

## **SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA: NOTAS PARA LA CARACTERIZACIÓN DE UNA NUEVA FORMA DE SOCIEDAD**

**FRANCISCO J. ALONSO ESPINOSA**

*Catedrático de Derecho Mercantil*

*Universidad de Murcia.*

*Abogado.*

**RESUMEN:** El Consejo Europeo, a 25 de junio de 2008, presentó ante la Comisión la Propuesta de Reglamento de Estatuto de la Sociedad Privada Europea (*Societas Privata Europaea*) (SPE). Esta nueva forma de sociedad europea (que se añadirá a la AEIE, la SAE y la SCE en el proceso de formación de un propio *Derecho Europeo de Sociedades*) nace con el propósito explícito de facilitar la actividad de las Pyme's en el mercado único europeo, Pyme's que, según la Explicación que precede a la Propuesta SPE, representan el 99% de las sociedades existentes en la Unión Europea. En el presente artículo se analizan los elementos fundamentales que proporcionan la caracterización de esta nueva forma social en proyecto. Entre ellos se destaca su impronta contractual y personalizable en cuanto plenamente adaptable a las necesidades de organización pretendidas por los socios. Se estudia la muy relativa importancia del capital social como elemento de organización de la misma y su sustitución por pactos estatutarios y por sistemas de garantía patrimonial alternativos a su función de garantía. Los aspectos de la estructura orgánica de la SPE son asimismo expuestos desde el prisma de su máxima simplificación hasta el punto de que se hace de la junta general de socios un órgano de carácter facultativo. La posición jurídica del socio es, asimismo, objeto de un tratamiento propio del contractualismo societario, de forma que la configuración de la misma, si bien objetivada, queda casi completamente determinada por los pactos sociales libremente establecidos al respecto.

**PALABRAS CLAVE.-** Derechos de sociedades. Sociedad privada europea.

**ABSTRACT:** *The European Advice, on June 25, 2008, presented before the Commission the Offer of Regulation of Statute of the Private European Company (Societas Privata Europaea) (SPE). This new form of European company (that will be added to the AEIE, the SAE and the SCE in the process of formation of an own European Law of Companies) is born with the explicit intention of facilitating the activity of the Pyme's on the only European market, Pyme's that, according to the Explanation that precedes the Offer SPE, represent 99 % of the existing companies in the European Union. In the present article there are analyzed the fundamental elements that provide the characterization of this new social form in project. Between them is outlined his contractual and customizable stamp in fully adaptable all that to the needs of organization claimed by the partners. The very relative importance of the share capital is studied as element of organization of the same one and his substitution by statutory agreements and by alternative systems of patrimonial guarantee to his function of guarantee. The aspects of the organic structure of*

*the SPE are exposed likewise from the prism of his maximum simplification up to the point of which there is done of the general meeting of partners an organ of optional character. The juridical position of the partner is, likewise, I object of an own treatment of the association contractualismo, so that the configuration of the same one, though targeted, she remains almost completely determined for the social agreements freely established in the matter.*

*KEY WORDS.* - *Company laws. Private European company*

**SUMARIO:** I. PRELIMINAR. II. NOTAS PARA LA ACARECTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA. 1. Sociedad externa o dotada de personalidad jurídica plena. 2. Sociedad mercantil por la forma. Pérdida de significado del objeto social. 3. Sociedad de capital testimonial cuyos socios no responden de las deudas sociales. Sociedad con cifra de capital social testimonial con mínimas técnicas obligatorias de protección de su solvencia mediante la cifra de capital. 4. Sociedades cuya estructura de organización interna queda a la discreción de la ordenación contractual en el respeto a un contenido legal mínimo y al principio de protección de los derechos políticos del socio. 5. Sociedad abierta ante la salida de sus socios pero libre y gradualmente clausurable según el régimen estableció en la escritura de constitución. 6. Sociedad flexible, personalizable y capitalizable. 7. Sociedad de gran espectro tipológico o sociedad funcionalmente polivalente. 8. Sociedad de bajo coste de constitución y mantenimiento.

## **I. PRELIMINAR.**

El Consejo Europeo, a 25 de junio de 2008, presentó ante la Comisión la Propuesta de Reglamento de Estatuto de la Sociedad Privada Europea (*Societas Privata Europaea*) (SPE). Esta nueva forma de sociedad europea (que se añadirá a la AEIE, la SAE y la SCE en el proceso de formación de un propio *Derecho Europeo de Sociedades*) nace con el propósito explícito de facilitar la actividad de las Pyme's en el mercado único europeo, Pyme's que, según la Explicación que precede a la Propuesta SPE, representan el 99% de las sociedades existentes en la Unión Europea. No obstante ello, conviene señalar que la forma social contenida en esta Propuesta SPE, además de ser susceptible de coadyuvar a la

citada finalidad explícita según ella misma indica, resulta también susceptible, entre otros muchos aspectos<sup>1</sup>, de servir como forma de sociedad apta para organizar sociedades y empresas de las más variadas características de acuerdo con los sectores de intereses propios de sus socios y según las funciones que la relación societaria entre ellos debe poder cumplir o satisfacer en este sector de suministro por el Derecho de “tecnología de organización”. Y ello es así por dos razones que pueden, al tiempo, explicar los fundamentos últimos sobre los que se basa el diseño legal de la SPE presente en la Propuesta de Reglamento de Estatuto de la Sociedad Privada Europea (PRSPE, en lo sucesivo).

