

UBI SOCIETAS EUROPAEA
SOBRE EL DOMICILIO SOCIAL Y LEGISLACIÓN(ES)
APLICABLE(S) A LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE)

MIGUEL A. AMORES CONRADI*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. GENERALIDADES SOBRE LA *SOCIETAS EUROPAEA*. III. LA REGLAS SOBRE DOMICILIO SOCIAL Y LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE EN EL RESE. 1. La regla general: el domicilio de la SE. 2. El ordenamiento del Estado de domicilio de la SE. 3. La llamada a otros ordenamientos. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA SE EN EL MARCO DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Pocos, si alguno, de los problemas actuales del Derecho privado internacional, ha suscitado una más viva polémica en la doctrina española que el de la ley aplicable a las sociedades mercantiles¹, y ello, esencialmente, como con-

* Catedrático de Derecho Internacional privado, Universidad de Cádiz (en comisión de servicios en la UAM). El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PB-98-0591, del Ministerio de Ciencia y Tecnología

¹ Entre nosotros, de una parte, SANCHO VILLA, "La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del TJCE en la Sentencia Centros Ltd.", *La Ley-UE*, 30-11-1999, pp. 1-8; *id.*, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, 2001, pp. 171 ss.; *id.*, "La teoría de la sede y el Derecho comunitario: a propósito de la Sentencia Centros", *REEI*, 2001; SANCHEZ LORENZO, "El Derecho Europeo de sociedades y la Sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario", *AEDIPr*, 2000, pp. 115-157; *id.*, "El derecho de establecimiento secundario de la sociedades ficticias en el ámbito comunitario", en *Libro homenaje al Prof. Sánchez Calero*, Madrid, 2002, pp. 451-480; de la otra, GARCIMARTIN, "La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999", *RDM*, 1999, pp. 645-686; *id.*, "La Sentencia "Centros" del TJCE: una visión a través de los comentarios", *REEI*, 2000; *id.*, "La Sentencia "Centros": el *status quaestionis* un año después", *Noticias UE*, 2001, pp. 79 ss.; *id.*,

secuencia de sendas decisiones del TJCE² que han convulsionado, sobre todo en Alemania³, el modo tradicional de encarar este problema así como el, quizás impropia- mente denominado, del *reconocimiento* de las sociedades constituidas en un país extranje- ro. La paralela aprobación del *Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octu- bre de de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*⁴,

“La Sentencia del TJCE “Überseering”: se podrá decir más alto, pero no más claro”, pendiente de publicación en la *RDM*, del que dispongo por cortesía del autor; del mismo, puede consultarse con especial provecho *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, 2002, *passim*. La simple lectura de los títulos de estos trabajos es suficientemente indicativa, así lo creo, del posicionamiento de unos y otro autor. Una exposición, por así decir, “neutral” en FERNANDEZ ROZAS, “Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *lex societatis*”, en *Libro homenaje al Prof. Sánchez Calero*, pp. 197-214; CALVO CARAVACA-CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho Europeo de sociedades”, en S. CÁMARA (Ed.), *Derecho Privado Europeo*, Valladolid, 2003, pp. 283-329.

² SSTJCE de 9 de marzo de 1999 (Asunto C-212/97), *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (“Centros”); y de 5 de noviembre de 2002 (Asunto 208/00) *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GMBH (NCC)* (“Überseering”), Un asunto muy similar, en cuanto a su significación para el ámbito de problemas que ambas Sentencias encaran, queda pendiente de decisión por el TJCE: C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. de rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap naar Engels recht Inspire Art Ltd.* (“Inspire Art”). Las conclusiones del Abogado General S. Alber (30-01-03) hacen pensar que el sentido de la decisión será muy similar al de las dos anteriormente citadas. En pruebas este trabajo, ha sido dictada Sentencia, en el sentido esperado de feha 30-9-03; quede su comentario para otra ocasión.

³ La bibliografía sobre la Sentencia “Centros” en la RFA es tan abrumadora –y tan abundantemente tratada y citada en los comentarios españoles, nota 1– como para que excusemos su cita por extenso. Sí conviene tener en cuenta –por su carácter comprensivo de las reacciones suscitadas– v. HALEN, *Das Gesellschaftsstatut nach der Centros- Entscheidung des EuGH*, Heidelberg, 2001, *passim*. Por lo que respecta a la –mucho más reciente– Sentencia “Überseering”, pueden ser demostrativos los trabajos de LEIBLE-HOFFMANN, “Überseering” und das (vermeintliche) Ende des Sitztheorie”, *RIW*, 2002, pp. 925 ss.; EIDENMÜLLER, “Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa”, *ZIP*, 2002, pp. 2233 ss.; EBKE, “Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!”, *BB*, 2003, I (Editorial); LUTTER, “Überseering” und die Folgen”, *BB*, 2003, pp. 7 ss.; ROTH, “Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering”, *IPRax.*, pp. 117 ss.; *id.*, “From “Centros” to “Überseering”: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law”, *ICLQ*, 2003, pp. 177 ss.; y ZIMMER, “Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering- Urteil des EuGH”, *BB*, 2003, pp. 1ss.; entre nosotros, GARCIMARTÍN, “La Sentencia...”, cit. en nota 1, y SÁNCHEZ LORENZO, *REDI*, 2002-26-Pr., que aclara notablemente su postura sobre ambas sentencias. En pruebas de este trabajo, ha sido dictada Sentencia, en el sentido esperado, de fecha 30-9-03; queda su comentario para otra ocasión.

⁴ DOCE, n° L 294, de 10 de noviembre de 2001, pp.1-21, citado en adelante como RESE. Téngase en cuenta que según su art 70 la entrada en vigor se dilatará hasta el 8 de octubre de 2004. Como es de sobra conocido, el RESE va acompañado de la Directiva 2001/ 86/CE, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en

puede, en esta perspectiva, arrojar alguna luz sobre la mencionada polémica y es, en todo caso, el objeto del presente trabajo.

2. Nada más lejos, sin embargo, de mi intención que pretender terciar en un debate que, por otra parte, insisto en el mucho más general entre los modelos *contractual e institucional*⁵ de entender y aplicar el Derecho de las sociedades mercantiles, se perfila específicamente en el ámbito internacional como auténtica *quaestio famosa*⁶: la de determinar si la *lex societatis* debe designarse a través de una conexión objetiva (modelo de la sede real o *Sitztheorie*), o, por el contrario, debe atender a la voluntad de los socios (modelo de la incorporación/constitución). Pocos más incapacitados que yo para decir algo de provecho sobre ambos extremos, ni siquiera sobre el segundo, más propio de mi especialidad académica⁷, pero la pluralidad de normas relativas al domicilio social y ley o leyes aplicables a los distintos extremos y supuestos de constitución de la SE, aporta algunos datos de interés sobre el estado normativo actual de dicha polémica, en particular desde la perspectiva comunitaria que tan recientes y trascendentes novedades parece venir arrojando. Nuestro recorrido, pues, más narrativo que otra cosa, sin pretender extendernos sobre la relativa

lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*ibid.*), a la cual –dada su especificidad– sólo haremos referencias muy de pasada.

⁵ No se nos pasa por la cabeza traer aquí a colación la ingente bibliografía sobre uno y otro modo de “entender y hacer” el Derecho de sociedades –parafraseando el brillante ensayo de PAZ-ARES, “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (A propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid, 1997, pp. 162 ss.–. Desde la perspectiva propia del DIPr. y entre nosotros, los trabajos de GARCIMARTÍN (*Derecho de sociedades ...*, espec. pp. 78-90) y SANCHO VILLA (*La transferencia...*, pp. 59 ss.) pueden considerarse como paradigmáticos de uno y otro modelo. En el ámbito del Derecho procesal civil internacional merece también ser citada CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pp. 29 ss.

⁶ En términos de Grossfeld, STAUDINGER-GROSSFELD, *IntGesR*, nº marg. 18.

⁷ Por más que –hace ya casi un cuarto de siglo– tuve el privilegio de asistir a las densas y precisas lecciones de D. Aurelio Menéndez en los dos cursos de Derecho Mercantil del antiguo plan de estudios, aquéllas, desafortunadamente, no consiguieron desasnar al firmante en este ámbito de cuestiones, para las que siempre me he sentido tan inútil como escasamente aficionado –no sin relación de causalidad entre una y otra circunstancias–. No obstante, dedicado el presente número de la Revista en modesto homenaje a D. Aurelio, me ha parecido oportuno acercarme a un universo jurídico próximo al Maestro, mejor que fatigar al lector a propósito de temas que sólo interesan –si acaso– al autor. Como se verá, en realidad, el presente trabajo apenas constituye más que una suerte de recensión de los múltiples y sobresalientes que Francisco J. Garcimartín va dando progresivamente a la luz. A él debo la casi totalidad de mis conocimientos en el tema –y en tantos otros–, aunque no tanto como para que le sea imputable mi torpeza.

bondad o conveniencia de cualquiera de las posibles aproximaciones al problema⁸.

II. GENERALIDADES SOBRE LA *SOCIETAS EUROPAEA*

3. Unas palabras previas parecen todavía necesarias para introducir al lector en el sentido de lo que la nueva SE viene a significar en el Derecho de sociedades internacional⁹, aunque sólo sea por la relativa extrañeza de esta figura. Con ella, en efecto, parece que nos encontremos ante un producto híbrido de Derecho nacional-Derecho comunitario en el que éste no pretende contener una regulación exhaustiva y autónoma de un nuevo y diferente tipo social, sino en el que la reglamentación de fuente europea se “complementa” con frecuentes invocaciones expresas a diversas legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión¹⁰. Más allá, desde luego, de lo que supondría la mera *armonización negativa* de los Derechos de sociedades de los diversos Estados de la Unión, el RESE no llega a suponer una auténtica *armonización positiva* de los mismos¹¹, desde el momento en que —contrastando, por ejemplo, con la

⁸. Justo la perspectiva contraria es la sostenida por Francisco J GARCIMARTIN en su excelente *Derecho de sociedades ...*, *passim*.

