

Libertad de Establecimiento
Y
Transferencia internacional del
domicilio social de sociedades
mercantiles constituidas de acuerdo
con el Derecho de un Estado
miembro de la Unión Europea

Alumno: Bastien Cremoux

Tutor: Profesor Titular Rafael Arenas García

Grado: Derecho

Curso académico: 2015/2016

Fecha de entrega: 12 de mayo de 2016

Índice

ÍNDICE	2
ABREVIATURAS	4
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
<u>1- FIJACIÓN DEL MARCO LEGAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO SOCIAL: EL PASO PREVIO AL TRASLADO INTRA-EUROPEO DE UNA SOCIEDAD (PRIMERA DIMENSIÓN)</u>	8
A/ MARCO LEGAL Y RÉGIMEN JURÍDICO, ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE	8
1. EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA: FUENTE DE DERECHO PRIMARIO	8
2. DERECHO DERIVADO Y NORMATIVA INTERNA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	11
B/ <i>LEX SOCIETATIS</i> Y MOVILIDAD SOCIETARIA, LA NECESARIA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE	14
1. EL MODELO DEL DOMICILIO ESTATUTARIO	15
2. EL MODELO DE LA SEDE REAL	17
<u>2- CASUÍSTICA DEL TRASLADO DE SEDE: EL MODELO ESPAÑOL Y JURISPRUDENCIA EUROPEA (SEGUNDA DIMENSIÓN)</u>	20
A/ EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ADOPCIÓN DE UN MODELO MIXTO	20
1. DIFICULTADES TEÓRICAS PREVIAS EN EL SUPUESTO DE MOVILIDAD SOCIETARIA	21
2. ESPECIFICIDADES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	22
B/ EL PAPEL DOMINANTE DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA	26
1. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN CUANTO AL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL (MOVILIDAD PRIMARIA)	27

2. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN CUANTO A LA CONSTITUCIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO SECUNDARIO (MOVILIDAD SECUNDARIA)	31
<u>3- RELACIÓN ENTRE DERECHO COMUNITARIO, Y ORDENAMIENTO ESPAÑOL: SÍNTESIS COMPARATIVA DE LOS REQUISITOS PARA UNA MOVILIDAD SOCIETARIA EFECTIVA (TERCERA DIMENSIÓN)</u>	36
A/ REQUISITOS EN EL CASO DE TRASLADO DE SEDE REAL	36
B/ REQUISITOS EN EL CASO DE TRASLADO DE SEDE ESTATUTARIA	38
<u>CONCLUSIÓN</u>	41
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	44
1. MONOGRAFÍAS	44
2. PARTE DE MONOGRAFÍAS	44
3. ARTÍCULOS EN REVISTAS	45
4. ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS	46
5. NORMATIVA CITADA	48
6. JURISPRUDENCIA CITADA	48

Abreviaturas

EE.UU.....	Estados- Unidos
LMESM.....	Ley sobre Modificaciones Estructurales de la Sociedades Mercantiles
LSC.....	Ley de Sociedades de Capital
Pág.....	Página
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCE.....	Tratado de Constitución de la Comunidad Europea
TFUE.....	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE.....	Unión Europea
Vól.....	Volumen

Resumen

En el contexto actual del derecho de la Unión Europea, uno de los temas que reviste tanta importancia jurídica como política y económica es el tema de la libertad de establecimiento y el movimiento de las sociedades mercantiles. El Instituto Francés de Estadísticas ha publicado un estudio en el que demuestra que entre 2009 y 2011, una mayoría de las sociedades francesas que han deslocalizado sus actividades, lo han hecho dentro de la Unión Europea¹. Es decir que se ha favorecido el traslado intra-comunitario frente a la deslocalización hacia los países extranjeros como India, China o paraísos fiscales. Esto puede explicarse por la existencia de un mercado interior efectivo, fruto de la construcción europea, que tiene como objetivo la ausencia de obstáculos a la libre circulación. Por tanto, la voluntad de trasladar una sociedad dentro de la Unión Europea es objeto de intensa y actual reflexión y el presente trabajo tiene como objetivo analizar el contexto jurídico global que sobre esta materia y así poder entender las discrepancias doctrinales y legislativas que existen en relación a esta. Por tanto, a la hora de entender lo que es el traslado de domicilio social de una sociedad mercantil, veremos cómo está regulado dentro de la Unión Europea y también desde el punto de vista del ordenamiento español para finalmente entender las diferentes relaciones que pueden existir entre ellos.

¹ FONTAGNÉ, Lionel ; D'INSANTO, Aurélien, “Chaînes d'activité mondiales : Des délocalisations d'abord vers l'Union européenne“, n°1451 (Junio 2013), en <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1451/ip1451.pdf> [visitado el 03.05.2016]

Introducción

In varietate concordia, este es el lema de la Unión Europea, que fue elaborado por un concurso en 1999, en el que participaron 80.000 alumnos. La divisa *Unida en la diversidad* hace referencia a las numerosas culturas y tradiciones que existen en el territorio europeo desde sus inicios. Este eclecticismo también se va a reflejar en este trabajo, a través de la diversidad de concepciones que pueden revestir los conceptos en derecho internacional de sociedades.

El estudio del traslado de domicilio social como resultado de la libertad de establecimiento, sugiere empezar por la definición y la delimitación de los términos para saber qué es lo que vamos a tratar. Primera es importante mostrar la importancia que ha tenido la construcción europea en este tema. En efecto, la voluntad de creación de un mercado único en el que las personas, las mercancías, los servicios y los capitales circulan libremente está a raíz de la problemática sobre el traslado de sociedad dado que la libertad de establecimiento contemplada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)² es una de las evoluciones notables en esta materia.

Desde siempre, han habido casos de movilidad societaria, las empresas privadas siempre han tenido que desplazarse por diversas razones (comerciales, sociales, fiscales, etc...). No obstante, el problema jurídico vinculado a esta voluntad consiste en el hecho que no siempre se puede garantizar que tal sociedad, constituida bajo el derecho de un ordenamiento determinado seguirá siendo reconocida como tal en otro Estado. De hecho, la doctrina jurídica siempre ha comentado aquellos conflictos que surgen al desplazar una sociedad, dado que la preocupación mayor reside en la continuidad de la personalidad jurídica de esta sociedad.

Dicho esto, hay que mencionar que el traslado de domicilio social no es la única manera de deslocalizar una sociedad, de hecho, esto es posible también a través de la fusión de sociedades y de la transformación. Cada una de estas conlleva problemas jurídicos vinculados al derecho que se tiene que aplicar, esto es, la *lex societatis*. Está viene definida como la ley que acompaña una sociedad desde su nacimiento hasta su disolución y que es fijada por los ordenamientos según distintos criterios que pueden ser el domicilio (en un sentido amplio), la nacionalidad, o la constitución. Por tanto, la

² Artículos 49 y 54 TFUE

determinación de este derecho es un paso imprescindible para el traslado de una sociedad, y así permitir la continuidad de la personalidad jurídica.

Por todo ello, el objetivo de este trabajo va ser analizar los efectos jurídicos del traslado intracomunitario del domicilio social de una sociedad mercantil y así ver las posibles relaciones y discordancias que pueden surgir entre el derecho europeo y el ordenamiento jurídico interno español.

Asimismo, para entender la elección de una lógica tripartita, la estructura de este trabajo tiene como inspiración la composición y las funciones de unas gafas anaglíficas. Vamos a ver que para contemplar la imagen estereoscópica que constituye el traslado del domicilio real de una sociedad mercantil tenemos que, en una primera parte, abordar el contexto normativo y las disposiciones reguladoras vigentes tanto desde el ordenamiento europeo como el derecho español autónomo. Dentro de esta parte también consideraremos la importancia de la determinación de la *lex societatis* para la realización de un traslado efectivo. Sin embargo, a semejanza de lo que pasa si se utiliza un solo color de polarización para ver una imagen en tres dimensiones, tenemos que analizar en una segunda parte la casuística española y abordar la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sobre movilidad societaria. Esto nos permitirá finalmente, a la luz de estos dos filtros, ver que la estructura adoptada pone de relieve una última imagen que es la tercera dimensión, esto es, el análisis de las distintas fuentes de derecho que hemos visto para poder averiguar la relación que puede existir entre lo que prevé el derecho comunitario y los requisitos previstos por el derecho interno español en relación al traslado domiciliario de una sociedad.

1- Fijación del marco legal de la Unión Europea y determinación del domicilio social: el paso previo al traslado intra-europeo de una sociedad

(Primera Dimensión)

A/ Marco legal y régimen jurídico, análisis de la normativa vigente

Para entender cómo apareció el traslado intra-europeo y entender cómo se articulan las diferentes fuentes, tenemos que analizar las disposiciones de derecho primario europeo y luego ver cuáles son los textos aplicables en derecho derivado y en derecho español.

1. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: fuente de derecho primario

Dentro del mercado interior comunitario, vemos que se han construido un sistema de libertades sobre libre circulación que permiten alcanzar los objetivos armonizadores de la Unión Europea. Estas son la libertad de circulación de personas, de mercancías, de servicios y de capitales. Dentro de estas libertades aparece la libre prestación de servicios de la cual decae el derecho de establecimiento. Estos derechos constituyen unos de los instrumentos creados para conseguir el espacio europeo sin fronteras, esto es, el mercado común europeo. Con ello, vemos que los ámbitos materiales de aplicación de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios son muy parecidos dado que el artículo 49 del TFUE nos indica que en esta libertades están comprendidas las actividades no asalariadas y también la constitución y gestión de empresas y apertura de agencias, sucursales o filiales, cada una presenta rasgos específicos. Sin embargo, de las definiciones legales podemos extraer rasgos específicos a cada una. Es posible encontrar regulación de la libertad de establecimiento en los artículos 49 a 54 TFUE Aquellos artículos definen esta libertad como la posibilidad, por los nacionales de un Estado miembro, de acceder libremente a las actividades económicas con carácter independiente en un Estado diferente de la

Unión Europea diferente de su país de origen. A diferencia de esto, la libre prestación de servicio viene definida en el artículo 57 TFUE y puede ser considerada como el derecho para los nacionales de un Estado miembro a desplazarse en otro Estado miembro para efectuar ahí una prestación de servicios en las mismas condiciones que los nacionales de este país de destino. De hecho, podemos destacar varias diferencias entre las dos nociones. Primero, vemos que la libre prestación de servicios reviste un carácter ocasional y limitado en el tiempo a diferencia de la libertad de establecimiento en la que la actividad es caracterizada por su permanencia y es indefinida. En efecto, esta última sugiere que el profesional se establezca de manera duradera en el Estado miembro de destino, mientras que en el caso de la prestación de servicios el profesional se desplaza de manera ocasional únicamente en el marco del servicio contratado por el consumidor.

