



# FRENAZO A LAS SOCIEDADES EUROPEAS



**POR XAVIER GIL PECHARROMÁN**

**L**a armonización legal para la constitución de empresas, que se considera como piedra angular para la creación de mercado único hace aguas por todas partes por las reticencias de los gobiernos de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea (UE).

La normativa europea sobre creación de empresas está muy lejos de ofrecer un texto capaz de ofrecer un modelo que evite las peculiaridades legislativas de cada país comunitario, lo que dificulta la internacionalización de las empresas familiares y de las pequeñas y medianas empresas.

Antonio Perdices, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, explicaba esta semana, en el transcurso de su intervención en un reciente seminario celebrado en Toledo sobre el Derecho Privado Comunitario, organizado por el Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, que "en el transcurso de las deliberaciones, esta normativa está perdiendo su condición europea, porque las revisiones del texto son cada vez más nacionales, con remisiones constantes a los ordenamientos jurídicos de cada país" y su definición de pyme, "ya que no establece una cifra máxima de capital y un número determinado de accionistas".

Por su parte, Antonio Roncero Sánchez, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha, consideró que la sociedad privada europea, sólo ha valido para crear más confusión y "vamos a tener veintisiete modelos de sociedades europeas, una por cada país, lo cual va a ser

un hándicap para la empresa familiar que no podrá crear una sociedad en un país, sin conocer las singularidades particulares del derecho de ese Estado, lo que representa el objetivo fundamental de la sociedad europea". Así, se complica extraordinariamente la figura de la *joint venture*, que permite la creación de sociedades conjuntas con socios extranjeros, fundamental para las empresas de pequeño tamaño y para las empresas familiares.

## **GOBIERNOS FRENTE A EMPRESARIOS**

El conflicto es adquire dimensiones espectaculares, puesto que la armonización es imprescindible para lograr el mercado único. Por ello, Antonio Fernández-Golfin, notario de Madrid y delegado del Ministerio de Justicia en el Grupo de Derecho de Sociedades del Consejo de la Unión Europea (UE), explicó durante su intervención en el seminario notarial, que el mayor inconveniente que genera esta forma de actuar es el nivel de control que quieren ejercer los políticos en cada estado miembro, mayor cuanto más costa mediterránea poseen, "aunque en realidad donde más sufren las consecuencias en lugares con poblaciones muy dinámicas, como Dinamarca o Alemania, donde miles de pymes han decidido cobijarse bajo el paraguas de las leyes inglesas".

La propia CE ha reconocido que esta normativa se encuentra con una serie de problemas prácticos en la mayoría de los países, que explican que su acogida haya sido tan desigual entre los estados miembros, puesto que el Estatuto remite en demasiadas ocasiones a los ordenamientos jurídicos nacionales, lo que genera incertidumbre sobre las implicaciones legales de las reglas directamente aplicables y sobre su conexión con las leyes nacionales. El propio Ejecutivo comunitario ya ha anunciado su intención de proponer enmiendas para mejorarlo a partir de 2012.

En España, por ejemplo, continúa siendo una quimera que quienes tienen participaciones de una sociedad limitada sin voto no puedan traspasarlas libremente aunque los proyectos normativos continentales apunten en dirección contraria.

[PASA A PÁG 5]

BELÉN ESPINJO



# FRENAZO ALAS SOCIEDADES EUROPEAS

[VIENE DE LA PAG 1]

Las estadísticas de la Comisión Europea reflejan con claridad la derrota que está sufriendo la armonización legal frente al protagonismo de los derechos nacionales. Como ejemplo, tan sólo 600 empresas acogidas al Estatuto de Sociedad Europea, únicamente una figuraba registrada en España en 2010, 23 en Reino Unido, 19 en Francia y ninguna en Italia. Esta situación contrasta con las 281 promovidas en la República Checa ó las 134 en Alemania, donde se ha incentivado la creación de las sociedades de ámbito en la UE.

Además, no puede olvidarse que hay otras formas societarias que prácticamente no se han desarrollado como ocurre con la Sociedad Cooperativa Europea, de la que se tan sólo se ha registrado un total de 17.

Francisco Garcimartín, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, aseguró que se ha logrado el efecto contrario al que se buscaba, tal y como señalaba Fernández-Golfín, pues después de la emisión de varias sentencias por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), las sociedades mercantiles "son libres de elegir su traje societario"; es decir, "pueden optar por las leyes de cualquier Estado en esta materia" lo que ha generado una reacción de países en principio contrarios a esta libertad de competencia entre legislaciones nacionales como Alemania, Francia y España por competir con el Derecho británico, principal defensor de esta línea de actuación.

Antonio Perdices pone como ejemplo, que en España sigue vigente el modelo de sede real, cuya mayor ventaja está relacionada con la filosofía de la Ley Concursal con la intención de garantizar los derechos de los acreedores.

## EMPRESA FAMILIAR

Para Antonio Roncero, uno de los fracasos principales de la internacionalización de las empresas españolas se encuentra en la falta de alicientes con que cuenta la legislación, tanto española como comunitaria, a pesar de que en España suponen el 80 por ciento del total y suponen entre un 60 y un 70 por ciento del PIB español. Sin embargo, en la mayoría de los casos tienen una vida realmente breve, menor a la vida media que tiene una empresa no familiar.

La transformación de la empresa familiar en no familiar se produce cuando su estructura se va haciendo más compleja, cuando aparecen problemas, intereses diversos,

por lo que el cambio de generación solo es exitoso en uno de cada tres intentos.

