

**Limitación de los estados de la unión europea en la legislación  
del derecho societario**

Artículo de reflexión

**Hermes José Niño Amado**  
**Laura Milena Martínez Garzón**

**Universidad la Gran Colombia**  
**Facultad de Derecho**  
**2017**

## **Limitación de los estados de la unión europea en la legislación del derecho societario**

### **Resumen**

Los ideales de formación de la Unión Europea se remontan a los años posteriores a la segunda guerra mundial, la idea, motivada por fines económicos, se materializó inicialmente en el año 1951 con la creación de la “comunidad europea del acero y el carbón”, posteriormente fue evolucionando hasta convertirse en una de las comunidades económicas de naciones más importantes del mundo, actualmente la UE se conforma por 29 Estados, los cuales permiten entre si el libre tránsito de personas, bienes y capitales, de ese modo las fronteras cumplen la función de división política y geográfica principalmente.

Una comunidad de tal envergadura se ve en la necesidad de regular diferentes aspectos para que se mantenga en condiciones uniformes e iguales para todos los Estados que la conforman, es así como nace el Derecho de la Unión Europea, compuesto por directivas y directrices que vinculan a las partes, para el caso que nos atañe, el Consejo de la UE, emprendió la labor de unificar y establecer unos mínimos normativos a observarse en materia comercial y derecho societario, los cuales deben coexistir con la legislación nacional de los Estados.

Así las cosas, ¿existe una limitación a la libertad legislativa de cada Estado miembro de la unión europea en lo relativo al derecho de las sociedades?

### **Abstract**

The ideals of formation of the European Union go back to the years after the Second World War, the idea, motivated by economic ends, initially materialized in 1951 with the creation of the "European community of steel and coal", later evolved into one of the most important economic communities in the world, the EU is currently made up of 29 states, which allow the free movement of people, goods and capital between them, thus the borders fulfill the function Of political and geographical division mainly.

A community of such magnitude is seen in the need to regulate different aspects so that it is maintained in uniform and equal conditions for all the States that comprise it, this is how the law

Derecho societario y su legislación en Europa

of the European Union is born, composed of directives and directives that link to The parties, in the case that concerns us, the Council of the EU, has undertaken the task of unifying and establishing regulatory minimums to be observed in commercial matters and corporate law, which must coexist with the national legislation of the States.

So, is there a limitation to the legislative freedom of each member state of the European Union in relation to the society's law?

### **Palabras clave**

Sociedades, Union Europea, directivas, directrices, comunidad, Acuerdo, Comercio, legislación transnacional, vinculancia, jerarquía

### **Key Words**

Societies, European Union, directives, guidelines, community, Agreement, Trade, transnational legislation, linkage, hierarchy

### **Introducción**

Después de los acontecimientos bélicos que más han tenido consecuencias en la historia moderna, es decir, la primera y segunda guerra mundial, las naciones europeas se ven asaltadas por el temor y la incertidumbre acerca de volver a vivir conflictos de tal magnitud. Una manera de buscar seguridad y confianza es por medio de alianzas con otros países, para verse más fuerte ante el mundo. Es por eso que en pleno desarrollo de la guerra fría, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido, en el año de 1949 conforman el Consejo de Europa, idea que también fue bien recibida por Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia, quienes posteriormente a la creación decidieron adherirse.

Posteriormente con la prerrogativa que si un Estado depende económicamente de otro, jamás le declararía la guerra, seis estados Europeos (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos deciden conformar la Comunidad Europea del Acero y de Carbón el año 1951. La iniciativa de agrupación toma forma y significado una vez se firma el tratado de Roma en el

Derecho societario y su legislación en Europa

año 1957 mediante el cual nace la Comunidad Económica Europea o “mercado común”. La unión fortaleció las economías de los países que las conforman por lo tanto nace la voluntad de otros Estados de hacer parte de la unión. Cronológicamente las adhesiones fueron las siguientes:

- El 1 de enero de 1973 el Reino Unido, Dinamarca e Irlanda entran a la Unión Europea ascendiendo a nueve el número de Estados parte.
- En 1981, Grecia
- En 1986, España y Portugal conforman el puesto 11 y 12 en la lista de conformación de la Unión Europea respetivamente, siendo estos países las últimas dos disidencias de la extrema derecha, con el derrocamiento de la dictadura de Franco en España y de Salazar en Portugal.
- En 1995 entra Austria, Finlandia y Suiza una vez finalizado el comunismo en Europa central y oriental.