Tras la diferenciación entre estos dos preceptos comunitarios, podemos centrarnos en la caracterización de la libertad de establecimiento, lo que nos permitirá responder a nuestra problemática inicial. Veamos por tanto el ámbito de aplicación de esta libertad de establecimiento. En relación al ámbito subjetivo, vemos que es aplicable a personas físicas nacionales de un Estado miembro, excluyendo así los refugiados, los apátridas y ciudadanos de países tercero. Podemos añadir que benefician de estas libertades los familiares de los profesionales autónomos, se trata asimilando este derecho al derecho del que gozan los familiares de trabajadores asalariados. No obstante, el ámbito personal que nos interesa es aquel que beneficia a las personas jurídicas. El artículo 54 del TFUE dispone que las sociedades son asimiladas a las personas físicas dado que pueden gozar de los mismos derechos enunciados. Estas sociedades son entendidas de manera amplia dado que el segundo apartado de este artículo dispone que son las sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y personas jurídicas de derecho público y privado. La única restricción es que la persona jurídica tenga ánimo de lucro. Este ánimo debe ser considerado de manera amplia dado que “en la práctica, se considera que cualquier actividad económica o profesional, susceptible de realizarse con independencia de gestión y con pretensiones lucrativas, es susceptible de beneficiarse del mandato comunitario de

supresión de restricciones”³. Por tanto se pueden excluir las asociaciones, fundaciones y otras entidades con finalidad, cultural, humanitaria, artística, etc...

Otro requisito que el artículo 54 impone es que la persona jurídica considerada tiene que haber sido constituida “de conformidad con las legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre de la Unión”⁴. Esta disposición muy general permite englobar unos supuestos muy diversos que son susceptibles de causar incerteza. En efecto, la formulación permite abarcar todos los conceptos de la nacionalidad de una sociedad, tanto las consideraciones de las teorías de constitución como las de sede real.

Con el objetivo de acabar con la delimitación de la libertad de establecimiento como paso necesario antes de tratar de la movilidad societaria como tal, tenemos que distinguir dos tipos de ejercicio de la libertad comunitaria. En efecto, se suelen distinguir dos tipos de ejercicio de esta libertad, primero lo que se llama el derecho de establecimiento primario o de primer grado, este engloba el caso de que un nacional de un Estado miembro constituya en otro Estado miembro un establecimiento, en las mismas condiciones que los nacionales de aquel Estado. Podríamos llamar este primer nivel el derecho a la libre constitución. Dentro del primer grado, podemos mencionar la otra posibilidad que consiste en poder trasladar la sociedad ya constituida en un Estado miembro, hacia otro Estado miembro. Por tanto, son situaciones realmente distintas en donde una se limita a constituir una sociedad que no existía anteriormente mientras que la otra libertad permite desplazar la entidad creada en un Estado miembro en otro Estado de la Unión.

Luego, existe un segundo grado, es modalidad que suele llamarse derecho de establecimiento o secundario dado que, por su parte, es la posibilidad de una sociedad mercantil establecida en un Estado miembro de constituir un establecimiento secundario (agencia, filial, o sucursal) en otro Estado miembro. Esta posibilidad ha sido extendida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) dado que los jueces han considerado que la gestión de una simple oficina, aunque esta

³ PEREZ DE LAS HERAS, Beatriz, El Mercado Interior Europeo: Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales, 2a edición, Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, pág.130.

⁴ Artículo 54 TFUE

no presente rasgos de una entidad secundaria como agencia o sucursal, puede ser considerada como el ejercicio del derecho de establecimiento secundario⁵.

Finalmente, lo que esta modalidad de ejercicio supone es que los Estados miembros son los que van a imponer las condiciones para la implantación de tales órganos de una sociedad en su territorio. En efecto, las sociedades que quieren abrir un establecimiento secundario en otro Estado miembro, tendrán que someterse a las prescripciones dictadas por el Estado de destino, que siempre deberán quedar dentro de la protección de la libre circulación es decir, sin imponer restricciones u obstáculos que puedan conducir a desincentivar el ejercicio del derecho de establecimiento.

Después haber contemplado las referencias que podemos encontrar en el derecho Europeo originario, y la importancia de plantear la libertad de establecimiento como paso previo al traslado de una sociedad, veamos ahora los que se pretende alcanzar mediante el derecho derivado y la legislación interna española.

2. Derecho derivado y normativa interna del ordenamiento español

Dentro del marco legal europeo y al margen de la normativa primaria, podemos enunciar las disposiciones del Derecho derivado. El texto vigente aplicable con más relevancia es la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. Es conocida como la Directiva “Bolkestein” y tenía como finalidad principal la eliminación de los obstáculos que pueden limitar las prestaciones de servicios transfronterizos. Para definir su amplio ámbito de aplicación, la directiva se remite explícitamente al artículo 50 del Tratado de las Comunidades Europeas que prevé que se aplicará a “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”⁶. Además, la directiva dispone que no se aplica a los servicios no económicos de interés general, y aquellos servicios regulados por directivas comunitarias, también los servicios vinculados al ejercicio de la autoridad pública y servicios cuya competencia es exclusividad de los Estados Miembros. La Directiva

⁵ Asunto 205/84, *Comisión contra Alemania*

⁶ Artículo 50 TCE

demuestra la voluntad clara de “eliminar o aminorar los controles previos de la Administración y sustitución por controles posteriores sobre el ejercicio de la actividad”⁷. De hecho, la Directiva crea un modelo único de las autorizaciones necesarias para ejercer la libertad de establecimiento y esta uniformización puede suponer un buen avance que tendría como beneficiarios a los ciudadanos europeos.

Sin embargo, la Directiva ha sido rechazada por la opinión pública europea. En efecto, esta directiva ha demostrado que la creación de un mercado común no es solamente un fenómeno económico que depende de formalidades administrativas sino que es un sistema político que necesita la adhesión de los ciudadanos y la existencia de solidaridad entre los Estados afectados. Los problemas que ha demostrado la dificultad de aplicación de esta directiva es la necesidad de armonización del derecho de los trabajadores en los Estados miembros y las consecuencias sociales de la libre circulación de servicios. La diferencia entre los niveles de vida y los estándares sociales han provocado intensos debates por los sindicatos contra el *dumping social*, en la medida que si las condiciones de trabajo son diferentes en cada país, esto conduciría a disminuir la calidad de la reglamentación social para mantener la competitividad de un determinado país. En 2010, la Comisión Europea emitió un aviso a 12 miembros que todavía no habían acabado la transposición de la Directiva, lo que demuestra que este texto sigue siendo difícil de adaptar y de aplicar. El texto ha permitido contemplar la imposibilidad de construir un mercado común sin tomar en cuenta la importancia de la solidaridad y de la armonización, al margen de las reglas liberales.

En el ámbito del derecho derivado conviene añadir que los preceptos de la libertad de establecimiento han sido desarrollados en diversas directivas. En efecto, se establece respecto a determinadas profesiones las condiciones necesarias para el goce de la libertades en los Estados miembros, por ejemplo, existen directivas sobre las profesiones de abogados o de arquitectos. Estas suelen regular los mecanismos de coordinación profesionales y el reconocimiento mutuo de titulaciones. También hay que mencionar el proyecto de la decimocuarta Directiva sobre el traslado de sede social

⁷. LINDE PANIAGUA, Enrique, “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicio en el Mercado Interior”, Revista de Derecho de la Unión Europea, n°14 primer semestre, n°14 (2008), pág. 100

en las empresas que pretende establecer un procedimiento que no conllevaba disolución ni liquidación de la sociedad sino que la personalidad jurídica se mantiene cambiando únicamente la *lex societatis*. La propuesta ha sido presentada por la Comisión en 1997 dado que esta y el Parlamento consideraban que la ausencia de armonización en el tema de traslado societario implicaba la pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad que quiere movilizarse. Sin embargo, un problema que no se ha podido superar es el problema de la definición de conceptos como por ejemplo el de “administración central”. Por otro lado, el procedimiento establecido para el traslado ha sido intensamente criticado y por todo ello, la directiva nunca ha sido verdaderamente debatida. Finalmente, vemos que no se ha llegado a establecer unas fuentes de derecho derivado estables y durables, y por eso los ordenamientos autónomos tienen que hacer frente a las diversas interpretaciones y adaptar su legislación al contexto global.

En cuanto al derecho interno de nuestro ordenamiento, tenemos que ver cuáles son las disposiciones vigentes que se podrían aplicar a la libertad de establecimiento para la movilidad societaria. Entre los textos que podemos mencionar está el Código civil de 1889 sobre la consideración de las personas jurídicas, en efecto este establece por primera vez el concepto de nacionalidad para la aplicación o no de las disposiciones españolas. Luego podemos mencionar la Ley de sociedades anónimas de 1951 que impone el domicilio en el territorio español para el goce de la “nacionalidad” española, estimando que debe existir un vínculo real entre el domicilio y la actividad de la sociedad. Posteriormente, podemos hablar del código de comercio de 1885 que permite a las sociedades extranjeras ejercer su actividad en el territorio español⁸, este añade que el derecho español se aplicará a estos cuando se trata de crear establecimientos en España. Finalmente, cabe mencionar que el tema de la movilidad societaria ha sido regulado en la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LMESM) dado que antes aquel traslado se limitaba a las sociedades anónimas y a las sociedades limitadas. La nueva

⁸ . Artículo 15 del Código de Comercio de 1885. Corresponde a lo que se ha llamado el principio de reconocimiento de las sociedades extranjeras. En el caso español, aquel reconocimiento es automático.

ley, como lo veremos en adelante, crea un procedimiento específico de traslado de una sociedad y amplía el ámbito de aplicación.

De los textos mencionados, podemos ver que existen diversos mecanismos españoles reconocidos para poder trasladar una sociedad hacia el extranjero: primero a través de la transferencia internacional de sede social, es la forma más “normal” de desplazamiento pero también existe la posibilidad de desplazar fusionando dos sociedades que están domiciliadas en diferentes Estados miembros.

Después haber concretado algunos de los textos y los conceptos mayores de los ordenamientos comunitario y español, cabe iniciar el análisis más específico y técnico de conceptos necesario para entender cuáles van a ser las sociedades implicadas en la movilidad. En efecto, para llegar al traslado societario, se necesita saber qué entidad se trata de desplazar, saber cuál es el régimen jurídico aplicable, su reconocimiento, y establecer los conceptos determinantes para una movilidad efectiva.