La primera dificultad para la empresa familiar es la inexistencia de un procedimiento jurídico específico para su constitución, puesto que aunque el Real Decreto 171/2007 hace una aproximación a la definición de sociedad familiar, pivotando sobre la propiedad y el poder de decisión, el acceso al Registro Mercantil sigue siendo voluntario.

Generalmente, este tipo de empresas no se dota de las medidas organizativas necesarias para blindarse ante los problemas que plantea su propia evolución. Una mayoría de las empresas carecen de consejo de familia y de protocolo familiar, pero las estadísticas demuestran que, además, desconocen que son los protocolos. Más del 50 por ciento nacen como empresas individuales y no sienten la necesidad de establecer una estructura más compleja que la hará viable en el futuro.

Estos condicionantes iniciales hacen que el nivel de internacionalización de las empresas familiares es menor que la de aquellas que no lo son, aunque cerca del 60 por ciento de las exportaciones españolas se realizan por empresas familiares.

## UN GERMEN DE AUTODESTRUCCIÓN

La empresa familiar lleva en su propia naturaleza el germen de su destrucción. Los obstáculos para la

**LA ESTADÍSTICA DECLARA LA DERROTA DE LAS LEYES COMUNITARIAS ANTE LOS DERECHOS NACIONALES**

**EL TRIBUNAL DE LA UE HA DADO LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL ESTADO PARA CREAR LA EMPRESA**

internacionalización de estas empresas son: el grado de concentración familiar y la organización que se hace de este poder familiar, que son fuente de ventajas competitivas y de desventajas.

Los principales beneficios de las empresas familiares son también sus principales riesgos. Los lazos familiares son una ventaja competitiva en el inicio, porque dan más cohesión, flexibiliza los procesos de supervisión, existe una mayor confianza y hay una orientación a largo plazo. Sin embargo, cuando se analizan las estadísticas se comprueba que esto no es cierto y que existe una relación inversa entre el grado de internacionalización y el nivel de familiaridad por la concentración de poder, el retraso en el relevo generacional y la aversión al riesgo, puesto que lo que está en juego el patrimonio familiar.

Roncero estimó que la estructura de una empresa familiar es más compleja que una no familiar y uno de los principales problemas es no reconocer las dificultades que plantea ser empresa familiar, por lo que no se toman medidas adecuadas.

## REGISTRO DE LOSESTATUTOS SOCIALES

La mayoría de las empresas familiares empiezan como sociedades limitadas lo que les dota de una estructura mucho más rígida que si lo hiciesen a través de sociedades anónimas. Pero no basta sólo con elegir bien el tipo societario, sino que es necesario establecer un buen desarrollo de las normas de funcionamiento.

Sin embargo la actual legislación

La normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas está dando un mayor protagonismo al derecho nacional que a las normas transnacionales, consideradas por expertos y empresarios como imprescindibles para la consolidación del Mercado Único. Cada vez es más corriente elegir el país cuyo derecho regirá a la nueva sociedad.

no favorece la aceptación por el Registro de Estatutos que contengan cláusulas que traten de dar respuestas particulares a las necesidades de una empresa de este tipo. Y ello, a pesar que la norma de 2007 haya regulado la inscripción de dichas cláusulas, que son relevantes para este tipo de sociedades.

Más de la mitad de las empresas tienen un administrador único y carecen de consejo de administración, que en otros casos son elementos puramente ornamentales, puesto que sus miembros quieren imponer sus criterios y no seguir las líneas recomendadas por los directivos de la empresa. Hay otros asuntos más problemáticos como los condicionamientos del derecho de voto o su representatividad. Estas medidas, que no están en los estatutos estandarizados que se pueden utilizar para el Registro, tienen que estar recogidas en los pactos parasociales y deben estar reflejadas en el protocolo familiar. Se trata de una herramienta que contiene elementos jurídicos e incluso no jurídicos, con carácter vinculante, como es el establecimiento de los plazos sucesorios.

## FISCALIDAD SIN INCENTIVOS

La abogada Concha Carballo denunció que es necesaria una tributación especial para la empresa familiar, igual que hay un régimen especial de fusiones, el régimen especial de las pequeñas y medianas empresas. Este régimen debería permitir que la empresa siguiera a pesar de los problemas que la vida cotidiana plantea. Incluso, la creación de una sociedad holding es una operación vinculada, salvo que se pueda acoger al régimen de fusiones, absorciones y separaciones del Impuesto sobre Sociedades, que permite una neutralidad fiscal, cuando se constituye una sociedad holding o se fusionan o se fusionan un par de sociedades.

Sin embargo, cuando esa sociedad familiar se quiere dividir, por ejemplo para que cada rama familiar tenga una sociedad con el fin de evitar los roces de las segundas y terceras generaciones, en el protocolo familiar debe incluirse desde el inicio como se debe salir de esa estructura rígida de sociedad única. Suele optarse por las fisiones subjetivas, pero no pueden ampararse en la neutralidad fiscal, salvo que se dividan por ramas de actividad. En estos casos la fiscalidad se considera por los empresarios excesiva.

Da también muchos problemas la reducción de capital con devolución de aportaciones, puesto que no tributa hasta el nivel de la aportación, todo lo demás que reciba el socio por su participación, tributa.

Nos encontramos con problemas de auto-cartera, porque es una compra que la sociedad hace, que tiene que realizarse a precio de mercado y la plusvalía tributa. La fiscalidad no ayuda nada a que las empresas familiares continúen.



BELÉN ESPEJO