



Trabajo Fin de Máster

TRASLADO TRANSFRONTERIZO DE DOMICILIO SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Autor

Anamaria Galusca

Director

Esther Hernández Sainz

Facultad de Economía y Empresa
2012

ÍNDICE

1. La movilidad de sociedades en el marco de un mercado único en la Unión Europea.....	4
1.1. Las libertades comunitarias como instrumento para la construcción de un mercado único.....	4
1.2. La libertad de establecimiento.....	5
1.3. Contenido y alcance de la libertad de establecimiento de sociedades.....	8
2. Traslado transfronterizo de domicilio social en la UE.....	11
2.1. Problemática jurídica del traslado de domicilio social en la UE.....	14
2.1.1. El traslado de domicilio social como instrumento para la movilidad societaria.....	14
2.1.2. Las disparidades en la regulación específica del traslado del domicilio social en los distintos Estados miembros de la UE.....	17
2.1.3. La incidencia de los criterios de atribución de la nacionalidad (o criterios de conexión) en la efectividad del traslado de domicilio social.....	20
2.1.3.1. Obstáculos al traslado del domicilio social en los países que siguen el criterio de la incorporación.....	22
2.1.3.2. Obstáculos al traslado del domicilio social en los países que siguen el criterio de la sede real.....	25
2.2. La “eurodepuración” de las normas de conflicto de los Estados miembros.....	27
2.3. Situación actual del traslado transfronterizo del domicilio social: estado de la cuestión después de la jurisprudencia CARTESIO.....	33
3. La regulación del traslado transfronterizo de domicilio social en el Derecho comunitario secundario.....	42
3.1. Intentos fallidos: la 14ª Directiva.....	42
3.2. El traslado de domicilio social en la SE y SCE.....	48
4. Remedios de <i>lege ferenda</i> para el traslado transfronterizo de domicilio social.....	63
5. Conclusiones.....	72
Bibliografía.....	78

RESUMEN

Nada ha preocupado más a la doctrina en las últimas décadas, que la cuestión de si a una sociedad, constituida de arreglo con la legislación de un Estado miembro, le es permitido trasladar su domicilio social a otro Estado miembro, sin necesidad de liquidación y, sin tener que constituirse de nuevo en el Estado miembro de destino. Este trabajo trata de elucidar este dilema, empezando por determinar la incidencia de los principios de Derecho internacional privado con respecto a los criterios de atribución de la nacionalidad en la efectividad del traslado de domicilio social, para luego concluir que en el actual estado del Derecho comunitario, así como viene configurado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre todo en el asunto *Cartesio*, el más elocuente al respecto, una sociedad puede trasladar su domicilio social a otro Estado miembro sólo si lo permite el ordenamiento jurídico del Estado de destino. En un segundo plano aportará argumentos a favor de la insuficiencia de la regulación de la Sociedad Anónima Europea para solventar este problema y concluirá llamando la atención sobre la necesidad de una Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social para lograr la deseada movilidad transfronteriza de las sociedades europeas.

ABSTRACT

Over the last decade, no one single issue seems to have occupied the minds of European corporate law scholars more than the question as to what extent companies formed under the law of a Member State may be able to transfer the company's seat from one Member State to another without having to be wound up or to re-register. This work will address that issue. It will first assess the interrelations of right of establishment and private international law rules for the determination of the law applicable to companies and concludes that the case law of the European Court of Justice after *Cartesio*, only grant companies to transfer their registered office in those cases where the legal system of incorporation allows it. Secondly, it will argue the insufficiency of the European Company Statute for reaching an appropriate solution and the inopportune decision of the European Commission to not submit the Proposal for a Directive on the cross-border transfer of the registered office. It will conclude that a Directive on identity preserving company law changes appears to be crucial for reaching the eagerly desired cross-border corporate mobility.

1. La movilidad de sociedades en el marco de un mercado único en la Unión Europea

1.1. Las libertades comunitarias como instrumento para la construcción de un mercado único

Lo que hoy en día se conoce por movilidad de las sociedades tiene su origen en el siglo XVIII, cuando surgieron las primeras sociedades por acciones, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales y la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, que fueron también las primeras sociedades al traspasar fronteras en su actividad comercial. En aquellos tiempos, la libertad de las sociedades para operar a través de las fronteras no tenía excesivas limitaciones. Hoy en día, dentro de la Unión Europea, está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, capitales y servicios¹. Por lo tanto, dado que todos los ingredientes necesarios para poner en marcha una sociedad (capital humano, productos, capital y servicios) gozan de la libertad de movimiento dentro de la Unión, estaríamos en nuestro derecho a pensar que las sociedades también gozan de plena libertad. A simple vista, parece que efectivamente las sociedades circulan libremente dentro del Mercado Único, pero sí analizamos más a fondo el estado actual de la libertad de establecimiento de las sociedades encontramos aún numerosos obstáculos ocultos a la movilidad de las mismas.