B/ *Lex societatis* y movilidad societaria, la necesaria determinación de la ley aplicable

Para poder aprehender correctamente la movilidad societaria, el siguiente paso importante es determinar el domicilio de la sociedad en cuestión. En efecto, este concepto es relevante dado que es a través de este que podremos interpretar la “*lex societatis*”, dado que además de la nacionalidad de la sociedad, el domicilio estatutario nos permite determinar el derecho aplicable a esta persona jurídica. El domicilio de una sociedad puede revestir diferentes características, pues este concepto abarca varias realidades como pueden ser el domicilio social estatutario, o también la noción de sede real, o centro principal de actividades. Estos ejemplos quedan dentro de la denominación genérica de domicilio de la sociedad, y por tanto veremos que es un concepto muy debatido que lleva a conflictos jurídicos mayores a la hora de determinar lo aplicable en situaciones de movilidad societaria o de reconocimiento de personalidad jurídica. Además de los problemas vinculados a la definición, hay que mencionar que a diferencia de las normas de conflictos aplicable a las situaciones contractuales o extracontractuales que han sido reguladas por el legislador europeo, en

materia de determinación de la “*lex societatis*” no existe una armonización comunitaria⁹. Es decir que un problema importante de esta tema reside en el hecho de que la normativa comunitaria no recoge una definición o un método de determinación uniforme en todos los Estados miembros y aquel problema podría probablemente explicarse por la dicotomía interpretativa persistente que existe en este ámbito del derecho material de sociedades dentro de la Unión Europea.

Se podría partir de la idea que el derecho aplicable, y por tanto la *lex societatis* depende de la voluntad de los socios, es decir que estos puedan elegir cual es la nacionalidad de su sociedad y así determinar ellos mismos que derecho quiere que se le aplique a esta. El problema reside en el hecho que es el derecho interno de un país que va definir si se puede aplicar su derecho a tal sociedad, y por tanto viene limitar la autonomía de la voluntad. Por tanto, si los socios deciden implantar una sociedad en tal Estado, es el derecho del Estado que va decidir cómo se determinará la nacionalidad de esta sociedad. Por tanto, dado el papel que detiene el legislador de un país en esta elección, vamos a ver que existen diferentes teorías en las que se basa para poder legislar.

1. El modelo del domicilio estatutario

Es el sistema predominante en los países de influencia anglosajona, esta teoría implica que la nacionalidad de la sociedad depende del derecho según el cual se ha constituido la sociedad mercantil, es decir que dependiendo del Estado que se haya elegido para respetar su legislación en cuanto a la constitución de la sociedad entonces, la sociedad adquirirá la nacionalidad de aquel Estado. Esta lleva el nombre de modelo de constitución y también de domicilio estatutario dado que la nacionalidad suele corresponder con la del lugar que se inscribe en el Registro (mercantil o de sociedades), por tanto se aplicará automáticamente el derecho del país que se puede encontrar en la escritura de la sociedad. Esta teoría se fundamenta claramente en la libertad otorgada a los societarios mediante el contrato de sociedad, de hecho, son ellos que van a decidir

⁹ ARENAS GARCÍA, Rafael, “El Derecho internacional privado de sociedades como reflejo del Derecho material de sociedades”, en: https://www.academia.edu/3559449/El_Derecho_internacional_privado_de_sociedades_como_reflejo_del_Derecho_material_de_sociedades [visitado el 28.04.2016], pág. 142.

cuál será el derecho aplicable a la sociedad. Esto último resulta ser la primer ventaja que podemos atribuir a esta teoría, en efecto, esta concepción liberal otorga un gran poder a los fundadores de la sociedad dejando aquellos decidiendo del derecho aplicable.

Otro de los efectos beneficiosos, es que la sociedad puede desplazarse al extranjero permaneciendo así, con nacionalidad del país de constitución. Esta técnica es similar a lo que pasa en el caso de una persona física que decide viajar a otro país. Es decir que se le reconoce su personalidad jurídica a través de su nacionalidad del país de origen dado que esta queda bajo el imperio del Estado cuyo derecho ha sido constituida. En cuanto a las sociedades extranjeras, es necesario que el Estado de destino que utilice la teoría del domicilio estatutario, reconozca la validez y la personalidad jurídica de la sociedad que quiere ingresar. Entonces, este modelo de constitución sigue permitiendo el ejercicio de todas o partes de las actividades de la sociedad en un país¹⁰. Por esto, la adopción de este criterio permite, en teoría, una mayor movilidad de la persona jurídica europea que quiere trasladarse en otro Estado miembro.

Asimismo, una de las mayores ventajas que atribuye la adopción de este modelo es la seguridad jurídica. En efecto, la estabilidad del punto de determinación adoptado permite garantizar la nacionalidad de una sociedad y, de hecho se reducirán los casos posibles en los que una sociedad se encontrará sin derecho aplicable dado que siempre se podrá referir al Estado donde se ha constituido. Esta ventaja permite una cierta previsibilidad de las soluciones jurídicas que se pueden plantear a la hora de trasladar el domicilio de una sociedad.

Por lo visto, el criterio del domicilio estatutario es el que se conforma más a lo necesario para permitir un traslado societario efectivo dado que, en teoría, la libertad de actuación facilita el desplazamiento de una sociedad en otro estado miembro. Sin embargo, podemos notar que unos de los problemas a la hora de trasladar una sociedad, hay que distinguir el traslado del centro principal de intereses, o administración central, y el traslado de la sede estatutaria. En efecto, en el mismo sentido que no se puede modificar el lugar de nacimiento de una persona física, en muchos países que

¹⁰ THIRION, Nicolas; BADA, Benjamin, *Droit International et européen des sociétés*, Larcier-Bruylant, 2009, pág. 16-17

adoptaron el modelo de la constitución, no se permite el traslado de la sede estatutaria, sino únicamente el de los órganos que han nacido posteriormente y que no necesitan vínculo con el estado de origen. No obstante, las ventajas que presenta la adopción de este modelo han conducido varios Estados a integrarlo en su ordenamiento como por ejemplo el Reino Unido, los Países Bajo, Irlanda, Dinamarca y Suiza¹¹.

Como hemos demostrado y así lo admite el autor Tito Ballarino¹², es posible ver que la teoría del domicilio estatutario, o teoría de la incorporación, se armoniza mejor dentro del mercado único por su flexibilidad y su seguridad. Pero aquello no significa que la doctrina de la sede real sea contraria a las disposiciones comunitarias sino que no se desprende del Tratado de Roma un tipo ideal de reglas de conflicto aplicable al régimen aplicable a las sociedades. Por tanto, cabe admitir este otro modelo: la teoría de la sede real.

2. El modelo de la sede real

Frente a los posibles problemas que pueden plantearse a la hora de trasladar el domicilio estatutario, se han buscado vías alternativas. De hecho, a partir del siglo XIX vemos la aparición del modelo de la sede real en países de costumbre y cultura jurídica romanista. Aquel modelo ha sido definido como la conexión que existe entre sociedad y el orden jurídico donde se sitúa su centro de actividades principales o sede real¹³. Este establecimiento principal puede definirse como el “sitio desde el cual son tomadas las decisiones relativas a la organización, la dirección y la administración de una persona moral, en pocas palabras: el centro decisional neurálgico de aquella.”¹⁴

Este modelo se fundamenta en varios puntos, primero hay que mencionar la importancia que reviste el vínculo entre la sociedad y el Estado donde ejerce sus actividades. A diferencia de la libertad que se deja a los fundadores para determinar la *lex societatis*, aquí se quiere establecer un nexo real que permite fortalecer y prevenir las posibles incoherencias. Lo que se busca es hacer coincidir la actividad

¹¹ *Ibidem*, pág. 18

¹² BALLARINO, Tito, “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement”, *Revue Critique de Droit International Privé*, n°373 (2003).

¹³ THIRION/BADA, *Droit International et européen des sociétés*, cit., pág. 19

¹⁴ *Ibidem*, pág. 19

económica real de la sociedad y evitar así la implementación de sociedades ficticias. En efecto, como lo expondremos más adelante, a la hora de permitir la elección de la ley aplicable a la sociedad, los fundadores siempre buscaran aquella que resulta más beneficiosa y que impone menos restricciones. Por tanto, con la aplicación del modelo de la sede real, se quiere prevenir de esta posible competitividad que se instauraría en los diferentes “mercados legislativos” y demuestra así la mayor ventaja que otorgar la elección de este modelo. Luego, se repite que la aplicación de este vínculo entre la sociedad y el ordenamiento puede ser considerado como aquel que refleja más la realidad de la situación. En efecto, utilizando hechos reales y criterios fácticos se puede contemplar una estrecha relación entre la sociedad en cuestión y su *lex societatis*.¹⁵ Por estas ventajas, numerosos países han adoptado esta doctrina como por ejemplo Francia, Bélgica, Grecia, Austria, y muchos otros.

Sin embargo, junto con las críticas que desarrollaremos más adelante, cabe mencionar brevemente que este modelo ha sido desacreditado por la dificultad de definición de la sede real, instaurando así una incertidumbre e inestabilidad a la hora de determinar la *lex societatis*. En efecto, según las concepciones de cada ordenamiento, puede haber diferentes nociones para calificar aquella sede de referencia y por tanto crea confusión e inseguridad en la resolución de conflicto de normas.

Por otra parte se ha criticado el hecho que con la adopción de este modelo, se obstaculiza el reconocimiento de la persona jurídica que presenta una sede real que no corresponde con su sede de constitución. Sin embargo, aquello no significa que la teoría de la sede real impida el traslado de la sede real de una sociedad, pero si será necesaria a la hora de la movilidad o bien crear una nueva persona jurídica en el Estado de destino que utiliza aquel modelo o bien desplazar la sede real y la sede estatutaria, aunque esto pueda presentar un coste económico importante¹⁶.

¹⁵ GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, Tomo 1, G.T., Madrid, 1976, pág. 324: “la objetividad del vínculo que traduce el principio de la sede presenta la ventaja de una referencia local permanente que, cualquiera que sea la voluntad de los socios, garantiza el respeto de los intereses de orden público y de la seguridad del tráfico”.

¹⁶ RODAS PAREDES, Paola N., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Editorial Comares, Granada, 2011, pág. 38.

Después haber analizado los grandes criterios que se utilizan para determinar la *lex societatis* y que permiten establecer el régimen jurídico que opera el traslado de domicilio, vamos a centrarnos en la aplicación concreta del concepto de traslado, esto es, la realidad práctica en el modelo español en primer lugar y luego el análisis de la casuística europea a través de las sentencias dictadas por el juez comunitario.

