

1. PRINCIPIOS JURÍDICO-ECONÓMICOS DE LA UE: EL MERCADO INTERIOR Y EL DERECHO DE SOCIEDADES EUROPEO

1.1. DEL “MERCADO COMÚN” AL “MERCADO ÚNICO.

1. Los orígenes de la Comunidad: “el Mercado Común”.

La evolución histórica de cualquier fenómeno político viene determinada, lógicamente, por los agentes participantes en el mismo, y en este sentido la evolución de la Comunidad Económica Europea¹, ha venido marcada por las decisiones adoptadas de manera multilateral por los Estados participantes en el proceso de integración europeo, y por la aportación a veces “individual” de aquellos que formaban parte de instituciones, comisiones o entes creados *ad hoc* para la consecución de objetivos inmediatos que supusieran avances hacia el proceso de integración. Partiendo de esta idea relativa a las aportaciones individuales en decisiones trascendentales para la historia reciente, es interesante detenerse en una persona, Paul Henry Spaak, a quien se puede considerar uno de los artífices de los cimientos o principios de lo que fue la Comunidad Económica Europea y a partir de cuyo informe de 1955 que lleva su mismo nombre (“*Informe Spaak*”), y que elaboró en calidad de presidente de la Comisión encargada por el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, reunido en Messina el 2 de junio de 1955, se puede empezar a hablar de la idea de “Mercado Común”. A partir del mencionado informe y del discurso pronunciado en defensa del mismo, surgieron dos proyectos, uno sobre el establecimiento de una Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa) y el otro, sobre la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE). Ambos iniciales proyectos culminaron en dos tratados internacionales que se firmaron en Roma el 25 de marzo de 1957 entrando en vigor el 1 de enero de 1958. Estos dos tratados junto al de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951, suponen la plasmación jurídica de la voluntad política de los Estados que iniciaron el proceso de integración europeo.

¹ Al amparo del artículo 8 del Tratado de la UE (firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992), la denominación de Comunidad Económica Europea (CEE), pasó a ser la de Comunidad Europea (CE), por tanto a lo largo del trabajo me referiré a CE o Comunidad al referirme a ésta y a TCE como Tratado de la Comunidad Europea, indistintamente de si el texto jurídico al que se hace referencia es anterior o posterior a la reforma efectuada en 1992 por el TUE.

2. La integración económica y el Mercado Común.

Desde la entrada en vigor del TCEE se inició la integración económica europea, es decir, la voluntad política de establecer un Mercado Común entre los Estados firmantes del Tratado de Roma, cuyo objetivo era sustituir los mercados de los Estados miembros por uno solo, con las mismas características que un mercado nacional, estableciéndose unos principios fundamentales para la consecución de dicho objetivo, como por ejemplo, la prohibición de los derechos de aduana y restricciones cuantitativas o la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. A pesar del inicial impulso logrado durante los primeros años de la Comunidad (con la unión aduanera y la adopción de la "6ª Directiva" sobre el IVA²) dicho impulso se frustró en los años de crisis económica de finales de los años setenta, en que los Estados miembros volvieron a políticas proteccionistas, lo cual supuso la frustración a la consecución de un auténtico mercado común. Fue a partir de 1982 cuando la conciencia comunitaria volvió a renacer a partir del Consejo Europeo de Copenhague, fijándose como objetivo prioritario la realización del Mercado Único. Dicha prioridad quedó reflejada a partir del Consejo de Bruselas (1985), con el encargo de la Comisión de establecer un programa detallado con el calendario correspondiente para la realización desde entonces a 1992 de un gran Mercado Único. Dicho programa de actuación y medidas a adoptar hasta 1992 se plasmaron en un "Libro Blanco"³, en el cual se preveía la adopción de 289 nuevas disposiciones con el fin de suprimir las barreras físicas, técnicas y fiscales que frenaban la consecución de aquellos objetivos propuestos ya en 1955 con el "informe Spaak". El 1 de julio de 1987 entró en vigor el Acta Única Europea (AUE) que modificó algunos artículos importantes del Tratado de Roma (actual TCE) siendo el tema central el Mercado Único, cuya regulación se estableció en los artículos 13 a 19 y cuya base esencial era el "Libro Blanco" presentado por la Comisión.

