



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Embid Irujo, José Miguel

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

Ius et Praxis, vol. 19, núm. 1, 2013, pp. 303-328

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19727805009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES\*

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO\*\*

*SUMARIO. I. Presentación. II. Aspectos del Derecho europeo de sociedades objeto de consideración en el presente trabajo. III. Los fines del Derecho europeo de sociedades. A) La elaboración normativa del Derecho europeo de sociedades como instrumento de garantía de las libertades fundamentales en la Unión europea. B) La crisis del modelo tradicional del Derecho europeo de sociedades: movilidad de las sociedades en la Unión europea y competencia entre los ordenamientos nacionales en la materia. IV. Las fuentes del Derecho europeo de sociedades. A) El predominio tradicional de las directivas. B) Hacia un progresivo equilibrio entre directivas y reglamentos. C) El relieve de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia. V. El contenido del Derecho europeo de sociedades. A) Premisa. B) La armonización societaria: un Derecho para la sociedad anónima. 1. Consideraciones generales. 2. La crisis del modelo de las directivas y el predominio actual de la sociedad cotizada. 3. La sociedad de responsabilidad limitada como figura prácticamente ajena a la armonización societaria en la Unión europea. C) La creación de sociedades de Derecho europeo sin limitación tipológica. VI. El futuro del Derecho europeo de sociedades (a modo de conclusión)\*\*\*.*

---

\* Trabajo recibido el 01 de abril y aprobado el 19 de abril de 2013.

\*\* Catedrático de Derecho Mercantil Universidad de Valencia; Miembro del consejo de redacción o del consejo asesor de diversas revistas en España (*Cuadernos de Derecho y Comercio*, *Revista de Derecho Mercantil*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, *Revista de Derecho de Sociedades*, *Anuario de Derecho de Fundaciones* y *Revista de Derecho del Transporte*) y en el extranjero (*European Company and Financial Law Review*, *Rivista di Diritto Societario*); Dirige la colección de monografías "Mercatura. Estudios de Derecho Mercantil", en la Editorial Comares, de Granada.  
El presente estudio se inserta en el proyecto de investigación "Crisis económica y Derecho de sociedades" (DER 2010-18660), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal el autor. Una parte del mismo, con adaptaciones propias de la ocasión, se ha destinado al libro colectivo de homenaje al profesor Antonio Martínez Lafuente.

\*\*\* Abreviaturas empleadas: AAMN, Anales de la Academia Matritense del Notariado; ADF, Anuario de Derecho de Fundaciones; ECFR, European Company and Financial Law Review; LSC, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; NotUE, Noticias de la Unión Europea; RDM, Revista de Derecho Mercantil; ZHR, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht; ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.

## I. PRESENTACIÓN

Transcurrido ya más de un cuarto de siglo desde la incorporación de España a la Unión europea, y en el marco de una durísima crisis económica, que, entre otras cosas, está poniendo a prueba la solidez de las instituciones comunitarias, así como la convicción misma de los ciudadanos en torno a la viabilidad de la integración europea, parece conveniente meditar, siquiera con brevedad, alrededor de uno de los sectores en los que se manifiesta, con especial intensidad, la vertiente jurídica de la Unión. Me refiero al Derecho de sociedades, compañero casi desde sus inicios de la aventura comunitaria, cuya trayectoria y significado se han mantenido e, incluso, ampliado en el seno de la actual Unión europea.

Desde la perspectiva del Derecho español, que sirve de base a las presentes reflexiones, no parece necesario, en nuestros días, explicar detalladamente la razón de tal importancia, cuando los aspectos esenciales de dicha materia resultan accesibles a un amplio sector de la sociedad española vinculado con la actividad de empresa, más allá, por supuesto, de los juristas de profesión. Es cierto, con todo, que los juristas españoles y, en particular, los dedicados profesionalmente al estudio del Derecho Mercantil, comprendieron con suma claridad la importancia del Derecho de sociedades dentro de la construcción jurídica europea<sup>1</sup>; al fin y al cabo, el diseño de un mercado común, único o interior (hablando sin especial precisión en este momento) requiere para su adecuado funcionamiento no sólo la elaboración de un régimen jurídico propio del mismo, sino también la existencia de un amplio cuerpo normativo que regulara el estatuto de los sujetos del mercado<sup>2</sup>. Desde hace mucho tiempo, como es bien sabido, son las sociedades mercantiles y, en particular, las de naturaleza capitalista, las figuras jurídicas predominantes a la hora de elegir el marco organizativo de la actividad de empresa en el mercado. La existencia de regímenes particulares y plenamente diferenciados del Derecho de sociedades en cada ordenamiento

<sup>1</sup> Sirva, por muchos, la referencia a los estudios que, bajo la dirección del prof. Girón Tena, se publicaron en la obra colectiva (dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, J./GONZÁLEZ CAMPOS, J./MUÑOZ MACHADO, S.) *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 15-268. Con anterioridad, cabe reseñar la existencia de una publicación de orientación similar, en la que, además de una valiosa serie de estudios jurídicos, se incluía la traducción al español de las directivas sobre sociedades, vigentes o en proyecto en aquel momento; véase, GIRÓN TENA, J. (dir.), *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1978. Aun siendo, en nuestros días, el Derecho europeo de sociedades, una realidad permanentemente atendida por los juristas españoles, falta una obra de conjunto que ofrezca un tratamiento integrado y completo de esta importante vertiente del ordenamiento jurídico de la Unión europea.

<sup>2</sup> Sobre estos aspectos, sigue siendo útil la consulta de GONDRA, J. M<sup>a</sup>, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea", en GARCÍA DE ENTERRÍA, J./GONZÁLEZ CAMPOS, J./MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho*, I, cit. nota n. 1, pp. 275 y ss.

constituiría, entonces, un serio obstáculo a la integración económica europea; tal circunstancia ha dado lugar, desde hace ya medio siglo, a una intensa labor de armonización y unificación normativas, que ha transformado de manera relevante el contenido y, en cierto sentido, el significado institucional mismo de dicha disciplina jurídica, pudiendo hablarse, con todos los matices que sean precisos, de un auténtico "Derecho europeo de sociedades"<sup>3</sup>.

A la vista de la amplitud y la complejidad de la materia, el presente trabajo no puede ser sino una breve meditación sobre el sentido y la realidad actual de esta disciplina que se viene denominado "Derecho europeo de sociedades"<sup>4</sup>. Esa meditación, aun desprovista de la exhaustividad que sería necesaria, ha de centrarse, sobre todo, en valorar la evolución de este sector del Derecho europeo, y no sólo por el considerable periodo de tiempo transcurrido desde sus inicios; más importante que la consideración de los específicos datos de nuestros días en el tema que nos ocupa, con ser relevante, es dar cuenta de los significativos cambios experimentados por la propia Unión europea y, de manera inevitable, en el Derecho producido por dicha entidad supranacional, que han terminado por reflejarse en las concretas técnicas jurídicas utilizadas por el legislador europeo a la hora de articular la normativa societaria, así como en su particular contenido<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Aunque dicha expresión, a nuestro juicio, resulta nítida en su significado, quizá no sea inconveniente recordar que con ella se hace referencia exclusiva al Derecho de sociedades elaborado desde la Unión europea, con independencia ahora del medio o fuente utilizados. No sería imposible entender, con todo, que la fórmula "Derecho europeo de sociedades" serviría para describir, desde una perspectiva integradora o comparativa, el conjunto de los regímenes jurídico-societarios existentes en el continente, partiendo, entonces, de la regulación de cada Estado miembro. Este sentido amplio de la expresión es susceptible de producir, sin embargo, alguna confusión por su relativa inexactitud técnica, ya que, aun estando encuadrado en el ámbito europeo, el Derecho español de sociedades, por ejemplo, resulta indudablemente nacional y sólo de manera secundaria europeo.

<sup>4</sup> Y sobre la que encontramos una abundante bibliografía, en su mayor parte radicada en el ámbito jurídico germánico, de la que nos limitaremos a destacar ahora las siguientes obras de carácter general: HABERSACK, M./VERSE, D., *Europäisches Gesellschaftsrecht. Einführung für Studium und Praxis*, 4ª ed., Beck, München, 2011, GRUNDMANN, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2011, CORDEIRO, A.M., *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005. En el Derecho español, además de las referencias básicas contenidas en la nota 1, pueden verse los números monográficos N° 206 (2002) y 225 (2006) de la revista NotUE, coordinados por quien suscribe, donde se contiene un conjunto de aportaciones referidas a diversos aspectos destacados del Derecho europeo de sociedades.

<sup>5</sup> El presente estudio ha de verse como un eslabón más dentro del conjunto de trabajos que, hasta la fecha, he venido dedicando al análisis del Derecho europeo de sociedades; entre esos trabajos cabe citar ahora los siguientes: "Derecho comunitario de sociedades (Introducción)", en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Código de Derecho comunitario europeo. Tratados, Derecho derivado, Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 561-565, "Caracteres generales de la fusión en la nueva ley de sociedades anónimas", Noticias CEE, 76 (1991), pp. 21-27, "Evolución y perspectivas del Derecho de los grupos de sociedades en la Unión europea", NotUE, 210, 2002, pp. 9-23, "Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión europea: de las Directivas al Plan de Acción", NotUE, 252, 2006, pp. 5-15, "Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades de la Unión Europea", en VÍTOLO, D. R./ EMBID, J.M. (dir.), *El Derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur (III*

## II. ASPECTOS DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES OBJETO DE CONSIDERACIÓN EN EL PRESENTE TRABAJO

Por ser dilatada, según ya hemos tenido ocasión de advertir, la historia del Derecho europeo de sociedades, puede comprenderse con facilidad que, a la hora de apreciar su significado de manera global, encontremos una combinación heterogénea de elementos continuistas, que constituyen, precisamente, su base más sólida, con innovaciones de diverso alcance, susceptibles de alterar las ideas de partida. Ese curso evolutivo no ha resultado ajeno a las circunstancias de todo orden (cambios y crisis, esencialmente) que han acompañado al propio desarrollo de la Unión europea. De este modo, el proceso de formación del Derecho europeo de sociedades, aun partiendo de criterios ampliamente aceptados, y con importantes logros en su haber, muestra una trayectoria irregular en la que se combinan fases de ordenada estabilidad, con momentos de atonía y parálisis<sup>6</sup>. No han faltado, incluso, situaciones en las que se ha puesto en duda la misma utilidad de esta categoría jurídica, proponiéndose, incluso, un radical cambio de rumbo<sup>7</sup>. Conocer, por ello, las circunstancias concretas de

---

*Congreso argentino-español de Derecho Mercantil*), Comares, Granada, 2007, pp. 15-34, "Adaptación de las directivas comunitarias en materia de sociedades: logros y retos pendientes", en ARROYO MARTÍNEZ, I. (coord.), *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 293-312, "Apuntes sobre la evolución del Derecho español de sociedades desde la perspectiva del ordenamiento comunitario", en GÓMEZ SEGADE, J.A./GARCÍA VIDAL, A. (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 151-162.