2- Casuística del traslado de sede: el modelo español y jurisprudencia europea (Segunda Dimensión)

A/ El ordenamiento español: adopción de un modelo mixto

Con amparo en las disposiciones normativas españolas que regulan este tema enunciadas anteriormente, tenemos que clarificar la situación y establecer un marco general y entender los medios puestos a disposición en España para la movilidad societaria. Empezando con un poco de historia, vemos que a principios del siglo XX el Tribunal Supremo dictó sentencia el 17 de enero de 1912 sobre la Sociedad Minera del Moncayo que tenía domicilio en Bruselas y que estaba inscrita en el Registro Mercantil de Soria. Los jueces defendieron la idea según la cual aquella sociedad no podía establecer su domicilio en Soria, aunque este registrada ahí porque en la escritura social, se consignaba Bruselas.¹⁷ Por tanto, se desprende de esta sentencia que en aquella época, el ordenamiento español adoptaba el modelo del domicilio estatutario acordando un valor determinante al domicilio previsto en la escritura registral. Sin embargo, después de la destrucción económica que supusieron las guerras mundiales y la Guerra Civil Española, se buscaron medidas para proteger la economía del Estado¹⁸. Es el decreto-ley de 17 de julio de 1947 que hace pasar de un modelo de constitución a la teoría híbrida que sigue vigente hoy en día. En efecto, el decreto-ley sobre regulación parcial de sociedades españolas prevé que para que sea válida la junta general de accionistas de una sociedad, aquella tiene que celebrarse en la ciudad donde se encuentra el domicilio social. Este criterio objetivo introducido consiste en un primer paso hacia la teoría sede real, sin embargo aquella noción no implica la determinación de la nacionalidad de la sociedad. Posteriormente, en el caso de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se fija el criterio según el cual el domicilio social estatutario tiene que coincidir con la sede real y aquella debe situarse en el territorio

¹⁷ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, *La Transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 95-98

¹⁸ RODAS PAREDES, *Libertad de establecimiento*, cit., pág. 205.

español. Por tanto, instaura una conexión real, para determinar la *lex societatis*, aplicando nexos que pertenecen a la doctrina de la sede real.

En la actualidad, el sistema español utiliza modelos distintos según la sociedad que se estudia. En efecto, en el caso de sociedades extranjeras comunitarias o extracomunitarias que ejercen sus actividades en el Estados español deben respetar el derecho de su país de origen, dado que para ser reconocidas en nuestro ordenamiento, aquellas tienen que cumplir con las condiciones del ordenamiento del estado cuya nacionalidad ostentan¹⁹. En cuanto a las sociedades españolas lo que se puede decir es que se suele aplicar la teoría de la sede real, pero con menos rigor que en otros ordenamientos que hayan adoptado este modelo. De hecho, cuando no se respetan las condiciones por una sociedad española, la única sanción que se impone es la prohibición de la elección del arbitrio durante el proceso judicial. Resulta que el centro principal de actividades, o sede real no reviste una importancia notable en el ordenamiento español a la hora de determinar la nacionalidad de una sociedad española.

1. Dificultades teóricas previas en el supuesto de movilidad societaria

Aquí llegamos en el momento concreto del traslado, es aquí también que el legislador detiene la competencia para establecer el régimen jurídico aplicable, determinando así el procedimiento a seguir y las condiciones que cumplir. Como muy bien lo ha señalado la Profesora Paula Rodas Paredes, “solo cuando se traslada el domicilio social estatutario se llega a una modificación del estatuto personal societario que permite que una sociedad mercantil modifique su *lex societatis*”²⁰. Dado que es a través este domicilio social estatutario que determinamos el derecho aplicable, entonces es aquel traslado que tiene relevancia.

En teoría, la creación de una agencia o sucursal no conlleva la modificación de la *lex societatis*, pero si el traslado del domicilio estatutario. Este cambio puede generar mucha incertidumbre jurídica y por tanto, este traslado supone muchas reticencias dado que esto conlleva la disolución de la persona jurídica y la reconstitución de otra

¹⁹ Artículo 15 del Código de Comercio

²⁰ RODAS PAREDES, *Libertad de establecimiento*, cit., pág. 40

en otro Estado miembro²¹. Sin embargo, en el caso de que un determinado ordenamiento autoriza el traslado del domicilio estatutario, entonces se tiene que acudir a la legislación de destino para saber cuáles son las condiciones y requisitos impuestos para *recibir* una sociedad extranjera.

En el caso de la movilidad societaria plenaria, por una parte, cuando se quiere trasladar desde un país que utiliza el modelo de la sede real, hacia un país que también lo utiliza, entonces se tiene que trasladar, además del domicilio estatutario, aquel centro principal de actividades. Por otra parte, si el traslado es hacia un ordenamiento que considera la teoría de la constitución entonces no se exige el desplazamiento de cualquier otro órgano o centro por tanto se facilita aquella movilidad. En los caso de tener como origen un sistema que adopta la teoría de constitución para ir a otro similar, entonces no presenta muchos problemas (excepto como ya lo hemos visto cuando las normas imperativas del ordenamiento de origen prohíben el desplazamiento de la *lugar de nacimiento*). Cuando se trata de ir de un modelo de constitución a otro de sede real, entonces ahí se exigiría que se desplazara, además del domicilio estatutario, el centro principal de actividades o administración central. Por tanto, vemos que cuando entra en jugo la teoría de la sede, se complica el reconocimiento de una sociedad a la hora de su traslado domiciliario.

2. Especificidades del ordenamiento español

a) El supuesto de salida de una sociedad española hacia el extranjero

Para poder considerar unos ejemplos menos teóricos cabe mencionar ahora las particularidades en materia de movilidad societaria en el ordenamiento español. Sin embargo, aquel estudio se tiene que realizar contemplando dos vertientes: el traslado de una sociedad española al extranjero y la entrada de una sociedad extranjera en el ordenamiento español. La LMESM, ha establecido un régimen jurídico nuevo tanto en el ámbito de aplicación como en los efectos de la movilidad del domicilio social, pero se tiene también que referir a los textos que hemos mencionados anteriormente.

²¹ ALTER Cédric, *et al*, *Droit des groupes de sociétés: Questions pratiques*, Primento, 2013, Sección 4

Para analizar el traslado de sociedades españolas en el extranjero conviene precisar ante todo que es indiferente que la sociedad se dirija hacia un estado miembro o a un tercer Estado²² dado que la normativa española no hace referencia a esta distinción. En cuanto a la aplicación, vemos que la reciente ley impone a la sociedad que quiere trasladarse: ser mercantil, ser considerada de nacionalidad española y, por tanto, estar inscrita en el Registro Mercantil²³. Después, como lo menciona la mayoría de la doctrina sobre el tema, la preocupación más importante es que a la hora de trasladar su domicilio se debe favorecer el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Para ello, lo que se exige es que el Estado receptor garantice la continuidad de aquella personalidad. Luego, para asegurar una seguridad tanto jurídica como económica se prohíbe el traslado al extranjero de las sociedades que se encuentren en situación de concurso de acreedores o en fase de liquidación.

Después del ámbito de aplicación, hay que ver las diferentes etapas del proceso de traslado dado que como todo acto societario, este conlleva obligaciones y derechos para las partes implicadas. Ante todo, el traslado exige que se apruebe un proyecto de traslado, un documento que debe ser redactado por los administradores de la sociedad²⁴, este proyecto tiene que contener un mínimo de datos: primero tiene que mencionarse el Estado de destino, el domicilio social y los datos registrales; luego se tiene que exponer los cambios que van a tener que ser operados debido al traslado y el contenido de los nuevos estatutos. Finalmente, se tienen que contemplar los derechos que serán otorgados a los acreedores, socios y trabajadores, esto es la protección conferida a las personas que pueden ser afectadas directamente por la movilidad de la sociedad. Al haber cumplido con estas condiciones, los administradores tienen que depositar el proyecto en el Registro Mercantil para proceder a la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Posteriormente, los administradores tienen que convocar a los socios con un preaviso de dos meses mínimo para que se reúnan en Junta General y así den su opinión sobre el proyecto de traslado. Además de la decisión

²² MIGUEL GOENECHEA, Julian; GRACIA Cristina, “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”, Actualidad Uria Menéndez n°24-2009, en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf?id=3059> [visitado el 30.03.2016]. pág. 6

²³ Artículos 93.1 y 92 de la LMESM.

²⁴ Artículo 95

de aceptar la emigración de la sociedad, se tiene que prever simultáneamente la redacción de los nuevos estatutos y estos tienen que cumplir con los requisitos del órgano equivalente al Registro Mercantil del país de destino.

Durante el procedimiento se otorgan varios derechos a los socios y a los accionistas. En cuanto a los primeros, se les otorga un amplio derecho de separación²⁵, esto es, la posibilidad de votar en contra del acuerdo aprobado en la Junta General con un plazo de un mes desde la publicación del acuerdo. Por tanto, con este voto, el socio puede separarse de la sociedad dado que es una de las causas legales que permite esta separación²⁶. En cuanto a la protección de los acreedores, la LMESM prevé que en los casos de créditos que hubieran nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de traslado, el acreedor puede oponerse a este. Este derecho de oposición también debe ejercerse dentro de un mes a contar “desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba el acuerdo de traslado del domicilio social”²⁷. Al final, se les otorga a los trabajadores una protección a través del deber de información, y de consulta. En efecto, los artículos 39 y 87 prevén que se pongan los diversos proyectos a disposición de los trabajadores. Sin embargo, no hay disposiciones expresas sobre aquel derecho de información de los trabajadores, punto débil de la ley dado que los trabajadores son los actores que se ven más afectados por una emigración societaria. Para acabar con el proceso de traslado, cabe abordar la eficacia de este y lo que adviene de la inscripción en el Registro Mercantil. De hecho, después que haya transcurrido el mes para el ejercicio de los derechos concedidos, se debe otorgar escritura del traslado y presentarlo al Registro Mercantil para inscripción. Con la presentación de esta escritura, el registrador procede a la inscripción y emite una certificación previa que indica que se hayan cumplido los requisitos formales, y el registrador cierra la hoja registral para que no haya futuras inscripciones. Finalmente, el traslado será efectivo cuando “se haya registrado en el Registro del nuevo domicilio”²⁸ y cuando se haya cancelado la hoja registral española. Para esto, es necesario que se transmita un certificado del registro de destino, y una copia de los

²⁵ Artículo 95.3

²⁶ Artículo 95 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

²⁷ MIGUEL GOENECHEA/GRACIA, “Traslado”, cit., pág. 9

²⁸ Artículo 102 LMESM

anuncios de la inscripción del traslado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio”. Con esta última fase podemos considerar como acabado el proceso administrativo y registral para el traslado de una sociedad española hacia el extranjero.

b) El supuesto de entrada de una sociedad extranjera en el territorio

En cuanto a las sociedades extranjeras, no se les imponen condiciones restrictivas, dado que no existe exigencia sobre la naturaleza de la actividad. De hecho, como ya hemos mencionado, se aplica el principio de reconocimiento automático de las sociedades si estas han sido válidamente constituidas en su país de origen, por tanto no existe necesidad de un procedimiento formal. Hay que precisar que cuando una sociedad extranjera de un Estado miembro desea trasladar su sede real, no se puede imponerle un ordenamiento jurídico dado que esto consistiría en un obstáculo a la libertad de establecimiento consagrado por el Derecho comunitario, mientras que una sociedad de un Estado tercero podría verse imponer tal regulación, y de esta manera operar un cambio de *lex societatis*. Este cambio operará también a la hora de desplazar el domicilio social estatutario.

