



Opinión
OPINIÓN

EL EMPRESARIO

EL DIARIO DIGITAL DE LAS EMPRESAS

La circulación empresarial en la UE

28 de Septiembre de 2017

Álvaro Lucini Mateo, Delegado del Consejo General del Notariado para el Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUE)

Tendemos a suponer que las empresas europeas disfrutan dentro de la UE de un régimen de libertades definido para todas ellas de manera uniforme por los tratados, pero esto no es así exactamente. Al menos por lo que se refiere a la movilidad, pues existen diferencias considerables entre un empresario persona física y la empresa que realiza su actividad mediante una forma societaria, del tipo que sea.

Ambos disfrutan de la libertad de establecimiento, proclamada en los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la UE, que garantizan la posibilidad de constituir y gestionar empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, a la vez que prohíben las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales en el territorio de otro Estado miembro.

Pero solo el empresario persona física, en su condición de ciudadano de la UE, goza de la libertad de circulación, definida en el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento como el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

Las personas jurídicas, por el contrario, como construcción que son del Derecho nacional de los Estados miembros, carecen del derecho a la libre circulación del que gozan las personas físicas. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido ampliando el concepto de la libertad de establecimiento de las sociedades, para incluir en él formas de ejercicio no mencionadas expresamente en el artículo 49 del tratado.

El TJUE comenzó declarando la obligación de los Estados miembros de reconocer a las sociedades constituidas en otro Estado miembro, aun cuando no realicen efectivamente una actividad económica en el Estado de origen y sí en el de destino (caso Centros, C-212/97) o aunque hayan trasladado su centro de dirección (sede real) fuera del Estado de origen (caso Überseering, C-208/00). Después les reconoció el derecho a participar en una fusión con una sociedad constituida en otro Estado distinto del suyo de origen, siempre que las sociedades nacionales del Estado de destino tengan reconocida la posibilidad de fusionarse (caso SEVIC Systems AG, C-411/03).

Y finalmente les ha reconocido el derecho a transformarse en una forma social de otro Estado miembro, mediante el traslado al mismo del domicilio registral desde el Estado de origen, manteniendo la personalidad jurídica de la sociedad, siempre que el Estado de destino reconozca a las sociedades nacionales la posibilidad de transformarse y que se cumpla lo dispuesto legalmente en cuanto al cambio de tipo, inscripción en el registro nacional, localización del domicilio estatutario y de la sede real y demás requisitos establecidos por la ley del Estado de destino (caso Cartesio, C-210/06 y caso VALE Építési Kft, C-378/10).

El hueco legislativo

El problema reside en que pese a la complejidad de la operación de traslado internacional de sede -al implicar a los ordenamientos jurídicos y a los registros mercantiles de dos Estados distintos, entre los que puede haber profundas diferencias- **no existen normas europeas que, con carácter general, establezcan claramente un procedimiento y protejan en la justa medida los diversos intereses afectados** (los de la propia sociedad, sus socios minoritarios, trabajadores, acreedores en general, el fisco y la seguridad social del Estado de origen)

El traslado internacional de domicilio está previsto legalmente para la sociedad anónima europea y para la sociedad cooperativa europea (artículos 8 y 7 de los respectivos reglamentos, 2157/2001 de 8 de octubre de 2001 y 1435/2003 de 22 de julio de 2003), tipos societarios escasamente difundidos, bajo los cuales operan unos cuantos centenares de empresas europeas. Pero no hay regulación para los millones de empresas constituidas bajo cualquiera de las diversas formas societarias nacionales de los Estados miembros, que son la inmensa mayoría.

Desde hace años se espera la aprobación de una directiva europea sobre esta materia, que ha sido reclamada reiteradamente por el Parlamento Europeo a la Comisión Europea. Por parte de ésta se han encargado diversos estudios e incluso se llegó a presentar un proyecto en los años noventa del pasado siglo, pero hay cierta resistencia a abordar definitivamente el asunto, puesto que implica varias dificultades.

