

Reconocimiento de las sociedades británicas en la era post Brexit: libertad de establecimiento.

El 24 de diciembre de 2020, Reino Unido (RU) y la Unión Europea (UE) llegaron al Acuerdo de Comercio y Cooperación, que perfila su relación política y comercial en la era post Brexit.

Atendiendo a lo establecido en dicho acuerdo, las sociedades constituidas en RU, no podrán acogerse al artículo 54¹ del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (TFUE), el cual garantiza la libertad de establecimiento a las personas jurídicas constituidas en los Estados miembros de la UE. A continuación, analizamos algunas de las consecuencias que este hecho, puede tener sobre las sociedades constituidas en RU.

Reconocimiento de las sociedades británicas: *letter box companies*.

A partir del 1 de enero de 2021, el reconocimiento² de las sociedades constituidas en RU cuya sede real no esté ubicada en dicho país, dependerá del Derecho Internacional Privado de cada Estado.

En los Estados que integran la UE coexisten dos sistemas para la asignación de la *lex societatis*³: sistema de sede real y sistema de constitución.

En los países que adoptan el sistema de constitución⁴, se reconocen como válidamente constituidas, aquellas sociedades que cumplen con el ordenamiento jurídico extranjero, al que los socios se han acogido para crearla, aunque la sociedad tenga su sede real en un Estado distinto, a aquel conforme a cuya normativa se ha constituido.

¹Artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE): ‘Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión, quedarán equiparadas a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo’

²Cada Estado, aplicando su normativa interna, determina si la persona jurídica, puede ser o no reconocida como sociedad mercantil en su territorio.

³Podemos definir la *lex societatis* como la ley estatal (ordenamiento jurídico) que determina la ley aplicable a las sociedades desde su constitución hasta su disolución, extinción o liquidación. Siguiendo al profesor ARENAS GARCIA, la *lex societatis* se correspondería con la ley nacional de la sociedad.

⁴ Algunos de los países que adoptan el sistema de constitución son: Reino Unido, Irlanda y Países Bajos.

Por el contrario, los Estados que acogen el modelo de sede real⁵, reconocerán a las sociedades siempre que éstas tengan su sede real en el país conforme a cuya normativa se han constituido, y donde también se encuentra su sede estatutaria.

En consecuencia, una *letter box company* inglesa, esto es, una sociedad constituida en RU y con sede estatutaria en dicho país, pero con sede real en otro Estado, no será reconocida por los Estados de la UE cuya normativa responda modelo de sede real⁶.

En la época anterior al Brexit, las *letter box companies* inglesas, eran reconocidas en todos los países miembros de la UE, en cumplimiento con el TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁷. En ese sentido, cabe mencionar la sentencia *Centros*⁸, en la cual el TJUE se pronunció sobre los siguientes hechos:

Un matrimonio residente en Dinamarca y de nacionalidad danesa, decide constituir su sociedad en RU, en concreto una *private limited company*, debido a que el Derecho Inglés, a diferencia del Derecho Danés, les permitía constituir la sociedad haciendo la aportación mínima de capital de 1 GBP. Por esta razón, los socios deciden operar bajo una sociedad británica, teniendo su domicilio estatutario en RU, pero con la intención de ubicar su centro de dirección efectiva y explotación en Dinamarca.

Cuando dicha sociedad procede a inscribir una sucursal en Dinamarca, la cual iba a ser materialmente, la sede real de la sociedad, el registro danés deniega la inscripción, alegando que, si el centro de actividades económicas de la sociedad interesada, se va a ubicar en Dinamarca y carece de actividad en RU, se concluye que la única razón por la cual esta sociedad se ha constituido y registrado en RU, es la elusión de la normativa danesa.

La decisión del registro danés fue recurrida judicialmente y abordada por el TJUE, que resolvió lo siguiente:

“La denegación por parte un Estado miembro, de la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida con arreglo al Derecho nacional de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social, sobre la base de que la sucursal está destinada a permitirle el ejercicio de toda su actividad económica en el Estado de acogida, con la consecuencia de que el establecimiento secundario eludiría las normas nacionales relativas a la constitución y desembolso de un capital mínimo, es incompatible con la libertad de establecimiento recogida en el Artículo 54 del TFUE (antiguo artículo 48 TCE) ”.

A partir del 1 de enero de 2021, el registro mercantil danés, al igual que los registros mercantiles de los Estados cuya normativa acoja el sistema de sede real, podrán denegar el registro de una sucursal en su país, cuando ésta vaya a constituir la sede real de una sociedad matriz en RU, en donde se encuentra su domicilio estatutario, pero donde carece de actividad alguna. Es decir, tras el Brexit las *letter box company* inglesas quedan fuera de la aplicación del artículo 54 del TFUE.

⁵ Algunos de los países cuya normativa adopta el modelo de sede real son: Austria, Bélgica, Grecia y Alemania.

⁶ La falta de unanimidad en la definición de sede real, por parte de los Estados que se acogen a este modelo, ha sido objeto de críticas, ya que ello genera inseguridad y confusión en la determinación de la *lex societatis*.

⁷ Vid Inspire Art C-167/01.

⁸ Vid Centros C-212/97

Reconocimiento de las sociedades británicas: capacidad procesal.

A continuación, aludimos a las consecuencias que el Brexit puede tener en la capacidad procesal, de las sociedades constituidas en RU con domicilio estatutario en dicho país (RU), pero con sede real en otro Estado.

A este respecto, cabe señalar la sentencia *Überseering*⁹ en la que el TJUE, alegando el artículo 54 del TFUE, amparó el derecho de una sociedad (*Überseering*) constituida conforme al Derecho Holandés, a trasladar su sede de administración a Düsseldorf (Alemania), sin que por ello los Tribunales germanos, siguiendo su normativa nacional, la cual adopta el sistema de sede real, pudieran negarle capacidad procesal.

Trasladando los hechos descritos en la sentencia *Überseering*, a la realidad post Brexit, nos podemos encontrar con las siguientes situaciones:

Imaginemos que, una sociedad válidamente constituida en RU y con sede real en otro Estado, desea presentar demanda en Alemania. Teniendo en cuenta que el país germano adopta el modelo de sede real, puede negarse a reconocer esta sociedad, y por ende su capacidad procesal, puesto que su sede real no se encuentra en el mismo lugar que su sede estatutaria.

Por el contrario, si esta sociedad quisiera presentar demanda en un país cuya normativa se acoja al sistema de constitución, los tribunales de dicho país, reconocerían a dicha sociedad y no alegarán la falta de coincidencia entre sede real y estatutaria, para negarle capacidad procesal.

Reconocimiento de las sociedades británicas en España.

El conjunto de preceptos normativos recogidos en el ordenamiento jurídico español¹⁰, han sido interpretados por la doctrina como propios de un modelo próximo al sistema de sede real, como, en otros casos, reguladores de un modelo de constitución, no siendo posible determinar una posición definida y unánimes ni doctrinal ni jurisprudencialmente.

⁹ *Vid* *Überseering* C-208/00.

¹⁰ *Vid*: Arts: 9.11 y 28 del Código Civil Español; art 15 del Código de Comercio Español; Arts: 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital Española.