La LMESM establece un régimen específico para las sociedades europeas excluyendo así las sociedades de países terceros. En cuanto a las primeras, actúa el principio de reconocimiento automático, por tanto se mantiene la personalidad jurídica de la sociedad que entre en el territorio²⁹. Un requisito que se impone a las sociedades comerciales es el respeto de normativa societaria vigente en España, de hecho, la sociedad que quiere ingresar tiene que cumplir con las condiciones impuestas para la constitución de una sociedad de su tipo. En relación a las sociedades extranjeras que proviene de estados terceros, lo que se impone para que pueda entrar en el territorio español es que presente un informe de experto que demuestre que el patrimonio alcanza el mínimo requerido para un capital social en la legislación española. Después, se exige que la legislación de origen permita el traslado deseado y que contemple la posibilidad de mantener la personalidad jurídica³⁰.

²⁹ Artículo 94 LMESM

³⁰ Artículo 94.2 LMESM

Posteriormente a este análisis del contexto normativo existente al nivel europeo y español sobre el tema del traslado del domicilio, podemos destacar algunos puntos conclusivos. Primero que la libertad de establecimiento contemplada en los artículos del TFUE, impone a los estados el respecto del derecho de los nacionales de los estados miembros para organizar una actividad profesional de manera duradera en otro estado miembro. Esta libertad implica que los Estados tienen que reconocer las formas y la personalidad jurídica de la sociedad. Aquello afecta los diferentes criterios de conexión de determinación de la *lex societatis* (teoría de constitución y teoría de la sede real). De estos modelos, el ordenamiento español utiliza un sistema mixto según se trate de sociedades extranjeras que ingresan en el territorio o sociedades españolas que quieren trasladarse hacia el extranjero.

Lo que tenemos que analizar a continuación es la importancia que reviste la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en este tema. Vamos a ver, con el estudio de varias sentencias fundamentales, que la labor del juez europeo ha sido esencial en el desarrollo de la aplicación de los principios que rigen el traslado de domicilio social intra-europeo aunque no haya desarrollado una doctrina completa³¹.

B/ El papel dominante de la jurisprudencia europea: extensión y límites de la movilidad societaria

El papel de las decisiones del TJUE ha ido adquiriendo peso a partir de la sentencia *Reyners* contra el Reino de Bélgica³², dado que es a través de esta sentencia que se proclama el efecto directo de las disposiciones del TFUE sobre libertad de establecimiento. La consecuencia de esto es que las disposiciones pueden ser aplicadas directamente por el juez nacional y, por tanto, la utilización de los criterios jurisprudenciales reviste mayor importancia a la hora de ejercer aquel derecho de establecimiento. De hecho, para poder estudiar aquellas sentencias vamos a romper

³¹ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Lex Societatis y derecho de establecimiento”, en https://www.academia.edu/9907719/Lex_societatis_y_derecho_de_establecimiento, [visitado el 28.04.2016], pág. 9

³² Caso-2/74, *Reyners v. Reino de Bélgica*

con el orden cronológico para poder estudiar los casos de manera más práctica, es decir que vamos a dividir según se trate de la aplicación del derecho de establecimiento primario o secundario³³.

1. Jurisprudencia relevante en cuanto al traslado del domicilio social (movilidad primaria)

- a) *Daily Mail*³⁴

Una sociedad de holding y de inversión llamada Daily Mail and General Trust PLC constituida bajo derecho británico y con sede social en Londres decide trasladar su domicilio social en los Países Bajos. Sin embargo, la legislación británica impone que la sociedad obtenga, previamente al traslado, una autorización de la Hacienda Pública. Esta última rechazó la demanda y por tanto la sociedad interpuso recurso ante la Corte británica que, a su vez, suspendió el procedimiento para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Hay que mencionar que ambas legislaciones permitían el traslado de Daily Mail a los Países Bajos, el único obstáculo que se había formado reside en la autorización administrativa y formal de la Hacienda Pública Británica.

En su decisión, el tribunal considera que en el estado del Derecho comunitario de la época (finales de los años 80 del siglo XX), los artículos del Tratado de las Comunidades Europeas no permiten determinar la conexión entre una sociedad y un orden jurídico, por tanto, concluye que aquel proceso corresponde a cada Estado. Esto significa que las sociedades se reconocen únicamente a través el respeto de las condiciones impuestas por cada legislación que regula su constitución y su funcionamiento. Esta interpretación de la libertad de establecimiento resulta ser muy limitada dado que los efectos reconocidos serán únicamente aquellos reconocidos por el ordenamiento interno y, por ejemplo, si un Estado prohíbe el traslado de una sociedad, entonces esta no tiene otra opción que de disolverse y constituirse

³³ División operada en el mismo sentido que lo ha hecho la Profesora Paola N. Rodas Paredes en *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*.

³⁴ Caso-81/87, *The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*

nuevamente en el Estado de destino. Por esto, es posible entender que aquella sentencia, en su momento, ha creado unas vivas discordancias doctrinales, sin embargo, aquella sentencia, como vamos a verlo ahora, va a tener un fuerte impacto en las sentencias posteriores dado que a través de ella, se pudo asumir que la teoría de la sede era compatible con las disposiciones comunitarias³⁵.

*b) Cartesio*³⁶

Siguiendo con nuestra lógica de analizar aquellos supuestos de movilidad plenaria, cabe que nos centremos en la sentencia del 16 de diciembre de 2008. Aquí se trata de una sociedad cuyo domicilio está en Hungría que quiere trasladar su sede real a Italia. Sin embargo, el punto problemático está en que quiere que siga vigente la *lex societatis* húngara, aunque este ordenamiento haya adoptado la teoría de la sede real. Por tanto, el tribunal regional húngaro desestimó la pretensión de la sociedad y después, el tribunal de apelación ha elevado unas cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Los jueces europeos decidieron optar por el hecho que, debido a la disparidad en los ordenamientos, depende del Estado de origen determinar si el cambio de domicilio significa cambio de legislación nacional. Con ello, se autoriza a la legislación húngara no permitir que se conserva la ley húngara como ley aplicable dado que lo que quiere la sociedad es seguir siendo una sociedad de Derecho húngaro, trasladando su sede real a Italia sin cambio de *lex societatis*.

De manera, coherente, la corte enuncia la jurisprudencia *Daily Mail*³⁷ recordando así que una sociedad creada según un derecho solo existe a través este derecho que determina su constitución y su funcionamiento. Por tanto, el Estado puede rechazar el traslado de esta sociedad con mantenimiento de la ley aplicable dado que este traslado es el que causa la pérdida del criterio de conexión entre la sociedad y el ordenamiento. Es por eso que, el Estado tiene competencia para habilitar o no aquel traslado sin modificación de ley aplicable. Sin embargo, hay que matizar diciendo que

³⁵ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, en https://www.academia.edu/2924694/Sombras_y_luces_en_la_jurisprudencia_del_TJUE_en_materia_de_DIPr_de_sociedades [visitado el 29.04.2016], pág. 5

³⁶ Asunto C-210/06, *Cartesio*

³⁷ Véase el núm. 34, 104 a 106, 108 y 114 de la Sentencia

en caso de movilidad con cambio de *lex societatis*, el Estado de origen no puede imponer la disolución de la sociedad dado que esto supondría un obstáculo a la libertad de establecimiento.

Esta sentencia supuso muy vivas reacciones dado que se ha dictado después de sentencias muy liberalizadoras como *Überseering*, *Inspire Art*³⁸ o *Centros* (que veremos más adelante) en las que se hacía prevalecer la libertad de establecimiento comunitaria sobre las pretensiones de los ordenamientos internos. Esto se puede explicar por el hecho que en la sentencia *Cartesio*, al igual que en *Daily Mail*, se trataba de analizar el derecho de origen de la sociedad dado que el problema no provenía del ordenamiento de destino³⁹. Por tanto, volviendo a la línea jurisprudencial de *Daily Mail*, la sentencia *Cartesio* expone la compatibilidad del modelo normativo de la sede real con la libertad de establecimiento dado que hasta aquí, las diferentes decisiones consideraban que la teoría de la constitución era la única compatible con el derecho comunitario. Esta sentencia reviste cierta importancia dado es una de las decisiones más recientes y, por tanto, vemos que el debate jurisprudencial sobre este tema sigue de actualidad.

c) *Überseering*⁴⁰

A diferencia de lo visto hasta ahora, vamos a exponer asuntos en los que el problema recae en el Estado de destino. La sociedad *Überseering BV* es de derecho neerlandés y adquiere un terreno en Alemania para fines económicos. En 1990, la sociedad encargó a la sociedad alemana *NCC GmbH* para realizar obras de renovación de los establecimientos construidos en el terreno. En 1994, dos nacionales alemanes con residencia en Alemania obtienen todas las participaciones sociales de la sociedad holandesa y en 1996, *Überseering* presenta una demanda ante el tribunal alemán de Düsseldorf contra *NCC* por vicios en las obras de pintura. El juez alemán desestimó la demanda considerando que la sociedad no tenía capacidad procesal en Alemania dado que para tenerla, la sociedad hubiera tenido que disolverse en los Países Bajos para

³⁸ MENJUCQ, Michel, “Droit international des sociétés”, Répertoire de droit des sociétés, (Mayo 2009), Chapitre 4, Section 2, Art. 2, §1.

³⁹ ARENAS GARCÍA, “Sombras y luces”, cit., pág. 14

⁴⁰ Asunto C-208/00, *Überseering*

luego volver a constituirse en Alemania. Después del recurso de apelación que confirma aquella decisión, se instó un recurso de casación, durante el cual se plantearon cuestiones prejudiciales.

En la Sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2002 los jueces europeos consideran que esto supone un obstáculo al libre ejercicio de la libertad de establecimiento, exponiendo que en el caso del traslado de sede real, que de ninguna manera el Estado de destino puede negar la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario⁴¹. De una cierta manera, esta decisión reviste importancia en el hecho que viene limitar el alcance de la teoría de la sede⁴². Sin embargo, la mayor aportación que representa esta sentencia es el principio de reconocimiento automático de la personalidad jurídica. Aquel principio que hoy en día nos parece básico en el ordenamiento español, tiene su origen comunitario en esta sentencia del TJUE.