<sup>6</sup> No parece que se pueda hablar, en cambio, de situaciones de retroceso, salvo que entendamos por tales aquellos momentos en los que se ha puesto en cuestión la tradicional trayectoria de desarrollo del Derecho europeo de sociedades, como también se señala en el texto. Así sucedió a finales del siglo pasado, si bien, a nuestro juicio, en tal caso es preferible hablar de parálisis que de retroceso. No es extraño que de una situación de parálisis se pase a otra de relativo esplendor en lo que afecta a nuestro tema de estudio; así sucedió a finales del pasado siglo, dando lugar en la doctrina a algunos calificativos, quizá exagerados, para describir este significativo cambio (cfr. GRUNDMANN, S., "Die Struktur des Europäischen Gesellschaftsrechts: von der Krise zum Boom", ZIP, 51-52, 2004, pp. 2401 y ss., especialmente 2411-2412).

<sup>7</sup> Ha sido, sobre todo, la crisis del Derecho europeo de sociedades en los años noventa del pasado siglo, a la que se hacía alusión en la nota anterior (véase también *infra*, III, b), la que dio origen a ciertos planteamientos de corte "rupturista", conforme a los cuales era preciso marginar el camino tradicional de las directivas de armonización para dar primacía a la competencia entre los ordenamientos nacionales. Sobre la base de la experiencia estadounidense, y de acuerdo con ciertos planteamientos ideológicos, de corte economicista, se formulaba una suerte de "enmienda a la totalidad" al Derecho europeo de sociedades, al menos tal y como se había conocido hasta el momento. Tales orientaciones han llegado hasta nuestros días, si bien atenuadas, produciendo, entre otras consecuencias, y quizá paradójicamente, la aprobación de nuevas normas (sobre todo, directivas y reglamentos; pero también recomendaciones) en la primera década del presente siglo, que han venido a engrosar, no sin matices relevantes, el contenido de nuestra disciplina. No se debe ignorar, en todo caso, el importante papel que ha jugado la jurisprudencia del Tribunal europeo de justicia sobre movilidad de las sociedades mercantiles en Europa. Sobre estas cuestiones, nos permitimos remitir al lector a nuestro trabajo "Aproximación al Derecho", cit. nota n. 5, *passim*.

la irregular trayectoria del Derecho europeo de sociedades permite entender las razones subyacentes a sus diversos elementos, institucionales y técnicos, lo que sirve para comprender, a su vez, el éxito de ciertas iniciativas y la paralización, cuando no exclusión definitiva, de otras que, en su momento, parecían lógicas y perfectamente legítimas.

De entre los varios aspectos, entonces, sobre los que cabe meditar a la hora de ofrecer, de manera resumida y sintética, las principales vertientes de la evolución del Derecho europeo de sociedades, me he permitido elegir tres que, por su amplitud temática y por su importancia material, pueden servir al lector para obtener una imagen precisa de esta rama del ordenamiento jurídico de la Unión europea. Se trata, en primer lugar, de los *fin*es que se pretenden conseguir con la elaboración del Derecho europeo de sociedades, lo que aboca, inevitablemente, a hacer patente su justificación o fundamento; con posterioridad, me referiré a las *fuentes* de la disciplina, para, en tercer lugar, pasar revista sumaria al *contenido* del Derecho europeo de sociedades. Aun formulados estos aspectos de manera separada, y siendo tratados del mismo modo en el presente estudio, no conviene olvidar que la esencia de nuestro tema es, sustancialmente, unitaria<sup>8</sup>, más allá, incluso, de las alteraciones y discontinuidades en él producidas por las propias circunstancias de la evolución característica de la Unión europea. Ello permite explicar la continua y entrecruzada referencia a unos y otros asuntos a lo largo del trabajo, en el que se aludirá, igualmente y de forma somera, a la incidencia del Derecho europeo de sociedades en el ordenamiento jurídico español, para concluir con alguna reflexión sobre el futuro inmediato de dicha disciplina.

### III. LOS FINES DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

#### *a) La elaboración normativa del Derecho europeo de sociedades como instrumento de garantía de las libertades fundamentales en la Unión europea*

Como se ha advertido ya en la presentación del estudio, la existencia misma de una categoría jurídica como la que nos ocupa se deduce sin particular esfuerzo del propósito de organizar un mercado unitario, característico de la integración europea desde sus primeros pasos. De nada serviría la elaboración de un régimen jurídico encaminado a salvaguardar la competencia en el seno de dicho mercado, así como a evitar que fuera falseada, si los agentes económicos que en él han de actuar, preferentemente sociedades mercantiles, carecieran de unas reglas comunes susceptibles de establecer un fondo de identidad suficiente a la hora de

---

<sup>8</sup> Como sucede, en términos generales, con el Derecho de sociedades; al respecto, véase GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, edición del autor, Madrid, 1976, p. 3.

adoptar sus correspondientes decisiones empresariales. Por ello, y de forma si se quiere inmediata, la primera finalidad del incipiente Derecho europeo de sociedades consistirá en lograr, a través de un instrumento jurídico específico, como la directiva, ese fondo de identidad suficiente, esa situación de equivalencia, en suma, entre los ordenamientos de los Estados miembros en materia societaria<sup>9</sup>.

Con este objetivo, se sirve, como se ha señalado unánimemente en la doctrina<sup>10</sup>, a la realización y tutela de las libertades fundamentales características de la Unión europea, en particular la libertad de establecimiento y la libertad de circulación de capitales, a través de las cuales se intenta evitar la discriminación y la limitación de derechos de los ciudadanos y las empresas. Sobre la base de este planteamiento, las sociedades a que se refiere el art. 54 del Tratado de la Unión disponen del derecho a fijar su sede en el territorio de cualquier Estado miembro (libertad de establecimiento primaria), o a fundar en dicho espacio una sucursal o sociedad filial (libertad de establecimiento secundaria). Pero, del mismo modo, se abren las sociedades mercantiles a la inversión directa, de carácter transfronterizo, bien con finalidad de influir en la adopción de sus decisiones, bien con mera finalidad de inversión.

Con todo, en el diseño originario, y predominante a lo largo del tiempo, del Derecho europeo de sociedades, la armonización de las normas de los Estados miembros en la materia no era por sí sola instrumento suficiente para conseguir la integración jurídica pretendida. Por estar restringida a algunos tipos societarios, como, sobre todo, la sociedad anónima, y no comprender, respecto de ella, todos los aspectos propios de su régimen jurídico<sup>11</sup>, resultaba

---

<sup>9</sup> Como es bien sabido, las directivas son normas europeas directamente dirigidas a los Estados miembros que vinculan a éstos en cuanto a los fines por ellas pretendidos, dejándoles, en cambio, libertad en los medios elegidos para su inserción (o “transposición”) en el ordenamiento de cada uno. De este modo, y por lo que al Derecho de sociedades se refiere, las directivas no eliminan el régimen societario de cada Estado miembro, que se mantiene, sino que, por razón de su primacía sobre los ordenamientos nacionales, permiten modificarlo, a fin de conseguir esa equivalencia –no necesariamente identidad– en lo que atañe a nuestra materia. Puede afirmarse que, desde esta perspectiva del Derecho europeo, existen y seguirán existiendo, previsiblemente, el Derecho español de sociedades, el francés, el alemán, etc., si bien, y en los términos que se irán viendo a lo largo del trabajo, con una sustancial afinidad en su contenido de manera que las decisiones de las empresas en el mercado europeo, en principio, no se adopten por diferencias normativas entre los Estados miembros, sino por razones exclusivamente económicas. También en este aspecto, que constituye el fondo originario de la armonización de los regímenes nacionales en materia de sociedades, se irán produciendo modificaciones, como también se intentará exponer.

<sup>10</sup> Véase, por muchos, HABERSACK, M./VERSE, D., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit. nota n. 4, pp. 9 y ss.

<sup>11</sup> Además de estos obstáculos de orden estrictamente jurídico, no cabe olvidar todos los ajenos al ámbito del Derecho y quizá más relevantes a la hora, por ejemplo, de plantearse el establecimiento en otro país de la Unión o la fundación en él de una sucursal o de una sociedad filial. Pensamos en dificultades de orden psicológico, institucional, incluso de relaciones personales, todas ellas favorecidas por las diferencias de costumbres, idiomas, práctica empresarial concreta, etc.



evidente que el proceso de armonización no iba a traer consigo la seguridad y libertad necesarias para el ejercicio de la actividad de empresa en el mercado único, dificultando, por ello, la adopción de las decisiones más convenientes para la misma. Se explica, así, que desde el principio se postulara la creación de sociedades de Derecho europeo, sometidas a un régimen jurídico unitario. Al lado, entonces, de las directivas de armonización, formarán parte del Derecho europeo de sociedades instrumentos de unificación normativa, como los reglamentos, cuya trayectoria será, por lo demás, mucho más irregular que la de aquéllas; sólo en nuestro siglo ha terminado por adquirir la creación de sociedades de Derecho europeo un papel de significativo, tras casi cuatro décadas de estudios y proyectos frustrados<sup>12</sup>.

