

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por **S. Álvarez González, R. Arenas García,  
J. M. Fontanellas Morell, G. Palao Moreno  
y A. Quiñones Escámez**

Coordinada por **M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio** \*

## SUMARIO:

DE *OBITER DICTA* A *RATIO DECIDENDI* [A PROPÓSITO DE LA STJ (GRAN SALA) DE 25 DE OCTUBRE DE 2017, AS. C-106/16, *POLBUD – WYKONAWSTWO SP. Z.O.O.* EN LIQUIDACIÓN]

POR R. ARENAS GARCÍA ..... pp. 2-8

LA RESIDENCIA HABITUAL COMO CRITERIO DE JURISDICCIÓN EN MATERIA DE DIVORCIO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II *BIS*. COMENTARIO A LA STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2017

POR G. PALAO MORENO ..... pp. 9-14

*SAHYOUNI* MÁS ALLÁ DEL ESPEJO. UN COMENTARIO POSIBLE A LA STJ DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 (C-372/16)

POR S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ..... pp. 15-20

¿PUEDE DEPENDER EL “ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL” DE LA APLICACIÓN, DIRECTA O POR EXTENSIÓN, DE UN CONVENIO BILATERAL? A PROPÓSITO Y MÁS ALLÁ DE LA STS (C-A), DE 24 DE ENERO DE 2018, RELATIVA AL REPARTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD ENTRE LAS DOS ESPOSAS DE UN TRABAJADOR MARROQUÍ POLÍGAMO

POR A. QUIÑONES ESCÁMEZ..... pp. 21-26

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 650/2012 CON RESPECTO A LAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 1 DE MARZO DE 2018 (C-558/16: MAHNKOPF)

POR J. M. FONTANELLAS MORELL..... pp. 27-38

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Castilla-La Mancha.

**DE OBITER DICTA A RATIO DECIDENDI [A PROPÓSITO DE LA STJ (GRAN SALA) DE 25 DE OCTUBRE DE 2017, AS. C-106/16, POLBUD –WYKONAWSTWO SP. Z.O.O. EN LIQUIDACIÓN]**

**Rafael Arenas García\***

**I. DE CARTESIO A POLBUD**

En el mes de diciembre de 2008 el Tribunal de Luxemburgo nos sorprendía con la Sentencia *Cartesio*<sup>1</sup>; sorpresa que se derivaba no solamente de la respuesta que dio a la consulta realizada (no es incompatible con las exigencias de la libertad de establecimiento una normativa nacional que no permite que el domicilio estatutario de una sociedad se traslade a un Estado miembro de la UE diferente de aquél en el que la sociedad se ha constituido si la sociedad desea mantener su condición de sociedad regida por el Derecho del Estado de constitución) sino también por la introducción de un *obiter dicta* referido a un tema diferente a aquel que era objeto de la cuestión prejudicial planteada por la autoridad húngara remitente; *obiter dicta* que se convirtió en la puerta de entrada a la inclusión del Derecho de transformación societaria internacional en la UE, tal como veremos en el apartado II de esta nota.

En este *obiter dicta* (núms. 111 a 113 de la Sentencia *Cartesio*) se indicaba que, si bien el Derecho de la UE no se opone a que las normativas nacionales impidan la transferencia internacional del domicilio estatutario sin transformación de la sociedad; ese mismo Derecho de la UE sí sería contrario a una normativa nacional que prohibiera el traslado de domicilio estatutario cuando el traslado suponga la conversión de la sociedad en una regida por el Derecho del Estado al que transfiera el domicilio estatutario. Y siempre que el Derecho del Estado de destino permita dicha transformación.