Así pues, queda claro después haber visto las sentencias *Cartesio* y *Überseering* que el Estado de origen dispone de una gran competencia a la hora de permitir el traslado hacia el extranjero de las sociedades constituidas bajo su ordenamiento.

d) *VALE Épitési*⁴³

Esta sentencia constituye el “reflejo simétrico” de la sentencia *Cartesio*. Se trata de una sociedad de responsabilidad limitada italiana que desea cancelar su escritura en el registro de origen en Roma y pasar a ser una sociedad húngara. Entonces, el 13 de febrero de 2006 se inscribe en el registro italiana su cancelación y traslado de la sede en Hungría. Poco después, el director decide inscribir la sociedad en el registro húngaro con el nombre *Vale Épitési* señalando que tiene como predecesora la sociedad *Vale Costruzioni SRL*. Sin embargo la Corte de Budapest rechaza la pretensión con motivo de que la ley húngara no acepta que la sociedad predecesora sea una ley extranjera. Será entonces la Corte Suprema de Hungría que

⁴¹ CATHIARD Catherine, “Transfert intracommunautaire de siège social”, Répertoire de droit des sociétés”, (2014), Sección 2, Art. 2, §3

⁴² ARENAS GARCÍA, “Sombras y luces”, cit., pág. 10

⁴³ Asunto C-378/10, *VALE Épitési*

planteará cuestiones prejudiciales y en la sentencia dictada el 12 de julio de 2012, el Tribunal considera la decisión de las autoridades húngaras como contrarias al derecho de establecimiento. En efecto, los jueces europeos exponen que cuando una legislación nacional otorga la posibilidad de transformación para las sociedades nacionales, este derecho tiene que otorgarse a las sociedades extranjeras con amparo de los principios de equivalencia y de efectividad. El primero de estos principios impone por su parte que no se apliquen disposiciones menos favorables para las operaciones extranjeras en comparación con las disposiciones relativas a las operaciones internas mientras que el segundo regula el hecho de que los Estados miembros tienen que considerar el valor de las condiciones y requisitos impuestos por otro Estado miembro y que estos sean compatibles con el derecho de la Unión Europea⁴⁴.

En nuestro caso concreto, dado que el ordenamiento italiano acepta el traslado de la sociedad y que se han realizado todos los trámites correspondientes, el tribunal europeo considera que Hungría está obligada a aceptar una transformación transfronteriza, evitando así unos tratos diferentes y menos favorables que se basan únicamente en el carácter extranjero de la sociedad y que no presentan ningún motivo de justificación, siendo la decisión húngara, considera como un obstáculo a la libertad de establecimiento.

2. Jurisprudencia relevante en cuanto a la constitución de un establecimiento secundario (movilidad secundaria)

Dentro de este apartado vamos a analizar las sentencias que tratan de la constitución de sucursales, filiales o agencias en un estado miembro diferente del Estado donde se encuentra el domicilio social.

a) Segers⁴⁵

Este caso es uno de los primeros en el que el Tribunal de Luxemburgo ha podido pronunciarse sobre el derecho de establecimiento secundario. En concreto, se

⁴⁴ PARLEANI, Gilbert, “Après l’arrêt Cartesio, l’arrêt Vale apporte de nouvelles précisions sur la mobilité intra-européenne par « transformation »”, *Revue de société* (2012), pág. 645

⁴⁵ Asunto 79/85, *Segers*

trata de una sociedad con domicilio en Holanda que constituye una sociedad en el Reino Unido. Poco después, la empresa holandesa se convierte en una filial de la nueva sociedad creada. El director de la empresa en cuestión solicita una baja por enfermedad en Holanda, sin embargo se le deniega esta demanda argumentando que el señor no estaba vinculado por ningún contrato de trabajo con la sociedad británica y por tanto, no estaba subordinada a un empleador. Por tanto, se ha recurrido esta decisión ante el juez holandés que desestimó la demanda, pero luego el tribunal de apelación planteó dos cuestiones prejudiciales para saber si las disposiciones de derecho comunitario imponían considerar de manera indiferente a los directores de sociedades neerlandesas y los de sociedades de otro Estado miembro. En este caso, la sentencia del tribunal del 10 de julio de 1986 consideró que no se puede impedir una baja por enfermedad al administrador de una sociedad con el motivo de que esta sociedad se haya constituido bajo el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro. Hay que mencionar que es una de las primeras sentencias en considerar efectivamente que una persona jurídica pueda trasladar su domicilio social en otro Estado miembro, por tanto, reviste importancia por su carácter precursor.

Es, en el marco de un asunto sobre una filial, que el TJUE estableció uno de los grandes principios de la movilidad societaria actual.

b) Centros⁴⁶

Dos nacionales daneses constituyen una sociedad en Reino Unido, y luego solicitan la constitución de una sucursal de esta sociedad en Dinamarca. Esta solicitud es denegada con el motivo de que aquella sociedad no tiene ninguna actividad en el Reino Unido. De hecho, el objetivo de los fundadores era encontrar la normativa societaria la menos restrictiva en cuanto al capital mínimo que aportar para constituir la sociedad. Tras el rechazo de la solicitud, los fundadores deciden interponer un recurso contra la resolución. En la primera decisión judicial se ha confirmado la denegación de la solicitud y luego, ante la jurisdicción de apelación se interpusieron varias cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de la denegación de inscripción

⁴⁶ Asunto C-212/97, *Centros Ltd*

de una sucursal cuando la sociedad establecida en otro Estado miembro solo ejerce su actividad a través de la sucursal.

El juez europeo consideró en la sentencia del 9 de marzo de 1999 que aunque la sociedad no ejerzca actividad en el lugar de su constitución esto no le retira su derecho de establecimiento⁴⁷. De esta manera, el tribunal admite la posibilidad de que se constituya una sociedad en un Estado miembro únicamente para beneficiar del ordenamiento más favorable o menos restrictivo sin que se considere como un abuso del derecho de establecimiento. Para prevenir los fraudes societarios, la Corte prevé que los Estados miembros de destino, en el supuesto considerado, pueden adoptar todas las medidas para prevenir y sancionar los fraudes y los abusos si se establece que los socios quieren en realidad eludir sus obligaciones legales o fiscales respecto a los acreedores en su territorio.

Esta sentencia es la que ha suscitado la más importante reacción doctrinal dado que unos consideran que resulta ser la sentencia que pone fin a la teoría de la sede real dado que “si las autoridades de un Estado mantienen su modelo de sede real y rechazan el reconocimiento de sociedades constituidas en otro Estado miembro incurren en responsabilidad frente al particular”⁴⁸. Hay otros autores que piensan de otra manera, considerando que sí, hay compatibilidad con la teoría de la sede real dado que la “negativa de la inscripción de la autoridades danesas no derivan de que esa sociedad no sea reconocible por aplicación del modelo de sede real, sino únicamente del fraude a las normas danesas de capital mínimo”⁴⁹.

En cuanto a los efectos de esta sentencia sobre la movilidad societaria es posible entender que en los países que adoptan la teoría de la sede real, el traslado implica un cambio de *lex societatis* dado que el criterio de conexión que existe con el ordenamiento ya no existe al trasladar la sede en otro país. Por tanto, quedará sometida

⁴⁷ ARENAS GARCÍA, “Sombras y luces”, cit., pág. 6

⁴⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “La sentencia « Centros » del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, (2000), en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewj75t7OrcvMAhWDPBQKHwveDuMQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.reei.org%2Findex.php%2Frevista%2Fnum1%2Farchivos%2Fnota_GARCIAMARTIN_FranciscoJ.pdf&usg=AFQjCNHFZRomnPZteZ5XfRNurW-XVULpHQ&sig2=JtO_up50RyziO_TQoAa6oA [visitado el 15.04.2016], pág. 8.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 8.

a la ley del Estado de destino. Esa consideración forma un paso más en la consagración del modelo de la constitución en el derecho de sociedades europeo.

*c) Inspire Art*⁵⁰

Se trata de una sociedad inglesa que ejerce su actividad en Holanda a través de una sucursal. La sociedad se ha inscrito en el Registro Mercantil de Ámsterdam sin precisar que era una sociedad extranjera, requisito formal obligatorio para el registro holandés. Aquel error de trámite fue argumento para que la Cámara de Comercio de Ámsterdam solicite el juez de primera instancia. Esta jurisdicción consideró que la mención era necesaria en el registro pero teniendo duda sobre la compatibilidad de este requisito y la normativa comunitaria, el tribunal planteó unas preguntas prejudiciales. El 30 de diciembre de 2003 el Tribunal dictó sentencia considerando que la aplicación imperativa de reglas de derecho interno en el caso de una sociedad constituida en otro Estado miembro suponía un obstáculo para el ejercicio del derecho de establecimiento y constituye una restricción a las libertades comunitarias⁵¹. En la sentencia *Centros* vimos que los países de destinos podían imponer condiciones para evitar el fraude y el abuso de la libertad de establecimiento, por tanto la Corte intentó saber si las medidas previstas por el ordenamiento Holandés correspondía a aquellas medias de protección. Pero los jueces europeos consideraron que las disposiciones eran desproporcionadas en comparación con el objetivo, significa que los requisitos impuestos son demasiado estrictos y por tanto incompatibles con las disposiciones comunitarias.

En esta sentencia, vemos la continuidad de la línea doctrinal editada por *Überseering*, según la cual el Derecho que debe regir la sociedad debe ser el del Estado de constitución y en el que la aplicación de la ley del país de destino resulta ser una restricción al derecho de establecimiento⁵². Por tanto, a través esta sentencia se admite una vez más la importancia del modelo del domicilio estatutario dentro del mercado interior frente a la teoría de la sede real.

⁵⁰ Asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd*

⁵¹ CATHIARD, "Transfert", cit., Sección 2, Art. 2, §4

⁵² ARENAS GARCÍA, "Sombras y luces", cit., pág. 12

Para concluir este estudio jurisprudencial en materia de movilidad societaria en la Unión Europea cabe mencionar varios puntos que hemos podido extraer de las diversas sentencias. Ante todo, vemos que lo que prima sobre el resto es la regla del reconocimiento comunitario de la personalidad jurídica, es decir que en cualquier Estado miembro se debe reconocer una sociedad que ha sido válidamente constituida en otro Estado miembro. La voluntad prioritaria que percibimos es la voluntad de mantener la personalidad jurídica de las sociedades que trasladan su sede de un Estado miembro a otro, sin tomar en cuenta los modelos normativos adoptados por cada estado. Esto es la ilustración de los principios de confianza comunitaria o de legislaciones intercambiables. Otra regla que se desprende de nuestro estudio es aquella que dispone que el derecho aplicable a una sociedad será aquel bajo el cual se ha constituido, excepto en los casos de cambio de *lex societatis*. Sin embargo, ante la diversidad de concepciones de los ordenamientos internos y la amplitud del sistema de regulación que ha ido creando la jurisprudencia, podemos fácilmente suponer que la tarea de la Corte, en esta materia, aún no ha terminado.

3- Relación entre Derecho comunitario, y ordenamiento español: síntesis comparativa de los requisitos para una movilidad societaria efectiva.

(Tercera dimensión)

En esta tercera parte lo que intentaremos analizar corresponde a la respuesta a la pregunta siguiente: ¿Existe correspondencia entre los requisitos que prevé el derecho europeo y los que prevé el derecho interno español en relación al traslado de sociedad? De hecho realizaremos la comparación de condiciones que se imponen por un lado para el traslado de la sede real de una sociedad, para luego ver los requisitos en el caso de movilidad del domicilio estatutario. En ambas partes veremos lo previsto en el caso de una sociedad que “sale” y una sociedad que “entra” en el territorio español.