*b) La crisis del modelo tradicional del Derecho europeo de sociedades: movilidad de las sociedades en la Unión europea y competencia entre los ordenamientos nacionales en la materia*

El planteamiento que se acaba de exponer, si se quiere de corte normativista, ha sido el predominante a la hora de contemplar el Derecho europeo de sociedades. Es cierto, como se ha señalado, que durante mucho tiempo el protagonismo esencial en la configuración de dicha disciplina ha correspondido a la vertiente armonizadora, y, por consiguiente, a las directivas, como elemento necesario para su manifestación técnica. La distinta apreciación de sus luces, consistentes, sobre todo, en crear una base normativa equivalente entre los Estados miembros respecto de los asuntos regulados en ellas, y de sus sombras, derivadas, sobre todo, de su compleja elaboración, su no fácil transposición a los ordenamientos nacionales, así como la no siempre adecuada diligencia de los Estados miembros a tal fin, terminaron por crear un ambiente de duda e, incluso, de escepticismo sobre su verdadera utilidad. La consecuencia inmediata de este estado de cosas por lo que se refiere a nuestro tema se traducirá, a finales del siglo pasado, en una valoración esencialmente crítica del proceso formativo del Derecho europeo de sociedades<sup>13</sup> desarrollado hasta el momento y en la propuesta de un radical cambio de rumbo al respecto. Diversas corrientes de pensamiento, con influencia no desdeñable en las propias instituciones de la Unión europea, propondrán eliminar o, cuando menos, reducir significativamente la determinación unilateral y centralizada del Derecho de sociedades por la Unión europea, realzando el papel de los ordenamientos nacionales, de cuya concurrencia se viene a esperar la

<sup>12</sup> Véase *infra* IV, b).

<sup>13</sup> Por muchos, HOPT, K.J., “Europäisches Gesellschaftsrecht: Krise und neue Anläufe”, *ZIP*, 3, 1998, pp. 96 y ss.



formulación del mejor Derecho posible en materia societaria, así como de la autonomía de la voluntad (la llamada “autorregulación”)<sup>14</sup>.

Como resulta fácil de apreciar, el fundamento de la indicada propuesta se encuentra, por lo que a la normativa de las sociedades se refiere, en el Derecho de Estados Unidos, donde, según es notorio, corresponde a los Estados miembros y no a la Federación la competencia legislativa en materia societaria. La ausencia de una regulación federal fomenta, entonces, la concurrencia entre los legisladores estatales con el fin de hacer más atractivo su territorio para la constitución y funcionamiento de las sociedades en su seno. Condición indispensable para que este modelo adquiera todo su sentido, es la reducción al mínimo posible de las normas imperativas en el tratamiento de las sociedades, lo que potencia, como es evidente, el papel de la autonomía de la voluntad, facilitando la adaptación de la estructura organizativa de cada sociedad a los deseos de los socios, así como a las necesidades del mercado. Y ello, no sólo respecto de las sociedades “cerradas”, donde dicho criterio parece más adecuado, sino, incluso, en relación con las sociedades cotizadas, verdadero centro del sistema societario en los Estados Unidos y, desde la época que nos ocupa, también en el ámbito de la Unión europea.

Si se mira bien, el reseñado planteamiento supone, por lo que al Derecho de sociedades se refiere, desmentir el valor del camino recorrido desde el comienzo mismo de la integración europea y negar, en última instancia, la necesidad misma de un Derecho *européo* de sociedades. No se trata sólo de que al lado del tradicional principio de primacía de la legislación europea haya que añadir otros, como el de subsidiariedad, que buscan dar más espacio al protagonismo de los Estados miembros y, si se quiere, a la libre actividad de los ciudadanos. En su raíz, la orientación a la que aludimos vendría a postular una intensa *renacionalización* del Derecho europeo de sociedades<sup>15</sup>, entendi-

<sup>14</sup> La corriente inspiradora de este punto de vista se encuentra, como es sabido, en el análisis económico del Derecho, que cifra en la eficiencia, mediada por la autorregulación, el objetivo esencial que han de cumplir las normas jurídicas, sobre todo aquellas, como las de naturaleza mercantil, son determinantes para el funcionamiento del mercado y la organización de las empresas. Para conocer el relieve de esta planteamiento en el terreno del Derecho de sociedades pueden verse los diferentes estudios contenidos en la obra colectiva, *The Anatomy of Corporate Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009; si bien ambientado en el Derecho italiano, acusa la influencia de esta corriente de pensamiento la obra de ANGELICI, C., “Le società per azioni. I. Principi e problemi”, en CICU, A./MESSINEO, F., *Tratato di Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012. Una valoración diversa sobre el análisis económico del Derecho en el contexto de la crisis actual, EMBID IRUJO, J.M., “Crisis económica y Derecho de sociedades”, *AAMN*, LII (2012), especialmente pp. 193-201, y la bibliografía allí citada.

<sup>15</sup> Idea ya apuntada en varios de nuestros trabajos, como, por ejemplo, “Adaptación de las directivas”, cit. nota n. 5, p. 299, entre otras.

do, eso sí, como un conjunto flexible de normas dispositivas (*default rules*)<sup>16</sup>, y templado por la necesidad de facilitar el libre establecimiento, así como la movilidad de las sociedades, a lo largo y ancho del territorio de la Unión europea. No ha sido ajena a esta orientación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, a partir del caso "Centros" (1999), ha traído consigo un cambio de extraordinario relieve en la determinación de la *lex societatis*; así, con la primacía atribuida al ordenamiento del lugar de constitución de la sociedad, no sólo se ha arrinconado al criterio de la sede real, tradicionalmente aceptado en numerosos países de la Unión, sino que se ha terminado por fomentar, si bien de manera limitada, la competencia entre ordenamientos jurídicos<sup>17</sup>.

Encontramos huellas del planteamiento que se expone en diversos documentos que han jalonado la trayectoria de nuestra materia en la Unión europea a lo largo del presente siglo. Así ha sucedido, a principios del presente siglo, con dos documentos de extraordinario relieve para la ulterior evolución de nuestra materia, como son el llamado Informe Winter (2002) y el relevante Plan de Acción para el avance del Derecho de sociedades (2003)<sup>18</sup>. Mucho más recientemente encontramos otros dos documentos importantes, como son el Informe sobre el Derecho de sociedades en la Unión europea (2011), debido a un competente grupo de profesores universitarios<sup>19</sup> y, por último, un nuevo Plan de Acción, este fechado en 2012 (COM 2012, 740/2), que, a imitación del primero, intenta establecer una serie de principios básicos para la elaboración futura del Derecho europeo de sociedades. Es pronto todavía para apreciar el relieve que estas reflexiones puedan llegar a tener en la configuración de nuestra disciplina y en su inmediato desarrollo. Parece cierto, en todo caso, que tanto aquellos como estos documentos, aun influidos por la corriente de pensamiento descrita, no han instaurado un régimen de nueva planta en el tema que nos ocupa, manteniendo, desde luego, las líneas maestras del Derecho europeo de sociedades, y, al mismo tiempo, sentando las bases para su posterior evolución.

<sup>16</sup> En general, sobre este tipo de normas véase MÖSLEIN, F., *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

<sup>17</sup> Sobre todas estas cuestiones, véase, por muchos, RODAS PAREDES, P., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011; más detalles al respecto infra IV, c).

<sup>18</sup> Sobre el significado de estos documentos, véase, entre otros, EMBID IRUJO, J. M., "Aproximación al Derecho", cit. nota n. 5, *passim*, así como QUIJANO, J., "El Derecho de sociedades en la Unión Europea: evolución y situación actual", en VÍTOLO, D. R./EMBID IRUJO, J.M. (dir.), *El Derecho de sociedades*, cit. nota n. 5, pp. 673 y ss.

<sup>19</sup> Para su conocimiento, véase, entre nosotros, LATORRE CHINER, N., "Reflexiones sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law", *RDM*, 281, 2011, pp. 163 y ss.

Cabe, no obstante, señalar en el amplio repertorio de documentos a los que acabamos de aludir una consolidada tendencia hacia la simplificación de nuestra materia<sup>20</sup>, por entender que la trayectoria recorrida hasta esos momentos por el Derecho europeo de sociedades suponía una rigidez y complejidad excesivas desde el punto de vista de la organización de las sociedades y de su inserción en el mercado europeo. A dicha tendencia simplificadora se ha venido añadir, en consonancia con lo observado en muchas vertientes del Derecho de nuestros días, un propósito de modernización<sup>21</sup>, que ha traído consigo algunos elementos de discontinuidad alrededor de la “filosofía” con la que se había venido elaborando tradicionalmente el Derecho europeo de sociedades. Esa discontinuidad se ha reflejado en diversos frentes, que van desde la paralización, aparentemente definitiva, de algunas propuestas de regulación (como las directivas sobre órganos de la sociedad anónima y régimen sustantivo de los grupos de sociedades<sup>22</sup>), hasta la conversión de la sociedad cotizada y el gobierno corporativo en elementos centrales de nuestra disciplina. Todo ello, claro está, sin perjuicio, del mayor protagonismo de los Estados miembros a la hora de establecer la legislación societaria, en la línea “renacionalizadora” a la que antes se hacía referencia, y del intenso apoyo a la autorregulación.

A pesar de ello, los años transcurridos del presente siglo han acelerado la evolución normativa del Derecho europeo de sociedades, con la terminación de ciertos proyectos que parecían irresolubles, como, singularmente, el reglamento de la sociedad anónima europea, la revisión de directivas ya aprobadas, o la puesta en marcha de numerosas iniciativas dentro de los temas que, con carácter preferente, constituyen hoy el centro de atención de las instituciones europeas (el

<sup>20</sup> El impulso para esta tendencia simplificadora viene, ya desde el siglo pasado, de la llamada iniciativa SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*), dirigida, en esencia, a reducir el contenido normativo de algunas directivas de armonización del régimen jurídico de la sociedades, como, en particular, la segunda. Sobre este planteamiento, entre nosotros, HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010, y YANES YANES, P., “La simplificación del Derecho de sociedades: *status quaestionis* comunitario y perspectiva española”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dir.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 99 y ss.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, HOPT, K. J., “La modernización del Derecho de sociedades: perspectivas transatlánticas”, en el volumen del mismo autor *Estudios de Derecho de sociedades y del mercado de valores*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 267 y ss.; un apunte sintético sobre dicho tema en EMBID IRUJO, J.M., “El presente incierto del Derecho de sociedades”, *RDM*, 272, 2009, pp. 474-476.