² Conforme a la 1ª Directiva sobre el IVA de 11 de abril de 1967, los Estados miembros sustituyeron sus regímenes generales de impuestos indirectos por un sistema común de impuesto sobre el valor añadido. El objetivo era conseguir la transparencia en la supresión de la imposición de las exportaciones y la consiguiente imposición de las importaciones en el comercio interno de la CEE. Todos los Estados miembros introdujeron un régimen de IVA a principios de los años setenta. En 1977 se dictó la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo (DO L 145 de 13 de junio de 1977), conocida como "6ª Directiva", en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios-Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme. El objetivo inicial de la "6ª Directiva" consistió en garantizar que cada Estado miembro tuviera en general la misma "base imponible del IVA": es decir, el IVA aplicado a las mismas transacciones.

³ El Libro Blanco ("*Completing the Internal Market: White paper from the Comisión to the European Council*") fue elaborado por la Comisión en junio de 1985 [Documento COM (85) 310 final] y en el mismo se insiste en que "conseguir la unidad de ese gran mercado (de 320 millones de consumidores) supone que los Estados miembros de la Comunidad lleguen a un acuerdo en lo que se refiere a la abolición de las barreras de cualquier naturaleza, la armonización de las normas, la aproximación de las legislaciones y de las estructuras fiscales, la intensificación de su cooperación monetaria y las medidas conexas necesarias para lograr la cooperación de las empresas europeas. Este proyecto está a nuestro alcance siempre que saquemos provecho de las enseñanzas del pasado y, en particular, de los fracasos y retrasos producidos. Por ello, la Comisión solicitará del Consejo Europeo que éste haga suyo el objetivo de la unificación total del mercado interior a más tardar en 1992 y que, a tal fin, apruebe un programa acompañado de un calendario realista y vinculante" y en que "las acciones dirigidas a la realización, desde el presente hasta 1992, de un gran mercado único como consecuencia del cual se cree un entorno más propicio para el estímulo de la empresa, de la competencia y de los intercambios" y también en que "los autores del Tratado han querido crear un mercado interior único libre en el que los bienes, las personas, los servicios y los capitales circulen en completa libertad y cuyo buen funcionamiento esté asegurado mediante garantías contra las distorsiones de la competencia, la aproximación de las legislaciones y la armonización de la fiscalidad indirecta".

3. El concepto de movilidad como pilar de la integración económica.

La idea inicial de un mercado común se frustró debido sobre todo a la crisis de los años setenta y a partir del AUE se transforma el concepto de “Mercado Común” por el de “Mercado Único”, momento en el cual se edifican las bases para la realización de un auténtico comercio interior en la Comunidad Europea. El “Mercado Único” implantado por el AUE es la superación del “Mercado Común” de 1955, y este nuevo concepto supone, esencialmente, la voluntad de los Estados miembros de eliminar las trabas que subsistían en el año 1985 para que ese proyecto inicial fuera una realidad entre los miembros de la Comunidad. Tal y como establece el actual artículo 14.2 TCE el “mercado común” es un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda totalmente garantizada. Esta libertad de circulación incluye a las personas jurídicas, y en concreto a las sociedades cuya movilidad es esencial para la realización del mercado interior, y cuya vinculación con el concepto de integración económica es básica, con lo cual, para que se desarrolle y consolide el mercado interior europeo se debe desarrollar un verdadero marco jurídico societario europeo, esto es, el Derecho de sociedades europeo. En este sentido en 1988 Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca afirmaban que *“la aparición y desarrollo del Derecho europeo de sociedades se hallan estrechamente ligados a la realización de objetivos de integración económica entre los distintos países comunitarios”*, manifestándose esta dimensión funcional, según dichos autores, en tres planos distintos, conectados entre sí: en primer término, a través de *“la eliminación de obstáculos de carácter fiscal y material fruto de la existencia de regímenes jurídicos dispares en el seno de la CEE”*. En segundo lugar, mediante la contribución del Derecho europeo de sociedades, a que sean los *“datos económicos reales los que determinen los procesos de toma de decisiones en la esfera empresarial, creando adecuadas condiciones de competencia, impidiendo que ésta venga restringida o falseada”*. Y por último, la dimensión funcional de la disciplina societaria se pone de manifiesto *“en la creación de unidades empresariales acordes con la dimensión y características del Mercado Común, capaces de hacer frente a la competencia exterior, así como de promover la expansión económica y la autonomía tecnológica de la Comunidad a través de una política común de desarrollo industrial”*⁴.