A/ Requisitos en el caso de traslado de sede real

De acuerdo con lo visto hasta ahora, cabe destacar que la jurisprudencia del TJUE ha sido relevante en cuanto a su voluntad de suplir los vacíos legales sobre traslado de domicilio social en la unión europea y además, es importante tener en mente que la legislación española adopta un sistema mixto de determinación de ley aplicable.

De hecho, la llamada “Saga Centros” ha ido determinando que las sociedades son libres de desplazarse hacia cualquier ordenamiento de un Estado miembro, y que estas deben ver su personalidad jurídica reconocida cuando son válidamente constituidas en su Estado miembro de origen. Con esto, la jurisprudencia ha tácitamente considerado que no tenía sentido que un Estado adopte la teoría de la sede real dado que de todas maneras deberá reconocer la sociedad, aunque el lugar del domicilio estatutario y el centro principal de explotación no correspondan. Por esto, veamos cuales son los problemas que plantea el ordenamiento español frente a los requisitos impuestos por las normativas comunitarias.

En primer lugar, dado el sistema mixto y poco claro adoptado por el ordenamiento español, es difícil entender cuál sería el criterio para determinar la posibilidad del traslado de una sociedad española hacia el extranjero. El artículo 9.1 de la Ley de Sociedades de Capitales⁵³ prevé que se aplique la teoría de la sede, imponiendo como condición para ostentar la nacionalidad española que corresponda el domicilio social con el lugar del centro de efectiva administración y dirección. Por tanto, una sociedad con domicilio español que desea trasladar su centro de intereses en otro Estado miembro no cumplirá con las condiciones de la LSC. Esta previsión se opone claramente a lo que se ha demostrado hasta ahora en el derecho europeo, dado que normalmente se tiene que permitir el traslado entre Estado miembros, y asegurar la continuidad de la personalidad jurídica en el caso de movilidad societaria. En el caso español, tendría que operarse un cambio de *lex societatis*.

En segundo lugar, en relación a desplazamientos hacia nuestro territorio, la legislación española que determina la nacionalidad española ha ido imponiendo que las sociedades extranjeras tienen que tener su domicilio en España para que se les pueda exigir el cumplimiento de la normativa. Aquello es lo que dispone el artículo 9.2 de la LSC. Dicho de otra manera, todas las sociedades de capitales que tengan su domicilio en territorio español, deben cumplir con la LSC. Esto viene oponer a lo establecido por el derecho europeo sobre reconocimiento de sociedades extranjeras, por tanto no se debería aplicar tales disposiciones a sociedades constituidas bajo las disposiciones de un Estado miembro.

Además, podemos ver que la posibilidad de ostentar la nacionalidad española depende de lo que permite la legislación de origen de la sociedad. Esto se explica por lo que el reconocimiento automático previsto por el artículo 15 del Código de Comercio vale únicamente en el caso de la válida constitución de la sociedad según las disposiciones de su ordenamiento de origen. Por ello, tenemos que ver los dos supuestos posibles: cuando la legislación lo permite y cuando no. En el caso de que la legislación del Estado de origen permita que la sociedad traslade su centro de efectiva administración a otro país sin cambio de *lex societatis*, lo que es posible en los países

⁵³ Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capitales

que adoptan la teoría de la constitución, esto estaría de acuerdo con nuestras leyes, por tanto se podrá reconocer la personalidad jurídica y no se le podrá asignar la nacionalidad española y tampoco imponer el respeto de nuestra legislación, el supuesto contrario se opondría al libre ejercicio del derecho de establecimiento.

Sin embargo, en el caso de que la legislación de origen no permita el establecimiento de la sede real sin la modificación del domicilio social estatutario, esto vendría oponerse a lo previsto en el artículo 15 mencionado. Esto significa que en el caso de que una sociedad opere este traslado, entonces no respetaría su legislación de origen, y por tanto no se le podría reconocer en nuestro territorio por aplicación del principio de reconocimiento automático. Además, en aplicación del artículo 9.2 de la LSC, la sociedad de capital que traslade su domicilio real aunque su ordenamiento de origen no lo permita tendría que fijar su domicilio en España y así respetar las disposiciones mercantiles vigentes.

Por ello, en el caso de aplicar estrictamente las condiciones del artículo 9.2 de la LSC, se vulnerarían los preceptos del mercado interior, dado que la obligación de fijar el domicilio social en España constituiría un obstáculo al libre ejercicio de la libertad de establecimiento mientras que el reconocimiento acordado por el Código de Comercio es acorde con las disposiciones europeas en el sentido que contribuye a traslado sin pérdida de personalidad jurídica. Por eso, el respeto de las disposiciones comunitarias responde a la aplicación flexible de la LSC, es decir no aplicar las condiciones domiciliarias a sociedades constituidas de acuerdo al derecho de un Estado miembro.

B/ Requisitos en el caso de traslado de sede estatutaria

La movilidad societaria concebida como el traslado del domicilio estatutario corresponde a una modificación significativa de las normas que van a regir la sociedad. Es decir que, a través del traslado estatutario se opera una modificación consecuente e importante dentro del régimen jurídico de la sociedad. Esto explica, por tanto, que se han desarrollado unas condiciones bien precisas, y un procedimiento protector de las partes con el otorgamiento de derecho particulares.

Como lo hemos visto, los supuestos de entrada y de salida de sociedades mercantiles han sido regulados por la LMESM cuya influencia europea es indiscutible. En efecto, muchas partes del procedimiento de traslado son el reflejo del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea y de la propuesta de la decimocuarta Directiva⁵⁴. Ahora sí, vamos a ver si las disposiciones españolas se adecuan al derecho europeo.

Primero, en el caso de una sociedad española que quiera trasladar su domicilio a otro Estado miembro, hemos visto anteriormente que lo único que se exige es que la sociedad sea mercantil, que esté inscrita en el Registro Mercantil y que sea considerada española. Por tanto, siguiendo el procedimiento establecido por la LMESM que ya hemos comentado, es posible ver que el traslado de la sociedad española no se opone a las disposiciones europeas. Punto que podemos explicar por las influencias que ha recibido la normativa. Sin embargo, el único detalle en el que podemos detenernos es el hecho que, durante el procedimiento de traslado de domicilio social, la ley impone la escritura en lo que considera como el equivalente al Registro mercantil en el Estado de destino. No obstante, esto puede parecer un poco confuso dado que las normas no prevén una definición de lo que considera como un Registro. Por tanto, esto podría limitar, de cierta manera, el traslado totalmente efectivo de una sociedad hacia el extranjero, dado que la confusión que puede suponer tal ausencia de definición, puede llevar a incerteza jurídica. Otro punto que podría llevar a situación similar es el hecho de que antes de iniciar el procedimiento de traslado, se exige que el Estado de destino admita y permite el mantenimiento de la personalidad jurídica⁵⁵. En esto, se diferencia de lo que ha hecho el legislador europeo para el traslado de sociedades anónimas europeas. En efecto, en España no se prevé un control administrativo a priori que autorice o no el traslado a otro Estado miembro, mientras que para las sociedades anónimas europeas, si existe este control previo⁵⁶.

En un segundo lugar, en el caso del traslado del domicilio social de sociedades extranjeras hacia el territorio español hay que mencionar que el legislador español adopta una verdadera posición liberal. En efecto, como ya hemos visto, no se exige

⁵⁴ RODAS PAREDES, *Libertad de establecimiento*, cit., pág. 218

⁵⁵ MIGUEL GOENECHEA/GRACIA, “Traslado”, cit., pág. 20

⁵⁶ RODAS PAREDES, *Libertad de establecimiento*, cit., pág. 221

ninguna condición en cuanto a la actividad que debe ejercer la sociedad entrante. Esto se entiende por el hecho de que cuando unos socios deciden trasladar el domicilio estatuario a España, estos aceptan de una cierta manera que, en el momento de inscribir la sociedad en el Registro Mercantil Español, el Registrador controlará que se están cumpliendo los requisitos correspondientes al tipo social elegido. Sin embargo, cabe repetir que no deja de existir la regla según la cual, la normativa española exige correspondencia entre el domicilio social y el lugar del centro principal de actividades, de manera que al trasladar el domicilio social, se debe ubicar la sede real donde se haya situada la sede estatutaria.

A pesar de esto, el artículo 94.1 LMESM nos muestra que se respeta el derecho europeo, acordando el reconocimiento automático de cualquier sociedad que provenga de un Estado miembro, favoreciendo así el ejercicio de la libertad de establecimiento. En esto, nos acercamos de lo que prevén las sentencias *Cartesio* y *Überseering*, esto es, que el régimen de traslado será el determinado por la ley del país de origen, lo que supone que este último ostenta la posibilidad de acordar la continuidad de la personalidad jurídica. No obstante, la legislación española prevé que se tiene que garantizar la continuidad de la personalidad jurídica para poder realizar un traslado domiciliario.

Por todo ello, vemos que en el caso del traslado de la sede real, el régimen otorgado por el derecho interno español se opone a los principios europeos, mientras que en el caso de un traslado de sede estatutario vemos que lo dispuesto por la normativa española es acorde con las disposiciones comunitarias en la materia. Esto se puede explicar por el hecho de que la normativa española adopta una teoría híbrida de sede real, y que en algunos puntos sugiere un obstáculo para el goce efectivo del derecho de establecimiento.

Conclusión

1. Con la voluntad de establecer unos puntos conclusivos sobre el análisis del traslado de domicilio efectuado, tenemos que empezar mencionando la dificultad de llevar a cabo un libre y absoluto derecho de establecimiento dentro de la Unión europea. Como dice Fernando Esteban de la Rosa en su nota al libro de Diana Sancho “La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo”, existe una “acusada tendencia a la imposición de límite a la aceptación pura y simple del estatuto extranjero de la sociedad, especialmente cuando la relación societaria está vinculada con el territorio del Estado”⁵⁷.

2. En primer lugar cabe mencionar que el traslado de domicilio social encuentra su origen en el Derecho europeo primario y más precisamente en los artículos 49 a 54 del TFUE que establecen la libertad de establecimiento para las personas jurídicas, garantizando la posibilidad del traslado de las sociedades mercantiles establecidos bajo el derecho de un Estado miembro. También hay que mencionar que el derecho derivado tiene un papel regulador importante en la creación del mercado común, tanto como lo tiene el derecho interno de cada Estado.

3. De acuerdo con las disposiciones sobre la libertad de establecimiento, los Estados miembros deben reconocer la personalidad jurídica de las sociedades que, constituidas bajo el ordenamiento de otro Estado miembro, deciden trasladar su domicilio social. Para concretar este reconocimiento, existen varias teorías adoptadas por los diferentes países que son la teoría de la sede y la teoría del domicilio estatutario. Estas son competencia de los Estados miembros, y la ausencia de armonización al respecto conlleva la coexistencia de una multitud de concepciones, que no facilitan la movilidad societaria.

