSO UREBA / G. ESTEBAN VELASCO, *La modernización...* cit., I, p. 99 y ss. y S. HIERRO ANIBARRO, (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid 2010.

²¹ En la literatura española, véase B. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid 1998.

²² Son trabajos representativos de esta tendencia en la doctrina española reciente, entre otros, los de C. PAZ ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, McGraw Hill, Madrid, 1996, I, pp. 65 y ss. y "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", en C. PAZ ARES, (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, CG del Notariado, Madrid 1997, p. 163 y ss. y J. Alfaro, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 233, 1999, pp. 925 y ss.

²³ Sobre este debate me remito a L.A. VELASCO SAN PEDRO, "¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital", en A. TOBÍO RIBAS / A. FERNÁNDEZ ALBOR / A. TATO PLAZA (eds.), *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid 2013, págs. 323, con ulteriores referencias legales y bibliográficas.

8. No por casualidad estos debates han coincidido temporalmente con la preponderancia de los patrones societarios procedentes del círculo anglosajón. Esto se ve de manera muy clara en el nuevo *corporate governance* que se genera a partir de los años 90 en Gran Bretaña y Estados Unidos, y que fue extendiéndose de manera imparable a los demás países, en particular a los europeos, en una especie de “*nouvelle vage*” anglosajona, como dijo un autor italiano²⁴. La fórmula de este modelo se basa asimismo en modelos contractualistas, ya que la principal propuesta del proceso fue y sigue siendo que las sociedades –particularmente las grandes compañías cotizadas en bolsa– reforzasen sus sistemas de gobierno mediante *códigos voluntarios de buen gobierno societario*²⁵. Como han puesto de relieve los agudos análisis del profesor de Harvard Mark J. Roe, las nuevas fórmulas tienen en su base el modelo norteamericano de actuación en las sociedades a través de la regulación de los mercados de capitales, distinto del modelo europeo (alemán), de carácter más bien socialdemócrata, con normativa societaria imperativa y cogestión de trabajadores²⁶. Esto supone, en cierta manera, el triunfo, esperemos que momentáneo pero, en todo caso, inquietante, de lo que M. Albert llamó el “neocapitalismo” norteamericano, que revitalizaron las políticas ultraliberales del Presidente republicano Ronald Reagan (seguidas en Gran Bretaña por la Primera Ministra conservadora Margaret Thatcher), frente al modelo de capitalismo renano que venía siendo característico de Alemania y otros países europeos avanzados²⁷.

9. Otro debate significativo ha sido el del *capital social*. Esta institución jurídico-financiera ha venido siendo uno de los principios basilares del Derecho de las sociedades que, no en vano, se denominan como *sociedades de capital* en muchos ordenamientos²⁸, en aras principalmente de la debida protección de los acreedores sociales, que no cuentan con más respaldo que el de la misma sociedad, al no responder personalmente los socios de las deudas sociales. Desde hace ya bastantes años se viene hablando de la crisis del capital social, y denunciando doctrinalmente sus insuficiencias e incoherencias, puestas todavía más de relieve si cabe con la implantación de los nuevos estándares de las normas internacionales de contabilidad y de información financiera (NIC/NIF). En este sentido, no faltan propuestas de superación, sobre todo sustituyendo o combinando el conocido como *test de balance*, que impide distribuciones a los socios cuando como consecuencia de ello el patrimonio neto descendiera por debajo de la cifra de capital que figura en el balance²⁹, por sistemas que se consideran más precisos como los *tests de solvencia y liquidez*, o valorizando el papel de los *financial covenants*, cuando se concierta endeudamiento con acreedores profesionales (como bancos y otras instituciones financieras)³⁰.

10. Como veremos enseguida, las sucesivas propuestas europeas de SPE y SUP están inequívocamente alineadas, en mayor o menor medida según los casos, con todas estas tendencias, aunque obviamente no se haga una profesión expresa de fe en ellas.

²⁴ L. A. BIANCHI, “Corporate governance. Considerazioni introduttive”, *Rivista delle Società*, 1996, p. 412.

²⁵ Entre la inabarcable literatura sobre este aspecto, destaca en España la obra colectiva de G. ESTEBAN VELASCO, (coordinación), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons/Colección Garrigues & Andersen, Madrid 1999.

²⁶ M. ROE, *Political Determinants of Corporate Governance. Political Context, Corporate Impact*, New York 2002.

²⁷ M. ALBERT, *Capitalismo contra capitalismo*, trad. esp., Ediciones Paidós, Barcelona 1992.

²⁸ En España esta denominación ha recibido rango legal con el relativamente reciente Texto refundido de la *Ley de sociedades de capital* de 2010, que unifica en un único texto legal la regulación de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones (este último un tipo apenas utilizado en la práctica española).

²⁹ Y al que se atiende la Directiva 2012/30/UE, de 25.10.2012 (ex segunda Directiva), en su art. 17.1 pero en relación únicamente a la sociedad anónima, ya que quedan fuera de su ámbito las sociedades privadas.

³⁰ Para todo este debate véanse, entre otros trabajos en distintas doctrinas, W. SCHÖN, “Balance Sheet Test or Solvency Test – or Both?”, *European Business Organization Law Review*, 7, 2006, pp. 181 y ss.; C. ALONSO LEDESMA, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid 2007, I, pp. 127 y ss.; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, G. Giampichelli Editore, Torino 2009; P. T. DOMÍNGUES, *Variações sobre o Capital social*, Almedina, Coimbra 2009 y VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El tratamiento de las distribuciones a los socios”, en C. ALONSO LEDESMA / A ALONSO UREBA, / ESTEBAN VELASCO, G., *La modernización... cit.*, II, pp. 171 y ss.