La década de los 90s fue muy importante en el desarrollo de tratados con los mayores avances comunitarios, siendo ya una comunidad conformada por 15 países que pactan el mercado común y la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Se inicia con la creación e implementación de políticas para la protección del medio ambiente y estrategias de seguridad y defensa para los miembros de la unión, también se abren las fronteras una vez firmado el acuerdo Schengen (pequeña localidad de Luxemburgo) el cual permitió a los ciudadanos viajar sin controles migratorios y facilitó el intercambio cultural, los jóvenes deciden estudiar en universidades de otros países y se desarrolla un tejido de comunicaciones e internet transfronterizo.

- El 1 de mayo de 2004, Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Eslovaquia, y Eslovenia conforman también la UE. Ya son 25. El Euro se consolida como la moneda de los Estados parte.

- El 1 de enero de 2007 ingresan Rumania y Bulgaria.
- El 1 de julio de 2013 Croacia se suma a los miembros de la UE.

Derecho societario y su legislación en Europa

La Unión Europea, con 28 Estados consolida su reconocimiento mundial luego de sortear las dificultades de la crisis económica que inicia en el 2008 y que gracias a las acertadas decisiones, como políticas comerciales, fortalecimiento bancario y seguridad logran superar en los últimos años. En el 2013 la Unión Europea recibe el premio nobel de paz.

Una de las razones, quizás la más importante del éxito de la UE, es la legislación permanente que permite mantener y fortalecer las relaciones transnacionales, el derecho de la UE nace de los tratados suscritos por las partes y está conformado por las directivas y reglamentos de los órganos directivos, a saber, el parlamento europeo, el consejo y la comisión europea.

### **Discusión**

A pesar de no existir un derecho de sociedades en la Unión Europea, se ha fijado una serie de normas mínimas impuestas por la legislación de la EU aplicable a las empresas de cualquier país de la agrupación.

El artículo 16 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea consagra que “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho Comunitario y con las legislaciones y practicas nacionales”, sumado a lo anterior el contenido del artículo 17 de la carta que reafirma el derecho a la propiedad, el cual solo puede ser limitado por razones de utilidad pública, tenemos que:

1. Se permite la creación de empresas en cualquier parte de la Unión Europea.
2. Se garantiza la libre circulación de personas, bienes y capitales.
3. Se protege a los accionistas.
4. Existen empresas más eficientes y competitivas.
5. Se incentiva a que las empresas que no pertenecen a la Unión Europea a una cooperación transfronteriza.

El derecho Internacional Público, entre otros principios se encuentra sometido al pacta sunt servanda, es decir, que una vez un Estado se suscribe y ratifica un tratado, las obligaciones

Derecho societario y su legislación en Europa

contenida en él deben cumplirse. Así las cosas los Estados deben armonizarse a la luz de las políticas y normas de la Unión Europea, en la medida en que voluntariamente decidieron ser parte de ella; así mismo en aras de dicha armonización, el Consejo de la Unión Europea promulga 2 normas específicas para regir el tema de la Sociedad Europea, las cuales fueron aprobadas en el 2001 y para que fueran aceptadas tuvieron que pasar 42 años, por ello es menester presentar a continuación un poco de la historia.

### **La Sociedad Europea.**

#### *Antecedentes.*

En 1959, el profesor Sanders tuvo la idea de crear una sociedad comercial, esta idea la mencionó en el Congreso de notarios de Francia que se llevó a cabo en Instituto Superior de Ciencias de Económicas de la Universidad de Róterdam, sin embargo fue hasta el año 1966 que el profesor y un grupo de expertos de distintos Estados miembros elaboraron un memorándum para la creación de la sociedad comercial con el fin de ofrecerle a las empresas de los diferentes Estados una mejor organización para poder cumplir sus funciones económicas, pero la idea se descartó.

En 1970 la Comisión presenta un proyecto del reglamento del Estatuto de la SE que contenía 284 artículos, los cuales regulaban temas sobre estructura, funcionamiento, reglas, constitución, reglas contables, entre otros, básicamente dicho estatuto era independiente a las normas nacionales, además sugería la creación de nuevas instituciones comunitarias como “el Registro Europeo de Sociedades Anónimas” o una “Oficina Europea de Sociedades” en este sentido la propuesta contenía sistemas jurídicos dispares y teniendo en cuenta que para la época el Derecho de sociedades era netamente propio de cada País, el proyecto fracasó. (Riestra, 2002).

Posteriormente para el año 1975 la Comisión vuelve a presentar ante el Consejo un modificado proyecto, con 400 artículos que a pesar de estos, aún se omitiera tratar temas como el traslado transnacional del domicilio social y la participación de los trabajadores, siendo así que la deseada armonización del Derecho societario sólo estuviera plasmada en un texto conflictivo y no fuera solución ni contribuyera al éxito de la propuesta y gozando de derechos y privilegios

Derecho societario y su legislación en Europa

que no tenían las sociedades de derecho común, apartándose así del compromiso con los derechos nacionales. (Martínez Echevarría & García de Dueñas, 2004).