Como es sabido, la Sentencia *VALE*<sup>2</sup> introdujo lo que podría ser un matiz en la “doctrina” sentada en el *obiter dicta* de *Cartesio*, puesto que en un caso en el que una sociedad italiana solicitó transformarse en sociedad húngara, habiendo negado las autoridades húngaras que dicha transformación fuera posible por tratarse de una sociedad extranjera, estableció que la operación debería permitirse. Podría pensarse que la negativa de las autoridades húngaras se ajustaría a la posibilidad recogida en *Cartesio* en el sentido de que la transformación debería ser admitida por el Derecho del Estado al que se trasladaba la sociedad; pero en *VALE* el Tribunal de Luxemburgo añadió que no podía darse una diferenciación entre las transferencias internas e internacionales, por lo que de ser posible la transferencia de domicilio dentro de Hungría debería admitirse también dicha transferencia si la sociedad provenía de otro Estado miembro. De esta forma, la

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona.

<sup>1</sup> STJ (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*

<sup>2</sup> STJ (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, As. C-378/10, *VALE Építési Kft.*

combinación del *obiter dicta* de *Cartesio* y de la doctrina de *VALE* configuraba un derecho de transformación societaria sobre la base de la libertad de establecimiento con una enorme potencialidad.

Faltaba, sin embargo, una decisión que abordara de manera directa el caso que solamente en forma hipotética se planteó en *Cartesio*; esto es, el contraste con la libertad de establecimiento de la normativa del Estado de origen de la sociedad que prohibiera o limitara la transferencia de domicilio estatutario de la sociedad con transformación de la misma en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro de la UE. Como acabamos de ver, en *Cartesio* este supuesto era una mera especulación y en *VALE* lo que se examinaba era el Derecho del Estado de destino de la sociedad, no la legislación del Estado de origen de la misma.

La Sentencia *Polbud* nos da la posibilidad de entrar en este análisis<sup>3</sup>. El caso se ocupa de una operación de transformación de una sociedad polaca en luxemburguesa; transformación que implicaba el traslado de su domicilio a Luxemburgo. La sociedad polaca adoptó el acuerdo de traslado y transformación. Sobre la base de tales acuerdos solicitó la cancelación de su inscripción en el registro polaco; pero esta cancelación le fue denegada porque de acuerdo con el Derecho polaco la sociedad debería liquidarse como consecuencia de su traslado al extranjero. *Polbud* se niega a proceder a dicha liquidación, que no se corresponde con su propósito de continuar su actividad en otro Estado miembro de la UE.

A partir de aquí, ha de determinarse si esta exigencia de liquidación supone una restricción a la libertad de establecimiento y, en su caso, si está justificada. De esto se ocupa la Sentencia de 25 de octubre de 2017; una sentencia que, como veremos, se aparta significativamente de las conclusiones presentadas por la Abogado General Kokott<sup>4</sup>, y confirma lo que ya se había adelantado en *Cartesio*, que el derecho a la libertad de establecimiento incluye la facultad de las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro a transformarse en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro.

## II. EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Tal como se ha adelantado, este derecho de transformación había sido reconocido en la Sentencia *Cartesio* de forma sorpresiva<sup>5</sup>, porque, según hemos comentado, en aquella decisión no se planteaba ninguna transformación societaria. Es decir, el Tribunal de

---

<sup>3</sup> ECLI:EU:C:2017:804.

<sup>4</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 4 de mayo de 2017.

<sup>5</sup> Vid. LEIBLE, S., “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento”, en ARENAS GARCÍA, R./GÓRRIZ LÓPEZ, C./MIQUEL RODRÍGUEZ, M. (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 103-200, pp. 116-118; quien enfatiza el carácter “sorprendente” de la decisión.

Luxemburgo fue más allá de lo que se le preguntaba en un tema, además, que era en aquel momento fuente de alguna polémica, puesto que los trabajos para la elaboración de una Decimocuarta Directiva en materia de transferencia internacional del domicilio social se encontraban paralizados y, por tanto, bloqueada la posibilidad de dicha operación sobre la base del Derecho derivado de la UE. De esta forma, el *obiter dicta* del Tribunal de Luxemburgo fue el equivalente a un “empujón” –a la postre, infructuoso- al legislador europeo, que veía como las sociedades, aun no existiendo legislación en la materia, podrían exigir que sus operaciones de transformación internacional fuesen admitidas, máxime cuando tras la Sentencia *VALE* resultó que los diferentes Derechos nacionales no eran completamente libres de restringir dicha operación en tanto que destino de la sociedad transformada. De esta forma, una vez establecido el derecho a la transformación, la ausencia de regulación tan solo supondría un aumento de la inseguridad jurídica, por lo que parecía que tras la Sentencia *Cartesio* sería conveniente que el legislador europeo retomara los trabajos para la elaboración de esa Decimocuarta Directiva en materia de Derecho de sociedades<sup>6</sup>.