Ello suscita la duda de si no suponen un *Caballo de Troya* por el que ir introduciendo una nueva filosofía societaria, que acabe desmontando por completo el tradicional Derecho europeo de influencia alemana e impronta imperativa, con todas sus piezas, comenzando por la del capital social³¹. En todo caso, como luego se verá, el fracaso cosechado hasta el momento por las dos propuestas europeas de la SPE y la SUP, de alguna manera se ha producido por el rechazo a alguna de las manifestaciones de esa filosofía (capital, eliminación del control notarial...).

IV. La Sociedad Privada Europea (SPE)

A) Antecedentes

11. La propuesta de Sociedad Privada Europea o *Societas Privata Europaea* (SPE) tiene un cierto recorrido previo anterior a su formulación por la Comisión Europea (CE). El primer hito fue un libro publicado por la jurista francesa Jeanne Boucourechliev en 1973, en pleno proceso de discusión de la SE, que solo vería la luz en 2001, donde se proponía configurar una figura semejante en relación con las sociedades cerradas (en Francia *société à responsabilité limitée*), idónea para las PYMES³². Posteriormente en el seno del *Centre de recherche sur le droit des affaires* (CREDA), de la Cámara de Comercio de París, se formó una comisión de juristas europeos, bajo la presidencia de Boucourechliev, que elaboró una propuesta articulada de estatuto en 1995³³. Estas propuestas extraoficiales fueron acogidas por la UE en los años 2000. Cuando la CE publica su comunicación de 2008 sobre la *Small Business Act* para Europa³⁴ (posteriormente revisada en 2011³⁵), se establece como uno de los objetivos, para facilitar la operativa de las PYMES en Europa, aprobar un Estatuto de una SPE. Esto es lo que se pretende iniciar con la propuesta de la CE de Reglamento de la SPE de la misma fecha (PRSPE)³⁶. Esta propuesta fue objeto de negociaciones entre representantes de los EE. MM. y la CE durante los años posteriores, hasta que entró en una fase de *stand by* ante la falta de acuerdo en temas claves como la desregulación de algunos aspectos considerados esenciales por algunos EE. MM., como el capital social y la escritura pública notarial. También parece ser que pesó el temor de que la nueva SPE acabase desplazando a los tipos nacionales, inaugurando una nueva etapa de competencia entre legislaciones, ahora directamente con los instrumentos europeos. Finalmente, ante el estancamiento, la CE retiró formalmente la propuesta en 2013³⁷.

B) Principales características de la SPE

12. En un examen de conjunto, las características principales de la SPE tal y como se delineaba en la propuesta de la CE, eran las que a continuación se señalan.

³¹ La expresión *Caballo de Troya* se ha utilizado por diversos comentaristas de estas propuestas europeas. *Ad. ex.* G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta de Directiva sobre la «Societas Unius Personae» (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 55, 2015, pp. 135, nota 45.

³² J. BOUCOURECHLIEV, *Pour une SARL européenne*, Étude du CREDA, Puf, Paris 1973.

³³ Se reproduce en la obra de J. BOUCOURECHLIEV, *Une société de droit européen*, Presses de Sciences Po, Paris 1999, pp. 107 y ss.

³⁴ “Pensar primero a pequeña escala” “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, 25.6.2008, COM(2008) 394 final.

³⁵ COM(2011) 78 final, de 23.2.2011.

³⁶ *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea*, 25.6.2008, COM(2008) 396 final.

Sobre la figura, en la literatura en español, véase J. VIERA GONZÁLEZ, “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 270, 2008, pp. 1331 y ss.; F. ALONSO ESPINOSA, “Sociedad Privada Europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), nº 28, 2010, pp. 1 y ss. (<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27222/1/sociedadprivadaeuropea.pdf>) y R. DRURY, “La SPE...” cit., pp. 37 y ss.

³⁷ En el anexo de la Comunicación sobre *Regulatory Fitness and Performance (REFIT, Programa de Adecuación y Eficacia de la Reglamentación)*: *Resultados y próximas etapas*, COM(2013) 685, 2.10.2013.

1. Tipo europeo

13. Siguiendo la senda de la SE, la SPE se configuraba como un tipo específicamente europeo, común a todos los EE. MM., y a añadir a los nacionales de cada Estado (Sociedad Anónima, Sociedad Limitada...). En este sentido, como ya se ha indicado, la PRSPE era una *propuesta de Estatuto para la SPE*, como ya sucedió anteriormente con la SE. Ahora bien, la “cura de adelgazamiento” que experimentó este Estatuto de la SE en el transcurso de los casi cuarenta años de discusiones que mediaron hasta su culminación en 2001, con múltiples remisiones a la legislación de los EE. MM., para hacerla digerible a los más críticos, se adoptó en la PRSPE de manera preventiva –antes de que lo reclamasen estos mismos–, seguramente con la misma finalidad, siendo bastantes los aspectos que se remitían a la legislación interna del Estado donde la sociedad fuera a tener su domicilio social³⁸. No obstante, el adelgazamiento era bastante menos radical que en la SE, al ser considerablemente mayor el contenido sustantivo y las cuestiones reguladas en la PRSPE (o remitidas a la autonomía privada), que en el correspondiente Reglamento de la SE.