<sup>22</sup> Sin perjuicio de que en el Informe de 2011 se tome postura favorable, entre otros temas, hacia la regulación de los grupos, si bien con numerosas cautelas y concentrando la atención, en particular, alrededor de la necesaria tutela del interés del grupo; cfr. EMBID IRUJO, J.M., “Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades”, en PACIELLO, A. (dir.), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Jovene Editore, Napoli, 2011, pp. 193-194, nota 1; igualmente, MAUGERI, M., “Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo”, en PACIELLO, A. (dir.), *La dialettica*, cit. nota n. 22, pp. 245 y ss.

tratamiento del *Corporate Governance*, en particular). Sin entrar ahora en contenidos o en técnicas de regulación, lo cierto es que, quizá de manera paradójica, las nuevas ideas a que hemos hecho referencia no han supuesto el ocaso del Derecho europeo de sociedades en nuestro tiempo, sino la apertura de una fase con importantes logros. Desde el punto de vista de los fines de la disciplina, no puede hablarse, por ello, de una “revolución”, sino, más bien, de un reajuste de objetivos y propósitos; ha de mantenerse, por tanto, la vigencia de los principios antes mencionados, sin que la competencia de ordenamientos haya dado al traste con la formulación y renovación del Derecho europeo de sociedades.

#### IV. LAS FUENTES DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

##### *a) El predominio tradicional de las directivas*

El estudio de los fines del Derecho europeo de sociedades, con los matices evolutivos que se acaban de exponer, ha traído consigo de manera inevitable, la referencia a sus principales formas de manifestación, es decir, desde un punto de vista más precisamente jurídico, a sus fuentes. De los tres temas que constituyen el objeto del presente trabajo, quizá sea éste el que menos alteraciones haya experimentado a lo largo de la evolución del Derecho europeo de sociedades, si bien no está exento de matices significativos que resulta obligado considerar. En todo caso, y como punto de partida, la doble vertiente característica de nuestra materia desde sus comienzos –la armonización de los ordenamientos nacionales, de un lado, y la creación de sociedades de Derecho europeo, de otro– se ha reflejado de modo nítido en el sistema de fuentes del Derecho europeo de sociedades. Sin necesidad de referir con detalle ahora cuestiones bien conocidas, en el marco de la integración jurídica europea, nos limitaremos a recordar que las directivas han sido, y siguen siendo, el vehículo de expresión idóneo para la armonización de las normas societarias de los Estados miembros, en tanto que las sociedades de Derecho europeo han sido creadas y configuradas a través de los reglamentos. Otras fuentes del Derecho europeo, como las recomendaciones, también han encontrado su lugar en el tema que nos ocupa, sin que su conocido carácter no vinculante sirva para reducir su relieve<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> No debe olvidarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia, las recomendaciones han de tenerse en consideración por los tribunales de los Estados miembros a la hora de interpretar las normas nacionales promulgadas para la ejecución del Derecho europeo (al respecto, HABERSACK, M./VERSE, D., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit. nota n. 4, p. 60). No demasiado alejados de las recomendaciones, aunque desprovistos de su particular naturaleza jurídica, han de situarse todos aquellos documentos que, tan abundantes en los últimos años, son elaborados por la Comisión a fin de difundir, promover o, simplemente, poner en discusión aspectos relevantes del Derecho de sociedades. Nos referimos, sobre todo, a los diversos “libros verdes” que, vinculados, esencialmente, a la temática del *Corporate Governance*, han proliferado en los años de la crisis. Pero también han de mencionarse

Hasta el comienzo de la presente centuria, el balance entre directivas y reglamentos era claramente favorable a las primeras, y no sólo en términos cuantitativos, lo que les convertía en el “núcleo duro” del Derecho europeo de sociedades y permitía atribuir a la armonización de los ordenamientos nacionales el protagonismo principal a la hora de su concreta formulación. En ese marco temporal, frente a un amplio elenco de directivas aprobadas por la Unión, y ya implementadas por los Estados miembros, el objetivo de unificación societaria sólo podía mostrar en su haber un único reglamento y, por lo tanto, una sola sociedad de Derecho europeo, la agrupación europea de interés económico, con acogida no del todo exitosa por parte de los operadores económicos<sup>24</sup>. El cambio de siglo, sin embargo, ha alterado, tal vez de manera inesperada, esta desigual relación entre directivas y reglamentos, cuyo alcance, como es fácil de imaginar, no se sitúa en la órbita de lo cuantitativo, sino, más bien, en un notorio terreno cualitativo.

*b) Hacia un progresivo equilibrio entre directivas y reglamentos*

Como es bien sabido, en los primeros años del actual siglo se han aprobado dos reglamentos, relativos, respectivamente, a la sociedad anónima europea,

---

los “planes de acción” lanzados por la propia Comisión, en 2003 (cfr. EMBID IRUJO, J.M., “Aproximación al Derecho”, cit. nota n. 5, pp. 9-14) y, más recientemente, en 2012 (véase COM, 2012, 740/2), repetidamente citados a lo largo de estas páginas, que anuncian los objetivos a realizar en materia de Derecho de sociedades, no siempre acompañados por el éxito, como es bien sabido. Dichos documentos no constituyen, propiamente, fuente del Derecho europeo de sociedades, sin perjuicio de poseer un valor relevante al respecto, pudiendo llegar a integrarse, en el caso, sobre todo, de los “libros verdes”, en ese amplio e impreciso capítulo denominado *soft law*, del que forman parte los hoy tan frecuentes “códigos de conducta”, con especial relieve en nuestro campo a través de los “códigos de buen gobierno” (cfr. RODOTÀ, S., “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*”, en REAL PÉREZ, A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 19 y ss.) Al margen de estos detalles, no es ajena a este proceso de progresiva diversificación en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión europea la intensa globalización económica y de mercados característica de los últimos años. En el terreno del Derecho mercantil, como Derecho de las empresas y, por lo tanto, de las sociedades, se está notando con particular intensidad el fenómeno descrito, de modo que sus fuentes jurídicas se vuelven más complejas y, a la vez, más flexibles, con progresiva penetración de la influencia estrictamente privada en la elaboración y formulación del Derecho aplicable; véase, al respecto, la clara y sintética exposición contenida en AA.VV., *Diritto delle Imprese [Manuale breve]*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 21-23.

<sup>24</sup> En el año 2011 se hablaba (cfr. GRUNDMANN, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit. nota n. 4, Nº 1100) de 2072 agrupaciones constituidas en todo el territorio de la Unión, una difusión limitada si se la compara con el notable éxito del *groupeement d'intérêt économique* del Derecho francés, inspiración directa de la figura europea, lo que no impidió la existencia de una amplia bibliografía al respecto (véase, en el ámbito germánico, la citada por HABERSACK, M./VERSE, D., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit. nota n. 4, p. 407). Su regulación se contiene, como es sabido, en el reglamento 2137/85, de 25 de julio de 1985, fuente de inspiración, en el Derecho español, de la agrupación de interés económico, de finalidad y objetivos semejantes, y no sólo por la denominación, a la agrupación europea, mediante la ley 12/1991, de 29 de abril; al respecto, por muchos, Pau Pedrón, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de agrupaciones de interés económico*, Tecnos, Madrid, 1992.

o, más sencillamente, sociedad europea (reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001), y a la sociedad cooperativa europea (reglamento 1435/2003, de 22 de julio de 2003). Se trata de un avance verdaderamente significativo, por lo que se refiere a la creación de tipos societarios de Derecho europeo, que podría haber adquirido una dimensión de plenitud institucional en el caso de que se hubiera aprobado el proyecto de reglamento sobre sociedad privada europea<sup>25</sup>. Este aparente fracaso no empaña la trascendencia de los hechos descritos para la evolución del Derecho europeo de sociedades<sup>26</sup>, a pesar de que, como también es notorio, la entrada en vigor de ambos reglamentos no ha dado lugar a un especial interés de los operadores económicos por los tipos societarios europeos, siguiéndose, así, la trayectoria iniciada con anterioridad por la agrupación europea de interés económico.

El advertido florecimiento de la vertiente unificadora del Derecho europeo de sociedades no ha impedido, con todo, la continuidad de la armonización de las normas societarias europeas a través de las correspondientes directivas. En estos últimos años, cabe registrar la aprobación de directivas relevantes, como, entre otras, la relativa a los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas (2007/36/CE, de 11 de julio de 2007), las que han simplificado el procedimiento de las modificaciones estructurales (2009/109/CE, de 16 de septiembre de 2009, y 2011/35/CE, de 5 de abril de 2011) y, en fin, la discutida regulación de las ofertas públicas de adquisición de acciones (2004/25/CE, de 21 de abril de 2004)<sup>27</sup>. Al margen de otros detalles, que no tenemos tiempo de desarrollar, la continuada elaboración de directivas muestra en nuestro siglo una cierta tendencia a la especialización, centrándose la atención del legislador europeo en las sociedades cotizadas. Hay en ello, desde luego, un tributo a la importancia de

<sup>25</sup> De la amplísima bibliografía dedicada a estas figuras, sobre todo fuera de nuestras fronteras (por muchos, véase, en el ámbito germánico, y sobre la sociedad europea, LUTTER, M./HOMMELHOFF, P. [eds.], *SE-Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008), mencionaremos, únicamente, algunas aportaciones españolas, como son los volúmenes dirigidos por BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, y ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008; sobre la sociedad privada europea, últimamente, HIRTE, H./TEICHMANN, C. (dir.), *The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE)*, De Gruyter, Berlin, 2013.