### *Las vertientes*

Para el año 1988 la Comisión opta por relanzar el Estatuto de la Sociedad Europea en un memorándum esta vez dirigido al parlamento europeo, a agentes sociales y por último al Consejo. El Consejo de Mercado de Interior manifiesta que las delegaciones apoyan la propuesta de la Comisión en cuanto al carácter facultativo del estatuto, es decir que este sea independiente de las legislaciones nacionales y la idea de participación de los trabajadores en el Estatuto de la SE, de esta manera la comisión en 1989 presenta dos vertientes:

1. Un reglamento sobre el Estatuto de la SE.
2. Una directiva en virtud de la participación de los trabajadores.

La primera, según el texto de Martínez Echevarría, los puntos importantes en relación con el reglamento fueron:

- Crear una SE con su propio marco legal e independiente de los demás regímenes de los Estados miembros.
- La posibilidad de grupos transnacionales que pudieran organizarse más allá de las fronteras sin estar sujetos a tantos regímenes, sino a uno en común.
- Su contenido fue reducido a 137 artículos.
- Los temas que generaban conflicto fueron eliminados.
- La sociedad europea podría formarse como resultado de una fusión, holding de empresas, la creación de filiales o la conversión de una sociedad de responsabilidad limitada formada anteriormente.
- Previa la creación de la SE se debía redactar un proyecto y ser aprobado por la Junta General de Accionistas.
- La SE estaba bajo el control de la Junta General de Accionistas, Consejo de gestión y Consejo de vigilancia.
- Finalmente el reglamento incluía normas detalladas para la liquidación y disolución de sociedades.

La segunda, para la participación de los trabajadores, ellos debía ser consultados sobre:  
El cierre o desplazamiento de establecimientos o partes importantes de establecimientos.

- Creación de un holding (una filial o una sociedad).
- Restricción, extensión o modificación de la actividad de la sociedad.
- Modificaciones en la organización de la sociedad
- Establecimiento o cesación de una cooperación duradera con otras empresas

Los anteriores fueron los temas iniciales con los cuales se aceptó la unificación de las sociedades, no obstante con el tiempo se les fue dando prioridad y modificación a varios temas como: la protección de accionistas minoritarios, el acceso a la constitución de una SE, la no discriminación en relación con las sociedades anónimas, etc.

En 1991 se presentó la 4 propuesta del proyecto con 107 artículos, a los cuales el Parlamento responde positivamente, empero algunos Estados se muestran en desacuerdo con el asunto de la participación de los trabajadores y esto da paso a una fase de bloqueo con una duración aproximadamente 10 años, que desata etapas de discusión año tras año.

#### ***Aprobación definitiva.***

En el periodo del 2000 un Consejo especial aprueba los dos textos, el reglamento y la directiva para los trabajadores, los cuales son enviados al Parlamento para su consulta, organismo que mediante su Comisión de asuntos jurídicos y del mercado interior introduce enmiendas en los textos, sin embargo la opinión del Parlamento no era de carácter vinculante, por lo que el Consejo no acogió las enmiendas y en sesión del 8 de Octubre del 2001 aprueba formalmente el Reglamento (CE) No 2157/2001 DEL CONSEJO del 8 de octubre de 2001 por el cual se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE) y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DITSE).

***Actualidad.***

La Sociedad Europea (SE) es un tipo de sociedad anónima, comunitaria de todos los Estados miembros y su formación se da por la insuficiencia del Derecho societario y sus ordenamientos nacionales, de modo que la SE es la encargada de facilitar el desarrollo y actividad económica supra territorial de las empresas europeas, ya que las sociedades a medida del tiempo se han tenido que movilizar por razones fiscales, sociales, comerciales, generando problemas a aquella sociedad que tenía su constitución en un determinado país y que al querer ser reconocida en otro se le imposibilitaba debido a que las normas eran opuestas, o simplemente no se asemejaban.

Benjamín Bada expone la definición de Sociedad Europea como: “Aquel instrumento jurídico Ad Hoc que permite realizar operaciones societarias transnacionales” (2009).

Para dar un ejemplo más exacto, la SE funciona como una Cámara de Comercio Colombiana, es decir, aquella sociedad que se crea en un país y no tenga sucursales en los demás, únicamente debe estar registrada en ese país, pero aquellas sociedades que pretendan extenderse por toda la unión europea deben registrarse en la Sociedad Europea, esta es la que permite un funcionamiento flexible de las sociedades y hace posible que un ente societario no deba registrarse ni crearse en cada país de la UE si no que ya estando inscrita en un solo país tenga la libertad de desarrollar sus actividades en los demás países.