Como veremos enseguida, la SPE era un tipo social previsto para facilitar la actividad transfronteriza y, en definitiva, el ejercicio de la libertad de establecimiento en el espacio europeo, y en ello hay de nuevo coincidencia con el Reglamento de la SE. Sin embargo, a diferencia de esta última, donde en la situación de partida de la que surge la sociedad debe hacer siempre implicadas sociedades y otras personas de al menos dos EE. MM., en la PRSPE no se exigía esta circunstancia, al poderse constituir *ex nihilo* por fundadores de un solo Estado, y por transformación, fusión o escisión de una sociedad nacional³⁹.

2. Sociedad cerrada

14. Nota esencial de la SPE era su configuración como *sociedad cerrada*, en correspondencia con los tipos sociales de este carácter que existen en los EE. MM. y muchos otros ordenamientos jurídicos (*GmbH*, *SL*, etc.). Lógico que se le confriera esta condición, especialmente apreciable en relación con las PYMEs que cuando son negocios «colectivos», suelen basarse en relaciones de confianza entre los socios (sociedades *intuitus personae*), cuando no directamente familiares. En este punto sería un tipo de contraste con la SE, en principio una *sociedad abierta*, aunque por la remisión a los Derechos de los EE. MM. que hace su Reglamento, quepa configurarla estatutariamente como sociedad cerrada estableciendo la vinculación de acciones o restricciones a su circulación.

Este carácter cerrado se denota ya en art. 1 (d) del PRSE, cuando se señala que “[s]us participaciones no serán objeto de oferta pública ni de negociación pública”, con lo que supone de exclusión de los mercados organizados de capitales (bolsas, segundos mercados...), y pérdida de la facilidad de transmisión que confieren las acciones que sean admitidas en estos mercados. En todo caso, y como ya ocurría en algunos ordenamientos como el alemán, donde no se preveía un régimen legal ni necesario de restricciones a la transmisión de las participaciones sociales, la PRSPE tampoco contenía tal previsión, aunque se contemplasen dichas restricciones como posible objeto de la “escritura de constitución” (*rectius* acto constitutivo⁴⁰), y el anexo I de la PRSPE reconociera, en este ámbito, una amplísima libertad para configurar *ad gustum* y *ad hoc* derechos preferentes, restricciones a la transmisibilidad, y cláusulas de arrastre y acompañamiento (*Drag Along* y *Tag Along*).

La fórmula, en todo caso, estaba abierta tanto para sociedades pluripersonales como unipersonales –figura ésta que desde la duodécima Directiva en materia de sociedades (actualmente sustituida por

³⁸ El art. 1.1.2 de la PRSPE señala que “cuando una materia no se contemple en los artículos del presente Reglamento ni en su anexo I, la SPE se regirá 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»”.

³⁹ Art. 5 de la PRSPE.

⁴⁰ La propuestas europeas, negociadas en inglés idioma oficial de facto de la UE, tienen algunos problemas en sus versiones castellanas, como el que se acaba de señalar, ya que en el Derecho español el término “escritura” sólo se aplica a documentos autorizados por un notario, que es precisamente uno de los requisitos de control que, como se verá seguidamente, se permitía suprimir.

la Directiva 2009/102/CE) debe reconocerse en todos los EE. MM. en relación con las sociedades cerradas–, ya que el art. 1 (e) de la PRSPE señala que la SPE «*podrá ser constituida por una o varias personas físicas y/o entidades jurídicas, en lo sucesivo denominadas “socios fundadores”*».

3. Sociedad contractual

15. Nota muy importante a mi juicio de la PRSPE, es que se optaba claramente por un modelo fundamentalmente *contractual*; esto es, de libre configuración por los socios. En este sentido, el art. 4.1 de la PRSPE, establecía el principio de que “[l]a SPE se regirá 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”, muy distinto de lo que resulta de la regulación de la SE⁴¹, y no digamos de algunas legislaciones societarias europeas, donde se limita drásticamente la libertad de autoconfiguración estatutaria (el paradigma máximo del Derecho imperativo es seguramente el alemán de sociedades anónimas⁴²).

Desarrollando este principio favorable a la autonomía de la voluntad, el anexo I del PRSPE confería una amplia y articulada libertad de pactos tanto en materia de participaciones, como de órganos e incluso de capital social.

Con todo la PRSPE no estaba huérfana de normas imperativas. Tal es el caso, entre otros, de sus arts. 17 y 18 que establecían reglas de *ius cogens* respecto a lo que, con mejor traducción que la versión oficial al castellano, llamaríamos la *exclusión y separación de socios*. Y que citamos expresamente porque no deja de extrañar que en un tema tan clásico de relaciones internas, donde razonablemente se debe dejar mayor ámbito a la autonomía privada, la propuesta se convierta en tan institucionalista⁴³.

4. Con especiales facilidades transfronterizas

16. Aunque como acabe de indicarse, la PRSPE no exigía para la constitución de la SPE la existencia de elementos transfronterizos, y de haber salido adelante podría perfectamente haberse utilizado por nacionales de un solo Estado miembro, su configuración sí introducía algunas facilidades para su uso en los negocios transfronterizos en el espacio europeo, siguiendo la estela del Reglamento de la SE y de la jurisprudencia del TJUE desde la sentencia *Centros*.

En este ámbito, en primer lugar, se admitía expresamente la posibilidad de que las futuras SPEs deslocalizasen la administración central o centro principal de sus actividades a un Estado miembro diferente del lugar donde fijasen su domicilio o sede social. En este sentido era bastante terminante el art. 7 de la PRSE, que señalaba:

«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».