<sup>26</sup> Al respecto, FLEISCHER, H., “Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union”, *ZHR*, 174, 2010, pp. 385 y ss.

<sup>27</sup> Estas directivas, así como otras, igualmente aprobadas ya en nuestro siglo, han merecido inmediata atención de nuestra doctrina, que se ha preocupado de analizar su impacto en el ordenamiento español, así como su concreto régimen, en un amplio elenco de trabajos, de los que nos limitaremos a mencionar ahora las todavía recientes obras colectivas debidas a ABRIANI, N./EMBIID IRUJO, J.M. (dir.), *Los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, y JUSTE MENCÍA, J./RECALDE CASTELLS, A. (coord.), *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas de adquisición en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.



estas sociedades anónimas en la realidad empresarial y económica de nuestros días, así como a la necesidad de atender jurídicamente a la resolución de las numerosas cuestiones conflictivas que suscitan. Pero, del mismo modo, en esta preferencia de la Unión europea por la regulación de ciertos aspectos de las sociedades cotizadas se pone de manifiesto la influencia de las corrientes de pensamiento antes mencionadas y el entrecruzamiento del Derecho europeo de sociedades con la ordenación del mercado de valores, sectores escasamente conectados en las primeras etapas de elaboración de nuestra disciplina.

Ese progresivo equilibrio entre directivas y reglamentos, que parece haberse alcanzado en los últimos años dentro del Derecho europeo de sociedades, tiene, asimismo, un último elemento al que conviene aludir. Se trata, por lo demás, de un reflejo, dentro del tema que nos ocupa, de una tendencia más general de las fuentes del Derecho europeo y que disfruta ya de una larga trayectoria en el marco de la integración jurídica del continente. Nos referimos, en concreto, a una singular suerte de convergencia que, sin afectar a los aspectos estrictos de la naturaleza jurídica propia de directivas y reglamentos, limita los aspectos diferenciadores de ambas fuentes. Así sucede, por lo que a las primeras se refiere, en aquellas directivas en las que el detalle o la singularidad de la regulación reducen la libertad de los medios que los Estados miembros pueden emplear para su implementación, quedando casi anulada en las que se consideran autoejecutivas. Dentro del Derecho europeo de sociedades tal cosa se ha observado, con especial relieve, en las directivas de naturaleza contable. En el caso de los reglamentos, su particular evolución se ha manifestado en sentido derechamente contrario, a través de una regulación limitada del supuesto contemplado, de manera que pueden los Estados miembros disponer de un margen de libertad variable para integrar tales lagunas mediante el ejercicio de su particular poder legislativo. También en nuestro campo ha alcanzado esta tendencia un relevante significado, como se deduce del contenido de las normas relativas a la sociedad anónima europea y a la sociedad cooperativa europea.

De este modo, un fenómeno que se consideraba típico de las directivas o, mejor, una consecuencia (en principio, negativa) de su transposición a los ordenamientos nacionales, como era el surgimiento de posibles “desarmonías” entre ellos, como consecuencia del uso diverso por los Estados miembros de su (mayor o menor) libertad al respecto<sup>28</sup>, puede observarse ahora en lo que atañe a las sociedades de Derecho europeo reguladas por los reglamentos. No faltan, en este sentido, divergencias, en ocasiones notables, entre las normas propias de cada ordenamiento nacional encargadas de cubrir las lagunas de los

<sup>28</sup> Al respecto, por muchos, CAMPOBASSO, G.F. (coord.) *Armonie e Disarmonie nel Diritto comunitario delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2003.



reglamentos europeos, sin que quepa ignorar a tal respecto la posibilidad de que dichas divergencias aumenten como consecuencia del juego, en su caso, de la libertad contractual y estatutaria a la hora de constituir las en una determinada sede<sup>29</sup>. Con todo, un factor de moderación de esta complicada tesitura puede provenir, al menos respecto de la sociedad anónima europea, de la considerable equivalencia existente en los ordenamientos de los Estados miembros sobre el régimen de la sociedad anónima, como consecuencia de la transposición de las directivas aplicables a dicho tipo societario<sup>30</sup>.

*c) El relieve de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia*

Aun sin ser, propiamente, una fuente del Derecho europeo, en sentido estricto, parece necesario concluir este apartado con una somera referencia al papel que, sobre todo en los últimos años, ha adquirido la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia en materia societaria. Es sabido que dicho Tribunal se ha pronunciado sobre cuestiones específicas del Derecho europeo de sociedades desde hace una considerable porción de tiempo<sup>31</sup>; con todo, es a partir de la sentencia "Centros", así como de algunos fallos subsiguientes ("Überseering", "Inspire Art"), cuando esa doctrina judicial ha adquirido un relieve quizá inimaginable cuando se inició el proceso legislativo en la materia<sup>32</sup>. Ya se ha indicado con anterioridad la orientación básica de esta línea jurisprudencial<sup>33</sup>, que toma como "centro organizador" de su argumentación a la libertad de establecimiento, a fin de promover la movilidad de las sociedades en el seno de la Unión europea. La primacía que, de este modo, se atribuye, como *lex societatis*, al

<sup>29</sup> El asunto se conecta, como resulta notorio, con el complejo sistema de fuentes que, respecto de las sociedades de Derecho europeo, se establece en sus respectivos reglamentos; al respecto, a propósito de la sociedad anónima europea, véase, entre nosotros, VICIANO PASTOR, J., "La sociedad anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la sociedad anónima europea domiciliada en España", en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La sociedad anónima europea*, cit. nota n. 25, pp. 39 y ss.; para la sociedad cooperativa europea, cfr. ESCUÍN IBÁÑEZ, I./PARDO LÓPEZ, M., "Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales", en ALFONSO SÁNCHEZ, R. (dir.), *La sociedad cooperativa*, cit. nota n. 25, pp. 97 y ss.

<sup>30</sup> Desde la perspectiva de la sociedad anónima europea, véase, por muchos, TEICHMANN, C., "La Societas Europaea (SE), entre el Derecho nacional y el europeo", *NotUE*, 252, 2006, pp. 111 y ss.

<sup>31</sup> Al respecto, GARCÍA-CRUCES, J.A., "La armonización del Derecho de sociedades en la Jurisprudencia del TJCE", *NotUE*, 210, 2002, pp. 99 y ss.

<sup>32</sup> Por muchos, véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE", *NotUE*, 252, 2006, pp. 131 y ss. Más recientemente, véase el análisis del tema en HABERSACK, M./VERSE, D., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit. nota n. 4, pp. 16 y ss.

<sup>33</sup> Véase *supra* III, b).

Derecho del lugar de constitución de la sociedad, frente al correspondiente a su domicilio, parece rebajar la trascendencia de la armonización y unificación normativas en el tema que nos ocupa, favoreciendo, en última instancia, la competencia de los ordenamientos nacionales en materia de sociedades. No es seguro, con todo, que esta conclusión haya de ser mantenida con carácter estricto, a la vista, por un lado, de los matices que el propio Tribunal desliza al respecto en fallos más recientes, como “Cartesio”<sup>34</sup> o “Vale”<sup>35</sup>, así como, por otro, del impulso que la citada línea jurisprudencial supone para la elaboración de nuevas directivas, como, señaladamente, la relativa al traslado internacional del domicilio social<sup>36</sup>.

Viendo la Jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia con cierta perspectiva, parece evidente que son varios los elementos que se cruzan en el conjunto de las sentencias que ahora nos ocupan (entre los más importantes, el punto de conexión de una sociedad con el ordenamiento de un Estado miembro y el reconocimiento de sociedades extranjeras), cuya singularidad ha podido quedar relativamente oscurecida por la focalización en la libertad de establecimiento. Esta circunstancia permite entender las relativas oscilaciones que se aprecian en la doctrina del Tribunal, obliga a moderar la intensidad de ciertas opiniones emitidas por algunos sectores doctrinales, y, en última instancia, hace necesario insertar este conjunto de fallos en el marco más amplio de la labor llevada a cabo por dicha instancia, respecto del Derecho de sociedades, a lo largo de muchos años. En cualquier caso, puede concluirse que el Tribunal europeo de Justicia es, al lado de otras instituciones de la Unión, un actor relevante en el proceso de construcción del Derecho europeo de sociedades, cuyo concurso, por supuesto, sin afán de exclusividad, no puede, en modo alguno, ser ignorado.

## V. EL CONTENIDO DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

### a) *Premisa*

A lo largo del presente trabajo venimos utilizando la expresión “Derecho europeo de sociedades”, plenamente consolidada tanto entre los estudiosos, como en la práctica, que, sin embargo, no resulta del todo exacta. Y es que su considerable amplitud permite pensar que esta vertiente del Derecho de la

<sup>34</sup> Cfr. RODAS PAREDES, P., “Alcance del derecho de establecimiento primario en la Unión europea [Comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, Cartesio]”, *RDM*, 275, 2010, pp. 261 y ss.

<sup>35</sup> Se trata de la sentencia de 12 de julio de 2012, C-378/10; al respecto, HANSEN, J., “The Vale Decision and the Court’s Case Law on the Nationality of Companies”, *ECFR*, 10-1, 2013, pp. 1 y ss.

<sup>36</sup> O también en materia de modificaciones estructurales transfronterizas, sobre todo en lo que atañe a la transformación o la fusión de sociedades; en esta línea, HANSEN, J., “The Vale”, cit. nota n. 35, pp. 15-16.