No ha sido así, sin embargo, por lo que son susceptibles de plantearse problemas como los que son abordados en la Sentencia *Polbud*, y que ya no tienen que ver tanto con el principio, la posibilidad de la transformación societaria internacional, que parece consolidado y, además, de forma expresa tras esta decisión; sino con las concreciones de este principio.

Debemos pues, asumir que el derecho a la libertad de establecimiento incluye la posibilidad de que una sociedad creada de acuerdo con lo establecido en el Derecho de un Estado miembro se transforme en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro. Se pueden, sin duda, plantear dudas sobre el rigor formal de esta deducción del Tribunal de Luxemburgo; pero no incidiremos en ellas, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece consolidada en este punto<sup>7</sup>. Dando esta jurisprudencia por sentada resultará que cada sociedad constituida en un Estado miembro gozará de la posibilidad de transformarse en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro, lo que, a su vez, implicará la obligación para el primer Estado de dejar de considerar a la sociedad como propia una vez que se ha producido la transformación.

Este no es un tema que se plantee de manera directa en el caso *Polbud*, pero que se deriva de su solución. Al fin y al cabo, en el supuesto sobre el que ha de conocer el Tribunal la transformación ya se había producido y *Polbud* se había convertido en una sociedad luxemburguesa. Ahora se trataba tan solo de determinar la posibilidad de aplicar ciertas

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 123-124.

<sup>7</sup> Para una crítica a esta jurisprudencia desde la perspectiva de la necesidad de una cierta convergencia entre la libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas me remito a ARENAS GARCÍA, R., “Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia”, en GÓRRIZ LÓPEZ, C./ARENAS GARCÍA, R. (coords.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 15-43, esp. pp. 37-38 y 41-42.

disposiciones del Derecho polaco a la mencionada sociedad; en este supuesto las relativas a la liquidación de la misma; pero hipotéticamente podría plantearse en relación a cualquier otra disposición de la legislación del Estado de origen de la sociedad. El que el Estado de constitución de la sociedad pudiera seguir pretendiendo que dicha sociedad continuaría rigiéndose por su Derecho sería equivalente a no admitir la transformación y, por tanto, contravendría las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo. Esto es, previsiblemente cualquier pretensión de continuar aplicando tras la transformación la legislación del Estado de origen sería incompatible –en principio– con la doctrina del Tribunal de Justicia sobre transformación societaria. Ahora bien, este “en principio” es necesario porque como veremos enseguida resultará inevitable que incluso tras la transformación alguna relevancia siga teniendo el Derecho del Estado de origen de la sociedad.

Evidentemente, en el caso controvertido, lo relativo a la exigencia de liquidación de la sociedad, es claro que resulta especialmente gravoso para la sociedad y es por eso que en la sentencia ni siquiera existe un desarrollo que justifique el perjuicio que para la sociedad resultaría de tal liquidación; perjuicio que implicaría una limitación a la transformación y, por ello, también una restricción a la libertad de establecimiento. Es claro que exigir la liquidación es equivalente a no reconocer la transformación y, por tanto, incompatible con la libertad de establecimiento. Cualquier otra aplicación del Derecho del Estado de origen que suponga ese no reconocimiento debería seguir la misma suerte que las reglas relativas a la liquidación de la sociedad y resultarán inadmisibles, pero podemos encontrarnos también ante casos más difíciles.