En primer lugar, porque la SPE representa un revolucionario compendio y posibilidad de combinación de elementos propios del contractualismo, el personalismo y el capitalismo societarios, elementos contenidos en nuestro Derecho en los regímenes de las sociedades colectiva, de responsabilidad limitada y anónima después de más de un siglo de desarrollo de una política legislativa presidida por la tendencia hacia la regulación de formas sociales basadas en la imposición de elementos morfológicos imperativos no interconectables por virtud del principio de autonomía de la voluntad, así como de regulación también imperativa de no pocos elementos de la relación societaria entre la sociedad y sus socios y de la estructura de organización de la sociedad. Ante ello, la SPE se presenta como una forma de sociedad de base contractual y de amplio espectro funcional susceptible de acoger elementos personalistas y capitalistas de organización societaria y regulada según “normas de Derecho de sociedades *sencillas, flexibles* e idénticas en todos los Estados miembros” (*vid.* exposición de motivos) por cuya virtud se pretende posibilitar “que el mayor número posible de materias sean reguladas por los socios en el ejercicio de la libertad contractual, garantizando al mismo tiempo un alto grado de seguridad jurídica a favor de los socios, acreedores, trabajadores y terceros en general”. La PRSPE contiene una forma de sociedad basada en un contractualismo societario casi sin limitaciones ya que, a diferencia de la morfología propia de nuestra sociedad colectiva –que podría ser el máximo

---

<sup>1</sup> La propia exposición de motivos de la Propuesta SPE observa que “al mismo tiempo, el Estatuto podría beneficiar a empresas más grandes y grupos”.

exponente de la sociedad mercantil contractual y personalista-, la SPE no impone la obligación de que los socios sean necesariamente administradores de la sociedad, al tiempo que reconoce el derecho de los socios a la exclusión de su responsabilidad personal por las deudas de la sociedad; es decir, la SPE es una especie de *sociedad con responsabilidad limitada de sus socios casi totalmente contractualizada y casi totalmente personalizable o capitalizable*, esto es, de máxima flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades de organización societaria precisadas por los socios que la componen. La PRSPE aparece así como una especie de apoteosis del contractualismo societario ya que sus órdenes imperativos son los mínimos posibles en función de la seguridad jurídica y del tráfico de la SPE en las relaciones con sus socios y con terceros (así, por ejemplo, como se verá, la cifra de capital social mínimo se establece en 1 € y la organización interna de la sociedad está limitada a los elementos mínimos indispensables para que ésta obtenga la condición de sociedad *externa*).

En segundo lugar, porque en el respeto a sus mínimos elementos morfológicos e imperativos, la SPE puede evolucionar, mediante el ejercicio de la libertad contractual de los socios como herramienta fundamental y casi única de su construcción y organización, hasta formas complejas de organización societaria, incluyendo la ordenación contractual de elementos capitalistas y de estructura corporativa compleja hasta llegar a poder asimilarse a una sociedad anónima, en este caso bajo el límite de que la misma tendrá vedado el acceso a los mercados primarios y secundarios de valores (considerando nº 3 y art. 3.1.d y 3.2). En este sentido, la SPE se concibe como una sociedad no ya sólo flexible sino realmente *elástica*, dúctil y adaptable en la cual cabe la combinación de elementos contractuales y corporativos, así como la combinación de elementos capitalistas y personalistas (o la total exclusión de unos u otros) susceptible, por ello, de canalizar y satisfacer los intereses de organización societaria de casi cualquier realidad de sociedad *externa* con independencia del número de socios, de las necesidades de financiación y de las dimensiones de la empresa constitutiva del objeto social, en el límite del acceso a los mercados de valores.

Por ello, desde el prisma del marco de la tipicidad de las formas sociales, podría afirmarse que la SPE podría llegar a suponer la definitiva implantación del denominado *sistema dualista de sociedades de capital* según un orden compuesto por dos formas sociales: (i) la SPE, susceptible de cubrir cualquier realidad de sociedad externa con el referido límite del acceso a los mercados de primarios y secundarios de valores y, junto a ella, (ii) la sociedad anónima cotizada o bursátil como forma social única para acceder a los mercados oficiales de valores; (iii) en el nivel elemental o simple del sistema, quedaría la sociedad interna o sin personalidad jurídica cuyo régimen se articularía mediante el de la sociedad civil o, en su caso, el de la cuenta en participación.

