

Las sociedades inglesas en la Europa *post brexit*

Elisa Torralba Mendiola

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La salida del Reino Unido de la Unión Europea tendrá consecuencias en el reconocimiento de sociedades, en la realización de ciertas modificaciones estructurales y en la posibilidad de constituir sociedades anónimas o cooperativas europeas, entre otras.

1. Aspectos generales

La salida del Reino Unido de la Unión Europea tendrá consecuencias también en el ámbito del Derecho de sociedades. Sin perjuicio de las dificultades de avanzar cómo va a resultar una situación cuyos contornos todavía no están definidos, sí es posible plantear algunas cuestiones que necesariamente se van a ver modificadas.

El Derecho de sociedades se ha abordado en la Unión Europea desde una doble perspectiva: la legislativa y la jurisprudencial. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha llevado a cabo una suerte de armonización negativa en la que, partiendo de la libertad de establecimiento, ha fijado los límites del sistema de reconocimiento de sociedades y de ciertas modificaciones estructurales.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

El legislador por su parte, ha efectuado una armonización positiva de carácter horizontal, reflejada actualmente sobre todo en la Directiva 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, y en la recientemente aprobada Directiva sobre fusiones, transformaciones y escisiones transfronterizas, que modifica la anterior. Se trata de instrumentos que no eliminan las diferencias entre las legislaciones y que permiten a los operadores jurídicos disponer de distintos tipos societarios en el ámbito europeo, lo que, unido a la libertad de establecimiento, coloca a su alcance la posibilidad de utilizar aquel que mejor se adapte a sus intereses y necesidades. Junto con ello, se ha llevado a cabo una armonización vertical que, con mayor o menor éxito, ha creado tipos societarios supranacionales que pretenden superar la fragmentación jurídica estatal para responder a una realidad económica no fragmentada (piénsese, por ejemplo, en la sociedad anónima europea o en la sociedad cooperativa europea).

Como ya apuntó la Comisión Europea en su aviso sobre las repercusiones para el Derecho de sociedades de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, de 21 de noviembre del 2017, el *brexit* implicará la desvinculación del Reino Unido de los instrumentos legislativos de aquélla y, a su vez, la no aplicación de dichos textos a las sociedades de ese país. Del mismo modo, dejará de ser efectiva la libertad de establecimiento, y todo con las consecuencias que se exponen en los epígrafes siguientes, sin perjuicio de los posibles acuerdos que para estos temas puedan llegar a alcanzarse.

2. Sistema de sede real frente a sistema de constitución

En la Unión Europea coexisten dos sistemas de atribución de la *lex societatis*, es decir, de determinación de la ley por la que se rige una sociedad: el sistema de sede real y el sistema de constitución.

Los países que tradicionalmente han venido aplicando el primer sistema (de los que Alemania es el ejemplo paradigmático) requieren, para que una sociedad pueda registrarse por su ordenamiento, que se constituya de acuerdo con su Derecho y que su sede real se sitúe en su territorio. La determinación de qué hay que entender por *sede real* puede diferir en cada Estado y atender a distintos criterios: centro de administración, centro principal de negocios u otros.

Por el contrario, los Estados que siguen un sistema de constitución —el Reino Unido o los Países Bajos, por ejemplo— exigen únicamente que la sociedad se haya constituido conforme a su ordenamiento, sin necesidad de que se cumplan requisitos adicionales relativos a la ubicación de la sede real, es decir, sin que se preste atención a los vínculos objetivos que la sociedad pueda presentar con el territorio en el que se constituye.

3. Aplicación de los sistemas anteriores al reconocimiento de sociedades: jurisprudencia del TJUE y situación *post brexit*

Reconocer una sociedad no es sino aceptar la personalidad jurídica que un ordenamiento extranjero otorga a una entidad constituida conforme a sus reglas y a la que aquél atribuye tal personalidad. Los sistemas de atribución de la *lex societatis* descritos en el apartado anterior tienen consecuencias distintas cuando se aplican a este reconocimiento de sociedades extranjeras.