⁹. La expresión, nada frecuente en la terminología española, no es sino exacta traducción de la denominación alemana para los problemas relativos a la actividad internacional de las sociedades (*Internationales Gesellschaftsrecht*) o, si se prefiere este modo de expresar las cosas, a las relaciones jurídicamente heterogéneas relativas a las sociedades (sobre ello, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades...*; ARENAS GARCÍA, “La función del Registro Mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, *AEDIPr*, t.II, p. 47, nota 1). Si utilizo esta expresión con preferencia a la más habitual de “Derecho internacional de sociedades” es, simplemente, porque lo tratado bajo esta denominación no es, en modo alguno, un Derecho Internacional que trata de las sociedades —total o prácticamente inexistente, por otra parte, salvo que incluyamos aquí el de fuente comunitaria— sino de las normas del Derecho de Sociedades relativas a su actividad trans- o internacional. Exactamente por los mismos motivos, siempre he preferido la expresión “Derecho privado internacional” a la —académica y legalmente consagrada— de “Derecho internacional privado”.

¹⁰. Entre nosotros, ESTEBAN VELASCO, “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, *RdS*, 2001-1, p. 145; GARCIMARTIN ALFEREZ, “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *GJ*, 217 (2002), p. 9.

¹¹. El sentido de ambas expresiones, en el ámbito del Derecho privado de los Estados miembros, lo explica bien ALFARO AGUILA-REAL: “La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: perspectiva”, en S. CÁMARA (Ed.), *Derecho Privado Europeo*, Valladolid, 2003, pp.107-127, *passim*; con sentido sustancialmente idéntico, S. SÁNCHEZ LORENZO en su excelente *Derecho Privado Europeo*, Granada, 2002, prefiere la expresión *integración* positiva y negativa. La idea de armonización negativa se vincula al impacto en el Derecho privado de los Estados miembros de las cuatro libertades fundamentales de la anti-gua Comunidad (libre circulación de personas (y de establecimiento), mercancías, servicios

reglamentación comunitaria de ciertos títulos de propiedad industrial¹²— las in-

y capitales), entendidas como límites a los ordenamientos nacionales. La armonización o integración positiva pretende establecer una regulación efectivamente uniforme—centralizada— de un determinado sector del ordenamiento jurídico-privado. En puridad, a todo ello responden igualmente las sucesivas Directivas y demás instrumentos de Derecho derivado relativos a diversos extremos del Derecho de sociedades que resultan, así, *positivamente armonizados*. Como es de sobra conocido, esta armonización ha producido numerosos frutos en el ámbito de las sociedades de capital—en particular respecto a la anónima— en lo que se refiere la *constitución, publicidad, poderes de los administradores y capital social* (Primera y Segunda Directivas: 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968 y 77/91/CEE de 13 de diciembre de 1977; la primera, según nuestras noticias, está a punto de ser modificada, por una nueva Directiva—todavía sin numerar— de 2003 sobre la que ya se han pronunciado el Comité Económico y Social y el Parlamento (12-03-03): en realidad, se trata más que nada de una adaptación de la Primera Directiva a las modificaciones ya introducidas en la Cuarta y Séptima en materia de cuentas anuales y consolidadas, así como a las específicas relativas a entidades financieras y de seguros); *modificaciones estructurales* (Tercera y Sexta Directivas: 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, y 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982); *aspectos contables* (Cuarta, Séptima y Octava: 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978; 83/349/CEE, de 13 de junio de 1983; y 84/253/CEE, de 10 de abril de 1984); *sucursales* (Undécima: 89/666/CEE, de 21 de diciembre de 1989); y *sociedades unipersonales de responsabilidad limitada* (Duodécima: 89/667/CEE, de 21 de diciembre de 1989). Como también resulta de sobra conocido por los especialistas, tal armonización ha fracasado en lo relativo a *órganos sociales* (Propuesta de Quinta Directiva, último texto en 1991), *grupos de sociedades* (Propuesta de Novena Directiva, de 1984), *fusiones transfronterizas y traslado de sede social al extranjero* (respectivamente Propuestas de Décima y Décimocuarta Directivas, de 1985 y 1997), lo que, en estos últimos extremos, no deja de ser tremendamente significativo desde el momento en que el RESE se ocupa con detalle de ambos. Respecto a los proyectos normativos actualmente contemplados resulta extremadamente útil la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo*, “Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward”, del que lamentablemente no dispongo en lengua española: peor lo tendrá quien intente obtenerlo en la página web de la Comisión donde, el 30-06-03, tan sólo aparece en holandés.

¹² En efecto, la reglamentación comunitaria—aún inacabada: el Reglamento de patentes, destinado a sustituir el Acuerdo de Luxemburgo de 1989, supuestamente ya aprobado por el Consejo, no ha sido objeto de publicación alguna en el momento en que se pone punto final a este trabajo, 30-06-03— en estas materias contiene una reglamentación *uniforme y completa* de derechos de propiedad cuyo referente territorial no es ya estatal—como ocurre con los derechos nacionales de propiedad industrial— sino europeo: así Reglamento (CE) 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DOCE, nº L-11, de 14 de enero de 1994), y que coexiste con su paralelo de alcance estatal (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en su última versión, a su vez acomodada a las sucesivas Directivas de armonización en esta materia); bien es cierto que, pese a su vocación de completud, la referencia al Derecho nacional resulta obligada en algunos extremos (p.ej. art. 16 Regl. Marca). En general, sobre el alcance y sentido de esta reglamentación MASSAGUER, *Los derechos de propiedad industrial e intelectual ante el Derecho comunitario: libre circulación de las mercancías y derecho de la competencia*, Madrid, 1995, espec. pp. 22 ss.; un entendimiento por completo distinto, en DESANTES, “La patente comunitaria y la crisis del principio de territorialidad”, *REDI*, 1991, pp. 323 ss., cuyo título describe bien su contenido.

vocaciones al Derecho de los Estados miembros son más la regla que la excepción, hasta el punto de que, como se ha afirmado con razón¹³, no es posible —en puridad— hablar de una SE sino de tantas SS EE como países son o están llamados a ser en inmediato miembros de la Unión. Sobre todo ello nos extendemos más adelante.

4. En realidad, la regla general sobre fuentes de reglamentación contenida en el art. 9 RESE¹⁴, es lo suficientemente compleja como para que merezca alguna aclaración, pues en ella, además, está la clave para que el presente trabajo tenga algún sentido.

Ésta debe partir —dejando de lado la significativa restricción de la autonomía de la voluntad de los socios a los extremos expresamente admitidos en el RESE, como se deriva del apartado 1 b), y no es poco dejar—, de la existencia de dos ámbitos materiales distintos: uno directamente regulado en el RESE (apartado 1a))¹⁵ y otro no contemplado o sólo par-

¹³ Así FERNANDEZ DE CORDOVA CLAROS, “El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *La Ley*, 2-01-02, p. 2: “... la competencia reconocida al legislador nacional para la regulación de extremos irresueltos en el Reglamento y en los estatutos (...) y la aplicabilidad directa, siquiera sea de penúltimo grado, de las respectivas leyes nacionales de anónimas (art. 9.1 RESE) son las causas que permitirán seguir hablando de quince tipos genuinamente patrios y de otros tantos tipos, menos patrios por más uniformes, de sociedades por acciones.”; GARCIMARTIN, “El reglamento ...”, p.11; HOMMELHOFF, “Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft”, *AG*, 2001, p. 285; de distinta opinión BLANQUET, “Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea* “SE”)", *ZGR*, 2002, pp. 45 ss.

¹⁴ “1. Las SE se registrarán: a) por lo dispuesto en el presente Reglamento; b) cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los Estatutos de la SE; o c) respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento, o si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento: i) por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE; ii) por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social; iii) por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social. 2. Las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las SE deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las Sociedades Anónimas a que se refiere el Anexo I —en España, la SA—. 3. Si el carácter de la actividad que desarrolle una SE estuviere regulado por disposiciones específicas de leyes nacionales, dichas leyes serán plenamente aplicables a la SE.” (énfasis del autor).

¹⁵ Como quien no quiere la cosa, la existencia de una “materia regulada” en el propio RESE y otra diferida a la legislación de los Estados, plantea a su vez no pocos problemas de delimitación.

cialmente regulado en el mismo (apartado 1c)), en el cual se reserva un papel estelar a la regulación propia de los Estados miembros, aunque también debe tenerse en cuenta la existencia –dentro del ordenamiento propio de los Estados miembros– de disposiciones que se prevén de mero desarrollo de la legislación comunitaria referente a la propia SE (apartado 1c) i)).

Pues bien, la relevancia de esta distinción estriba en que el primer sector es auténtico *Derecho societario uniforme*¹⁶, verdaderamente común para los Estados miembros, y que en esta misma medida precisa de una *interpretación y aplicación uniformes*: es Derecho comunitario, y como tal también sometido a la garantía institucional de la competencia interpretativa uniforme del TJCE, en última instancia. Por el contrario, las materias no reguladas o los extremos “no cubiertos” por el RESE, se rigen por disposiciones nacionales, a las cuales –aunque sometidas al imperativo de no frustrar los fines explícitos del RESE¹⁷– se efectúa tanto la remisión general del art. 9 1 c) como una amplia serie de remisiones específicas¹⁸ de muy variado alcance –que a veces también se

Para no complicarnos demasiado puede no ser inconsistente advertir –con BRANDT-SCHEIFELE, “Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht.”, *DstR*, 2002, p. 550, con ulteriores referencias– de que en cuanto a la “materia regulada” el canon hermenéutico no puede ser otro que el autónomo-comunitario: la cuestión, como se comprenderá, es todo menos inocente: el ámbito de la posible autointegración, de las numerosas lagunas del RESE, con seguridad dependerá, entre otros factores, de lo que pueda o no considerarse como “materia regulada”.

¹⁶ GARCIMARTIN, “El Reglamento...”, pp. 12-13.

¹⁷ No debe olvidarse que la licitud de estas disposiciones –en cuanto reguladoras de una SE– no deriva de la propia legitimidad de los Derechos nacionales, sino del art. 9 RESE. La cuestión, para los adictos al Derecho procesal civil internacional, es muy similar a la delimitada por las reglas de competencia judicial internacional del RB (=Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L012, de 16 de enero de 2001): dentro de su ámbito material y temporal de aplicación, los tribunales de los Estados miembros *siempre* aplican el RB para afirmar su competencia o incompetencia internacional: también cuando –por imperativo del art. 4. 1, p.ej.: demandado no domiciliado en Estado miembro– la cuestión se difiere a las reglas autónomas de cada país (en nuestro caso, art. 22 LOPJ).

¹⁸ P.ej.: art. 15 1: “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la *constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en el que la SE fije su domicilio social*”; art. 24 1: “*El ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté registrada cada una de las sociedades que se fusionen se aplicará (...)*”; los ejemplos son múltiples, y a ellos haremos cumplida referencia en el cuerpo del presente trabajo.

refieren a disposiciones comunitarias¹⁹-, pero que siguen siendo ciertamente reglas de Derecho nacional²⁰.