## II. NOTAS PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA

### 1. Sociedad externa o dotada de personalidad jurídica plena.

La SPE se configura como sociedad externa o plenamente personificada (art. 3º.1.c PRSPE). Esta personalidad jurídica en sentido *pleno* es la propia de las sociedades estatutarias o corporativas, las cuales aparecen diseñadas y organizadas por su ordenamiento legal para actuar en el tráfico y con aptitud, por tanto, para ser centro de imputación de derechos, obligaciones, acciones, y, en principio, de toda clase de relaciones jurídicas y de hecho, de forma que queda excluida la cotitularidad o comunidad como forma de relación entre los socios y entre éstos y los terceros. La atribución legal de este nivel “máximo” de personalidad jurídica presupone la *publicidad registral* de la sociedad, en función de la cual se exige la constancia del negocio fundacional por *escrito* (art. 8 PRSPE, documento *escrito* que no tiene necesariamente que ser otorgado en escritura pública) y su inscripción en el Registro Mercantil (arts. 9-11 PRSPE), trámite este mediante el cual, previo el control de legalidad de su escritura de constitución, esta forma de sociedad adquiere su personalidad *en cuanto tal* SPE; esto es, la inscripción registral supone la aprobación estatal de su legalidad como SPE por virtud del control de legalidad

realizado por el Registrador mercantil o por el notario, en su caso (*vid. infra*), de forma que, a partir de la misma, la SPE se registrará por su propio régimen legal con exclusión de la aplicación del propio de las restantes formas sociales, a salvo los aspectos que resulten aplicables del régimen de la *sociedad de responsabilidad limitada* del Estado miembro en el que la SPE tenga su domicilio social (art. 4.1 PRSPE).

Como persona jurídica plena, la SPE se *interpone en las relaciones entre ella y sus socios*. Además, *las posiciones jurídicas de éstos se configuran necesariamente como objetivadas*. De este modo, en la SPE no tienen lugar relaciones jurídicas directas entre los socios sino que éstas sólo tienen lugar entre los socios y la sociedad como persona jurídica de acuerdo con el sistema de organización establecido en la escritura de constitución, la cual, en este aspecto, se habrá de sujetar al futuro Reglamento (arts. 26 ss. PRSPE). Por otra parte, resulta necesaria la división del capital social en *participaciones sociales* (art. 3.1.a), las cuales actúan como técnica jurídica de atribución de la posición de socio de forma objetivada a favor de quien resulte su *titular* (no se es socio de esta sociedad, por tanto, por vía directa, contractual o *ad personam* según es propio del modelo personalista)<sup>2</sup>. Las participaciones sociales no son -ni pueden ser vía escritura- valores mobiliarios o negociables al quedar prohibida la realización de operaciones de mercado primario o de “oferta pública” sobre las mismas, así como las operaciones de mercado secundario o de “negociación pública” sobre ellas (cf. art. 3°.1.d-2 PRSPE). Las participaciones sociales, no obstante, sí parecen quedar configuradas como presupuesto para los negocios contractuales de transmisión, de forma objetivada (aunque sea bajo mínimos), de la posición de socio con arreglo a lo establecido por el futuro Reglamento o por la escritura de constitución, en su caso (art. 16 y anexo I cap. III PRSPE). Ello no significa que las participaciones sociales

---

<sup>2</sup> La explicación de la propuesta RSPE aclara que la SPE “puede ser creada por *uno* o más socios”. Es decir, aunque en el texto de la PRSPE nada se dispone de forma específica, se admite la SPE unipersonal originaria. Esto permite afirmar que en este caso debe ser admisible la representación del capital mediante una *sola participación social* ya que ello en nada obsta la normalidad de las relaciones internas y externas de esta modalidad de la SPE. Tampoco queda excluida la posibilidad del socio único para, si ello fuera necesario o conveniente, modificar la escritura de constitución en función de fraccionar la participación social única o bien de crear nuevas participaciones sociales.

haya de tener necesariamente una forma especial de documentación fuera de su obligatoria constancia en la *relación de socios* (libro-registro) cuya llevanza corresponde al órgano de administración (art. 16 PRSPE).

Otro rasgo que confirma el carácter de persona jurídica plena propio de la SPE es que la misma debe tener, obligatoriamente, unos elementos mínimos de identificación externa en función de sus relaciones con terceros, así como con sus socios: *denominación, domicilio y nacionalidad* (arts. 6 y 7 PRSPE). Interesa ahora subrayar que la nacionalidad de la SPE es la *europaea*. La SPE sigue el modelo de sus antecesoras la AEIE, SAE y SCE. La SPE “se registrará ante todo por las disposiciones del Reglamento, directamente aplicables y de obligado cumplimiento” en función de garantizar la necesaria uniformidad de su régimen en la UE; junto a este régimen único de obligado cumplimiento, será aplicable el Derecho nacional de la *sociedad de responsabilidad limitada* correspondiente al Estado en el que la SPE se halle domiciliada pero con el límite de que tal Derecho societario nacional sólo devendrá aplicable a los aspectos no regulados por el futuro Reglamento SPE y a los que no estén regulados por la escritura de constitución de la SPE según lo indicado en el anexo I del futuro Reglamento. Es decir, la escritura de constitución de la SPE debe tener un contenido convencional mínimo según el citado anexo I, contenido que queda atribuido a la libre autonomía contractual de los socios sin que el Derecho nacional pueda prevalecer sobre el mismo. La explicación que precede al texto de la propuesta es clara en este sentido: “las disposiciones que *deban o puedan* incluirse en la escritura de constitución de conformidad con el anexo I *no estarán sujetas al Derecho nacional*”.