Por otro lado, el capítulo VII de la PRSPE regulaba con cierta minuciosidad el traslado de domicilio a otro Estado miembro, en línea con lo que hace el Reglamento de la SE.

⁴¹ Sobre este tema especialmente complejo por los equilibrios que hubo que hacer para que finalmente prosperase el Reglamento de la SE, nos permitimos remitirnos a L.A. VELASCO SAN PEDRO, “Una aproximación al sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea”, en E. PÉREZ CARRILLO, (coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid 2005, págs. 129 y ss.

⁴² La Ley de (sociedades por) acciones alemana de 1965 contiene dos elementos que en otro momento he denominado de ultra imperatividad, en los §§ 23.4 y 241.3. El primero señala que los estatutos únicamente pueden apartarse de lo dispuesto en esa Ley, cuando se admita expresamente por ella. El segundo, establece como causa de nulidad de los acuerdos sociales su incompatibilidad con la esencia (*das Wesen*) de la sociedad por acciones.

⁴³ Con otra opinión, considera más apropiado este régimen que el establecido en el Derecho español de sociedades limitadas, A. J. VIERA GONZÁLEZ, “La sociedad privada....” cit., pp. 1364 y ss.

5. Con facilidades de constitución

17. Era también una característica reseñable de la PRSPE, la concesión de facilidades en la constitución de las sociedades, superando los sistemas tradicionales de fundación.

En este punto, sin embargo, la propuesta más que innovar lo que hace es incorporar sistemas ya previstos en los ordenamientos de algunos EE. MM. en la época, en el marco de los procesos de simplificación del Derecho de sociedades, y en todo caso también aconsejados en el ámbito europeo desde la Recomendación de la CE 97/344/CE *sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas*, de 22.4.1997⁴⁴.

En primer lugar aparecía la posibilidad de que las SPEs se constituyeran a través de un *procedimiento electrónico*, sistema que como ya he dicho incorporaban algunos ordenamientos como el español⁴⁵. Sin embargo, nada se decía de la posibilidad de predisponer *estatutos tipo*, imprescindibles si se quiere a la vez que facilitar, acelerar la constitución de sociedades por este sistema, haciendo superfluo o casi innecesario cualquier control de legalidad por parte de los organismos encargados del registro público de las sociedades⁴⁶.

Precisamente en esta última dirección se situaba el art. 10.4 de la PRSPE, que sin imponer un sistema específico de control de la legalidad de la constitución, eliminaba el *doble control de legalidad* existente en algunos EE.MM., como es el caso de Alemania o España, donde al control notarial en el momento de la autorización de la escritura de constitución, se une el registral a través de la previa y preceptiva calificación antes de que la sociedad quede registrada y, por tanto, regularmente constituida⁴⁷. De haber prosperado, estos Estados tendrían que haber optado o por el control notarial o por el registral, pero no por ambos.

Concretamente el art. 10.4 señalaba:

*«La inscripción de la SPE sólo podrá subordinarse a uno de los siguientes requisitos:
«(a) el control por un órgano administrativo o judicial de la legalidad de los datos y documentos de la SPE»;
«(b) la certificación de los datos y documentos de la SPE».*

Pero tampoco aquí había novedad, porque ya algunos Estados miembros han dado pasos decididos hacia la eliminación de la escritura pública en el ámbito de las sociedades y, por tanto, hacia la supresión del control notarial. Tal es el caso, por ejemplo, de Portugal en el que ya no se exige escritura pública notarial para la constitución de sociedades⁴⁸.

6. Con limitación de responsabilidad de los socios y sin capital mínimo

18. La SPE mantenía la característica generalizada de las *sociedades privadas*, que en muchos ordenamientos se llaman precisamente *sociedades de responsabilidad limitada*, de limitación de la responsabilidad de los socios. En este sentido el art. 1 (b) de la PRSPE señalará que *«[c]ada socio responderá exclusivamente hasta el límite del capital que haya suscrito o se haya comprometido a suscribir»*. En este contexto, es donde deben examinarse las disposiciones de la PRSPE sobre el capital

⁴⁴ Véase S. HIERRO ANIBARRO, “La política comunitaria de simplificación del Derecho de sociedades”, en S. HIERRO ANIBARRO (dir.), *Simplificar...* pp. 91 y ss.

⁴⁵ Desde la reforma operada por la Ley de 1.4.2003, en la entonces Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que creó la “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, como subtipo de la sociedad limitada que podía constituirse por vía electrónica a través del “Documento Único Electrónico”.

⁴⁶ Y que también incorporó la reforma española citada en la nota anterior.

⁴⁷ En el Derecho español este doble control se establece en los arts. 119 del Código de comercio y 20 de la Ley de sociedades de capital.

⁴⁸ A raíz de la reforma operada en el art. 7 del Código das sociedades comerciais por el DL 76-A/2006. Véase M. E. RAMOS, en COUTINHO DE ABREU, J. M. (COORD.), *Código das sociedades comerciais em comentário*, Almedida, I, Coimbra 2010, sub art. 7, pp. 133 y ss.

social, en cuanto técnica de protección de los derechos de los acreedores sociales, que sirve de contrapeso a esta limitación de responsabilidad.