Precisamente por ello, preguntarnos por el “ordenamiento (nacional-estatal) aplicable” a las SS EE no es una pregunta carente de sentido. Si el RESE cumpliera del todo su función, si como ocurría en los proyectos previos al mismo²¹, en él se contuviera el régimen jurídico completo de un tipo societario nuevo y específico, tal pregunta no tendría más que una respuesta posible: el ordenamiento aplicable a la SE no es sino el ordenamiento comunitario. Nada hubiera hecho más feliz al autor de estas páginas –y algo a sus eventuales lectores–; desafortunadamente, las cosas han resultado algo más complejas.

5. La incompletud de la reglamentación del RESE puede ayudar a explicar –como se verá, es una forma harto imperfecta de hablar–, a su vez, una norma tan aparentemente fuera de sentido como su art. 10²². En él, en principio, lo que se previene son eventuales discriminaciones injustificadas de la SE en cuanto a su desarrollo normativo en el Estado de su domicilio²³, pero también una regla de reconocimiento: los destinatarios de la norma no son sólo los Estados del domicilio de la SE, sino también el resto de los miembros de la Co-

¹⁹ P.ej.: Arts. 17 2 a), 22, 31, 32.4 y 37.6, entre otros, respecto a la Tercera Directiva 28/855/CEE, sobre fusiones (no transfronterizas); es lógico que tales remisiones sean especialmente intensas en lo que se refiere a la Directiva 2001/86/CE.

²⁰ Puede estimarse, al menos en principio –sobre ello volveremos–, que tales remisiones deben ser entendidas en sentido material, esto es, a las disposiciones materiales del Derecho nacional con exclusión de sus reglas sobre ley aplicable (Dipr.): SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2000, n° marg. 940, con ulteriores referencias; BRANDT-SCHEIFELE, “Die Europäische...”, p. 549: de otra forma, la remisión podría llevar a consecuencias imprevisibles e incluso a una (no buscada) remisión a ordenamientos materiales de países no comunitarios.

²¹ Sobre los precedentes del RESE, por todos, HEINZE, “Die Europäische Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 2002, pp. 67-77; entre nosotros, ESTEBAN VELASCO, “El compromiso de Niza...”, pp. 143 ss.; GARCIMARTÍN, “El Reglamento...”, pp. 9-11; QUIJANO GONZÁLEZ, “La Sociedad Anónima Europea”, *Libro homenaje al Prof. Sánchez Calero*, pp. 4287-4297; LARGO GIL, “La constitución de la Sociedad Anónima europea (SE). Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades”, *RdS*, 2003, pp. 106 ss..

²² “Sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social.”

²³ En este sentido GARCIMARTÍN, “El Reglamento...”, p. 14. En realidad la equiparación SE=SA del Estado de su domicilio social aparece, junto a la cláusula general del art. 10, en otros muchos preceptos específicos: Arts. 3 (a efectos de poder participar en la constitución de una SE), 5 (disposiciones sobre capital social), 39. 1 y 2 (órganos en el sistema dualista), 43. 1 y 4 (órganos en el sistema monista), 50.3 (*quorum* para toma de decisiones), etc., pero muy especialmente en la regulación de la Junta General (arts. 52 a 59) y de las cuentas anuales y consolidadas (arts. 60-62).

munidad²⁴. Si no fuera así, resultaría inadmisibles cualquier reglamentación de la SA nacional más laxa –o simplemente diferente– que la recogida en el propio RESE (y recuérdese, por llamar la atención sobre un dato clave, que el art. 9 1 b) –en cuanto a las materias reguladas– sólo admite la validez de las disposiciones estatutarias (=voluntariamente asumidas) cuando expresamente las autorice el propio RESE). Así las cosas, otro de los sentidos posibles de la regla –junto al que se dirige al propio Estado de domicilio de la SE– es el de garantizar que ningún Estado (distinto a aquél) puede afirmar que un determinado desarrollo normativo del RESE por otro ordenamiento, es de tal naturaleza que la SE constituida conforme a éste otro ordenamiento no merece siquiera el tratamiento dado a SS AA –nacionales– constituidas conforme a él.

6. Pero más allá de la relativa extrañeza intrínseca de la figura, conviene asimismo precisar que su función en el marco más general del Derecho de sociedades internacional resulta más bien secundario, o al menos meramente complementario²⁵, conclusión, por cierto, que para cualquiera que llegue a leer estas páginas resultará altamente consoladora. Sin necesidad de colocarnos en una perspectiva global, limitándonos al ámbito comunitario de la actividad transnacional de las sociedades, las reglas nacionales sobre ley aplicable a las sociedades y demás personas jurídicas se supone que cumplirían exactamente la misma o muy parecida función a la que pretende la nueva figura establecida en el RESE, esto es, posibilitar la actividad transnacional de las entidades que operan en el tráfico jurídico-económico en todos sus extremos: reconociendo su existencia y capacidad para actuar en el tráfico; admitiendo la posibilidad de que ese actuar trans-

²⁴. Puesto a encontrar alguna referencia a este precepto en los considerandos que preceden al texto normativo, ésta parece encontrarse en su nº 5: “Los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las Sociedades Europeas en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una Sociedad Europea con respecto a las sociedades anónimas ni limitaciones desproporcionadas a la constitución de una Sociedad Europea o al cambio de su domicilio”: teniendo en cuenta que precisamente la materia relativa a la constitución (arts. 15 a 37 RESE: todo su título II) y al traslado de domicilio (art. 8) son de las más detalladamente reguladas en el Reglamento, se hace difícil pensar qué normativa propia del Estado donde la SE tiene su domicilio social puede depararle ningún tipo de discriminación con respecto a las SS AA constituidas con arreglo a ese ordenamiento, sin contravenir las propias reglas del RESE –con lo que el art. 10 devendría del todo inútil. A mayor abundamiento, recuérdese que el art. 15 RESE determina que la *constitución* de la SE se rige por las reglas aplicables a las SS AA del Estado de su domicilio, salvo en lo expresamente regulado por el Reglamento: si las normas son las mismas ¿cómo podría discriminar a la SE el Estado de su domicilio? ¿Por directa aplicación del propio Reglamento?

²⁵. En este sentido, GARCIMARTIN, “El Reglamento...”, cit., pp. 7-8, a quien seguimos en este punto.

nacional se realice tanto de modo ocasional como permanente (a través de establecimientos secundarios); permitiendo la movilidad transnacional de los sujetos del tráfico jurídico-internacional; aceptando que las diversas operaciones de reestructuración societaria puedan llevarse a cabo tanto en el mercado nacional como en el internacional, etc.. En suma, la actividad transfronteriza de las sociedades y demás personas jurídicas no precisa, en principio, de que un legislador transnacional –aun limitado geográficamente como el europeo– establezca un tipo específico de entidad destinado justamente a actuar en el ámbito transnacional a que se extiende su competencia. Es más bien función de las normas sobre ley aplicable a las sociedades mercantiles, reconocimiento de su personalidad y capacidad así como de sus establecimientos secundarios, sobre transferencia internacional de sede social, sobre fusión internacional de sociedades, etc., permitir estos mismos objetivos, y a ello se dirigen, en nuestro Derecho, los arts., 9.11 Cc, 15 Ccom, 5 LSA, 6 LSRL, etc.. Dicho de otro modo: si lo que se pretende es posibilitar la actividad transnacional de las sociedades en el ámbito del mercado único, tal finalidad es alcanzable tanto por medios exclusivamente *conflictuales* y, al menos actualmente, *nacionales* como por medios *materiales* (armonización, incluso uniformización, del Derecho material rector de dichas entidades). La diferencia estriba, esencialmente, en que la primera resulta notablemente más simple en la medida en que apenas implicará más que el respeto por las reglas nacionales-conflictuales de las libertades esenciales que configuran el mercado (nos movemos, por tanto, en el ámbito de la *armonización negativa*), mientras que la segunda –a la que parece responder el RESE– exige un esfuerzo normativo sensiblemente más intenso, por no hablar del obligado respeto a los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, tan reforzados en el anteproyecto de Constitución de la Unión que en estas fechas conocemos²⁶.

²⁶ Así, en el anteproyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea y hecho público el pasado día 12 de junio, Art. I-9 3 y 4 se afirma que “(e)n virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva –definida en el art. I-12 para materias que nada tienen que ver con el Derecho de sociedades, la libertad de establecimiento o el mercado único– la Unión sólo intervendrá en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (...)”; “(e)n virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Comisión.”. A ellos se dedica además un Protocolo Anejo en el que se detallan las instancias procedimentales encargadas de garantizarlos.

Sobre estas cuestiones, y otras similares, resultan de interés HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Munich, 1999, núms. marg. 9-74; STEINDORFF, “Mehr staatliche Identität, Bürgernähe und Subsidiarität in Europa”, *ZHR*, 1999, 395 ss.; DECKERT, “Zu Harmonisierungsbedarf und Harmonisierungsgrenzen im Europäischen Gesellschaftsrecht”, *RabelsZ*, 2000, 479 ss..

7. En todo caso, esta pluralidad de vías para alcanzar el objetivo común de permitir la actividad transfronteriza de los sujetos del mercado arroja una consecuencia añadida: salvo que se pretenda que sólo las entidades constituidas conforme al RESE pueden actuar en el mercado europeo²⁷, la SE sólo puede comprenderse como una *opción* de la que los intervinientes en el tráfico pueden disponer –si es que con ello pueden actuar más eficientemente en el mercado europeo, lo que no deja de ser un cálculo arriesgado–, nunca como una exigencia para poder actuar en ese mercado. La vía nacional-conflictual debe seguir siendo otra opción²⁸.

8. Una última precisión parece necesaria, en la medida en que el art. 2 RESE limita la posibilidad de constituir SS EE a situaciones *objetivamente internacionales* y, además, *intracomunitarias*. En efecto, las cuatro modalidades posibles de constitución de una SE²⁹, aparecen condicionadas, en primer lugar,

²⁷. Siendo tal cosa posible en el orden lógico –de hecho las sucesivas Directivas en materia societaria no producen un efecto muy distinto: ¿otra clave de su pérdida de atractivo como instrumento regulador?– a nadie escapará el completo desastre que se produciría: sólo imaginar los costes de una (forzosa) transformación de la totalidad de las SS AA en SS EE –si es que pretenden ejercer algún tipo de actividad más allá de las fronteras de su Estado de constitución– demuestra el completo absurdo de una tentativa de este porte; y ello sin referirnos a la completa carencia de base competencial alguna de la Unión para imponer semejante estulticia. Baste quizás recordar que en los EE.UU. de Norteamérica la existencia de las *Federal Companies* –altamente minoritarias, por otra parte– nunca ha sido tomada como excusa para pretender que sólo ellas están legitimadas para intervenir en el comercio inter-estatal.