Aunque la idea inicial sobre la Unión Europea fue la de una unión política entre los pueblos europeos, el objetivo de partida de las Comunidades que pusieron las bases de la actual Unión europea, fue la consecución de un Mercado Común caracterizado por la supresión progresiva de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales². Así lo establecía ya, en 1957, el art. 3 c del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante TCCE) y la misma idea se recoge

¹ Véase PELLÉ, P., “Companies crossing borders within Europe”, *Utrecht Law Review*, vol.4, nº 1, Marzo 2008, p.6, accesible en <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-101075/56>, último acceso 07-09-2012

² Véase ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 265, Julio 2007, p. 29.

hoy en los vigentes art. 3 del Tratado de la Unión (en adelante TUE) y art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE).

De estas cuatro libertades de circulación básicas (mercancías, personas, servicios y capitales), en los primeros años de desarrollo de la CEE se puso especial énfasis en el logro de la primera, mediante la supresión de derechos aduaneros y exacciones de efecto equivalente, mientras que las otras, y, en particular, la libre circulación de personas, que es la que nos interesa, chocaron con la actitud proteccionista de los Estados miembros encontrando numerosos obstáculos a su consecución. La adopción del Acta Única Europea³ supuso un avance en este ámbito, dado que proclamaba la creación de un Mercado Único que implicaba según el art. 14.2 TCE (hoy art. 26 TFUE) un espacio sin fronteras donde se garantizasen la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales fijándose como fecha para la adopción de las medidas destinadas a establecerlo el 31 de diciembre de 1992.

Por lo tanto, la libre circulación de personas y dentro de ella la libertad de establecimiento, que es lo que se va a tratar en este trabajo, se configuró como uno de los instrumentos a través de los que se pretende lograr lo que el antiguo art. 2 TCE, actualmente el art. 3 TUE reconoce como finalidades esenciales de la Unión.

Aunque, aparte de los citados artículos 3 y 14 donde la libertad de circulación de las personas aparece calificada confusamente entre los principios rectores de la Unión Europea, realmente no existe una disposición general que se le aplique expresamente, el Tratado consagra en cambio cada una de sus facetas, siendo una de estas la libertad de establecimiento.

1.2. La libertad de establecimiento

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su actual redacción consagra expresamente, por un lado, la libre circulación de trabajadores, que está vinculada a actividades por cuenta ajena (art. 45 TFUE) y por el otro lado, las libertades ligadas a la realización de actividades por cuenta propia: la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y la libre circulación de servicios (art. 56 TFUE).

A pesar de que inicialmente la libertad de establecimiento se contempló como una libertad secundaria y de los obstáculos que ha tenido que superar en su desarrollo,

³ DOCE nº L 169/1, de 29 de junio de 1987.

ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia, sobre todo gracias a la amplia labor de interpretación desarrollada por el Tribunal de Justicia Unión Europea (en adelante TJUE). El Tribunal, en diversas sentencias, ha delimitado y concretado el conjunto de derechos que esta libertad integra, partiendo de una concepción amplia de la libertad de establecimiento y proclamando el efecto directo de las normas que la desarrollan para permitir, de esta manera, su invocación directa.

El Tratado, en el segundo párrafo del art. 49, incluye en el contenido de la libertad de establecimiento: "...el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de Empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales". Este precepto concibe la libertad de establecimiento como un derecho de carácter transnacional, dado que exige el ejercicio de una actividad en un Estado diferente al de residencia, partiendo de la base de que la persona que lo pretende ejercer tiene que ostentar la nacionalidad de uno de los Estados miembros. Esta visión fue reiterada en muchas ocasiones por el Tribunal de Justicia que subrayó que no cabe invocar la libertad de establecimiento si en la cuestión planteada todos los elementos son de índole interna⁴.