19. Dentro de estas disposiciones destaca lo relativo al *capital mínimo*. Establecida la exigencia de un capital social mínimo en el Derecho europeo armonizado solo para las sociedades anónimas, los Derechos de muchos EE. MM., en unas cuantías u otras, tradicionalmente había venido haciendo lo mismo para las sociedades privadas, aunque fijando coherentemente uno menor para estas últimas al ser una fórmula apropiada para PYMEs⁴⁹. Rompiendo con esta tradición el art. 19.4 de la PRSPE permitía constituir este tipo de sociedades con un capital desde 1 euro.

Con independencia del fundamento discutible que ha venido teniendo la exigencia de capital mínimo⁵⁰, está bastante claro que su supresión limita todavía más la controvertida función del capital como medio de tutela de los acreedores sociales, y era probablemente una antesala para su abandono definitivo en el futuro en el Derecho europeo. Aunque se apunta a que ésta fue una de las razones del fracaso de la propuesta, curiosamente en esa lucha por la supervivencia de los Derechos societarios propios que enmarca la competencia entre legislaciones, diversas legislaciones europeas han seguido por esta misma senda eliminando el concepto o estableciendo un capital simbólico mínimo de 1 euro, desde la *Unternehmergeellschaft* alemana⁵¹, hasta la *Sociedad Limitada de formación sucesiva* española, pasando por otras propuestas semejantes, con unos rasgos u otros, como la holandesa, la italiana⁵² o la portuguesa⁵³.

20. En este contexto, cobran especial importancia los mecanismos establecidos para el *control de las distribuciones a los socios*⁵⁴, que impidan erogaciones indebidas del patrimonio social a los socios en detrimento de los acreedores. A este respecto el art. 21.1 de la PRSPE establecía como mecanismo para ello un *test de balance*, al señalar lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24, la SPE podrá, sobre la base de una propuesta del órgano de administración, realizar una distribución a los socios, siempre que, tras la distribución, el activo de la SPE cubra plenamente su pasivo. La SPE no podrá distribuir aquellas reservas que no puedan ser distribuidas en virtud de su escritura de constitución.»

Sin embargo, el art. 21.2 permitía que el acto constitutivo añadiera un *test de solvencia*, al exigir que por los administradores se efectuara un llamado «certificado de solvencia» asegurando que la SPE después del reparto de las distribuciones *«se hallará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento en el curso normal de la actividad, en el plazo de un año desde la fecha de la distribución»*.

Por mi parte nada que objetar al test de solvencia, máxime si se añade con carácter complementario al test de balance, pero no deja de extrañar que una cuestión que afecta sobre todo a los acreedores y, que por tanto, debiera considerarse indisponible, se deje al albur de lo que puedan acordar los socios a la hora de configurar la sociedad.

⁴⁹ En España el capital mínimo en sociedades anónimas es de 60.000 € y el de las limitadas de 3000 €: art. 4 de la Ley de sociedades de capital.

⁵⁰ Véase el examen crítico de R. GARCÍA VILLAVARDE, “Capital mínimo”, en AA. VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, *La Fundación*, Editorial Cívitas, Madrid 1991, pp. 111 y ss.

⁵¹ Hace un cuidado estudio de este subtipo social, M. ZABALETA DÍAZ, “La simplificación del Derecho de sociedades en el marco de la competencia de los mercados y de la competencia entre ordenamientos: el caso alemán”, en S. HIERRO ANIBARRO (dir.), *Simplificar...* cit., pp. 152 y ss.

⁵² Véase G. FERRI JR., “Prime osservazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. 111, n° 2, 2013, pp. 135 y ss.

⁵³ Respecto a la solución portuguesa, véase P. T. DOMINGUES, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, *Direito das Sociedades em Revista*, año 3, vol. 6, 2011, pp. 97 y ss.

⁵⁴ El art. 1 (b) de la PRSPE, en línea con los planteamientos norteamericanos, mantiene un concepto de *distribución* amplio: “cualquier ventaja financiera obtenida directa o indirectamente de la SPE por un socio, en relación con las participaciones que posea, inclusive la transferencia de fondos o bienes, así como la asunción de una deuda”. Sobre el alcance de este concepto amplio, y los inconvenientes de aplicar a todas estas distribuciones el mismo régimen, me remito a las consideraciones que hice en L. A. VELASCO SAN PEDRO, “El tratamiento...” cit. pp. 171 y ss.

Esta inconsistencia de la propuesta originaria, no obstante, llegó a corregirse a lo largo de las negociaciones entre la CE y representantes de los EE. MM. en versiones posteriores. Concretamente, en la última conocida⁵⁵ el art. 22.4 dejaba la cuestión en manos de los EE. MM., que es una solución más adecuada (aunque quizás lo mejor habría sido exigirlo en todo caso) al señalar lo siguiente:

«Los Estados miembros podrán requerir que al menos 15 días antes de que se acuerde por los miembros la realización de una distribución al amparo del artículo 28 (e), el órgano de administración tenga que certificar por escrito que, habiendo hecho una completa investigación sobre los negocios y las perspectivas de la SPE, los directores se han formado una opinión razonable de que la SPE será capaz de pagar sus deudas a su vencimiento en el normal desarrollo de sus negocios durante el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución (declaración de solvencia)».

V. La Societas Unius Personae (SUP)

A) Antecedentes

21. La propuesta de la SUP nace en 2014 como un remedio para paliar el fracaso de la PRSPE que, como ya se ha dicho, ante la falta de acuerdo entre la CE y los EE. MM., fue abandonada definitivamente en 2013. Para esta nueva propuesta en lugar del reglamento, como se hacía en la precedente, se elegirá la directiva, estableciéndose como fundamento el art. 50 del TFUE que, con independencia de que sea o no el más apropiado para una iniciativa de este tipo, facilitaba su aprobación al ser posible ahora solo con mayoría cualificada⁵⁶. También es probable que en la elección de la directiva haya pesado el relativo fracaso de la SE que, habiéndose articulado a través de un reglamento, ha sido objeto de una utilización bastante modesta por los operadores económicos, centrada además en algunos EE. MM., entre los que no se encuentran los del sur de Europa⁵⁷.