En consonancia con lo expuesto y como efecto indirecto de la célebre sentencia “Centros”, el PRSPE previene que “la SPE no estará obligada en modo alguno a tener su administración central o su centro de actividad principal en el mismo Estado miembro en que tenga su domicilio social” (art. 7 pf. 2º).

## **2. Sociedad mercantil por la forma. Pérdida de significado del objeto social.**

Aunque la PRSPE no hace referencia a este tema, la SPE debe considerarse mercantil por la forma, por lo que es destinataria del estatuto jurídico general del empresario mercantil con independencia de la naturaleza civil o mercantil de las actividades constitutivas de su objeto social. Conviene a este respecto realizar dos observaciones muy puntuales. La primera es que el carácter mercantil por la forma de la SPE está implícito en el propio régimen predispuesto según el cual la SPE está sometida al deber de publicidad registral (arts. 9-11 PRSPE) y al deber de llevanza de contabilidad (art. 25 PRSPE); asimismo, es obvio que le serán de aplicación las reglas especiales en materia de representación mercantil y el Derecho concursal unificado en el caso de nuestro Derecho español. La segunda observación va en el sentido de la pérdida de significado del objeto social tanto a nivel interno, puesto que su constancia no es obligatoria en la escritura de constitución (ver anexo I PRSPE) como, sobre todo, a nivel externo, ya que se dispone que “la SPE quedará obligada por los actos realizados por los administradores, aun cuando dichos actos no estén comprendidos en el objeto social” (art. 33.1 PRSPE).

En este aspecto, la tendencia de la regulación legal y de la jurisprudencia se decanta en el sentido de superar el contenido de la cláusula del objeto social como elemento delimitador del poder de representación de los administradores. La evolución de la legislación –en especial el art. 9º Directiva 69/151/CE-<sup>3</sup> y la jurisprudencia comunitaria es indicativa de que el modelo atinente a la cláusula de objeto social como delimitadora del ámbito de las facultades de representación del órgano de administración es perturbador respecto de la exigencia de seguridad en las relaciones entabladas por la sociedad con terceros a través de la actuación de sus administradores-representantes. Por tanto, la posición de los terceros contratantes con éstos debe quedar protegida incluso aunque los

---

<sup>3</sup> La *Propuesta de Código de sociedades mercantiles* del Ministerio de Justicia (Madrid, 16 de mayo de 2002), previene en su artículo 34.1 que “los actos realizados en nombre de la sociedad por los administradores con poder de representación, estén o no incluidos dentro del objeto social, obligan a la sociedad frente a los terceros, a menos que este Código atribuya tales actos a la competencia de otro órgano”.

actos realizados sean ajenos o de discutible encaje con el objeto social estatutario<sup>4</sup>. Por otra parte, cabe observar que en la SPE, al igual que sucede en el ámbito de las sociedades de capital, ni parecen necesarias ni parece que deba admitirse el acceso al Registro de enumeraciones de facultades concretas de los administradores, las cuales son a veces incompletas, quizá ambiguas en algunos casos y, por ello, susceptibles de generar confusión e inseguridad (cf. art. 124.4 RRM). Pero lo expuesto no debe entenderse en el sentido de que la cláusula delimitadora del objeto social y las posibles limitaciones estatutarias al poder típico de representación de los administradores carezcan de cierto grado de eficacia. Lo que sucede es que tal eficacia tiene un alcance meramente interno o relativo a las relaciones entre la sociedad y sus administradores (especialmente en materia de responsabilidad de los administradores ante la sociedad y sus socios), ámbito en el cual las limitaciones estatutarias al poder de representación de los administradores deben ser vinculantes y oponibles a éstos. Por consiguiente, las limitaciones estatutarias a las facultades de representación del administrador son lícitas e inscribibles en el Registro. Ahora bien, esta clase de inscripción queda fuera del ámbito del principio registral de oponibilidad a terceros no socios, lo que supone una excepción legal expresa a tal efecto general de la publicidad registral; por ello la sociedad debe quedar obligada ante los terceros por la actuación del administrador con poder de representación aunque éste haya actuado en infracción de una limitación estatutaria inscrita y, por tanto, presumiblemente conocida y oponible a todos. Pero el administrador infractor, no obstante, puede incurrir en causa de responsabilidad civil ante la sociedad administrada -y acaso ante sus socios- si por causa de su actuación extralimitada causa daños y perjuicios a aquélla o a éstos.