²⁸. ESTEBAN VELASCO, “El compromiso...”, p. 146; GARCIMARTIN, “El Reglamento...”, p. 9. Problema distinto es el de si la existencia del RESE convierte en inútiles las hasta ahora abortadas Décima y Décimocuarta Directivas sobre fusión transfronteriza y traslado de sede social: una respuesta negativa, GARCIMARTIN, *ibid*, que también cita a MENJUCQ; LUTTER, “Überseering” und die Folgen”, p. 10. Limitar, p.ej., la viabilidad de una transferencia de sede social a las SS EE carece de ningún sentido, en particular desde el momento en que la constitución de una SE sólo es posible a partir de una previa “internacionalidad objetiva” –e intracomunitaria– (art. 2: ver texto, nº 8): ¿o es que se pretende evitar la fuga del Derecho alemán, por poner un caso? En el mismo sentido el *Informe Winter* (=Grupo de expertos de alto nivel en Derecho de sociedades: 4-11-02) recoge como primera prioridad en materia de reestructuración y movilidad de las sociedades, justamente, la aprobación revisada de las Décima y Décimocuarta Directivas, promoviendo además la aplicación analógica del RESE para algunos de sus principales problemas (estructura de los órganos de gobierno y participación de los trabajadores): pp. 101 ss.; tal propuesta parece aceptada en la *Comunicación de la Comisión al Consejo...*, p. 20, en el que se compromete a redactar en breve plazo nuevas propuestas de directivas sobre fusión internacional y traslado de sede.

²⁹. Las posibilidades son las siguientes: 1ª) Fusión (sea por absorción, en cuyo caso la SA absorbente se transforma en SE, o fusión con creación de una nueva sociedad, la SE), arts. 17

a la existencia, por lo menos de un mínimo objetivo de *internacionalidad* en la situación que precede a la constitución de la SE, aunque sólo sea por poseer una sucursal en Estado distinto al que rige las entidades fundadoras³⁰. Pero además, todas las entidades intervinientes en la constitución de una SE deberán estar constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro³¹ y con domicilio social³² y administración central también en un Estado miembro, aunque el núm. 5 del definitivo art. 2 admite una excepción³³.

a 31; 2^a) Creación por varias sociedades de una SE *holding*, en la que también pueden participar las SSRL, arts. 32-34; 3^a) Constitución de una SE filial común, en la que pueden participar cualesquiera entidades suscribiendo acciones, arts. 35-36; y 4^a) Transformación de una SA en SE, art. 37. A estos efectos, art. 3.1, una SE –y también en términos más generales, art. 10– se equipara a una SA del Estado miembro en el que tenga su domicilio social. Curiosamente, esto da lugar a una quinta posibilidad de constitución de una SE: la de una SE filial por una sólo SE (HOMMELHOFF, “Einige Bemerkungen ...”, p. 280; SCHWARZ, “Zum Statut ...”, pp. 1851 ss.; VELASCO SAN PEDRO-SANCHEZ FELIPE, “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El Estado de la cuestión después de la SE”, *RdS*, 2002, p. 35.).

³⁰. En rigor, la exigencia de objetiva internacionalidad se muestra más exigente en la constitución de una SE por fusión (se exige que las SS AA a fusionar, al menos dos de ellas, “estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes”: Art. 2.1), algo menos en la transformación de una SA en SE (basta con que “haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante al menos dos años”: art. 2.4), y más bien poco en las otras dos hipótesis (junto a las dos circunstancias que acabamos de mencionar, bastará que al menos dos de las entidades fundadoras posean una sucursal, durante dos años, en otro Estado miembro: art. 2. 3 y 4). Puede que esta exigencia encuentre su fundamento en el *principio de subsidiariedad*, o que con ello se proteja a las formas societarias nacionales de la competencia (¿acaso desleal?) del tipo societario SE –algo que, no hay que temerlo, está muy lejos de la realidad–, pero la regulación no puede menos que causar perplejidad (TROJAN-LIMMER, “Die Geändert Vorschläge über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)”, *RIW*, 1991, p. 1013, aunque referido al Proyecto de 1991; HOMMELHOFF, “Einige Bemerkungen...”, p.281; GARCIMARTIN, “El Reglamento ...”, 21-22): baste pensar en la extrema facilidad de manipular fraudulentamente las reglas mediante sucursales o filiales no operativas, o en la absurda consecuencia de que dos SS AA españolas no puedan constituir una SE “italiana” (=domiciliada en Italia), pero una española y otra francesa sí.

³¹. Salvo la constitución de una SE filial, deberán ser SS AA –o sus equivalentes, recogidas en el Anexo I– o SSRL –con sus equivalentes recogidos en el Anexo II–, aunque esto último sólo para la hipótesis de constitución de una SE *holding*. Con toda razón se ha observado que la “discriminación” entre SS AA y SSRL a la hora de poder participar en la constitución de una SE carece de justificación razonable (HOMMELHOFF, “Einige Bemerkungen ...”, p. 280; GARCIMARTIN, “El Reglamento ...”, p. 20); baste observar que SSRL de un ordenamiento pueden ser perfectamente equivalentes a SS AA de otros ordenamientos: TROJAN-LIMMER, “Die Geändert ...”, p. 1013.

³². Tratándose del domicilio social de las entidades participantes en la constitución de la SE, que no de la SE misma, parece claro –aunque sobre esto habremos de volver más adelante–,

La perfecta ridiculez, a nuestro juicio, de todas estas condiciones se demuestra con el simple dato de que las mismas se requieren tan sólo para el momento fundacional, por lo que cualquier persona física, cualquier equivalente a nuestra SA absolutamente extracomunitaria, etc., puede adquirir acciones de una SE al día siguiente de su constitución, al igual que una SE ya constituida puede pasar a actuar exclusivamente en un mercado nacional³⁴.

III. LAS REGLAS SOBRE DOMICILIO SOCIAL Y LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL RESE

1. La regla general: el domicilio social de la SE

9. El art. 7 RESE establece una regla tan clara y terminante que no parece dejar lugar a muchas dudas³⁵: “*El domicilio social de la SE deberá estar situa-*

que tal domicilio no puede ser otro que el estatutario: es la única interpretación uniforme posible para no convertir en totalmente redundante la inmediata exigencia de que la administración central se encuentre también en territorio comunitario. En este mismo sentido SCHWARZ, “Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft. Die wichtigsten Neuerungen und Änderungen der Verordnung”, *ZIP*, 2001, p. 1850, quitando importancia al hecho de que en el texto definitivo del RESE desapareciera la mención a la “sede estatutaria” o “legal”, contenida en el Proyecto de 1991.

³³. “Los Estados miembros podrán disponer que una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la Constitución de una SE siempre y cuando esa sociedad esté constituida conforme al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro.”

A esta posibilidad –novedad del RESE respecto a sus antecedentes, SCHWARZ, “Zum Statut ...”, p. 1850– se refiere el cdo 23 del Preámbulo afirmando que “la expresión vinculación efectiva y continua debe interpretarse con arreglo a los principios establecidos en el Programa General de 1962 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento. Dicha vinculación existe en particular si una sociedad tiene un establecimiento en *dicho* Estado miembro y realiza *operaciones desde el mismo*.” (énfasis del autor). Así las cosas, parece claro –pese a que el texto del precepto no lo exija– que la vinculación efectiva y continua debe existir respecto a la economía del Estado miembro conforme a cuyo ordenamiento se ha constituido y donde posee su domicilio (estatutario, v. nota 32): en este sentido HOMMELHOFF, “Einige Bemerkungen...”, cit, p. 281, nota 16. Téngase en cuenta que se trata de una mera posibilidad que los Estados miembros pueden o no aceptar en su legislación de desarrollo de la SE. Sobre el modo en que deba entenderse la noción de “vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro”, SAGASTI AURREKOETXEA, “La constitución de la *Societas Europaea* (SE)”, *RdS*, 2003, pp. 131-132

³⁴. En sentido similar, MENJUCQ, “La société européenne: enfin l’aboutissement”, *Le Dalloz*, 2001-13, p. 1087; SAGASTI AURREKOETXEA, “La constitución...”, p. 131.

³⁵. La regla, además, es una novedad del RESE: el Proyecto de 1991 –art. 5.1– se refería al domicilio estatutario.

do dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar". Si a ello se une el trascendental papel asignado al ordenamiento del Estado de domicilio –art. 9. 1 c), cuestión sobre la que volveremos de inmediato–, la conclusión parece clara: además de la regulación directa del Reglamento, la SE se rige fundamentalmente por el Estado –miembro de la CE– donde esté radicada su administración central.

Podrá o no gustar –y no es ninguna originalidad afirmar que nos gusta poco o nada³⁶–, pero no puede negarse que el RESE ha optado por una regla que deja pocos lugares a la duda, y altamente expresiva de un entendimiento de lo que sea la SE –o en general, de lo que sean las sociedades de capital– completamente coherente: el art. 9.1 b) no admite más ejercicio de la libertad contractual, que el *expresamente* autorizado por las disposiciones del propio RESE³⁷; el art. 7 impone un determinado lugar como domicilio social –y ello, como sabemos, implica consecuencias normativas harto relevantes–; puestos a obligar, ¿por qué no van a poder los Estados imponer que domicilio y administración central tengan que coincidir en el mismo lugar dentro de su propio territorio? (último inciso)³⁸; en suma, qué menos que la consecuencia de una “persistente” discordancia entre domicilio social y lugar de administración central sea la liquidación de la

³⁶ Una crítica implacable, GARCIMARTIN, “El Reglamento ...”, pp. 15 ss., con amplias referencias a su “*Derecho de sociedades ...*”, *passim*. Tampoco el *Informe Winter* parece nada satisfecho con tal solución, p. 102.

³⁷ Eso sí, en las “materias no reguladas” o en los “aspectos no cubiertos” por el RESE, el párrafo 1. c) iii), se ve forzado a admitir que la libertad contractual alcance hasta donde lo permita la legislación –aplicable a las SS AA– de cada Estado miembro, donde, como es notorio –salvo en Alemania– las cosas son bien diferentes. Curioso modo de fomentar la opción por el “modelo SE”: dado que, en principio (v. núm. 7), los intervinientes en el mercado pueden optar por este modelo o por el garantizado –lo apuntaremos en el epígrafe IV– por las normas de conflicto una vez “negativamente armonizadas”, qué duda cabe que cuanto *menor* libertad admita el modelo SE, con más entusiasmo optarán los operadores por el mismo (¿No?).