Los Estados que adoptan un modelo de constitución son más favorables a dicho reconocimiento, puesto que sólo exigen para que se produzca que la sociedad se haya constituido válidamente de acuerdo con el Derecho extranjero por el que dice regirse. De este modo, el Reino Unido no exige para reconocer a una sociedad española más requisito que el de adecuarse a las disposiciones del Derecho español, con la consecuencia de que, si la sociedad se entiende válidamente constituida en España según el Derecho español, también se considerará así en el Reino Unido. A cambio, en un sistema de sede real, para que una sociedad inglesa sea reconocida, es necesario que, además de constituirse de acuerdo con el Derecho inglés, tenga su sede real en el Reino Unido, con la consecuencia de que, si no se produce esa coincidencia, la sociedad, dotada de personalidad jurídica según el Derecho inglés, puede no vérsela atribuida en el Estado que sigue este segundo modelo.

En ese contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido —fundamentalmente en los casos *Centros*, *Inspire Art* y, sobre todo, *Überseering*— que el modelo de sede real aplicado al reconocimiento de sociedades no es compatible con la libertad de establecimiento, puesto que la obstaculiza de una manera que no resulta proporcional a los fines que aquel modelo persigue y, en consecuencia, no puede ser aplicado en el seno de la Unión Europea. Esto ha tenido como consecuencia que los países que adoptan un sistema de sede real no puedan aplicarlo al reconocimiento de sociedades procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, sin perjuicio de que puedan mantenerlo respecto de sociedades extraeuropeas, a las que no se extiende la libertad de establecimiento.

Las consecuencias de esta jurisprudencia son relevantes para el sistema societario inglés: la regulación del Reino Unido es más flexible que la mayoría de las continentales en el establecimiento de ciertos requisitos para la constitución de sociedades. Así, por ejemplo, no se requiere un capital mínimo para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, lo que ha sido aprovechado con frecuencia por los operadores jurídicos para crear sociedades sujetas al ordenamiento inglés en casos en los que no existe ninguna voluntad de desarrollar actividades en el Reino Unido, sino que todas las actuaciones de la sociedad —económicas y de administración— se llevan a cabo en otros Estados miembros de la Unión Europea —son las llamadas *letter box companies*—, práctica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea refrendó en la citada sentencia *Centros*.

La salida del Reino Unido de la Unión Europea privará a todas esas sociedades de la prerrogativa de acogerse a la libertad de establecimiento, lo que, entre otras consecuencias y desde una perspectiva societaria, implicará también que en aquellos Estados miembros en los que se sigue manteniendo un sistema de reconocimiento de sociedades basado en la sede real, la posibilidad de aplicarlo a sociedades del Reino Unido se reactivará, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sólo impide su aplicación en la Unión Europea, en la medida en que se basa en la libertad de establecimiento. Siendo así, una *letter box company* inglesa podrá no ser reconocida en los Estados de la Unión Europea que cuenten con un modelo de sede real.

La situación en España puede prestarse a controversia, puesto que es discutido el carácter de nuestro sistema de atribución de la *lex societatis*, pero cabe defender con argumentos sólidos (Garcimartín, 2002) que no se permitirá dejar de reconocer este tipo de sociedades. A la inversa, y si se sigue manteniendo el sistema hasta ahora vigente, no parece que el Reino Unido deba dejar de reconocer sociedades españolas en su territorio, si bien las vías para limitar su actuación podrían adoptar formas distintas, independientes de las del reconocimiento de personalidad jurídica.

4. El traslado del domicilio social y otras modificaciones estructurales

De acuerdo con los dos sistemas descritos, el traslado de la sede estatutaria al extranjero tiene siempre consecuencias sobre la *lex societatis* e incluso, en algunos casos, sobre la validez de la sociedad, mientras que el de la sede real las tiene sólo para los ordenamientos que adoptan ese modelo.

El traslado del domicilio social en el ámbito de la Unión Europea fue abordado primero por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, posteriormente, y sólo en fecha muy reciente, por el legislador.

El primero ha sostenido —en sus sentencias *Cartesio*, *Vale Épitési* y *Polbud*— que la libertad de establecimiento obliga a permitir la realización de este tipo de operaciones, a las que denomina *transformaciones*, con mantenimiento de la personalidad jurídica, si bien introduce ciertos límites: a) el Estado de origen de la sociedad que traslada su sede a otro Estado miembro no puede impedir dicho traslado, pero no está obligado a permitir que dicha sociedad siga estando sujeta a su ordenamiento; de este modo, si una sociedad húngara traslada su sede real a Italia, Hungría —cuya legislación adopta un modelo de sede real— no está obligada a mantener la «nacionalidad» húngara de dicha sociedad (*Cartesio*), y b) el Estado de destino puede exigir los requisitos que considere oportunos para que la sociedad de otro Estado que se traslada a su territorio pase a regirse por su ordenamiento y, entre ellos, que fije en dicho territorio su sede real (*Vale Épitési*, *Polbud*). Dicho en otras palabras, si bien el modelo de sede real no puede aplicarse al reconocimiento de sociedades, sí puede mantenerse en la fase de constitución —o de transformación— de la sociedad.