Unas son de tipo técnico, como ciertas complejidades derivadas de la existencia en los Estados miembros de un doble modelo antagónico para la determinación de la ley aplicable, el de la incorporación frente al de la sede real; otras de tipo político. Entre estas últimas es forzoso referirse al temor de las organizaciones sindicales a que, por esta vía, pudieran eludirse las normas vigentes en algunos países del centro y norte de Europa sobre participación de los trabajadores en los órganos de administración de las empresas grandes y medianas. En el mismo apartado hay que incluir **el temor de algunos Estados a la “huida” de sus empresas a otros Estados con ordenamientos menos exigentes en materias “sensibles”, como los impuestos o el Derecho laboral.**

No es, pues, de extrañar que el actual plan de acción de la Comisión Europea en el ámbito del Derecho de sociedades, publicado el 12 de diciembre de 2012, contemple la regulación del traslado internacional de domicilio pero sin considerarlo una prioridad.

Pero el *Brexit* ha puesto sobre la mesa la problemática situación, tras el abandono de la UE por el Reino Unido, de las falsas sociedades británicas, inscritas en el Companies House of England and Wales con la única finalidad de beneficiarse de un ordenamiento jurídico en apariencia menos estricto, pero que no tienen actividad alguna en las Islas Británicas y sí en otros países europeos, normalmente tan sólo en el país de origen de los socios.

Hay unas 50.000 sociedades alemanas en origen- y varios miles procedentes de otros

Estados miembros- que, como en un Dunquerque a la inversa, aguardan junto a las costas de Dover con la esperanza de volver al continente, para poder seguir disfrutando bajo otra nacionalidad de las libertades de la UE, sin que por el momento les resulte posible. La razón es, sencillamente, que la ley británica no lo permite, en una demostración más de que la adhesión del Reino Unido a los principios del liberalismo está convenientemente graduada en función de los intereses nacionales británicos.

En parte como consecuencia de este problema, parece ser que la directiva sobre traslado internacional de sede irá incluida en el paquete de propuestas legislativas que la Comisión va a presentar a final de este año.

Con todo, merece destacarse aquí que en España la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se ha anticipado a la decimocuarta directiva y ha regulado el traslado internacional de domicilio social a o desde el extranjero con una visión facilitadora, en plena sintonía con la interpretación de la libertad de establecimiento realizada por el TJUE.

La futura directiva sobre traslado internacional de sede social, a debate en el IV Congreso Notarial Europeo, en Santiago de Compostela

El Notariado es una institución presente en 22 Estados miembros de los 28 de la UE, que comparten un sistema de seguridad jurídica preventiva basado en los principios comunes del sistema notarial romano-germánico. En la mayor parte de estos países, (como Alemania, Austria, España, Italia o los tres del Benelux) los notarios acompañan a las sociedades mercantiles a lo largo de todo el ciclo vital, desde su nacimiento hasta la liquidación final.

El Notariado europeo está demás comprometido activamente en la construcción del espacio común europeo de Justicia y Seguridad, por lo que participa, a través del Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUE) en el proceso de elaboración de las normas europeas, por medio de informes, propuestas, opiniones, seminarios o estudios teóricos.

En el 4º Congreso de los Notarios de Europa, que se celebrará del 5 al 7 de octubre en Santiago de Compostela, va a debatirse acerca del contenido de la futura directiva sobre traslado internacional de sede social. El CNUE considera que **la existencia de normas armonizadas en esta materia puede ser muy útil, al reducir la incertidumbre en cuanto a los requisitos del procedimiento, a las garantías de los diversos interesados y al tiempo de duración**. Por ello mostró su apoyo a esta iniciativa legislativa en el Plan 2020, presentado en Bruselas el 7 de octubre de 2014.

Ahora, tres años más tarde, bajo la presidencia del notario español José Manuel García Collantes, el CNUE quiere mostrar el conocimiento práctico de los notarios en la materia y ofrecer al legislador europeo su colaboración para el mejor diseño del futuro instrumento normativo, presentando diversas propuestas al respecto.

El debate va a estar centrado en el grado de armonización de los derechos de los acreedores, socios minoritarios y trabajadores; en la necesidad de un control de legalidad en los Estados de origen y de destino; en la conveniencia de exigir un vínculo real entre la empresa y el Estado de destino, a fin de evitar deslocalizaciones ficticias; en la forma de articular la comunicación entre los registros mercantiles implicados en la operación, y en la posibilidad de seguir como modelo la directiva sobre fusiones transfronterizas de 2005, que tan satisfactoriamente ha funcionado en la práctica.