Hay que tener en cuenta que la propia transformación supone la aplicación sucesiva (sino cumulativa) de la normativa del Estado de origen y del Estado de destino de la sociedad, y no es descartable que se produzcan problemas. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Estado de origen, es previsible que tal cancelación haya de producirse una vez que la sociedad ya se ha transformado en una forma societaria del Estado de destino –como en el caso *Polbud* por ejemplo–; pero forzosamente tal cancelación deberá efectuarse según las reglas del Estado de origen, aunque tales reglas deberán ajustarse a las exigencias de la libertad de establecimiento. Es decir, en el futuro deberá determinarse qué normas del Estado de origen y del Estado de destino deberán ser aplicadas teniendo en cuenta que ha de partirse de la posibilidad de la transformación y de la necesidad de su reconocimiento. Ya no se tratará tanto de determinar el ámbito de aplicación de ambos Derechos a partir de mecanismos conflictuales como de la verificación de la compatibilidad material de los distintos preceptos con la regla según la cual las sociedades regidas por el Derecho de un Estado miembro han de poder transformarse en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro. Especialmente interesante puede ser el contraste con estas exigencias de las mayorías que puedan exigirse para adoptar el acuerdo de transformación. ¿Podrían ser unos requisitos excesivamente rigurosos contrarios a la libertad de establecimiento? Imagino que en el futuro nos encontraremos con casos en los que deberá resolverse esta cuestión. Volveremos sobre esto en el epígrafe IV.

### III. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ACTIVIDAD ECONÓMICA

Desde la decisión que cambió todo el DIPr de sociedades en la UE, la Sentencia *Centros*<sup>8</sup>, se ha planteado la conexión entre libertad de establecimiento de sociedades y realización de actividades económicas. La idea es que en tanto en cuanto la libertad de establecimiento es una libertad económica no debería considerarse como establecida en un determinado país a una sociedad que no realiza actividades económicas en el mismo. Esto tiene consecuencias, por ejemplo, en lo que se refiere a la diferenciación entre establecimiento principal y secundario de la sociedad, no pudiendo ser considerado como establecimiento principal el que se ubica en un Estado en el que la sociedad no realiza actividades económicas<sup>9</sup>, y podría tenerlas también en materia de transformación societaria, tal como puede apreciarse en la Sentencia que comentamos.

Para considerar esta dimensión tenemos que dirigir la mirada a las Conclusiones, ya que en la Sentencia no se incluyen prácticamente referencias a esta cuestión, de la que si se ocupan con detalle las Conclusiones de la Abogado General Kokott.

La duda que se plantea es la de si la transformación de la sociedad polaca en luxemburguesa implica un traslado de la actividad de la sociedad a Luxemburgo. La Abogado General no se pronuncia sobre si en realidad se ha producido o está planeado producirse este cambio en la ubicación de la actividad económica de la sociedad; sino que aporta la respuesta que habría de dar en uno y en otro caso. Según ella, en el supuesto de que la transformación no vaya acompañada de la realización de actividades económicas en Luxemburgo no se aplicarían las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento. Estas solamente deberían tenerse en cuenta si el traslado implica también la realización de actividades económicas en el Estado de destino.

Sin duda existen razones para apoyar esta perspectiva en el Derecho de la UE; que de prosperar limitaría significativamente el alcance de la proyección de la libertad de establecimiento sobre las operaciones de transformación internacional de la sociedad; pero no debe sorprendernos que el Tribunal de Luxemburgo rechace de plano esta distinción y mantenga que la libertad de establecimiento se aplica también a aquellos casos en los que una sociedad se constituya en un Estado en el que no desarrollará actividades económicas<sup>10</sup>. Para ello el Tribunal se remite a la doctrina resultante de la Sentencia *Centros*, confirmando que la constitución de una sociedad en un Estado en el que no desarrollará ninguna actividad económica es una manifestación de la libertad de establecimiento. Esta idea, trasladada a los supuestos de transferencia internacional de la sede social, implica que también se incluye dentro de la libertad de establecimiento

---

<sup>8</sup> STJ de 9 de marzo de 1999, As. C-212-97, *Centros Ltd y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

<sup>9</sup> Aquí es de cita obligada el trabajo que analizó esta perspectiva en relación a la Sentencia *Centros*, SÁNCHEZ LORENZO, S., “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 115-157.