### **3. Sociedad de capital testimonial cuyos socios no responden de las deudas sociales. Sociedad con cifra de capital social testimonial y con mínimas técnicas obligatorias de protección de su solvencia mediante la cifra de capital.**

---

<sup>4</sup> En este sentido se orienta también el art. 47 del Reglamento (CE) n° 1435/2003, de 22 de julio de 2003, del Consejo, relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea.

La personalidad jurídica plena suele implicar el aislamiento total entre el patrimonio social y el personal de los socios, por lo que, con carácter general, sólo el patrimonio social responde de las deudas contraídas por la sociedad. La SPE se configura legalmente como sociedad de responsabilidad limitada (art. 1º PRSPE) en la que “cada socio responderá exclusivamente hasta el límite del capital que haya suscrito o que se haya comprometido a suscribir” (art. 3º.1.b PRSPE). Por tanto, puede afirmarse que la SPE es una sociedad de capital pero debe subrayarse que lo es solamente desde el prisma *testimonial* ya que el capital social en la SPE no cumple, en rigor, ninguna de las funciones propias del mismo<sup>5</sup>. Así, el capital carece de función financiera pues, por una parte, su cuantía mínima se establece en la cifra de 1 € (art. 19.4 PRSPE) y, por otra, su aumento no viene legalmente regulado ni se configura como fórmula o vehículo de captación de recursos financieros, aunque pueda ser regulado así por la escritura de constitución bajo el límite de la prohibición de emisión de participaciones sociales en régimen de “oferta pública” (cf. anexo I, cap. IV PRSPE). El capital social tampoco es técnica de organización de las relaciones entre la sociedad y sus socios porque los derechos y obligaciones de los socios no se configuran ni se distribuyen en función de su participación en el capital social, ni siquiera de forma supletoria como sucede en la SRL, sino por virtud de los pactos establecidos entre ellos en la escritura de constitución (art. 14.2 y anexo I cap. III PRSPE), pactos que deben insertarse en la misma con carácter necesario. A lo sumo, en este aspecto, sólo puede afirmarse que la condición de socio exige la titularidad de, al menos, una participación social, ya que las mismas se configuran necesariamente como partes objetivadas del capital social (cf. art. 3.1 PRSPE) con cuya transmisión se transmite la condición del socio transmitente si bien según el contenido de tal posición de acuerdo con los pactos establecidos en la escritura de constitución (art. 16 PRSPE); en este sentido, conviene quizá observar que la falta de significación cuantitativa de la cifra de capital mínimo (1 €) no es óbice para que esta cifra mínima pueda cumplir un alta funcionalidad ya que la sociedad privada europea con 1 euro de capital social puede tener hasta cien socios mediante su división en participaciones sociales de 1 céntimo de euro (0'01 €) de valor

---

<sup>5</sup> ALONSO ESPINOSA, F.J.: *Curso fundamental de Derecho mercantil*, vol. II (Derecho de Sociedades), Murcia, 2004, págs. 128 ss.

nominal; téngase en cuenta que, fuera del ámbito de la sociedad cotizada, no es frecuente la existencia de sociedades con tal número de socios. Por último, el capital social tampoco actúa en la SPE como cifra de garantía *latu sensu* a favor de terceros. El capital social en la SPE no tiene por qué representar el valor mínimo e indisponible, junto con las reservas, del patrimonio neto de la SPE (cf. art. 36.1.c C. Com.) y tampoco forma parte de la cifra de retención de valores en el activo del balance que sirva para compensar, aunque sea *grosso modo*, la exclusión de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (cf. art. 3º.1.b PRSPE), si bien en este orden se impone a la SPE la obvia obligación de respeto a las normas comunes en materia de formulación, depósito, auditoría y publicidad de las cuentas anuales (art. 25 PRSPE). Obsérvese, finalmente, que el PRSPE no previene ninguna de las tradicionales técnicas de conservación del patrimonio neto a través del tratamiento jurídico aplicado al capital social en las sociedades de capital, a salvo las elementales técnicas de la prohibición de adquisición originaria de participaciones propias y la aplicación de reglas restrictivas ante la adquisición derivativa y de tenencia de participaciones sociales propias (art. 23 PRSPE), así como la prohibición de reparto a los socios de beneficios ficticios, esto es, se exige que, tras la distribución, el activo de la SPE cubra plenamente su pasivo (art. 21 PRSPE).