³⁸ Ni qué decir tiene que el legislador español no llega a tanto: la única consecuencia de una eventual discordancia entre domicilio social y “centro de efectiva administración” (o de “principal establecimiento o explotación”) es que los terceros “podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos” (art. 6. 2 LSA), norma más bien impecable: dado que la discordancia verdad registral-verdad material es responsabilidad de los socios, el eventual coste que ello pudiera acarrear recae sobre los mismos. Baste recordar el caso de los dos grandes Bancos que operan en el mercado español.

SE³⁹. Coherencia, pues, hasta el fin: la liquidación (jurídica) de la SE-singular, no sé si también la (sociológica o económica) de la SE como tipo social⁴⁰.

10. Nada más lejos de mi intención que argumentar sobre la maldad intrínseca –y su nula adecuación a los postulados del análisis económico del Derecho de sociedades– de la *Sitztheorie*⁴¹, aunque menos todavía estaría dispuesto a defender su bondad⁴²; para una y otra cosa hay voces más autorizadas que la mía. Esto dicho –y con la consiguiente advertencia al lector de la escasa atendibilidad de lo que sigue– algo sí me parece indudable: si el Reglamento pretende imponer para la SE el modelo institucional de la sede real, más le valdría declarar la contrariedad al Derecho comunitario de los ordenamientos nacionales que siguen el modelo de la incorporación/constitución –claro que el TJCE acaba de declarar exactamente lo contrario: lo veremos en la parte IV–; de otro modo solo alcanzará el ridículo: 1º) Desde este punto de vista, no es coherente afirmar a la vez que la SE “recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una SA constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social” (art. 10) y que deberá ser liquidada en caso de persistente discordancia entre domicilio social y administración central (art. 64.2): si se afirma lo primero, la consecuencia lógica de la segunda afirmación sería añadir que idéntica suerte deberán correr las NN VV holandesas –y sus homólogas británicas– que incurran en tan nefando vicio; de

³⁹. Y esto es exactamente lo que determina el art. 64.2 RESE, una vez transcurrido el “plazo determinado” “para regularizar la situación” que prevé el núm. 1 del precepto; tal plazo, y las medidas apropiadas para obligar a la SE a esa “regularización”, deberán determinarse por el Estado miembro del domicilio social (=estatutario): ¿algún lector es lo suficientemente imaginativo como para creer que el legislador holandés va a establecer plazos, medidas apropiadas y hasta sancionar con la liquidación a una SE domiciliada en Holanda que haya cometido el horrible pecado de poseer su administración central en Alemania?

⁴⁰. Precisamente por todo esto, resulta escasamente comprensible la previsión del art. 69 a), relativa a la posibilidad de que cinco años después de su entrada en vigor, la Comisión informará al Consejo sobre la conveniencia –entre otras cuestiones– de “permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados miembros.” Síntoma de inseguridad, o de pura mala conciencia, el caso es que este extremo resuelta ser uno de los elementos constitucionales de la SE (también lo es el extremo a que se refiere el párrafo d) del mismo precepto: que los Estados miembros amplíen el ámbito de disponibilidad para los socios de la SE incluso más allá de lo admisible para las SS AA domiciliadas en los mismos: osea, una suerte de discriminación positiva de la SE).

⁴¹. Ambas cosas, con envidiable rigor lógico, entre nosotros en GARCIMARTIN, *Derecho de sociedades...*, pp. 30-61, 78-93 y *passim*.

⁴². Una buena exposición española en este sentido, desde los postulados del “Derecho económico constitucional”, SANCHO VILLA, *La transferencia internacional...*, pp. 59-115 y también *passim*.

otra forma, el propio RESE impondría una más bien insólita discriminación de la SE respecto a sus referentes de Derecho nacional en estos países. 2º) Es de suponer, a ello se dirigieron las numerosas directivas armonizadoras en la materia, que todos los ordenamientos de los Estados miembros responden en materia de sociedades de capital –singularmente en el equivalente a nuestra SA–, a un mínimo común denominador: tanto como para referirles la libertad de establecimiento del actual art. 48 TCE; si no es así –pura hipótesis absurda– la alternativa no sería establecer un tipo societario más, la SE, sino obligar –esto es, armonizar positivamente– a las entidades que tan peligrosas resultan ser para la unidad del mercado interior a que sean de otra manera –so pena de que no puedan concurrir en el mercado–; o dicho de otro modo, o se acepta que las sociedades de capital constituidas en ordenamientos en los que se sigue el modelo de la constitución/incorporación pueden actuar libremente en el mercado⁴³, o no: las consecuencias negativas, de todo orden, de esta última alternativa –no digo que lógicamente imposible– difícilmente serán inferiores a sus hipotéticas ventajas. 3º) O hay mercado único (Art. I-3.2 del Anteproyecto de Constitución Europea, texto a 12-06-03), o jugamos a otra cosa: es decir, si la SE tiene su domicilio en Estados miembros, a cuento de qué le es exigible que se domicilie en *un determinado Estado miembro*⁴⁴: ¿acaso porque hay ordena-

⁴³. Conste que estamos refiriéndonos a cualquier sociedad inglesa, holandesa, etc.: ya sé que los partidarios de la *Sitztheorie* negarían la mayor respecto a las *Scheinauslandsgesellschaften*, o *Pseudo-Foreign Corporations*, pero no es el caso.

⁴⁴. Soy consciente de que este argumento “concede” buena parte del terreno: nada menos que la exigencia de que los sujetos que actúan en el mercado deban domiciliarse en el mismo; precisamente por esto me parece especialmente fuerte frente a la regla que establece el art. 7: ni siquiera concediendo tanto es razonable que se exija lo que el precepto establece. En realidad, el argumento del texto conduce a una conclusión a la que siempre me he sentido particularmente tentado –y que coincide con el sentido de nuestro art. 6.2 LSA–: puesto que el propio RESE asegura una regulación uniforme de los extremos esenciales de la SE, a lo que habría que sumar el efecto asimismo uniformizador de las Directivas, y en el bien entendido de que su alcance práctico sería mínimo y sólo en cuanto beneficie a terceros –esto es, cualquier coste recaería sobre los socios, responsables de la situación–, ¿qué objeciones de principio cabría oponer a un *doble domicilio* de la SE? Es altamente probable que todo esto no pase de ser mera elucubración, pero no deja de llamar la atención que lo plenamente aceptable en el ámbito nacional –el doble domicilio del BBVA, BSCH, UBS, etc.: siempre como producto de la fusión de entidades previas– suene a herejía en el mercado único (¿o es que éste no existe?). Véase también cuanto más abajo afirmamos a propósito del art. 60.1 RB (nota 46).

GARCIMARTIN (“El Reglamento ...”, pp. 15-16), utiliza un argumento en buena parte concordante con cuanto venimos afirmando: la regla del art. 7 viene a reconocer que “la SE tiene poco de europea y mucho de nacional. En efecto, las razones que se alegan a favor del modelo de sede real son, principalmente, que así se garantiza la aplicación de la ley del Estado

mientos de Estados miembros en materia societaria no fiables o de segunda clase?; ¿desde qué punto de vista, desde qué *Standard*, se está en disposición de afirmar cosa semejante?; ¿presume el RESE que “las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las SE” (art. 9.2) serán de tal naturaleza, en según qué Estados, que resulta imperativa la fijación del domicilio social en el Estado donde radique la administración central?.

Pues bien, el caso es que estos argumentos son, creo, perfectamente aceptables desde la lógica interna al modelo de la sede real, expresamente afirmado en el propio RESE. Si esto es así, la conclusión se impone con naturalidad: puestos a seguir el modelo de la sede real –cosa que en absoluto aplaudimos–, el legislador europeo podría estar legitimado para imponer que las SS EE tengan su domicilio estatutario-administración central en el espacio europeo-mercado único; no para imponer en qué lugar europeo deben estar domiciliadas las SS EE⁴⁵ y⁴⁶.

11. Sentado el principio domicilio=administración central, conviene precisar algo más esta última noción. De entre las varias que han servido para definir el modelo de la sede real –y en particular, por relación al criterio del lugar

donde la sociedad centraliza la mayor parte de sus actividades: si la sociedad centraliza la mayor parte de sus actividades en F1 (que es donde tiene su sede real), lo más apropiado sería que esa sociedad se sujetase al ordenamiento de F1. Asumiendo que esto fuera razonable –que no lo es–, lo que no tiene sentido es exigirlo a sociedades de un tipo supranacional, ya que sus elementos esenciales no van a venir determinados por el Derecho nacional (el de F1), sino por normas uniformes.” No sabría expresarlo mejor.

⁴⁵. Menos todavía para “habilitar” a los Estados miembros a que obliguen a las “registradas” en su territorio a “situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar” (Art. 7 último inciso RESE).

⁴⁶. No creo que sobre añadir que la regulación del RESE contrasta fuertemente con las reglas sobre domicilio de las “sociedades y personas jurídicas” de los arts. 22.2 y, en particular, 60.1 RB (=Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil): este último precepto establece que “A efectos del presente Reglamento (=para todo lo que no sea el alcance de la regla de competencia exclusiva del art. 22.2), se entenderá que una sociedad o una persona jurídica está domiciliada en el lugar en el que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal”. Dicho pronto y mal, el sentido de esta regla (que no se refiere a los litigios intrasocietarios, sometidos a la regla de competencia exclusiva) es justamente la de imputar el eventual coste de la discordancia entre domicilio estatutario y administración central (o centro de actividad principal) a los responsables de la misma (los socios): podrán ser demandados –según convenga al demandante– en cualquiera de los lugares señalados.

de explotación o de principal explotación⁴⁷—, la noción de administración central, no definida en el propio Reglamento, se vincula al lugar desde el cual se participa en el tráfico⁴⁸, o, quizás mejor, el lugar perceptible a terceros como aquél en el que institucionalmente se adoptan de hecho las decisiones fundamentales de la dirección empresarial⁴⁹.