4. Movilidad y Mercado Único.

El concepto de movilidad es fundamental para la eficacia o realización de un Mercado Único, movilidad que, tal y como hemos visto, debe estar garantizada tanto a personas, mercancías, servicios y capitales. Cualquier tipo de restricción frustra el objetivo a conseguir, es por ello que el TCE establece como principios fundamentales del sistema la garantía de estos derechos. Uno de ellos, el relativo a la libre circulación de personas, engloba *per se* el libre desplazamiento y residencia de sus beneficiarios en el marco geográfico de la Comunidad, es decir, movilidad intracomunitaria sin restricciones ni discriminaciones y asimismo engloba el acceso y ejercicio de la actividad económica no asalariada, esto es, por cuenta propia.

⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A. L.; Libertad de Establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 49-50.

5. La actividad económica transfronteriza dentro de la UE.

El ejercicio de una actividad económica no asalariada es un derecho reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española (C.E.)⁵, así como en cualquiera de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE que se basan en un sistema constitucional, siendo susceptible de ser ejercido por los beneficiarios del mismo dentro de las fronteras jurídico territoriales del propio Estado. El TCE, tal y como tendremos oportunidad de analizar, en los artículos 43 y siguientes, amplía ese derecho a todo el territorio de la Comunidad, garantizando que se pueda ejercer libremente y sin ningún tipo de discriminación por razón de la nacionalidad de quien lo ejerce⁶. El artículo 43.2 denomina a este derecho *libertad de establecimiento*, afirmando que comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución de empresas y, especialmente, de sociedades. En cuanto a la realización del libre ejercicio de una actividad económica dentro de la UE, éste puede ser realizado de dos formas: individualmente, es decir, a través de una persona física que actúa como empresario individual, y se establece en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad o a través de la participación como socio-accionista de una determinada sociedad. Esta sociedad deberá cumplir unas determinadas características para poder ser beneficiaria del derecho de libre establecimiento, esto es, para poderse beneficiar del derecho a ejercer su actividad en cualquier Estado miembro al amparo de los artículos 43.2 y 48 TCE.

6. Pluralidad de ordenamientos jurídicos: diversidad de Derechos societarios.

El problema que se plantea con las sociedades es saber a qué tipo de sociedad nos referimos o qué entendemos bajo el concepto de sociedad, es decir, qué características debe reunir para poder beneficiarse del derecho. El artículo 48.2 TCE establece que serán beneficiarias las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo. El problema, por tanto, radica en que no existe un concepto uniforme de "sociedad" y la jurisprudencia del TJCE no se ha pronunciado expresamente al respecto. En realidad, podemos decir que sólo existe un concepto nacional de sociedad y persona jurídica, pues cada ordenamiento nacional establece una tipología determinada de formas societarias con diferencias estructurales y funcionales respecto a las del resto de Estados miembros⁷, derivada de su propia tradición histórico-jurídica interna, que se circunscribe lógicamente dentro de una determinada y más amplia regulación del Derecho societario interno del propio Estado que muchas veces difiere en algunos aspectos de la regulación societaria de otros Estados miembros. Esta diversidad en la regulación del Derecho de sociedades en los Estados miembros ha sido uno de los condicionantes más importantes en la regulación y armonización del Derecho de sociedades de la Comunidad. Estamos de acuerdo con el profesor Christoph

⁵ Artículo 38 C.E: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

⁶ El artículo 12.1 del TCE establece que "*En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*".

⁷ SANCHO VILLA, D., La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo, Fundación Centro de Estudios Comerciales, Eurolex editorial, Madrid, 2001, pp. 159-160.