Unión europea pueda tener un contenido idéntico o, cuando menos, equivalente, al que se atribuye a la fórmula “Derecho de sociedades” en el contexto de un determinado ordenamiento jurídico nacional. Como es bien sabido, y basta para confirmar tal aserto una breve ojeada al Derecho español, dicha fórmula acoge en la actualidad un repertorio de formas jurídicas que, bajo presupuestos conceptuales y sistemáticos bien establecidos, aunque con naturaleza no siempre coincidente, ofrecen a los operadores económicos una amplia variedad de estructuras para organizar la actividad de empresa<sup>37</sup>. No sucede lo mismo con el Derecho de la Unión europea, el cual, no obstante, tiene unos matices verdaderamente singulares, tanto en lo que se refiere a la tipología que abarca, como a las normas que ordenan las figuras reguladas. Del primer aspecto, hemos avanzado ya algunas ideas; del segundo nos ocuparemos, con la misma orientación sintética, en el presente apartado, distinguiendo, dentro del Derecho europeo de sociedades, entre la vertiente armonizadora, de un lado, y la creación de figuras jurídicas europeas, de otro.

## *b) La armonización societaria: un Derecho para la sociedad anónima*

### *1. Consideraciones generales*

A la fórmula, convencionalmente usada, como acabamos de ver, de “Derecho europeo de sociedades”, acompaña en todas las exposiciones al respecto una aclaración inmediata, conforme a la cual esa regulación normativa se circunscribe, en realidad, a la figura específica de la sociedad anónima (o sociedad por acciones, de acuerdo con la terminología existente en otros países). Esta aclaración adquiere todo su sentido en el marco de la armonización societaria llevada a cabo por la Unión europea durante un largo proceso, del que aquí ya se ha dado cuenta sintética. Y no reduce su valor el hecho de que algunas directivas<sup>38</sup> comprendan también en su ámbito de aplicación a las restantes sociedades de capital, es decir, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad comanditaria por acciones, ya que son muchos y muy relevantes los

<sup>37</sup> Sirva como ejemplo representativo del tratamiento doctrinal en la materia el clásico libro de GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*. I. cit. nota n. 8, *passim*; más recientemente, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

<sup>38</sup> Entre ellas cabe destacar la primera directiva (68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968), que regula la publicidad, la validez de los compromisos de las sociedades y la nulidad de éstas, así como las directivas contables (la cuarta, 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, y la séptima, 83/349/CEE, de 13 de junio de 1983). Incluso alguna de las directivas, como la duodécima (667/89/CEE, de 21 de diciembre de 1989), que contempla la figura de la sociedad de un solo socio, se concibió y redactó en relación exclusiva con la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de que el propio legislador comunitario abriera la puerta a que los Estados miembros aplicaran su regulación a la sociedad anónima, como sucedió, entre otros ordenamientos, en el español.

aspectos de su régimen jurídico que han quedado fuera de la armonización europea<sup>39</sup>.

Esta sustancial concentración del legislador europeo alrededor de la sociedad anónima se ha llevado a cabo durante muchos años sin especiales matizaciones en cuanto al relieve tipológico de la figura. Es decir, buena parte de las directivas en materia de sociedades tomaron por objeto de regulación al tipo que ahora nos ocupa, con independencia de que se hubiera elegido, en la práctica empresarial, para articular una sociedad cerrada, de pocos socios, sin acceso al mercado de valores, o una sociedad abierta, normalmente cotizada. Las evidentes diferencias entre ambas estructuras organizativas, no obstante ser todas ellas sociedades anónimas, no impidió que hasta fecha relativamente reciente el legislador europeo siguiera este planteamiento unitario, que trajo consigo, como ha sido repetidamente advertido, considerables problemas a la hora de trasladar las normas contenidas en las directivas a los distintos ordenamientos nacionales. Ello se debió, como también es sabido, a la existencia de diversos modelos en el Derecho comparado para la regulación de la figura y su proyección sobre el tráfico empresarial; en el momento de iniciar el proceso de armonización europea, se podían destacar en el continente dos modelos diversos de afrontar la regulación de nuestra figura: la sociedad anónima polivalente, de inspiración francesa y profundamente arraigada en la tradición española, y la sociedad anónima como vestidura jurídica de la gran empresa, de clara inspiración germánica<sup>40</sup>.

La influencia del Derecho alemán en las primeras etapas de formación del Derecho europeo de sociedades trajo consigo que buena parte de los Estados miembros terminaran importando sin restricciones especiales el modelo germánico. Para algunos ordenamientos, como el nuestro, tal cosa supuso una considerable alteración del panorama societario; y es que, una vez consumada la incorporación de España a la Unión europea, con la consiguiente adaptación de nuestro Derecho al comunitario, se pasó sin transición del predominio de la

---

<sup>39</sup> Esta afirmación, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, es particularmente cierta respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, ya que, como es bien sabido, la sociedad comanditaria por acciones se rige por la normativa propia de la sociedad anónima, sin perjuicio de la existencia de algunos preceptos específicos a ella referidos (arts. 3º, 2º LSC). La nula presencia de la sociedad comanditaria por acciones en la realidad empresarial española corrobora, en última instancia, la restricción del asunto contemplado en el texto a la sociedad de responsabilidad limitada. Al margen de nuestro Derecho, con todo, es evidente que la práctica ausencia de dicha figura (o de los modelos equivalentes en otros ordenamientos) de la armonización societaria europea constituye un problema que la competencia entre ordenamientos o, lo que es lo mismo, la regulación exclusivamente nacional de la figura, que abocaría a una temible *race to the bottom*, no puede resolver de manera satisfactoria.

<sup>40</sup> Por muchos, Rojo, A., "La sociedad anónima como problema", en MENÉNDEZ, A. (dir.), *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 93 y ss.

anónima en el panorama empresarial español a la conversión de la limitada en la sociedad habitual del tráfico económico. Al mismo tiempo, dicha influencia germánica permitió establecer un ambicioso programa de armonización societaria que comprendía todos los aspectos esenciales del régimen jurídico de la sociedad anónima, desde su constitución hasta su extinción, pasando por el régimen del capital, los órganos sociales, las modificaciones estructurales, así como su integración en un grupo de empresas. Buena parte de estos objetivos se consiguieron, dando lugar, en los años setenta y ochenta del pasado siglo, a un conjunto, amplio y diversificado, de directivas, algunas de las cuales, como ya ha quedado dicho, se aplicaban también a las restantes sociedades de capital.

## *2. La crisis del modelo de las directivas y el predominio actual de la sociedad cotizada*

Precisamente, a mediados de la década de los ochenta empezó a ser notoria la dificultad de completar en su plenitud este proceso de armonización, por la creciente oposición que suscitaban en algunos países (señaladamente, el Reino Unido) no sólo la elaboración de ciertas directivas (sobre órganos y sobre grupos, en particular), sino también el mantenimiento mismo del sistema de directivas, afectado por diversas críticas. A los retrasos en su transposición, habituales en buena parte de los Estados miembros, se añadía un fenómeno no infrecuente, como la desarmonía derivada de su inadecuada inserción en el ordenamiento jurídico de estos últimos. Por otra parte, resultaba evidente que, una vez traspuestas, las directivas "petrificaban" la evolución del Derecho nacional de sociedades, bloqueando la iniciativa legislativa del Estado miembro respecto de las materias reguladas por aquellas (el llamado efecto *stillstand*)<sup>41</sup>.

La constatación de todos estos hechos, realmente conocidos desde hacía tiempo, así como el predominio de una orientación de pensamiento economicista, a la que se ha hecho ya referencia, llevaron al proceso de armonización societaria en la Unión europea a una situación de parálisis a finales del siglo pasado. Algunas de las alternativas barajadas al respecto, como la competencia entre ordenamientos, se enfrentaba de lleno con la esencia misma del proceso armonizador, en tanto que otras, basadas en la idea de subsidiariedad, sin ex-

<sup>41</sup> Unas acertadas palabras del prof. Aurelio Menéndez, escritas hace años (cfr. "Presentación", en MENÉNDEZ, A. [dir.] *¿Sociedad anónima?*, cit. nota n. 40, p. 15) permiten exponer, con claridad y sencillez, el sentido de lo indicado en el texto, sin que, de todas formas, se vea el asunto en términos radicales. A juicio del profesor español, "la adaptación de nuestro Derecho al Derecho comunitario nos impone algunas 'servidumbres', muy relevantes en esta materia por la influencia de las directivas comunitarias que, en lo que se refiere a la tipología social, como en tantas otras cuestiones, no siempre sigue, claro está, los pasos de nuestra tradición. Pero aun así, y no sé si por ser así, queda un amplio margen para el debate acerca del camino que debemos andar para que las sociedades de capital cumplan del mejor modo posible su función en el ejercicio de las actividades empresariales".

cluirlo, permitían recuperar a los Estados miembros la iniciativa legislativa en la materia, al menos de manera parcial. Como también ha habido ocasión de señalar, el triunfo de las nuevas ideas no fue verdaderamente pleno ni definitivo, lo que permitió mantener la idea misma del Derecho europeo de sociedades, con especial relieve respecto del proceso de armonización societaria.

Ahora bien, ese mantenimiento, por lo que se refiere a su contenido, experimentará, ya en nuestro siglo, algunos cambios relevantes, con la irrupción del *Corporate Governance* y la atención preferente a la sociedad cotizada<sup>42</sup>, como modalidad tipológicamente diferenciada de la sociedad anónima, en el marco del presente Derecho europeo de sociedades. Las cuestiones materiales se ubicarán en ese ámbito, con atención especial a los derechos de los accionistas y la retribución de los administradores, sin perjuicio de una progresiva conexión con el régimen del mercado de valores. Y no faltará, del mismo modo, algún cambio en lo que atañe a la expresión técnica de dichas cuestiones, dado que, junto al tradicional instrumento de la directiva, se contemplarán también fórmulas sin valor vinculante, en la línea de los códigos de buen gobierno para las sociedades cotizadas<sup>43</sup>. Es verdad, con todo, que la propia Unión europea ha sido consciente de los límites propios de este sistema de “autorregulación” y el libro verde de 2011 sobre gobierno corporativo (COM 2011, 164) expresa ya la necesidad de ir más allá de la pura recomendación en este campo. Se trata de una idea reforzada en el reciente Plan de Acción de 2012, en cuyo contenido se destaca, a su vez, la necesidad de reforzar la transparencia respecto del funcionamiento del órgano de administración, dentro de un conjunto de reflexiones prioritariamente dedicadas a la sociedad cotizada.