2. El ordenamiento del Estado de domicilio de la SE

12. Pero la relevancia de la regla general del art. 7 no se encuentra tanto en sí misma cuanto en las múltiples ocasiones en las que el Reglamento equipara la SE a una SA del Estado en el cual está domiciliada (no sólo en la regla, también general, del art. 10), y en las que se remite a la legislación aplicable a las SS AA del Estado de domicilio⁵⁰ de la SE. Tal cosa ocurre, salvo error por nuestra parte, en los siguientes extremos: 1º) A efectos de equiparar la SE a una SA en cuanto a su capacidad para participar en la constitución de una SE (art. 3); 2º) capital social—salvo el mínimo, fijado por el art. 4 en 120000 eur.⁵¹

⁴⁷. Que, recordemos, el art. 5.2 LSA y 6.2 LSRL incluyen en pie de igualdad con el de la administración central: críticos, F. ESTEBAN DE LA ROSA, en FERNANDEZ ROZAS (dir.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1996, p. 205; CALVO CARAVACABLANCOMORALES LIMONES, *Derecho Internacional privado*, vol. II, Granada, 2001, p. 305. No deja de ser curioso que los orígenes del modelo de la sede están referidos precisamente a la noción de establecimiento principal: art. 129 Ley belga de sociedades mercantiles de 1873: GROSSFELD, *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, Heidelberg, 1995, pp. 38-39.

⁴⁸. PANTHEN, *Der Sitz-Begriff im Internationalen Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1988, pp. 215 ss.: la construcción del concepto se realiza a partir de una cierta trasposición del domicilio (real) de las personas físicas, con algún antropomorfismo no muy lejano al—criticado por él— de STAUDINGER-GROSSFELD, *IntGesR*, nº marg. 219: administración central como lugar donde se sitúa al “cerebro” de la empresa.

⁴⁹. MÜNCHKOMM-KINDLER, *IntGesR*, nº marg. 316 y ss, con amplias referencias, e insistiendo en el carácter fáctico de la noción. De esta manera, lleva razón GARCIMARTIN (“El Reglamento...”, p. 15) al concretar la noción por referencia a la de “centro de intereses principales”, que emplea el Reglamento (CE) 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo: el lugar donde la sociedad lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que es así percibido por terceros.

⁵⁰. Recuérdese que tales remisiones son siempre al Derecho material del ordenamiento de domicilio: nota 20.

⁵¹. Por cierto que el art. 67 se preocupa de hacer sendas remisiones al ordenamiento de los Estados miembros “en tanto no le(s) sea(n) aplicable(s) la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria” —es decir, aquellos países en los que el euro no ha entrado en vigor— en cuanto a la expresión de su capital y cuentas anuales y consolidadas.

y⁵²—, acciones, obligaciones y títulos asimilables (art. 5); 3º) Traslado de domicilio de la SE: formas adicionales de publicidad, protección de los intereses de accionistas minoritarios, acreedores o titulares de otros derechos, liquidación o garantía de los pagos a organismos públicos, oposición al traslado que suponga cambio de la legislación aplicable (¿cuándo no?) por razones de interés público (art. 8, núms. 2, 5, 7 y 14)⁵³; 4º) Registro y publicidad de actos y datos (arts. 12 y 13, por referencia a la Directiva 68/151/CEE); 5º) Constitución de la SE: cláusula general, se aplica el ordenamiento del Estado de domicilio de la SE aplicable a las SS AA salvo disposición expresa del RESE (art. 15); 6º) Control de la realización de la fusión para constituir una SE (art. 26.1: autoridades competentes en esta materia respecto de SS AA del Estado miembro de futuro domicilio de la SE); 7º) Transformación de una SA en SE: publicidad del proyecto de transformación, certificación de que los activos netos de la SA en transformación superan la cifra de capital mínimo y reservas, aprobación por la Junta General y participación de los trabajadores (art. 37. 5 a 7⁵⁴); 8º) Estructura de la SE: nombramiento de Consejero Delegado, nombramiento de miembros del órgano de dirección por la Junta General en el sistema dual, número máximo o mínimo de miembros de los órganos de dirección, supervisión y administración, previsiones sobre SS EE del sistema dualista en ordenamientos que no prevean esa estructura para sus SS AA y viceversa (arts. 39. 1, 2 y 5, 40.3 y 43. 1, 2 y 4); 9º) Miembros de los órganos de

⁵². La suma mínima de capital y la equiparación de la SE a una SA llevan a la conclusión de que la nueva figura resulta de muy escasa —si alguna— utilidad para las PYME's: tanto como para que el *Informe Winter* (pp. 113 ss.) se muestre en último término partidario de aceptar la propuesta —privada— de crear una nueva “European Private Company”, o una figura similar, específica para la actividad transfronteriza de las mismas

⁵³. Dicho sea de paso, el art. 8 concluye con una regla de competencia judicial internacional tan insólita (la competencia de los tribunales del antiguo domicilio de la SE se perpetúa no para las *acciones ejercitadas* antes del cambio de domicilio (art. 66.1 RB), sino para las que traigan su causa de “*cualquier reclamación* que se suscitara con anterioridad a dicho traslado (...) aun cuando la demanda interpuesta contra la SE sea posterior al traslado”) que muy probablemente no queda más remedio que interpretarla en el sentido de entender que la “reclamación” a que se refiere el precepto no es otra cosa que la “acción ejercitada” del art. 66.1 RB (¿qué puede ser sinó tal reclamación? ¿imprecaciones al destino? ¿ejercicios de eolofonía?): concordantemente GARCIMARTIN, “El Reglamento...”, p. 19.

⁵⁴. En realidad, el art. 37 se refiere constantemente al ordenamiento aplicable a la SA que se prevé transformar en SE, pero como el núm. 3 impide que la transformación de la SA en SE implique traslado del domicilio de la SE, el efecto es que el domicilio de la SE coincidirá con el de la SA precedente, con lo que el ordenamiento (nacional) aplicable también es el mismo: tanto como para que se pueda afirmar, con razón, que el fenómeno es puramente interno (GARCIMARTIN, “El Reglamento...”, p. 28, que cita la opinión de BLANQUET en el mismo sentido); sólo la exigencia —art. 2.4— de que la SA haya poseído durante al menos dos años una filial en otro Estado miembro “tiñe” de internacionalidad el supuesto.

la SE: posibilidad de que una sociedad u otro tipo de entidad lo sea, incapaces según la legislación o incapacitados por resolución judicial o administrativa para serlo⁵⁵, condiciones particulares, reglas sobre representación de minorías (art. 47); 10º) Categorías de operaciones sobre las que el órgano de control debe pronunciarse o autorizar al órgano de dirección, en el sistema dualista (art. 48)⁵⁶; 11º) Divulgación de informaciones perjudiciales para la propia SE (art. 49); 12º) *Quorum* para la toma de decisiones en el órgano de control cuando en él participan los trabajadores (de conformidad con la Directiva 2001/86/CE: art. 50.3); 13º) Responsabilidad de los miembros de los órganos por los perjuicios sufridos por la SE (art. 51); 14º) Junta general: en general: deberá decidir –además de los asuntos a que se refiere el propio RESE o las disposiciones de desarrollo de la Directiva sobre participación de los trabajadores– sobre los asuntos previstos en la legislación sobre SS AA en el Estado de domicilio de la SE (art. 52); 15º) Organización, desarrollo y procedimientos de votación de la Junta: remisión genérica, salvo lo expresamente previsto en el RESE (art. 53); 16º) Periodicidad (art. 54); 17º) Convocatoria por minoría de accionistas y autoridad (art. 55. 1 y 3); 18º) Inclusión de asuntos en el orden del día a solicitud de minoritarios (art. 56); 19º) *Quorum* para adopción de acuerdos (art. 57) y para modificar los estatutos sociales (art. 59); 20º) Control y publicidad de cuentas anuales y consolidadas: remisión general “salvo lo dispuesto en el art. 62” (art. 61), que, a su vez, se preocupa de remitirse a la legislación del Estado de domicilio (eso sí, armonizada por las Directivas relativas a entidades de crédito y financieras: art. 62. 1 y 2); 21º) “Disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos”: remisión total (art. 63), sin más matizaciones que el que se establece una causa de liquidación específica (art. 64: la persistencia de una discordancia entre la administración central y el domicilio social, que ya conocemos), y que la apertura de tales procedimientos “se publicarán (=conforme al ordenamiento del Estado de domicilio, art. 13), “sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional que impongan medidas adicionales de publicidad” (art. 65)⁵⁷; y 22º) Transformación de la

⁵⁵ La regla se refiere estrictamente a los incapacitados en virtud de “resolución judicial o administrativa dictada en un Estado miembro” para formar parte de los órganos correspondientes de una “SA constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro”: puesto que lo relevante es su eficacia en el ordenamiento conforme al cual se constituye la SA (=equiparada a estos fines a la SE) no importa el lugar donde se dictara la resolución, sino su eficacia en el Estado de domicilio de la SA (=SE):.

⁵⁶ Aquí, como en algún otro precepto (art. 40.3, p.ej.), el texto del RESE se refiere exactamente a las SE que estén “registradas en su territorio”, pero como sabemos (art. 12) dicho Estado no es otro que el de domicilio e la SE.

⁵⁷ No deja de llamar la atención, dada la materia de que tratamos, la completa ausencia de referencias al Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia: arts. 21 y 22 sobre publicidad e inscripción en registro público.

SE en SA: remisión total, con muy escasa regulación uniforme (que incluye también la de transposición de las Directivas 68/151/CEE y 78/855/CEE: art. 66)⁵⁸.

Res ipsa loquitur: la enumeración es enojosa, sí, pero creo que también por sí misma significativa. Si después de repasarla incluso distraídamente, alguien cree que existe la SE como tipo societario distinto a los ya existentes en los Derechos nacionales, propio del Derecho comunitario, mil perdones por haberle hecho perder el tiempo. Pero aún queda más.

3. La llamada a otros ordenamientos

13. No quedaría completo nuestro repaso por las reglas que configuran el estatuto de la SE si no hiciéramos referencia a las variadas remisiones explícitas contenidas en el RESE a un ordenamiento (nacional) distinto al del domicilio de la propia SE. En general, conviene advertirlo, tales remisiones se caracterizan, en primer lugar, por referirse en su totalidad al momento constitutivo de la SE, esto es, cuando ésta todavía no se ha originado, y segundo, por la variada semántica que en el texto español se utiliza para designar al ordenamiento reclamado, variedad no exenta de algún problema, como más abajo se verá. Añádase, en tercer lugar, cuanto advertimos respecto a los sujetos (=sociedades) que pueden participar en la constitución de la SE (art. 2, núm 8 anterior).