La propuesta inicial de la CE era de 9.4.2014 (PDSUP)⁵⁸. Posteriormente se ha publicado un texto transaccional del Consejo de 28.5.2015⁵⁹. En el momento en que se escriben estas líneas su tramitación está *de facto* interrumpida. Parece que en ello están pesando los temores de que la fórmula, que extrema las facilidades para constituir *on line* SUPs, pueda acabar siendo, más que un instrumento para favorecer el funcionamiento de las PYMEs, una nueva fórmula para las llamadas “empresas de buzón” y, a fin de cuentas, para la evasión fiscal, el blanqueo de capitales, etc.⁶⁰. También probablemente ha influido la oposición frontal de las asociaciones de notarios que, no sin razón, han venido apuntando estos peligros⁶¹, por más que la propuesta les perjudicase también como profesionales, al suprimir el control notarial existente todavía en diversos EE. MM. en relación con la constitución de sociedades.

⁵⁵ La última versión disponible es de 27 de noviembre de 2009, referenciada con las siglas i6115/09, ADD 1, DRS 71, SOC 711, en texto inglés que traducimos oficiosamente.

⁵⁶ Sobre este fundamento, véanse las consideraciones de G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 115 y ss.

⁵⁷ A 25 de junio de 2010 (en los primeros 10 años de vigencia del Reglamento de la SE), había registradas en Europa un total de 595 SEs, el 70 % en Alemania y Chequia, y sin apenas sociedades de este tipo en la Europa meridional. Véase Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, 17.11.2010, COM(2010) 676 final, p. 3.

⁵⁸ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada*, 9.4.2014, COM(2014) 212 final.

⁵⁹ 8811/15, LIMITE, DRS 39, CODEC 706. Precedentemente hay un documento de trabajo de 6.2.2015 del Parlamento Europeo, en el que aparece como ponente el diputado D. Luis de Grandes Pascual.

⁶⁰ Sobre estos temores véase G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 137 y ss. Por otro lado, la paralización del proceso probablemente no por casualidad coincide con el famoso escándalo de los llamados “papeles de Panamá”, que ha puesto de relieve la utilización masiva de sociedades offshore en paraísos fiscales por relevantes personajes públicos de numerosos países.

⁶¹ *Position of the Council of the Notariats of the European Union concerning the proposal for a Directive on the single-member private limited liability company (SUP)*, 24.4.2014 ([http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2014/Prise-position-finale-SUP_en%20\(1\).pdf](http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2014/Prise-position-finale-SUP_en%20(1).pdf)).

B) Principales características de la SUP

22. Como se ha hecho con la SPE, a continuación se van a examinar las principales características de la SUP, tratando además de establecer las concomitancias y divergencias existentes con aquélla.

1. Tipo nacional de sociedad unipersonal

23. A diferencia de la SPE, que era un intento de establecer un nuevo tipo *europeo*, como lo es actualmente la SE, la SUP supondría la creación de un nuevo tipo societario pero de carácter *nacional*, que cada EE. MM. tendría que introducir en su legislación interna y regular dentro de los límites que permite la directiva correspondiente (y demás que eventualmente sean de aplicación). En todo caso, sería un tipo exclusivamente unipersonal, a diferencia de la SPE que podía ser tanto unipersonal como pluripersonal, y que, por otro lado, coexistiría con las demás sociedades unipersonales ya existentes en cada Estado⁶² –en España sociedades anónimas unipersonales y sociedades de responsabilidad limitada unipersonales–.

Al igual que sucedía con la SPE, la SUP está prevista para facilitar la actividad transfronteriza, particularmente de las PYMES, al permitir constituir con gran facilidad filiales con sede en otros Estados Miembros. Pero de igual manera que sucedía con la SPE no se exige tampoco ningún elemento transfronterizo, pudiendo constituirse *ex nihilo* y por transformación de otra sociedad, ni de dimensión, por lo que también podría utilizarse por grandes compañías.

2. Sin especiales facilidades transfronterizas

24. El art. 10 de la PDSUP presentada por la CE permitía, aunque de manera menos clara que en la PRSPE, la deslocalización de la administración central de la SUP o centro principal de sus actividades a un Estado miembro diferente del lugar donde fijasen su domicilio o sede social, al señalar que «[l]a SUP tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Unión».

Sin embargo, en el ulterior texto transaccional del Consejo, desaparece esta regla, lo que supone que para esta cuestión, por el sistema de fuentes, debería aplicarse el correspondiente Derecho nacional⁶³. En el estado actual de muchos Derechos, que siguen la llamada *Sitztheorie* (Alemania, España..., etc.), esto no es posible⁶⁴.

Por otro lado, la PDSUP no se ocupa específicamente del traslado del domicilio a otro Estado miembro, que, sin embargo, será el objeto de la todavía *non nata* 14 Directiva sobre traslado de domicilio⁶⁵.

3. Constitución electrónica estandarizada

25. Quizás la característica más relevante de la SUP, y una de las que más atención ha suscitado, es la posibilidad de constituir la electrónica directamente por el fundador, utilizando una firma electrónica reconocida en un Estado miembro⁶⁶.