#### **4. Sociedad cuya estructura de organización interna queda a la discreción de la ordenación contractual en el respeto a un contenido legal mínimo y al principio de protección de los derechos políticos del socio.**

Según la explicación que precede a la PRSPE “los socios de la SPE disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar la organización interna de la SPE, con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento” (cf. art. 26.2 PRSPE). Una vez más se aplica también aquí la técnica legal de articulación de un contenido imperativo mínimo combinado con la libertad contractual la cual ha de ejercerse en efecto y cuyo resultado ha de quedar plasmado en la escritura de constitución (arts. 26-33 PRSPE y cap. V anexo I). Dentro de ese margen, la organización interna de la SPE queda en el ámbito del

contractualismo societario. Así, la SPE se configura como una *sociedad de estructura semicorporativa* porque necesariamente ha de tener un órgano de administración aunque puede prescindir de una junta general de socios entendida como órgano social. Así, en la SPE no puede haber actuación directa de los socios en la promoción del fin social ni en la explotación del objeto social (contractualismo puro), sino que en las relaciones externas con terceros, la SPE ha de actuar necesariamente a través de un órgano de administración cuyas competencias, facultades y funciones se delimitan, por un lado, como las que “no hayan de ser ejercidas por los socios en virtud del presente Reglamento o de la escritura de constitución” (arts. 26.1) y, por otro, mediante la atribución legal del poder de representación de la sociedad a los administradores (art. 33.1 PRSPE). En este sentido, la PRSPE se inclina por el principio de reforzamiento de las competencias y facultades del grupo de socios ante el órgano de administración –de forma que puede afirmarse que la actuación de éste puede quedar supeditada a las decisiones del grupo de socios en mayor o menor medida-, así como trata de asegurar la posición de cada socio individualmente considerado ante las actuaciones del grupo societario. El grupo de socios –organizado de forma simple según disponga el futuro Reglamento o bien con diferentes grados de complejidad de acuerdo con lo establecido por la escritura de constitución- resulta titular de un haz de competencias y facultades *mínimas* sobre las cuales ha de adoptar resoluciones según el principio mayoritario en su modalidad personalista (simple, absoluta o cualificada según el contenido del acuerdo) consistente en la mayoría de los votos vinculados a las participaciones sociales de acuerdo con lo establecido en la escritura de constitución, mayorías que los socios pueden libremente establecer los pactos sociales que consideren oportunos a salvo determinados supuestos que exigen mayoría cualificada mínima (cf. art. 27 y anexo I cap. V PRSPE).

Por otra parte, en la SPE todo socio resulta titular de derecho de información concebido en amplios términos (art. 28), así como se atribuye a los socios titulares de, al menos, el 5% de los derechos de voto vinculados a las participaciones sociales, el derecho a solicitar al órgano de administración que presente una propuesta de resolución a los socios, la cual es vinculante para el mismo (art. 29). La tutela de los socios disconformes o

perjudicados por ciertas actuaciones, decisiones o resultados de la sociedad, debidamente catalogados, se articula mediante la atribución a los mismos de un derecho de *retirada* (separación) (art. 18) revestido de un contenido legal mínimo imperativo, el cual puede ser ampliado en la escritura de constitución mediante técnicas como la atribución del derecho a la compra forzosa de las participaciones sociales del socio por parte de los demás socios o por la propia sociedad, los cuales estarán obligados a su adquisición en las condiciones establecidas en la escritura de constitución, en el caso de que así se haya pactado (anexo I cap. III PRSPE). Asimismo, se previene un sistema de reconocimiento judicial del derecho de separación a instancia del socio cuando el tribunal competente “tenga el convencimiento de que los intereses del socio se han visto gravemente perjudicados”. En este caso, la separación del socio se articula mediante la adquisición forzosa de sus participaciones sociales por parte de los demás socios o por la propia SPE (art. 18.6).

#### **5. Sociedad abierta ante la salida de sus socios pero libre y gradualmente clausurable según el régimen establecido en la escritura de constitución.**

De partida, el régimen legal proyectado de la SPE no la concibe como forma social personalista en el sentido más estricto. Podría afirmarse que, en este aspecto, la SPE parte de un principio de neutralidad; de ahí, entre otros aspectos, su amplio espectro funcional. En efecto, la identidad de los socios de la SPE no se configura como relevante o elemento típico desde el punto de vista de su régimen legal ya que la transmisión de las participaciones sociales se configura como *libre* de partida en el simple respeto a los aspectos formales y procedimentales establecidos por el futuro Reglamento (art. 16). En principio, por tanto, cada socio tiene el derecho a la libre transmisión de sus participaciones sociales sin tener que soportar ningún tipo de limitación, restricción ni prohibición. Pero este derecho del socio de libre transmisión de sus participaciones sociales es totalmente dispositivo. El régimen proyectado admite la licitud de cualquier clase de pacto de *limitación y de prohibición de transmisión* (temporal o permanente, total o parcial) de participaciones sociales siempre que el mismo se halle incluido en la escritura de

constitución. Tan sólo se exige al respecto la dotación de la necesaria seguridad jurídica sobre el contenido obligacional de tales cláusulas limitativas o prohibitivas. Así, el Anexo I (cap. III) exige que cuando se restrinja o se prohíba la cesión de participaciones, la escritura social ha de contener los “pormenores de la restricción o prohibición, en particular, forma, plazo, procedimiento aplicable, y normas aplicables en caso de fallecimiento o disolución de un socio”; asimismo, si se trata de una cláusula de aprobación de la cesión de participaciones por la SPE o por los socios, o se atribuyan a los socios o a la SPE otros derechos sobre la cesión de participaciones (por ejemplo, derecho de preferencia), [ha de constar el] plazo para la notificación de la decisión al cedente”. Nótese que la PRSPE no contiene disposición alguna respecto a la atribución de derecho de separación de ejercicio *ad nutum* a favor de los socios afectados en el caso de prohibición permanente de la transmisión de participaciones sociales. No obstante, cabe observar que la situación de este socio podría solventarse a través del aludido sistema de reconocimiento judicial de derecho de separación (retirada) que previene el art. 18.6 PRSPE.