### *3. La sociedad de responsabilidad limitada como figura prácticamente ajena a la armonización societaria en la Unión europea*

La reciente preferencia del legislador europeo por la sociedad cotizada no ha servido, con todo, para alterar sustancialmente la idea que el Derecho europeo de sociedades ha sido, y sigue siendo, con los matices reseñados, un Derecho de la sociedad anónima, al menos por lo que a la vertiente armonizadora se

<sup>42</sup> La bibliografía sobre estas materias es, ciertamente, inabarcable; cabe remitir al lector interesado a una buena parte de los trabajos del prof. Klaus, J. Hopt, uno de los grandes especialistas internacionales en la materia, contenidos en su libro *Estudios de Derecho*, cit. nota n. 21. En los últimos tiempos, se percibe una tendencia a conectar el tratamiento del *Corporate Governance*, centrado, tradicionalmente, en el Derecho de sociedades y en el régimen del Mercado de valores, con otros sectores del ordenamiento; así se observa, en relación con el Derecho concursal, en la reciente obra de ROKAS, A., *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

<sup>43</sup> Al respecto, describiendo la evolución en esta materia, WEBER-REY, D., *Corporate Governance in Europa: die Initiativen der EU-Kommission*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 2012.



refiere. Ese planteamiento sirve, siquiera por contraste, para percibir que otras sociedades de capital, sobre todo la sociedad de responsabilidad limitada, se han quedado prácticamente al margen de la armonización societaria. Fuera de las referencias contenidas en algunas directivas, cuya significación, desde luego, no debe ignorarse, es muy poco lo que, en este ámbito, se ha hecho respecto de la forma jurídica preferida por las pequeñas y medianas empresas, que constituyen, como es sabido, el grueso del tejido empresarial europeo<sup>44</sup>. Este planteamiento se confirma en el Plan de Acción de 2012, donde, más allá de promoverse la consecución de formas jurídicas más flexibles para organizar las PYMES, sin mayores matices, no hay verdaderamente ideas concretas a tal efecto.

Se piense lo que se piense de la armonización societaria realizada por medio de las directivas, es forzoso reconocer, no obstante, la heterogeneidad del régimen jurídico del que disfruta la sociedad limitada en cada Estado miembro y los inconvenientes que tal extremo plantea a la libre circulación de las empresas. Quizá pueda estimarse que la diversidad de regulaciones no sea un problema, sino el punto de apoyo para una futura solución basada en la progresiva convergencia de las normas reguladoras de nuestra figura a través de un continuo e intenso proceso de competencia o concurrencia entre los legisladores nacionales<sup>45</sup>. En realidad, este planteamiento no termina, a nuestro juicio, de hacerse cargo de la especificidad que corresponde al sector de las pequeñas y medianas empresas, normalmente articuladas a través de la sociedad de responsabilidad limitada. A la importancia indudable que en este nivel tipológico ha de atribuirse a la autonomía de la voluntad debe acom-

<sup>44</sup> Por lo que al ordenamiento español se refiere, ese predominio resulta incontestable en la actualidad y se traduce en un abrumador dominio cuantitativo, dentro del ámbito de las sociedades de capital, ya que, aproximadamente, un 95% de las nuevas sociedades que se inscriben en el Registro Mercantil son sociedades de responsabilidad limitada. Este simple dato permite considerar a nuestra figura, desde un punto de vista sociológico, como la sociedad “general” del tráfico mercantil. Esa preferencia, con todo, no siempre se deduce de la existencia de un régimen sustancialmente diverso respecto de la otra sociedad de capital relevante en el Derecho español, como es la anónima; es más, la vigente LSC ha superado algunas divergencias tradicionales entre una y otra, sin que, con todo, haya desaparecido la singularidad normativa de cada una. Para una aproximación a su vigente régimen jurídico, véase EMBID IRUJO, J.M. (dir.) y FERRANDO VILLALBA, L./MARTÍ MOYA, V. (coord.), *Introducción al Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de Sociedades de capital y legislación complementaria*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

<sup>45</sup> Que convertiría a la propia sociedad limitada, a su vez, en estructura jurídica competitiva respecto de las restantes formas sociales; últimamente, sobre este asunto, HOLLINDERBÄUMER, J., *Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen*, Peter Lang, Frankfurt an Main, 2012. Por otra parte, la competencia entre ordenamientos jurídicos está dejando de ser una tendencia localizada para convertirse en un fenómeno general dentro del panorama jurídico de nuestro tiempo, donde el Derecho se ve como un “producto” o, si se quiere, como una auténtica “mercancía” (*commodity*); al respecto, EIDENMÜLLER, H., “The Transnational Law Market, Regulatory Competition and Transnational Corporations”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18-2º, 2011, pp. 710 y ss.



pañar una regulación sustancialmente equivalente en los Estados miembros si se quiere que la libertad de establecimiento y la movilidad societaria sean para estas empresas algo más que posibilidades teóricas.

En cualquier caso, no debe desconocerse que, frente a las grandes empresas, organizadas como sociedades anónimas abiertas y cotizadas, los pequeños y medianos empresarios no disponen, por regla general, de la información ni del asesoramiento técnico necesario que les permitan beneficiarse de las diferencias de regulación existentes entre los países a los efectos de su instalación en ellos. Por tal motivo, parece un elemento indispensable de seguridad jurídica en un mercado ampliado, como el europeo, la existencia de una identidad sustancial en la regulación de los aspectos básicos de la sociedad de responsabilidad limitada, al menos en todos los países que forman parte de la Unión europea<sup>46</sup>.

### *c) La creación de sociedades de Derecho europeo sin limitación tipológica*

El hecho de que el proceso de armonización societaria se haya concretado en la Unión europea alrededor de la sociedad anónima, con la particular derivación actual hacia la singular figura de la sociedad cotizada, contrasta con lo que caracteriza a la segunda vertiente del Derecho europeo de sociedades, esto es, la creación de tipos societarios propios del ordenamiento de la Unión europea. Con independencia, en este momento, de las dificultades por las que ha atravesado la aprobación de los respectivos reglamentos, y al margen también de su escasa implantación en la realidad empresarial, parece claro que en este ámbito no hay restricciones derivadas de la tipología societaria para la labor del legislador europeo. Al contrario, el conjunto de figuras

---

<sup>46</sup> No se nos oculta la dificultad de afrontar un auténtico proceso de armonización respecto de las normas nacionales sobre la sociedad de responsabilidad limitada en el momento presente; se comprende, por ello, que en los últimos tiempos estén surgiendo propuestas que busque conseguir finalidades similares sin los complejos problemas que acarrea la elaboración de directivas. Así, recientemente, se ha hablado (cfr. MÖSLEIN, F., "Europäische Zertifizierung mitgliedstaatlichen GmbH-Rechts", *ZHR*, 176, 2012, pp. 470 y ss.), como posibilidad alternativa, de otorgar un "sello" o distinción a aquellos ordenamientos que acrediten un tratamiento adecuado de nuestra figura en torno a ciertos tópicos o elementos esenciales, con lo que la Unión europea dejaría de ser, en este importante apartado, una entidad con poder legislativo para convertirse en una mera oficina certificadora de la mayor o menor calidad de la legislación correspondiente a cada Estado miembro. Está por ver, con todo, la viabilidad de esta propuesta, que si, en apariencia, se enfrenta sustancialmente a la continuidad del Derecho europeo de sociedades, desde la vertiente armonizadora, podría, de convertirse en realidad, otorgar a la Unión europea un poder más relevante de lo que a primera vista pudiera parecer; basta con tener en cuenta el papel relevante que, en nuestros días, ocupan algunas entidades internacionales ocupadas con misiones de certificación o de reconocimiento de la calidad, bien sea de productos, bienes, créditos, deudas, etc.

creadas o en proyecto excede, desde luego, al de las sociedades de capital, para incluir entidades asociativas de naturaleza consorcial o cooperativa, extendiéndose, incluso, a personas jurídicas de base institucional, como la llamada "fundación europea", cuyo reglamento, como sabemos, se encuentra en la actualidad en fase de estudio.

Es claro, entonces, que el legislador europeo intenta ofrecer a los agentes económicos, por esta vía, un amplio elenco de posibilidades de organización a escala europea. Con independencia de que se realice este ambicioso proyecto, y al margen, igualmente, de la limitada aceptación que tienen hasta el momento las figuras de Derecho europeo en vigor<sup>47</sup>, es claro el objetivo de abarcar, por la vía de los reglamentos, todo el repertorio institucional de formas jurídicas existentes en la actualidad dentro del Derecho privado. Por lo que se refiere al régimen específico de las sociedades de Derecho europeo, puede decirse, en una visión sumaria del asunto, que, en un principio, cada reglamento aspiraba a ser la norma única y completa de la figura regulada. Las dificultades, bien conocidas, de su proceso de elaboración han conducido, sin embargo, a unos reglamentos de contenido limitado que, sin perjuicio de referirse a la dimensión institucional de la sociedad en cuestión en todos sus aspectos esenciales, dejan numerosas vertientes concretas sin regular. Ha correspondido, entonces, a los Estados miembros, la tarea de completar el régimen jurídico de la sociedad europea que se constituya y establezca su sede en el ámbito territorial de su competencia. Al mismo tiempo, también la autonomía privada disfruta de la posibilidad de adaptar el estatuto de estas figuras a través de la redacción de sus correspondientes estatutos; al fin y al cabo una sociedad de dimensión europea sigue siendo un persona jurídica de Derecho privado, y su regulación por las instituciones de la Unión no puede excluir de un plumazo el principio de libertad contractual.