⁶² La primera parte de la PDSUP contiene disposiciones para todas las sociedades unipersonales, que sustituyen a la de la vigente Directiva 2009/102/CE, que quedaría derogada.

⁶³ En relación con las fuentes el art. 7.4 del texto del Consejo, señala:

«Las SUP se registrarán:

«a) por la legislación nacional adoptada por el Estado miembro en que la SUP esté registrada en cumplimiento de la presente Directiva, y

«b) en las materias no reguladas por la presente Directiva, por la legislación nacional aplicable en el Estado miembro en que esté registrada la SUP a las sociedades privadas de responsabilidad limitada por acciones que figuran en el anexo I».

⁶⁴ En el Derecho español el art. 9 de la Ley de sociedades de capital, señala:

«1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación».

«2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España».

⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas (2011/2046(INI)). DOUE C 239 E/18, 20 de agosto de 2013.

⁶⁶ Véase el art. 14 de la PDSUP.

Esto supone la *eliminación del control notarial* –que en el caso de la SPE era opcional, pues podía mantenerse con tal de que fuera el único control–, y es lo que a fin de cuentas ha suscitado las mayores críticas a la figura, según se indicó anteriormente.

Por si hubiera dudas al respecto, el art. 14.3 de la PDSPU, señalará lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que el procedimiento de registro para las SUP establecidas ex nihilo pueda ser cumplimentado por vía electrónica en su totalidad, sin que sea necesario que el socio fundador comparezca ante una autoridad del Estado miembro de registro (registro en línea).»

En esta misma línea el art. 13.2 de la PDSUP limitaba la información exigible al fundador a la hora del registro de la SUP, que se ha reducido todavía más en el texto del Consejo.

26. Siguiendo por otro lado orientaciones presentes ya en las legislaciones de algunos EE. MM., el art. 11 de la PDSUP preveía un modelo uniforme de «escritura de constitución» (*rectius* acto constitutivo), al que se podría acceder por vía electrónica y que sería establecido por la CE mediante un acto ejecutivo. En la propuesta transaccional del Consejo en el artículo homónimo el modelo o modelos –se admite además que sean varios– serían establecido por los EE. MM., tratándose por tanto ya de modelos nacionales, lo que casa más con el carácter de la propuesta, que es de una directiva y no de un reglamento⁶⁷.

La predisposición de estos modelos supone, a fin de cuentas, la sustitución de los estatutos elaborados *ad hoc* por abogados o notarios, adaptándose, teóricamente al menos, a las necesidades y preferencias de los fundadores, por estatutos genéricos de aplicación general. En definitiva la sustitución de los viejos trajes a medida, elaborados artesanal e individualmente, por una especie de *prêt-à-porter* societario, donde la prenda está ya confeccionada.

No cabe duda de que estos modelos facilitan la constitución rápida de las sociedades, al aligerar considerablemente los costes y tiempos de elaboración de los estatutos y, sobre todo, del control de su legalidad (control registral). Pero esta técnica no deja de contrastar con las posturas contractualistas, teórico apoyo de las últimas iniciativas desreguladoras europeas, ya que poco o ningún papel reservan a los fundadores en la conformación de los estatutos, pues deben limitarse a elegir entre los modelos disponibles –en el caso de que haya varios–, y bien pudiera suceder, si seguimos con el símil textil, que no encuentren ninguno de su gusto o talla.

4. Con limitación de responsabilidad del socio único y sin capital mínimo

27. La concepción que se mantiene en las propuestas sobre la SPU en relación con la responsabilidad del socio, el capital mínimo y el control de las distribuciones, es análoga a la que tenía la PRSPE, aunque con algunas diferencias –en este punto también divergen las propuestas de la CE y el texto del Consejo–, que hacen que estén algo más alineadas con la técnica tradicional del capital social⁶⁸.

Concretamente se mantiene la limitación de responsabilidad, en este caso, del socio único (art. 7.2 PDSUP). También la supresión del capital mínimo al poderse constituir la SPU desde 1 euro (o una unidad de la moneda del Estado miembro si no fuera el euro) (art. 16.1 PDSUP).

Por otro lado, el artículo 16.4 de la PRSUP insistía en reducir el papel de los fondos propios en la estructura financiera de la sociedad, al establecer lo siguiente:

«[L]os Estados miembros velarán por que la SUP no esté sujeta a normas que exijan a la sociedad constituir reservas legales. Los Estados miembros autorizarán a las sociedades para que constituyan reservas de conformidad con sus escrituras de constitución».

Sin embargo, el art. 16.4 del texto transaccional del Consejo, en línea con lo que se exige en los Derechos de algunos EE. MM. para fórmulas análogas de inexistencia de capital mínimo, por la vía de ordenar, con unos mecanismos u otros, la formación de reservas legales, como sucede en Alemania con

⁶⁷ Analiza con detalle y críticamente estos aspectos G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 127 y ss.

⁶⁸ De nuevo analiza con detalle estos aspectos G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta...” cit., pp. 139 y ss.

la *Unternehmergeellschaft*, y en España con la *Sociedad de Responsabilidad Limitada de formación sucesiva*, señalará lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán exigir a las SUP que constituyan reservas legales en forma de porcentaje de sus beneficios o como un máximo de la cantidad de capital social mínimo requerido a las sociedades privadas de responsabilidad limitada que figuran en el anexo I, o ambas condiciones.