## **6. Sociedad flexible, personalizable y capitalizable**

Si alguna característica hubiera de ser destacada especialmente del régimen de la PRSPE habría de ser ésta, en nuestra opinión. La política legislativa subyacente en esta PRSPE responde a la configuración legal de una forma social *susceptible de alta polivalencia funcional* en función de dos elementos básicos: (i) dotación de las mínimas técnicas y contenidos societarios imperativos en función de la seguridad jurídica debida a socios y terceros ante el funcionamiento de la sociedad; (ii) dotación de amplias facultades a favor de la autonomía privada de los socios para que, en el respeto al mínimo legal imperativo y bajo un sistema de contenido mínimo de la escritura de constitución adaptable en orden a la debida protección de socios y terceros (anexo I), aquéllos puedan adaptar o modelar la forma social, de forma ágil y eficaz, a sus específicos intereses y necesidades de organización societaria.

De esta forma, estamos ante una *sociedad ampliamente flexible* en la que pueden combinarse libremente, vía escritura de constitución, elementos de orden personalista con elementos genuinamente capitalistas, así como elementos de organización interna de orden contractual o básico con elementos de orden corporativo más complejos. La SPE permite así a los socios formar una sociedad “a la medida” de sus necesidades e intereses. Así, en especial, resultan de la PRSPE los siguientes aspectos:

(i) es lícito no sólo el pacto de “voto plural” entendido en su sentido más amplio, sino que el régimen de adopción de resoluciones por los socios se ajustará a la “mayoría definida en la escritura de constitución” (art. 27.1);

(ii) no se establece como regla supletoria de atribución de derecho de voto vinculado a las participaciones sociales la de proporcionalidad entre participación cuantitativa en el capital social e intensidad del derecho de voto de los socios sino que la escritura de constitución ha de regular expresamente “los derechos de voto vinculados a las participaciones, en su caso” (expresión que permite admitir, incluso, las participaciones sociales sin voto) (cf. anexo I, cap. III);

(iii) en coherencia con ello, no se establece ninguna base predeterminada o supletoria que sirva para el cálculo de la mayoría necesaria para la válida adopción de *resoluciones* por los socios, de forma que este importante aspecto del funcionamiento de la sociedad habrá de ser forzosamente resuelto por los socios mediante los oportunos pactos sociales en la escritura de constitución;

(iv) es lícito el pacto social por el que se establezca la desigualdad entre participaciones sociales ante la distribución del beneficio repartible, así como la creación de clases de participaciones sociales, de forma que también en este aspecto es lícita la ruptura de la regla proporcional entre participación del socio en el capital social y el derecho de participación en el beneficio repartible;

(v) es lícito el pacto estatutario por cuya virtud se establezca la desigualdad entre las participaciones sociales ante el derecho de reparto de la cuota de liquidación, así como es lícita la cuota de liquidación personalizada y preestablecida por la escritura de constitución (a semejanza del art. 393 RDL 1/2010);

(vi) no es necesaria la junta general de socios como órgano social ni, por tanto, reglas de organización y funcionamiento de la misma, para la válida adopción de resoluciones por los socios (art. 27.3);

(vii) la administración de la sociedad es también ampliamente personalizable (anexo I, cap. V) si bien bajo la limitación de que los administradores han de ser, necesariamente, personas físicas (art. 30.1); el estatuto jurídico del administrador es regulado en sus aspectos imperativos mínimos en función de la necesaria seguridad del tráfico (nombramiento, incompatibilidades y prohibiciones, obligaciones mínimas y poder de representación) pero los restantes aspectos (como los relativos a la modalidad del órgano y reglas de su composición y funcionamiento, duración del cargo y revocación, condiciones para ser nombrado, situaciones de conflicto de intereses, etc.) han de ser objeto de regulación contractual en la escritura de constitución;

(viii) pueden establecerse prestaciones accesorias pero parece que las mismas sólo pueden articularse de forma indirecta, esto es, exigibles por virtud de la titularidad de participaciones sociales; no pueden, por tanto, ser impuestas *ad personam* (cf. anexo I, cap. III que alude a “obligaciones inherentes a las participaciones”);

(ix) la PRSPE regula la retirada (separación) y la exclusión de socios y sus causas legales y la admisión de otras causas contractuales, así como las de disolución, respecto de la que debe considerarse que también admite la incorporación para esta última de causas contractuales ya que se dispone que “la disolución se regirá por la legislación nacional aplicable” (art. 40.2) legislación que, en este caso, es la propia de la sociedad de responsabilidad limitada.