Para una mejor explicación se puede remitir a la consideración No. 7 y No. 10 del reglamento estatutario del 2001 que menciona brevemente que cada Estado tiene normas nacionales aplicables a las sociedades mercantiles, y el derecho comunitario ha permitido que las empresas europeas desarrollen su creación y gestión sin tener obstáculos territoriales ni que se hallen afectadas por el reglamento de un país contrario. En cuanto al objetivo que persigue la SE es el de poder constituir a futuro una sociedad anónima tanto para permitirle a las sociedades de distintos Estados que se fusionen, o que formen una sociedad holding, como para ofrecer a sociedades y personas jurídicas que están con regímenes diferentes que ejerzan sus actividades económicas y creen filiales comunes.

Derecho societario y su legislación en Europa

Se les puede permitir a las sociedades anónimas transformarse en SE sin tener que disolverse cuando la sociedad tenga su domicilio y su administración central en a la comunidad y una filial en otro Estado miembro, de esto se desprende el asunto de seguridad jurídica, que obliga a las sociedades a tener una sede principal, un domicilio que será su localizador para responder por sus actos u omisiones.

El reglamento estatutario de la SE no contempla ámbitos del derecho como:

- Derecho fiscal
- Derecho de competencia
- Derecho de propiedad intelectual
- Derecho concursal

Los 4 temas anteriores estarán en otros reglamentos aplicables en cada Estado y derecho comunitario, de igual modo que las actividades de las entidades financieras, estas, estarán reguladas en directivas específicas que más adelante serán mencionadas.

### **Otras normas.**

Por otra parte el artículo 116 del TFEU en su numeral primero estipula que:

Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

Pero respecto de la legislación y las medidas que adopte la legislación de la UE, cada estado goza de discrecionalidad para objetar, motivadamente, aspectos que considere que afectan su estructura jurídica nacional, la norma general reza:

...si tras la adopción de una medida de armonización por el Parlamento Europeo y el Consejo, por el Consejo o por la Comisión, un Estado miembro estimara necesario establecer nuevas

Derecho societario y su legislación en Europa

disposiciones nacionales basadas en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización, notificará a la Comisión las disposiciones previstas así como los motivos de su adopción.

La Comisión aprobará o rechazará, en un plazo de seis meses a partir de las notificaciones a que se refieren los apartados 4 y 5, las disposiciones nacionales mencionadas, después de haber comprobado si se trata o no de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros y si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior.

El Consejo previo a adoptar un procedimiento realiza una consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior.

Los artículos 114 y 115 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea, hace que la legislación de los Estados se armonice mediante la creación de unas normas mínimas abarcando la protección a los intereses de los accionistas, reglas en materia de ofertas públicas de adquisición para las sociedades anónimas, la publicidad de las sucursales, fusiones y escisiones, las normas mínimas aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada de un solo socio, las exigencias de información financiera, un acceso más fácil y rápido a la información de las sociedades, complementado con la directiva 2007/36/CE que trata de los derechos de los accionistas de las sociedades que cotizan en la bolsa. (Baptista, 2016)

### **Principales Directivas en derecho societario.**

La primera directiva del consejo 68/151/CEE data de 1968. Ha sido modificada varias veces, siendo las más recientes modificaciones las directivas 2009/101/CE y 2012/17/UE. Se aplica a todas las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, su principal objetivo es brindar un acceso público a la información de las sociedades para validar las obligaciones contraídas y la nulidad de las mismas.

La segunda directiva 77/91/CEE de 1978, fue sustituida por la directiva 2012/30/UE, entre otras cosas, dispone que la creación de las sociedades anónimas se debe hacer con un capital mínimo de 25.000 euros como medida de protección a los proveedores, por la responsabilidad limitada de los socios. También contienen reglas sobre el mantenimiento y alteración del capital suscrito y el contenido mínimo de cualquier acto que constituya una sociedad anónima.

La directiva 2011/35/CE, relativa a la fusión de las sociedades anónimas y protección a los accionistas, acreedores y trabajadores.

La sexta directiva del consejo de la Unión Europea también relativa a las sociedades anónimas fue modificada por las directivas 2007/63/CE y 2009/109/CE las cuales simplificaron los requisitos relativos a documentación en caso de fusiones o liquidaciones y fortalece la protección a los accionistas, acreedores y trabajadores.