«Los Estados miembros permitirán a las sociedades que constituyan reservas, sin perjuicio de la obligación de incluir las reservas, si las hubiere, en la presentación del balance con arreglo al artículo 10 de la Directiva 2013/34/EU y de cualquier obligación de publicación en relación con las reservas establecida en la normativa nacional».

Respecto al control del «reparto de beneficios» –ya no se habla del concepto más amplio de «distribuciones» que utilizaba la PRSPE– el art. 18 de la PDSUP exigía que se aplicase tanto un test de balance, como un test de solvencia. En el texto transaccional el art. 18 contempla ambos mecanismos, sin embargo, como alternativas, al señalar lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que se establezcan mecanismos en la legislación nacional que impidan que las SUP se vean en la incapacidad de pagar sus deudas tras proceder a un reparto de beneficios.

«2. A efectos del apartado 1, los Estados miembros podrán estipular que una SUP no esté autorizada a proceder a un reparto de beneficios a su único socio si:

«a) a fecha de cierre del último estado financiero, los activos totales tras deducción de los pasivos totales, como figuran en las cuentas anuales de las SUP sean, o pasen a ser tras dicho reparto de beneficios, inferiores a la cantidad de capital social más las reservas que no se puedan repartir en virtud de la normativa nacional que exija a las SUP constituir reservas legales con arreglo al artículo 16, apartado 4, si las hubiere, o en virtud de la escritura de constitución de la SUP;

y/o

«b) en caso de un reparto de beneficios en forma de pago de dividendos, la SUP dejara de tener capacidad para cumplir sus obligaciones a medida que vayan venciendo y deban abonarse durante el período de seis meses posterior al pago de dicho dividendo».

VI. Conclusiones

28. Llegados a este punto, conviene insistir en que sigue habiendo problemas importantes que obstaculizan la libertad de establecimiento en el espacio europeo y, por tanto, el correcto funcionamiento del mercado interior.

29. Uno de estos problemas era el del *reconocimiento de personas jurídicas*, que trató de solventarse por un proyecto de Convenio internacional en 1968, pero que finalmente no prosperó. Sin embargo, este problema debe considerarse resuelto por la jurisprudencia del TJCE a partir de la sentencia de 5.11.2002, en el asunto *Überseering*.

30. Otro problema es el de la *lex societatis* –que legislación se aplica a las sociedades en el tráfico transfronterizo–. En este punto, como es sabido, las legislaciones de los EE. MM. siguen tradicionalmente dos criterios distintos. Unos Estados la tesis de la sede social o *Sitztheorie* (Alemania, España..., etc.), conforme a la cual debe aplicarse la legislación donde la sociedad tenga su sede social. Otros, en cambio, la tesis de la incorporación o *Gründungstheorie* (Reino Unido...), que considera que se aplicaría la legislación conforme a la que se ha constituido. Quienes entendieron que la primera tesis era incompatible con el Derecho europeo tras la sentencia *Überseering*, hicieron probablemente una lectura apresurada de la misma, que la ulterior sentencia de 16.12.2008, en el asunto *Cartesio*, desmintió, al reafirmar que esta cuestión estaba encomendada a los Derechos nacionales⁶⁹.

⁶⁹ Véase F. MARTÍNEZ RIVAS, “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, nº 1, Marzo 2009, pp. 132 y ss., esp. pp. 139 y ss..

31. Junto a estos problemas, hay que señalar el de la diversidad de legislaciones, que en materia de sociedades privadas, apenas está armonizado al día de la fecha. Esto genera dificultades y costes importantes como ya se indicó en la introducción.

En este contexto, los esfuerzos que representan las sucesivas propuestas de la SPE y la SUP, por encima del acierto o desacierto en alguna de sus formulaciones concretas, estaban más que justificados, y su no culminación exige que se siga intentando, acaso por otras vías. En este punto puede ser interesante ensayar una vía de armonización como la emprendida con la sociedad anónima, que además últimamente ha reverdecido un tanto, a raíz de la directiva sobre derechos de los accionistas⁷⁰ y las propuestas para su reforma⁷¹ y de codificación de directivas en materia de sociedades⁷². Con ello además se evitaría algo que no me parece deseable: esa *race to the bottom* que desata la competencia entre legislaciones, y que se sabe como empieza, pero no como terminará.

Para evitar esto, sería conveniente que entre todas las instancias implicadas, comenzando por los EE. MM., establecieran algunas orientaciones de principio sólidas. Si yo fuera el encargado de definir estas orientaciones me atendería a un *contractualismo sensato, con protección de terceros*, pues las sociedades privadas son y serán siempre sociedades de base contractual, pero quienes se relacionan con ellas, por ejemplo como acreedores, no pueden tener menos derechos que los que lo hacen con grandes compañías, como parece dar a entender con obstinación la deriva de muchos Derechos nacionales hacía una supresión o, cuando menos, morigeración de los análogos de las sociedades anónimas. Claro me quedaría por definir los términos concretos de lo que yo entiendo por contractualismo sensato, pero esto sería ya tema para otros trabajos...⁷³

⁷⁰ Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de junio de 2007 *sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas*, DOUE L 184/17, de 14 de julio de 2007.

⁷¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial*, 9.4.2014, COM(2014) 213 final.

⁷² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre ciertos aspectos del derecho de sociedades (codificación)*, 3.12.2015, COM(2015) 616 final.

⁷³ Alguna pista de lo que yo pienso sobre estas cuestiones, se puede ver en mi trabajo L. A. VELASCO SAN PEDRO, “¿Institución o contrato?...” cit., pp. 335 y ss.