Tales remisiones, salvo error por nuestra parte, son las siguientes: 1º) Constitución por fusión: cláusula general de remisión al ordenamiento del *Estado miembro de que dependa* cada sociedad, salvo lo expresamente regulado en el RESE y de conformidad con la Directiva 78/855/CEE (art. 18); 2º) Posibilidad de que las autoridades del *Estado al que esté sujeta* una sociedad se opongan a la fusión por razones de interés público (art. 19); 3º) Publicidad de determinados datos en el boletín del *Estado "donde esté registrada* la sociedad de que se trate", cuyo ordenamiento puede imponer requisitos adicionales de publicidad (art. 21); 4º) Las auto-

⁵⁸. A todas estas remisiones expresas hay que sumar (BLANQUET, "Das Statut ...", p. 51) la aplicabilidad del ordenamiento del domicilio de la SE para determinados extremos en supuestos en que la SE sea absorbida o resulte ser absorbente –en términos similares a los previstos en el art. 31, al que inmediatamente nos referiremos–, por otra o de otra Sociedad: así se desprende de los cdos. 15 a 17 del Preámbulo.

Aún existe, por lo menos, otra remisión implícita al ordenamiento del domicilio de la SE: dado que la SE puede –por sí sola– constituir una o más filiales en forma de SE, y que el art 36 remite la *totalidad* de la reglamentación de esta materia al *Derecho nacional* que regule la participación de las sociedades en la constitución de filiales en forma de SA, ese enigmático Derecho nacional no puede ser otro que el del domicilio de la SE "fundadora".

ridades del “*Estado miembro de que dependa una de las sociedades que se fusionen*” podrán sustituir a los peritos en el informe requerido por la Directiva 78/855/CEE (art. 22); 5º El ordenamiento del *Estado de registro* de cada sociedad se aplicará para la protección de los intereses de acreedores, obligacionistas o tenedores de otros títulos a los que correspondan derechos especiales (art. 24.1); 6º El ordenamiento del *Estado conforme al cual se constituyó* cada una de las sociedades a fusionar podrá adoptar medidas de protección de los accionistas minoritarios (art. 24.2); 7º Las autoridades del Estado miembro de *domicilio de cada sociedad, implicado en, o al que esté sujeta* cada sociedad a fusionar, llevarán a cabo el control de legalidad de la fusión en la parte que corresponda a las sociedades “domiciliadas, sujetas o ¿implicadas en?” ese Estado (art. 25, núms. 1, 2 y 3)⁵⁹; 8º La legislación de *cada Estado miembro* regulará los procedimientos de publicidad de la fusión, de acuerdo con la Directiva 68/151/CEE, respecto de cada una de las sociedades que se fusionen (art. 28); 9º Cuando la legislación de *un Estado miembro* imponga trámites especiales para la oponibilidad a terceros de la transmisión a la fusionada de determinados derechos, bienes u obligaciones (art. 29.3); 11º Fusión por absorción cuando la absorbente posea todas las acciones y demás títulos con derecho a voto o al menos el 90 % de los mismos: se aplicarán las *disposiciones nacionales aplicables a cada una de las sociedades que se fusionen* de conformidad con la Directiva 78/855/CEE (art. 31, núms. 1 y 2); 11º Creación de una SE *holding*: publicidad del proyecto de constitución por los procedimientos previstos en la legislación de *cada Estado miembro*, con arreglo a la Directiva 68/151/CEE (art. 32.3), designación de peritos por las autoridades del *Estado miembro de que dependa cada sociedad*, o del *Estado miembro del domicilio de las sociedades*, de acuerdo con la Directiva 78/855/CEE (art. 37.4, primer y segundo inciso); 12º Publicidad de la constitución de la SE *holding*, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional del *domicilio de cada sociedad* adoptado en cumplimiento de la Directiva 68/151/CEE (art. 33.3); 13º También respecto a la constitución de una SE *holding*: los *Estados miembros* podrán adoptar disposiciones de protección de accionistas minoritarios, acreedores y trabajadores (art. 35); 14º Constitución de una SE filial: remisión *total* a las *disposiciones de Derecho nacional* que regulen la participación en la constitución de una filial en forma de SA (art. 36)⁶⁰.

⁵⁹. Recuérdese que para la parte del procedimiento relativo a la “realización de la fusión y la constitución de la SE”, la competencia se atribuye a las autoridades del Estado de “futuro domicilio” de la misma: art. 26.

⁶⁰. Además, el art. 37 contiene al menos otras dos remisiones a Derechos nacionales (núms. 5 y 6), pero al tratarse del ordenamiento de domicilio de SS AA que *no* pueden trasladar su domicilio a otro país con motivo de su transformación (por ridícula que resulte esta prohibición, que sólo servirá para diferir las cosas, núm.3), tal ordenamiento no será, en definitiva, otro que el del domicilio (=administración central, art. 7) de la SE.

En fin, una veintena larga de remisiones al Derecho del ordenamiento del domicilio social de la SE y otra docena larga de llamadas a otros ordenamientos nacionales –sin contar las remisiones a otros instrumentos de Derecho Comunitario–, en un total de 70 artículos. Después de lo cual el RESE, se sigue llamando Reglamento, y no Directiva (¿¡!?!); al menos no se hace llamar Oda Triunfal.

14. La abigarrada palabrería que hemos recogido en cursiva resulta, quizás, menos dañina de lo a primera vista aparente, en la medida –nada escasa– en que una amplísima mayoría de las referencias al ordenamiento de que *dependan* (arts. 18, 22, y 37.4) las sociedades que participan en la constitución, al que estén *sujetas* (arts. 19 y 25), *domiciliadas* (arts. 25 y 33.3), *registradas* (arts. 21 y 24.1), o *constituidas* (art. 24.2), incluso la mera referencia a los ordenamientos de los *Estados miembros* –sin más precisiones: arts. 28, 29.3, 31, 32.3, 35 y 36–, tiene por objeto la aplicación de una *normativa previamente armonizada*: tal es el caso, explícito casi siempre (arts. 18, 19, 22, etc.), de las remisiones en materia de fusión de sociedades anónimas.

15. Esto no obstante, ni armonización significa uniformidad, ni deja de existir alguna remisión en materia sobre la que no sólo no existe armonización –salvo error por mi parte–, sino que además la remisión a un enigmático Derecho nacional es completa y abierta (art. 36): constitución de una SE filial común, dándose además la circunstancia de que en este modo de constitución pueden participar no ya SS AA o SSRL, sino cualesquiera otras sociedades del art. 48.2 TCE⁶¹, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad. En fin, parece preciso aclarar, si ello es posible, cuál o cuáles son los ordenamientos a que se refieren todos estos preceptos, o al menos a partir de qué criterios hermenéuticos es posible llegar a una respuesta satisfactoria. Ésta, a mi juicio, sólo será posible si: 1º Se parte del parámetro de que “constitución de una SE” es, a todos los efectos “materia regulada” en el propio RESE, aunque las remisiones de que tratamos evidencian que se trata de materia sólo en parte regulada: dado que la totalidad de los preceptos que remiten a un ordenamiento que no es el del domicilio de la SE se incluyen justamente en el Título II RESE (“Constitución”), con ello hemos dado un paso –increíblemente– monumental: cualquiera sea el sentido de todas estas expresiones, deberá ser *uniforme*, pues, como

⁶¹. Sociedades de derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo: las equiparadas a las personas físicas a efectos de la libertad de establecimiento (art. 48.1 TCE).

antes afirmamos, se trata de verdadero Derecho societario uniforme de la CE, y como tal sometido a un canon hermenéutico *autónomo*, propio del Derecho Comunitario y, en lo que aquí interesa, cuyo referente único son los fines, sistemática y principios del propio Reglamento⁶²; 2º) Precisamente por esto, el art. 2 RESE proporciona un criterio hermenéutico seguro en cuanto a la noción de domicilio de las entidades que participan en la constitución de una SE: ese domicilio sólo puede ser el estatutariamente designado como tal⁶³; 3º) Las remisiones se entienden siempre hechas al Derecho material, con exclusión de las normas sobre Derecho aplicable (DIpr.) del ordenamiento reclamado: de otro modo se frustraría radicalmente la finalidad uniformadora del Reglamento⁶⁴; 4º) La interpretación debe resultar *autoconsistente*: por lo que ahora importa, salvo que sea discernible algún motivo específico por el cual una expresión en principio neutra (=“Derecho nacional”) implica una remisión a un ordenamiento específico y distinto, cabe interpretar que la remisión se realiza al mismo ordenamiento que, reclamado mediante una remisión que permite una localización precisa del ordenamiento aplicable (=“domicilio”, “registro”) rige extremos íntimamente vinculados⁶⁵ y⁶⁶.

Creo no equivocarme si, aplicando estos criterios, afirmo que la totalidad de las remisiones pueden interpretarse en el sentido de dirigirse al ordenamiento de domicilio (=estatutario) de las sociedades y demás entidades que pueden par-

⁶². *Vid. Supra*, notas 15 y 16 y texto al que acompañan.

⁶³. *V. supra*, nota 32.

⁶⁴. Así ocurre en la generalidad de las reglas de origen internacional: BOUZA VIDAL, “Art. 12.2”, en ALBALADEJO-DIAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I-2, Madrid, 1995, pp. 891-893; FERNANDEZ ROZAS-SANCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, pp. 222-223; CALVO CARAVACA-CARRASCOA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, 2000, 217-218.

⁶⁵. Por poner un ejemplo: el art. 25 se inicia con una remisión a la legislación “Estado miembro de domicilio” (=estatutario) de la sociedad que participa en la constitución de una SE por fusión en cuanto al control de la legalidad de la misma (núm. 1); así las cosas, la llamada que el núm. 2 del mismo precepto hace al “Estado miembro *implicado*” y la del núm. 3 al “ordenamiento jurídico del Estado miembro al que *está sujeta* una sociedad que se fusione” y a las “demás sociedades participantes en la fusión, *situadas* en Estados miembros” —en ambos casos refiriéndose a extremos singulares del control de legalidad de la fusión— no pueden entenderse más que como referencias a los Estados de domicilio de cada una de las sociedades implicadas.