## **7. Sociedad de gran espectro tipológico o sociedad funcionalmente polivalente.**

Si en algún lugar hemos afirmado respecto de la sociedad de responsabilidad limitada que es el arquetipo de la *sociedad de capital personalizable*, de la SPE puede afirmarse que es el arquetipo de la sociedad flexible ya que la misma, en más o menos la misma medida, resulta ser *personalizable* o *capitalizable* (admítase la expresión) puesto que su régimen admite tanto la creación de lo que podría denominarse una *sociedad colectiva de responsabilidad limitada* como la creación de una *sociedad anónima* bajo el único límite de que las “acciones” de ésta no podrían documentarse mediante valores mobiliarios (situación esta, como es sabido, no es precisamente extraña en la *praxis* a un considerable número de sociedades anónimas). De esta forma, la gran flexibilidad del régimen jurídico predispuesto para la SPE la hace susceptible de acoger o ser adaptada a casi toda necesidad de organización societaria externa de carácter empresarial y profesional, a excepción de la empresa que precise acudir al mercado de capitales para captar medios financieros. Por ello, se podría llegar a afirmar de la SPE que la misma podría llegar a constituirse en el tipo *general* de sociedad desde el punto de vista tipológico. Ello es así porque, de acuerdo con el contenido de la PRSPE, la SPE está dotada de un alto nivel de *polivalencia funcional* ya que, con carácter general, puede servir para organizar todo proyecto societario empresarial o profesional que no precise acudir al mercado de valores para su financiación; en este sentido, la SPE debe considerarse privada, en efecto, de la facultad de emitir sus participaciones sociales como valores mobiliarios (art. 3.1.d y 3.2 PRSPE), así como parece que, al menos en España, tampoco podrá emitir obligaciones (como valor mobiliario de captación de recursos ajenos) ya que la sociedad de responsabilidad limitada, forma social por la que debería regirse este aspecto de la SPE domiciliada en España, tiene expresamente prohibida la emisión de obligaciones u otros valores mobiliarios (art. 402 RDL 1/2010).

En el sentido indicado, conviene anotar que no parecería correcto afirmar que la SPE responda a un *tipo social prevalente* subyacente como, por ejemplo, los que, generalmente, se predicen respecto de la sociedad de responsabilidad limitada (el de sociedad con escaso número de socios cuyas relaciones están impregnadas de cierto grado de *intuitus personae* y cuya dimensión de la empresa social es pequeña o mediana aunque no determinante ante la elección de esta forma de sociedad) de la sociedad colectiva (el de sociedad cerrada) o de la sociedad anónima (el de sociedad abierta para la mediana y gran empresa). Así: (i) la SPE se puede constituir y mantener con una cifra de capital mínimo insignificante (1 €), lo que facilita su empleo para la organización de microempresas y de pequeñas empresas; (ii) la SPE no dispone limitación del número máximo ni mínimo de socios, por lo que este aspecto no es óbice para su empleo por cualquier realidad de número de socios; ello, unido a los diferentes aspectos mencionados, la convierten en tipo social realmente *general* ya que, en principio, puede afirmarse de ella que puede cubrir todo el espectro tipológico societario comprendido entre la sociedad interna y la sociedad anónima cotizada o bursátil.

### **8. Sociedad de bajo coste de constitución y mantenimiento.**

El procedimiento de constitución de la SPE aparece bastante simplificado en la PRSPE en la medida que la misma dispone un “único control de legalidad” que se ha de practicar “en el momento de inscripción de una SPE”. El PRSPE subraya que el control de legalidad de la escritura de constitución sólo podrá subordinarse a uno de los siguientes requisitos: a) control por un órgano administrativo o judicial; b) certificación de los datos y documentos de la SPE, y que “no debe exigirse a los fundadores de la empresa que satisfagan ambas exigencias” (cap. II de la explicación de la propuesta). Por consiguiente, no es necesario el otorgamiento de la escritura de constitución en escritura pública como requisito formal preciso para la válida constitución de la SPE. Por otra parte, se delimita con carácter imperativo la documentación máxima exigible para obtener la inscripción de la SPE (art. 10.2) y se prevé la solicitud de inscripción por medios electrónicos (art. 10.1).

Con carácter general, los actos societarios en la SPE no precisan anuncios en BORME y en diarios para su normal funcionamiento y eficacia, pudiendo ser sustituidos por otros sistemas (p. ej., comunicación escrita individual, página web, cf. art. 11.2), a excepción de las modificaciones estructurales (cf. art. 39) y la disolución (art. 40.4), que parece han de quedar sometidos a las normas en materia de sociedad de responsabilidad limitada. Por otra parte, la PRSPE no impone obligación de nombramiento de expertos independientes ante la fundación o el aumento del capital social contra entrega de aportaciones no dinerarias, o ante su fusión o escisión sin participación de sociedades anónimas o comanditarias por acciones, aunque ello puede ser establecido vía escritura de constitución (anexo I cap. IV).