La directiva 2004/25/CE del parlamento y del consejo europeo, del 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición, tiene por objetivo establecer condiciones mínimas para las ofertas públicas de mercados mobiliarios de las sociedades de los Estados miembro.

Por otra parte la directiva doceava de derecho societario (2009/102/CE del 16 de septiembre de 2009) reglamenta las sociedades de responsabilidad limitada con un único socio.

En virtud de los artículos 49 y 54 del tratado de funcionamiento de la unión europea, invocando la libertad de establecimiento, una sociedad puede mudarse de un estado miembro a otro, no obstante, se prohíbe la duplicidad de personería jurídica. También ha sido necesario que se reglamente unas normas contables que se apliquen en todos los estados de la UE, lo que protege a los inversionistas, al sistema financiero, acreedores y demás interesados en el capital social.

Para mantener la armonía comercial e impulsar el desarrollo económico en conjunto de los países que hacen parte de la unión europea, existen unos mínimos normativos a observar por

Derecho societario y su legislación en Europa

parte de cada legislación nacional y que no tiene otro fin que unificar la normatividad que protege a los accionistas, acreedores, inversionistas, trabajadores y a los mismos Estados en materias de tributación.

Ahora bien, en cuanto a la libertad de establecimiento el Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas se ha pronunciado al respecto mencionando que el mismo tratado de la CE (Comunidad Europea) se opone a que un Estado miembro deniegue el registro de una sucursal de una sociedad constituida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro en la que tiene su sede y que reúne todos los requisitos para formarse como tal, de este modo la sucursal de una sociedad que se encuentra en un Estado miembro distinto del de su origen gozará de protección y libertad estatutaria, es decir, en lo relativo a mínimo de socios, capital mínimo, objeto social y aportes. (Vicente, 2009)

El desarrollo jurisprudencial conllevó al ministerio de Justicia Alemán a pronunciarse al respecto mediante un proyecto de ley para apoyar la incorporación de las sociedades y la ley aplicable, mediante el llamado Derecho Internacional de Sociedades.

## Conclusiones

La Unión Europea ha permitido la integración de los Estados miembros desarrollando un sistema comunitario de carácter jurídico y político transnacional de cooperación multilateral, inclusive antes de existir la UE, ya se estaba pensando en un mecanismo de unificación para la economía europea, fue así una serie de propuestas arriesgadas que fueron abriendo camino y finalmente aceptadas. Si bien se logró encontrar que la Sociedad Europea, su reglamento y las posteriores directivas que tratan el tema de sociedades son limitantes para las empresas del continente europeo, son las limitantes para la legislación de cada país miembro, además en el reglamento estatutario de la SE está implícito el alcance de las sociedades, así como en su momento las normas netamente de carácter nacional restringían la interacción de las sociedades y su actividad en otros países diferentes al de su creación y registro. Ahora se le permite a las sociedades estar constituidas en un determinado país y tener campo de acción en otros sin que necesariamente deban inscribirse en cada uno y cumplir las normas de cada Estado, esto abarca una ventaja económica y celeridad decisional sin tener que recurrir a los distintos ordenamientos de cada país, beneficio de igual manera para las PYMES.

Entonces, la limitación en cuanto a la legislación de cada Estado miembro recae en las empresas que se enfoquen en satisfacer necesidades puramente nacionales, es decir que el reglamento de la SE no rige sobre estas y cada una acoge las normas propias de su país y así mismo el *lex societatis* permite determinar la nacionalidad de la sociedad, su domicilio y en consecuencia la norma aplicable a esta persona jurídica. Ahora, las únicas sociedades que se pueden extender a otros países son las que tengan la posibilidad de unirse con otras mediante operaciones que no entorpezcan la legislación de Estados miembros diferentes, a estas se les aplica el derecho a la movilidad societaria, ya que cada sociedad transnacional también tiene su domicilio principal en cuestión, o su sede principal o el centro de realizar actividades.

**Referencias bibliográficas**

Baptista, D. (29 de Noviembre de 2016). Internacionalização do Direito Societário. Porto, Portugal. Ponencia, Universidade Catolica de Porto.

Martínez Echevarria , A., & García de Dueñas. (Mayo de 2004). IDEE. Universidad San Pablo-CEU Obtenido de <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/La-sociedad-europea.pdf>

Riestra, M. G. (Julio de 2002). La Sociedad Anónima Europea. Madrid, España. Investigador Asociado del Instituto de Estudios Europeos

Bada, B, Delvaux T, Fat, A (2009) Droit International et Européen des societes , pag 316.

Vicente, D. M. (2009). LIBERDADES COMUNITÁRIAS E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO Vol. 1. Almedina.