⁶⁶. Por lo demás, conviene tener en cuenta que en ordenamientos como el español y el alemán —no así en el francés— existe una *correlación prácticamente absoluta entre Estado de domicilio, Estado de Registro y también Estado de constitución*, al menos en cuanto a las sociedades de capital: para todas estas cuestiones, con su habitual brillantez, ARENAS GARCIA, *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, 2000, pp. 215 ss.; ahora también en “La función del Registro...”, pp. 58-65.

ticipar en la constitución de la una SE, o bien al de Registro de las mismas (en la práctica, el sentido es coincidente, al menos en el Derecho español).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA SE EN EL MARCO DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

16. Nuestro apresurado recorrido por la normativa del RESE, nos ha permitido, creo, confirmar una conclusión en la que la generalidad de los tratadistas de la materia parece estar de acuerdo (*supra*, n.14): no cabe tanto hablar de un nuevo tipo social uniforme, cuanto de una nueva serie de tipos sociales (tantos como Estados forman parte de la Comunidad) con algunos elementos estructurales comunes (*materia regulada*), pero también con notables diferencias según y cómo resulte recogida y desarrollada la figura de la SE en los distintos ordenamientos –y no sólo en lo que se refiere a la SE, sino también en cuanto a las posibilidades y requisitos para que las SS AA, etc., nacionales puedan participar en su constitución–.

17. También parece poder afirmarse, con cierta seguridad, que algunos de los elementos estructurales de la SE resultan escasamente comprensibles en el panorama actual del Derecho europeo de sociedades: tal es el caso de los requisitos impuestos por el art. 2 a la entidades participantes en la fundación de una SE, la acusada imperatividad de sus reglas (art. 9.1 b), y, muy especialmente, la exigencia de que sede estatutaria y administración central coincidan absolutamente, bajo sanción de liquidación de la SE (arts. 7 y 64). No menos cierto es que la reglamentación se adecua poco o nada a la actividad transfronteriza de las PYME's, que probablemente requieran una reglamentación específica⁶⁷.

18. Si lo hasta ahora señalado pueden considerarse los aspectos menos felices del RESE⁶⁸, no es menos cierto que, con todo, éste cumple al menos dos funciones tan positivas como trascendentales, al menos en lo que se refiere a la

⁶⁷. A este respecto, la *Comunicación de la Comisión al Consejo...*, se muestra bastante cauta, aunque se compromete a elaborar un estudio de viabilidad en breve plazo en vistas a la elaboración futura de un estatuto específico para la *European Private Company*. Recuérdense las recomendaciones, no menos cautas, del *Informe Winter*, pp. 113 ss..

⁶⁸. Más bien escépticos sobre la utilidad práctica de la SE, ESTEBAN VELASCO, "El compromiso de Niza ...", pp.161-162; HOMMELHOFF, "Einige Bemerkungen...", pp. 286-288; SCHWARZ, "Zum Statut...", p. 1861; MENJUCQ, "La société européenne...", 1089-1090; decididamente crítico, GARCIMARTIN, "El Reglamento...", p. 37, con una lúcida y amarga reflexión final sobre el sorprendente, arbitrario y asistemático modo de "hacer" el Derecho privado europeo.

gran empresa: asegurar la *movilidad transfronteriza* –pero intracomunitaria– sin disolución de la personalidad jurídica y creación de una nueva (sin los enormes costes de todo orden a que esto último daría lugar) y la *fusión* (también intracomunitaria) de sociedades constituidas conforme a distintos ordenamientos de Estados miembros, por absorción (que conforme al Estatuto implica la conversión de la SA absorbente en SE: arts. 17.2 *in fine* y 29.1 d) o por nueva creación de una SE: en ambos casos, pues, implicando la completa modificación de la *lex societatis* que pasará a ser la de la SE (el propio RESE más –en lo sustancial– el ordenamiento de su domicilio=administración central). Ahora bien, desde el punto de vista del ordenamiento español, tales supuestos avances resultan hartamente dudosos: 1º) en cuanto a la transferencia de sede social, nuestro Derecho admite ya ser interpretado en un sentido acusadamente similar –y no sólo para supuestos intracomunitarios–⁶⁹. 2º) Por lo que se refiere a la fusión internacional de sociedades, las numerosísimas referencias que el propio RESE hace al ordenamiento del Estado de domicilio (=estatutario) de las sociedades participantes en la fusión (arts. 18, 19, 21, 22, 24, 25, 28, 29 y 31 RESE: 9 de los 14 preceptos que se refieren a este modo de constitución de la SE) provocan un resultado final no muy distinto al que también en nuestro Derecho resulta del art. 9.11 II Cc: la *aplicación distributiva* de los ordenamientos propios de cada una de las sociedades intervinientes en las fases de presupuestos y (parcialmente) de procedimiento de la fusión, mientras que el conjunto normativo que rige la SE resultante (RESE+ordenamiento de su domicilio=administración central) determinará algunos aspectos del procedimiento (art. 26) y sus efectos⁷⁰: el principal, la constitución de la nueva SE;

⁶⁹. En este sentido, GARCIMARTIN, “El traslado de domicilio social al extranjero: una visión facilitadora”, *RdS*, 2002, pp. 107-140, *passim.*, lo que sería aplicable, además, a la transferencia extracomunitaria de sede social (¿también de la SE?: arg. *ex art.* 10: id. “El Reglamento...”, p. 16). El estado exhaustivo de la cuestión en BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de la sede social*, Pamplona, 1997, y SANCHO VILLA, *La transferencia internacional...*

⁷⁰. El art. 29 RESE recoge la totalidad de los efectos de la fusión, incluso la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades intervinientes: núms. 1 y 2 c), aunque se remite al ordenamiento (del domicilio estatutario) de las sociedades intervinientes en cuanto a la posibilidad de que existan trámites especiales para que sea oponible a terceros la transmisión a la nueva SE de determinados bienes, derecho u obligaciones: art. 29.3: de nuevo aplicación distributiva. En general sobre la fusión internacional de sociedades en nuestro Derecho, FERNANDEZ ROZAS, en *Business Law in Spain*, 2ª ed. 1990, pp. 30 ss.; PEREZ MILLA, *Fusión Internacional de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1996; TAPIA HERMIDA, *RdS*, 1998, pp. 133 ss.; SANCHEZ RUS, “La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español”, *RDM* 2000, 1027 ss.; GARCIMARTIN, *Derecho Internacional...*, pp. 345-373 (parte inédita, de la que dispongo por cortesía del autor).

como se ve, si se cambia ordenamiento de la sociedad resultante de la fusión, por conjunto normativo que rige la SE, el efecto último del RESE no es tampoco tan distinto al que resulta de nuestras propias reglas.

Menos todavía cabrá apreciar ventaja alguna de la SE en estos dos extremos si, como parece próximo⁷¹, las nuevas propuestas de Décima y Décimo-cuarta Directivas llegan a ver la luz.

19. Pero, no hay que temerlo, la futilidad del RESE se confirma, incluso se acentúa, si pasamos a observar el estado actual de la *armonización negativa* de los ordenamientos europeos nacionales en materia de Derecho de sociedades (=su necesaria adecuación a las libertades fundamentales que ya lo fueron de la CE). Más allá de polémicas (v. nota 2), y centrándonos en el alcance normativo de la jurisprudencia del TJCE, es claro que la suerte está echada⁷²: si la *Sitztheorie* puede no ser por sí misma incompatible con la libertad de establecimiento, sí lo son sus efectos, al menos en cuanto a las “sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad” (art. 48 I TCE): BEHRENS⁷³ tenía razón. Con independencia de las cuestiones que permanecen abiertas, en particular la relativa a las posibles medidas restrictivas de la libertad de establecimiento por “razones imperiosas de interés general”⁷⁴ y la licitud o no, más en general, de medidas anti *pseudo-foreign corporations*⁷⁵, es claro que el modelo de la sede real puede conside-

⁷¹ *Comunicación de la Comisión al Consejo...*, p. 20, en línea, como apuntamos (v. nota 28) con las recomendaciones del *Informe Winter* (pp. 101 ss.).

⁷² Éste es el título del editorial, redactado por EBKE, del primer número correspondiente a 2003 del *BB*. A esto mismo parece haberse conformado incluso el BGH, 13-03-2003: www.die-aktiengesellschaft.de/news/news16.html

⁷³ “Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht”, *RabelsZ*, pp. 499-525.

⁷⁴ *TJCE* en *Überseering*, núm. 92, que cita “la protección de los intereses de los acreedores, los socios minoritarios, los trabajadores e incluso la Hacienda Pública” como posibles fundamentos de la misma; sobre esta cuestión se extiende la nueva sentencia *Inspire Art* (cit., nota 2); también *Informe Winter*, pp. 104 ss.; LEIBLE-HOFFMANN, “Überseering un das ...”, pp. 929-930; EIDENMÜLLER, “Wettbewerb der...”, p. 2242; ROTH, “Internationales Gesellschaftsrecht nach ...”, p. 125; LUTTER, “Überseering und die...”, p. 9; GARCIMARTIN, “La Sentencia del TJCE ...”, p. 16 del original pendiente de publicación.

⁷⁵ Personalmente no veo por qué medidas perfectamente lícitas en el Estado de California o de Nueva York respecto a entidades domiciliadas estatutariamente en otro Estado pero cuya

rarse como definitivamente obsoleto en el espacio europeo. Tanto como la no nata SE.

única actividad real se desarrolla en aquéllos, no podrán ser adoptadas por Alemania, España, etc. para supuestos idénticos. Este es, creo, el único extremo en el que las posiciones de fondo de Francisco GARCIMARTIN no me resultan del todo convincentes; V. en particular ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1996, pp. 220 ss. exponiendo lo que se ha dado en llamar “teoría de la combinación”. Ésta parte del modelo (contractual) de la constitución para fundamentar los posibles límites de la misma –en forma de conexiones especiales– a partir de la elemental reflexión de que, en cuanto expresión particular de la autonomía de la voluntad, como elección de la ley aplicable –en el caso, la del estatuto societario más favorable a las partes–, la libertad de elección no es extensible más allá de supuestos en los que exista algún tipo de conexión internacional (*Auslandsbeziehung*), al menos en cuanto a la aplicabilidad de las disposiciones imperativas del ordenamiento con el que están objetivamente conectados la totalidad de los elementos de la situación (art. 27.3 EGBGB en cuanto a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, art. 3.3 Conv. Roma para nosotros y en la actualidad). En el estado *actual* del *Derecho positivo*, no creo que sea posible ir más allá (=si el núcleo del modelo de la constitución es la consideración de la empresa como un nexo de relaciones contractuales, los límites generales de la autonomía de la voluntad en cuanto a la ley aplicable a los contratos también es razonable que se apliquen en materia societaria). La reciente Sentencia “Inspire Act” (cit. nota 2), sobre la que nos es imposible extendernos en este momento, resulta sin embargo francamente contraria a cuanto aquí se defiende.