4. Además de esto, es importante referirse al rol fundamental que desempeñan las decisiones judiciales del TJUE. En efecto, la jurisprudencia europea ha llevado a cabo una labor casi legislativa, supliendo las lagunas normativas en la

⁵⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, “SANCHO VILLA (D.): La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo, Madrid, Centro de Estudios Comerciales/Eurolex, 2001, 364 p.”, en: http://www.ugr.es/~festeban/documentos/RECENSION_DIANA_SANCHO.pdf [visitado el 09.04.2016].

materia y esto desde su primera sentencia (*Daily Mail*) hasta la última conocida (*Cartesio*).

5. Posteriormente,, hemos considerado la normativa española que adopta un modelo mixto de determinación de ley aplicable en el caso de traslado de sociedad. En efecto, se considera que las sociedades extranjeras que desean trasladar su sede real gozan de reconocimiento automático. Sin embargo, en el caso de las sociedades constituidas en España o que tiene domicilio social en España se exige la correspondencia entre la sede estatutaria y el centro principal de actividades. Por otra parte, hay que mencionar que en nuestro ordenamiento el procedimiento para la movilidad societaria está regulado en la LMESM.

6. Además de estas conclusiones, que se limitan a destacar las consecuencias del régimen jurídico, es importante mencionar el papel de política económica que destaca este tema. En efecto, la elección de tal o tal teoría de determinación de ley aplicable supone una posición de política legislativa muy clara dado que esto afecta directamente la posibilidad de las sociedades de un Estado trasladarse más o menos fácilmente y así poder controlar el tráfico jurídico que pueda haber.

7. Sin embargo, en el contexto económico en el que estamos, dominado por pensamientos neo liberales que consagran el capitalismo cuyo único objetivo son las ganancias y los beneficios, podemos temer que la liberalización de las empresas constituya un *race to the bottom*⁵⁸, esto es, la voluntad para los Estados de ser siempre los más competitivos, buscar siempre la manera de producir con un menor coste para aumentar el margen de beneficios. En primer lugar, esto supondría la disminución de exigencias fiscales, vemos en varias sentencias europeas que los países del BENELUX atraen las empresas, esto se explica porque las exigencias fiscales en estos países son más bajas y por tanto, son Estados más competitivos. Sin embargo, esto representa un fuga de capitales para los Estados que ven desaparecer las sociedades de su territorio para ir a otro Estado más rentable económicamente y son situaciones que pueden conducir a la comisión de fraudes económicos. Frente a este *dumping fiscal*, podemos eludir también el problema del *dumping social*, que consiste en el mismo mecanismo de disminución de exigencias pero en el ámbito de los derechos de los trabajadores. Es

⁵⁸ RODAS PAREDES, *Libertad de establecimiento*, cit., pág. 19

lo que se ha criticado intensamente a la Directiva “Bolkestein” en su momento, dado que se consideraba que la liberalización del derecho de establecimiento implicaría la disminución radical de la calidad de los servicios prestados⁵⁹.

8. Finalmente, podríamos añadir que estos problemas conducen, muchas veces a la responsabilización del Estado por actos cometidos por entes privados, es decir que el Estado se ve sancionado porque las sociedades no han podido realizar tal o tal operación comercial. Con esta declaración nos podemos preguntar sobre el origen del poder, es decir, en una situación donde las actuaciones de algunas empresas permiten responsabilizar a un Estado, ¿Dónde se encuentran los principios de democracia? ¿Cuáles son los límites en una sociedad en la que las decisiones empresariales vinculan a los Estados? ¿Quiénes son los reales detentadores del poder político?

9. Este problema y estas preguntas merecen ser tratados en otro trabajo más extenso, en el que se podría cuestionar sobre los lobbies económicos europeos, y hasta donde estos pueden vincular a los Estados. Al respecto, se tendría que mencionar que los Arbitrajes de diferencias estado-inversores (conocido como los I.S.D.S.) demuestran claramente la posibilidad por unas empresas hacer prevalecer sus intereses económicos frente a los intereses de un Estado. Estos mecanismos se encuentran en muchos tratados bilaterales de inversión y a través de ellos se han sancionado decenas de países en vías de desarrollo, pero también podrían afectar de manera consecuente a los países de la Unión europea a través del controvertido Tratado en negociaciones: el acuerdo de libre comercio EEUU-UE (TTIP/TAFTA), del cual muchas ciudades Europeas, dentro de las cuales se encuentra Barcelona, se han declarado “zonas libre de TTIP”.

⁵⁹ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein”, Revista de Derecho de la Unión Europea, nº14 (2008), en: <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12525/11726> [visitado el 15.04.2016].

Bibliografía

1. Monografías

- ALTER Cédric, *et al*, *Droit des groupes de sociétés: Questions pratiques*, Primento, 2013
- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, *La Transferecia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, Tomo 1, G.T., Madrid, 1976.
- MARÍA GARRIDO, José, *et al*, *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Atelier Libros Jurídicos, 2010.
- PEREZ DE LAS HERAS, Beatriz, *El Mercado Interior Europeo: Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, 2ª edición, Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008.
- RODAS PAREDES, Paola N., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Editorial Comares, Granada, 2011.
- THIRION, Nicolas; BADA, Benjamin, *Droit International et européen des sociétés*, Larcier-Bruylant, 2009.

2. Parte de Monografías

- HO-DAC, Marion, “L’adaptation du droit international privé européen aux exigences du marché intérieur” en BERGÉ, Jean-Sylvestre ; FRANCO Stéphanie ; GARDEÑES SANTIAGO Miguel, (Ed.), *Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015.

3. Artículos en revistas

- BALLARINO, Tito, “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement”, *Revue Critique de Droit International Privé*, n°373 (2003).
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de ley en la unión europea”, *Estudios de Deusto*, Bilbao, (2007), pág. 49-121.
- CATHIARD Catherine, “Transfert intracommunautaire de siège social”, *Répertoire de droit des sociétés*”, (2014).
- LINDE PANIAGUA, Enrique, “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicio en el Mercado Interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n°14 primer semestre, n°14 (2008).
- LINDE PANIAGUE, Enrique, “Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el Mercado interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n°14, (2008).
- MENJUCQ, Michel, “Droit international des sociétés”, *Répertoire de droit des sociétés*, Mayo (2009).
- PARLEANI, Gilbert, “Après l'arrêt Cartesio, l'arrêt Vale apporte de nouvelles précisions sur la mobilité intra-européenne par « transformation »”, *Revue de société* (2012).
- THIRION, Nicolas; BADA, Benjamin, *Droit International et européen des sociétés*, Larcier-Bruylant, 2009.

4. Artículos en publicaciones electrónicas

- ARENAS GARCÍA, Rafael, “El Derecho internacional privado de sociedades como reflejo del Derecho material de sociedades”, en: https://www.academia.edu/3559449/El_Derecho_internacional_privado_de_sociedades_como_reflejo_del_Derecho_material_de_sociedades [visitado el 28.04.2016]
- ARENAS GARCÍA, Rafael, “Lex Societatis y derecho de establecimiento”, en https://www.academia.edu/9907719/Lex_societatis_y_derecho_de_establecimiento, [visitado el 28.04.2016].
- ARENAS GARCÍA, Rafael, “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, en https://www.academia.edu/2924694/Sombras_y_luces_en_la_jurisprudencia_del_TJUE_en_materia_de_DIPr_de_sociedades [visitado el 29.04.2016].
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, “SANCHO VILLA (D.): La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo, Madrid, Centro de Estudios Comerciales/Eurolex, 2001, 364 p.”, en: http://www.ugr.es/~festeban/documentos/RECENSION_DIANA_SANCHO.pdf [visitado el 09.04.2016].
- FONTAGNÉ, Lionel ; D’INSANTO, Aurélien, “Chaînes d’activité mondiales : Des délocalisations d’abord vers l’Union européenne“, n°1451 (Junio 2013), en <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1451/ip1451.pdf> [visitado el 03.0]
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “La sentencia « Centros » del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, (2000), en: <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja>

http://www.reei.org/index.php?revista%2Fnum1%2Farchivo%2Fnota_GARCIAMARTIN_FranciscoJ.pdf&usg=AFQjCNHFZRomnPZteZ5XfRNurW-XVULpHQ&sig2=JtO_up50RyziO_TQoAa6oA [visitado el

15.04.2016]

- LOUATI, “La directive Bolkestein, ou le casse-tête de la libéralisation des services”, Nouvelle Europe (2011), <http://www.nouvelle-europe.eu/node/1111> [visitado el 30.03.2016]
- MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein”, Revista de Derecho de la Unión Europea, n°14 (2008), en: <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12525/11726> [visitado el 15.04.2016].
- MARTÍNEZ RIVAS, Francisco, “Traslado Internacional de sede social en la Unión Europea: del Caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1, n°1 (Marzo 2009), pág. 132-142, en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/73/71> [visitado el 15.04.2016].
- MATTEO TERRA, Vivien, “Sociedades extranjeras: de las consecuencias de la omisión de registrar una sucursal en nuestro país por parte de una sociedad extranjera”, en: <http://www.derechocomercial.edu.uy/PubVivien02.htm> [visitado el 03.05.2016].
- MIGUEL GOENECHEA, Julian; GRACIA Cristina, “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”, Actualidad Uría Menéndez n°24-2009, en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf?id=3059> [visitado el 30.03.2016].

- SANCHO, Diana, “La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia “Centros””, Revista electrónica de Estudios Internacionales (2001), en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/2998/14217_4RJ206.pdf?sequence=1 [visitado el 10.04.2016].

5. Normativa citada

- TFUE: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r1-ttce.l3t6.html
- Ley 3/2009 (LMESM): <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614>
- Directiva 2006/123/CE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:es:PDF>
- Código de Comercio: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>
- Ley de Sociedad de Capitales: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

6. Jurisprudencia citada

- STJUE, Asunto 205/84, *Comisión c/ Alemania*: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5303917dfa86a432682aef64d652906c6.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahqPe0?text=&docid=93568&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=712692>

- STJUE, Asunto 2/74, *Reyners c/ Reino de Bélgica*:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbec74d736937b4a0f9dc1c2fc3f918da7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc390?text=&docid=88733&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1690509>

- STJUE, Asunto 81/87, *The Queen y HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trsut PLC* :
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd757e92eb86a94abfb958da40041bcd3b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPbxf0?text=&docid=95073&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423580>

- STJUE, Asunto 210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76078&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=612166>

- STJUE, Asunto 208/00, *Überseering BV y Nordic Construction Comapy Baumanagement GbmH (NCC)*:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47835&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=619763>

- STJUE, Asunto 378/10, *VALE Építési Kft*:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124998&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=618166>

- STJUE, Asunto 79/85, *D.H.M. Segers*:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbc94dab919fe3423cb4dda0618bb235c8.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLaxr0?text=&docid=93723&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=810013>

- STJUE, Asunto 212/97, *Centros LTD y Erhvervs-og Selskabssturelsem*:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44462&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=645029>

- STJUE, Asunto 167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Asmterdam y Inspire Art Ltd*:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48634&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=651250>