<sup>10</sup> *Vid.* núm. 38 de la Sentencia.

cualquier caso de transformación incluso aunque la sociedad no desarrolle ninguna actividad en el Estado de acuerdo con cuyo Derecho se ha transformado.

La conclusión de lo anterior es que los operadores jurídicos no solamente podrán elegir en el momento de la creación de la sociedad el Derecho que prefieran de entre los de los Estados miembros para la constitución; sino que durante la vida de la sociedad podrán cambiar con total libertad dicho Derecho, siempre que lo permita el Derecho del Estado de destino de la sociedad, y teniendo en cuenta que las limitaciones que pudiera establecer el Derecho de este Estado también tienen que estar justificadas a la luz de los principios de la libertad de establecimiento (Sentencia *VALE*).

#### IV. ¿JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES?

La confirmación de lo anterior en la Sentencia *Polbud* implica que cualquier limitación a la transformación de la sociedad o matiz a su reconocimiento en el Estado de origen de la sociedad será una limitación a la libertad de establecimiento. Ahora bien, no podemos olvidar que, como hemos visto en el epígrafe II anterior, forzosamente algunas fases de la transformación habrán de regirse por el Derecho del Estado de origen, lo que obligará a contrastar la adecuación de estas regulaciones con la libertad de establecimiento.

En esta Sentencia se recogen los criterios que han de aplicarse para verificar la justificación de una medida que restrinja la libertad de establecimiento de las sociedades<sup>11</sup>, y que son conocidos: la limitación ha de estar justificada por una razón imperiosa de interés general, es preciso que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo pretendido y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo<sup>12</sup>. En el caso de la liquidación de la sociedad es obvio que no podría justificarse la medida. El fin que se alega –la protección de los intereses de socios minoritarios y acreedores– es de interés general y merece protección; pero ha de justificarse de qué manera la liquidación forzosa de la sociedad responde a este fin y resulta una medida adecuada para conseguir tal protección. El carácter general e indiscriminado de la exigencia en la legislación polaca, desvinculado del análisis de la protección que ofrece para socios y acreedores es suficiente para que el Tribunal rechace que la medida esté justificada<sup>13</sup>.

El principio que descansa en el contraste que realiza el Tribunal será de interés para los legisladores; que a partir de ahora deberán examinar desde esta óptica la regulación de la transformación societaria internacional en sus propios ordenamientos. Sería poco inteligente no proyectar sobre cada concreta exigencia en esta regulación los criterios del Tribunal de Luxemburgo en lo que se refiere a la justificación de las medidas restrictivas de la libertad de establecimiento de las sociedades. De no hacerlo así se podrían encontrar con una corrección por parte del Tribunal de Luxemburgo.

---

<sup>11</sup> *Vid.* núms. 52 a 65 de la Sentencia.

<sup>12</sup> *Vid.* núm. 52 de la Sentencia.

<sup>13</sup> *Vid.* núm. 58 de la Sentencia.

## V. CONCLUSIÓN

La Sentencia *Polbud* da pie al Tribunal de Luxemburgo para decidir a título principal lo que ya había adelantado en el famoso *obiter dicta* de la Sentencia *Cartesio*. El derecho de transformación societaria forma parte de la libertad de establecimiento y, además, se configura con independencia de que la sociedad que se transforma desarrolle o no actividades económicas en el Estado de destino.

La necesidad por parte del Estado de origen de admitir la transformación deberá ser tenida en cuenta en la regulación de la transformación societaria. No solamente ésta deberá admitirse, sino que no podrán incluirse en la regulación exigencias que supongan o el no reconocimiento de la transformación o una limitación a la misma que no pueda pasar el estricto test del Tribunal de Luxemburgo en lo que se refiere a restricciones justificadas de la libertad de establecimiento.

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo sigue construyendo, al margen del legislador europeo, un Derecho internacional de sociedades cada vez más completo. El nuevo paradigma del juez legislador encuentra en este ámbito uno de sus ejemplos más llamativos.