Sobre la base de estas circunstancias, se comprende inmediatamente la posibilidad de relativizar el significado europeo de las sociedades que ahora nos ocupan. Y ello, sobre todo, en lo que atañe al contenido específico de su régimen jurídico, susceptible de quedar influido, según los Estados miembros, por su propia tradición legislativa o por sus particulares orientaciones de política jurídica al respecto. Del mismo modo, la autorregulación también puede contribuir a desdibujar el perfil pretendidamente unitario de estas figuras, de acuerdo con convicciones o criterios propios y en el marco, como

---

<sup>47</sup> El Plan de Acción de 2012 indica que la Comisión lanzará en el presente año una campaña informativa para fortalecer el conocimiento del estatuto de la sociedad anónima europea a través de una web general, ofreciendo, a la vez, consejos prácticos y documentación sobre dicho estatuto. Del mismo modo, estudiará la forma en que se puedan llevar a cabo acciones similares respecto de la promoción del estatuto de la sociedad cooperativa europea.

es natural, del juego que pueda corresponder a la autonomía de la voluntad. Debe advertirse, con todo, que los Estados miembros, a la hora de elaborar las normas nacionales complementarias del estatuto de las sociedades europeas han moderado la tentación de particularizar en exceso su régimen jurídico y, del mismo modo, la contribución de la libertad contractual no ha ido más allá de lo que cabe considerar prudente. La temida heterogeneidad de tratamiento jurídico, según los Estados miembros, no parece que se haya llegado a producir, quedando, como asignatura pendiente, su efectivo uso en la práctica empresarial del continente.

#### VI. EL FUTURO DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES (A MODO DE CONCLUSIÓN)

El sucinto cuadro que acabamos de exponer puede haber servido, a nuestro juicio, para mostrar los rasgos fundamentales del Derecho europeo de sociedades desde que comenzó su andadura, hace ya, prácticamente, medio siglo, hasta el momento presente. Aunque a lo largo de esta dilatada trayectoria no han faltado los momentos de crisis, cuestionándose por algunos, incluso, la conveniencia de mantener esta vertiente del ordenamiento europeo, no parece dudosa, en la hora presente, su continuidad, si bien no resulta fácil perfilar las características del Derecho europeo de sociedades en el inmediato futuro. Esa reflexión, que aquí sólo puede abordarse en forma sumaria, ha de proyectarse sobre los planos que han constituido el objeto central del presente trabajo. En este sentido, los fines o fundamentos de la disciplina disfrutan de un apreciable nivel de consenso, que se percibe, desde luego, en la actividad cotidiana de las instituciones propias de la Unión europea, pero también, por regla general, en los Estados miembros, así como entre los juristas que siguen atentamente la evolución del Derecho europeo de sociedades. Quizá la virulencia y larga duración de la actual crisis económica hayan contribuido a relajar, al menos en parte, la intensidad de los argumentos que, todavía hace no muchos años, se lanzaban contra su misma existencia, así como contra la naturaleza de las normas, directivas y reglamentos, a través de los cuales se solía expresar.

Ese consenso, no obstante, ve reducido, de inmediato, su alcance efectivo en cuanto se intenta concretar de manera precisa el programa normativo que ha de seguirse en los próximos años para dar continuidad a la trayectoria del Derecho europeo de sociedades. Aunque, como sabemos, los organismos europeos, señaladamente la Comisión, elaboran con regularidad planes sobre el desarrollo de dicha disciplina, no resulta sencillo traducir las propuestas, trabajosamente elaboradas, en realizaciones específicas. Así ha sucedido, sin ir más lejos, con varios de los objetivos que se trazaron como posibles en el

marco del Plan de Acción de 2003<sup>48</sup>. Y quizá termine pasando lo mismo con el Plan difundido por la Comisión, respecto del Derecho europeo de sociedades, el pasado año. En él, como viene sucediendo desde hace años, los aspectos relativos al *Corporate Governance* han pasado a ocupar un espacio central y, con ellos, el predominio de la sociedad cotizada a la hora de concretar la vertiente armonizadora de nuestra materia. Esta restricción tipológica desvirtúa, al menos de manera parcial, la visión clásica del Derecho europeo de sociedades que era, en esencia, un Derecho de la sociedad anónima, de su constitución, organización y funcionamiento, y sólo en medida reducida un Derecho de todas las sociedades de capital. Desde hace años, entonces, está pendiente la manera de considerar a la sociedad de responsabilidad limitada (o figura equivalente en aquellos Estados que no la contemplen en su ordenamiento) en el proceso armonizador, en cuanto que, a través de ella, se da cauce jurídico al amplio sector de las pequeñas y medianas empresas. Las iniciativas llevadas a cabo en este ámbito por la Unión europea, aun siendo valiosas, se han quedado, al menos hasta el momento, en declaraciones sin un contenido jurídico efectivo<sup>49</sup>.

Precisamente, este sector empresarial nos permite conectar, en el marco de estas reflexiones conclusivas, con la otra gran forma de expresión normativa del Derecho europeo de sociedades, como son los reglamentos. La idea de crear una sociedad privada europea, como modo de organización transnacional de las pequeñas y medianas empresas, parece bloqueada en la actualidad, y no es fácil

<sup>48</sup> Basta con mencionar, a tal efecto, las extraordinarias dificultades que circundan la regulación de los grupos de sociedades en la Unión europea y que el citado Plan, sobre la base de algunas propuestas del Informe Winter, pretendía ir superando progresivamente (cfr. EMBID IRUJO, J.M., “Aproximación al Derecho”, cit. nota n. 5, p.13). Por su parte, el Plan de Acción de 2012 se limita a indicar, dentro del tema que nos ocupa, que la Comisión presentará en 2014 una iniciativa para mejorar la información sobre los grupos y reconocer más precisamente el concepto de “interés del grupo”.

<sup>49</sup> Prescindimos de mencionar, por ello, la posibilidad de armonizar el régimen jurídico de otras formas de sociedades, como las cooperativas, aunque no han faltado propuestas y estudios al respecto. Más ardua se presenta, incluso, la idea de integrar otros tipos societarios, como los personalistas, en un hipotético proceso de armonización. A las considerables diferencias existentes entre los Estados miembros, intensificadas, si se quiere, por la larga trayectoria histórica de las figuras integrantes de esta categoría, se une la muy diferente utilidad que muestran, en la práctica empresarial, según nos situemos en un país o en otro. Así, las sociedades personalistas son instituciones relevantes en la realidad de países como Alemania y, en menor medida, Italia, careciendo por completo de importancia en ordenamientos como el español, sin perjuicio de la posible utilidad, en dicho ámbito, de alguna de ellas, como la sociedad colectiva, en funciones de régimen sancionador o supletorio. Con todo, hay una temática de progresiva importancia en este campo, derivada de la frecuencia con que, en los últimos años, y en muy diferentes ordenamientos, nos encontramos con supuestos de “mezcla de tipos”, donde las sociedades de personas, aunque no en estado puro, adquieren un renovado relieve; al respecto, últimamente, SCHAPER, M., “Hybrid Legal Forms at the Gates: The Transition from Combined Legal Forms to Hybrid Corporations and its Consequences for Creditor Protection”, *ECFR*, 10-1, 2013, pp. 75 y ss.

imaginar, al menos a corto plazo, que la situación vaya a modificarse. Más difícil todavía resulta predecir el destino de algunas propuestas de reglamento para la creación de nuevas figuras de Derecho europeo, como son la mutua europea, la asociación europea y, por último, fuera del Derecho de sociedades, en cuanto tal, la fundación europea<sup>50</sup>. La dificultad de llevar adelante estos proyectos, algunos de los cuales cuentan con una respetable antigüedad, no permite ignorar que la vertiente unificadora del Derecho europeo de sociedades tiene límites infranqueables derivados de su propia naturaleza; conseguida, en su caso, la aprobación de los reglamentos pendientes, no habrá ya espacio disponible, en principio, para su ulterior desarrollo. No sucede tal cosa, en cambio, con las directivas, cuya vinculación directa con aspectos concretos de los tipos contemplados en los ordenamientos nacionales, les hace más adaptables a la dinámica societaria y permite una continua labor normativa, sometida, claro está, a las propias circunstancias de esta singular fuente del Derecho europeo.

Con todo, el impulso definitivo para la evolución futura del Derecho de sociedades en la Unión europea se encuentra fuera de su propio contorno institucional, así como del ámbito de la empresa, para cuyo mejor organización, como es bien sabido, se constituyen los diversos tipos societarios. Es, más bien, en la órbita, imprecisa y fluctuante, de la Unión europea, que es tanto como decir de las fuerzas, políticas, sociales y económicas, que en su seno actúan, donde se sitúan las razones y los motivos para dicha evolución. No es posible, ni tan siquiera conveniente, dedicar grandes esfuerzos a predecir la trayectoria inmediata del Derecho europeo de sociedades; sí es necesario reafirmar, sin embargo, su extraordinario relieve en la arquitectura institucional de la Unión europea, en la configuración de un auténtico mercado europeo<sup>51</sup>, así como, por último, en la mejor organización de la actividad de empresa, aspectos todos ellos de máxima importancia para superar el difícil estado actual del continente.

---

<sup>50</sup> Véanse las referencias sintéticas contenidas en HABERSACK, M./VERSE, D., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit. nota n. 4, pp. 87-89. Es llamativo que, hablando de Derecho de sociedades, se piense en elaborar, bajo ese manto institucional, el régimen de una fundación europea; más allá de la paradoja jurídica, es evidente la influencia que el Derecho de sociedades, sobre todo el relativo a las figuras de naturaleza capitalista, está teniendo en la moderna conformación del Derecho de fundaciones; cfr., por muchos, EMBID IRUJO, J.M., "Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)", *ADF*, 2010, p. 26.

<sup>51</sup> Así se reconoce, expresamente, en el Plan de Acción de 2012, COM, 2012, 740/2. El propio Plan reconoce la necesidad de hacer más accesible el Derecho europeo de sociedades a los múltiples interesados en su conocimiento, interpretación y aplicación; en tal sentido indica que en el presente año 2013 la Comisión aspira a presentar una propuesta que reúna y codifique las directivas más importantes en la materia, entre las que se cuentan las relativas a la constitución y modificaciones estatutarias de la sociedad anónima, las dedicadas a las modificaciones estructurales, la que se ocupa de la sociedad limitada unipersonal, todas ellas mencionadas en el presente trabajo (véase *supra* nota 38, en particular).