En ese contexto, la Directiva sobre fusiones, transformaciones y escisiones transfronterizas ha venido a regular el traslado del domicilio social (transformación) con el objeto de armonizar la normativa de los Estados miembros en la materia cuando la operación se lleva a cabo en el seno de la Unión Europea. Fuera de ese contexto, no existe un sistema unificado, sino que las posibilidades de que el traslado sea o no efectivo dependen de la legislación de cada Estado miembro —en la que se incluyen los convenios que pudiera haber ratificado— y de la posibilidad de coordinación de las distintas legislaciones. La salida del Reino Unido de la Unión Europea coloca a sus sociedades entre las de terceros Estados, con la consecuencia de que no se beneficiarán del sistema intraeuropeo de transformación, y lo mismo ocurrirá con las sociedades de otros Estados miembros, cuya transformación en sociedad inglesa se podrá ver dificultada de este modo.

En España, los artículos 92 a 103 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, regulan el traslado al extranjero del domicilio social tanto dentro como fuera del Espacio Económico Europeo y desde la doble perspectiva de la «salida» de sociedades españolas y de la «entrada» de sociedades de otros Estados. Estas reglas, que serán las que tras el *brexit* deban aplicarse a las sociedades inglesas que pretendan trasladarse a España y a las españolas que quieran hacerlo al Reino Unido, parten de la aplicación de la ley de origen de la sociedad al acuerdo de transformación y al procedimiento que se habrá de seguir hasta la presentación en el Registro de dicho acuerdo. Éste es el momento en que las disposiciones del Estado receptor entran en juego. La ley sobre modificaciones estructurales establece un procedimiento que, si bien en ciertos aspectos puede parecer más flexible que el previsto en la directiva —no se menciona la posibilidad de controlar los fines del traslado y su posible carácter abusivo o fraudulento, por ejemplo—, difícilmente funciona sin la necesaria coordinación registral con el Estado de destino, que la ley española no puede imponer.

La salida del Reino Unido de la Unión Europea dificultará asimismo otras modificaciones estructurales —como las fusiones o las escisiones—, ahora reguladas a nivel europeo en la directiva mencionada, con el objeto de facilitarlas cuando las afectadas sean todas sociedades sujetas al Derecho de un Estado miembro, puesto que, en ausencia de procedimientos armonizados, la aplicación de distintas legislaciones y la necesaria coordinación registral pueden plantear problemas de difícil solución práctica.

5. Tipos societarios supranacionales

El Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, recoge hasta cuatro formas de constitución posibles, pero en todas se exige que quienes participen en ellas sean sociedades constituidas conforme al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y que, además, tengan su domicilio social y su administración central en la Unión Europea, lo que, tras el *brexit*, dejará a las sociedades inglesas fuera de la posibilidad de participar en uno de estos tipos societarios.

Otro tanto ocurre en relación con el Reglamento 1435/2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, cuyo artículo 2 exige que las sociedades que intervengan en la creación de una cooperativa europea estén, al menos, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, lo que, de nuevo, dejará fuera a aquellas que lo hayan sido en el Reino Unido. En este caso, y a diferencia de lo que ocurre en la sociedad anónima europea, en cuya constitución no pueden participar personas físicas, la sociedad cooperativa europea podrá también constituirse con un mínimo de cinco personas físicas, eso sí, residentes en, al menos, dos Estados miembros.

El recorrido que se ha hecho en estas páginas no agota el catálogo de las posibles consecuencias del *brexit* en la esfera societaria (no se aborda, por ejemplo, la situación en la que quedarán las sucursales en la Unión Europea de sociedades constituidas en el Reino Unido, que pasarán a tener el tratamiento propio de las sucursales de sociedades de terceros Estados), pero sí recoge las que pueden resultar más relevantes. En cualquier caso, la situación definitiva dependerá de los acuerdos que el Reino Unido pueda adoptar con la Unión Europea o de los que, de manera bilateral, pueda llegar a concluir con sus Estados miembros.