Podría parecer que el ejercicio de la libertad de establecimiento supone la existencia de ese componente transfronterizo que la legitima sólo en el momento inicial del desplazamiento que se hace con la intención de ejercer una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro, o en el momento de la creación de la sede para iniciar la actividad, no aplicándose a toda la actividad ulterior una vez establecido el sujeto en otro Estado miembro, pues su actividad pasaría a considerarse como actividad

⁴ En este sentido, véase la STJCE, asunto C-134/94, *Esso Española, S.A. v. Comunidad Autónoma de Canarias*. En este asunto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias planteó ante el TJCE unas cuestiones prejudiciales que se suscitaron en el marco de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por *Esso Española, S.A.* contra la Comunidad Autónoma de Canarias con la súplica de que se declare nulo una normativa autonómica estableciendo que todos los operadores deberán prestar suministro en un mínimo de cuatro islas del archipiélago canario. El TJCE dictaminó que "las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de personas no pueden aplicarse a actividades cuyos elementos están todos circunscritos al interior de un sólo Estado miembro" y que por lo tanto no son aplicables en este asunto donde la parte demandante se constituyó con arreglo al Derecho español, tiene su domicilio social y ejerce su actividad en España, y que sostiene en su recurso ante el órgano jurisdiccional nacional que la normativa objeto del litigio le impide extender su actividad a las Islas Canarias, que forman parte del territorio de España. Según el TJCE, una normativa como esta, que además se les aplica a todos los operadores mayoristas de productos petrolíferos que deseen ejercer actividades en el archipiélago canario, es una normativa exclusivamente de derecho interno, que no afecta al comercio entre los Estados miembros.

exclusivamente interna. Pero, en realidad, el componente transfronterizo fundado en la nacionalidad extranjera de la persona que ejerce la actividad, perdura todo el desempeño de la actividad; de forma que la libertad de establecimiento se materializa en el derecho a ejercer dicha actividad sin discriminación alguna respecto de los nacionales del país, gozando de los mismos derechos. La libertad de establecimiento en este sentido llega incluso a garantizar los derechos de un nacional en su propio país, cuando se da el caso que el componente transfronterizo lo constituye la adquisición en otro Estado miembro del estatuto que le faculta para invocar determinados derechos o prestaciones, al amparo del Tratado, en su propio Estado de origen. Así sucede en supuestos en que una persona que ha obtenido la habilitación profesional en otro Estado miembro, pretende ejercer su profesión en su Estado de origen⁵; o de los nacionales de determinado país que han constituido una sociedad en otro Estado miembro y luego quieren crear una sucursal o establecimiento de dicha sociedad en su país de origen⁶.

La libertad de establecimiento está íntimamente ligada al ejercicio de una actividad por cuenta propia, a diferencia de la libertad de circulación de los trabajadores, que se conecta a una actividad de carácter asalariado. En este sentido coincide con la libre prestación de servicios, pero, a diferencia de esta, la libertad de establecimiento implica la existencia de una sede permanente, una instalación material donde se realiza de forma habitual la actividad sin entender por sede permanente la residencia o domicilio, mientras que la libre prestación de servicios supone discontinuidad en el ejercicio de la actividad e inexistencia de un domicilio profesional o centro de actividad en el país de destino.

También es necesario deslindar los supuestos de ejercicio del derecho de establecimiento de los supuestos de circulación de capitales, que es otra de las libertades contemplada en el Tratado. Ejercer el derecho a la libertad de establecimiento que conlleva la existencia de una sede, requiere normalmente un desplazamiento de capital, tanto si es para la creación de una sede profesional, como si es para la constitución o adquisición de una empresa o de las acciones o participaciones de una sociedad titular de una empresa. En este sentido, estamos ante un supuesto de libertad de establecimiento, cuando la participación que se adquiere en el capital de una sociedad

⁵ Véase ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 32

⁶ Véase en este sentido STJCE, asunto C-212/97, Centros, en la que se planteó ante el Tribunal de Justicia el caso de unos ciudadanos daneses que constituyeron una sociedad en Reino Unido y posteriormente quisieron hacer valer su derecho de establecimiento a través de una sucursal en Dinamarca.

establecida en otro Estado miembro, le confiere control sobre las decisiones de la misma.

El derecho de establecimiento es un derecho del que gozan no solo las personas físicas, sino también las personas jurídicas. En este sentido, el art. 54 TFUE contempla la equiparación de las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social se encuentre dentro de la UE, con las personas físicas⁷. Dada la diversidad de regímenes jurídicos existentes en los Estados miembros y la necesidad de dar cabida a cada uno de ellos dentro del Derecho comunitario, esta norma adoptó una formulación un poco ambigua a la hora de regular el régimen aplicable a las personas jurídicas. Por esta razón, surgen numerosas dificultades a la hora de interpretarla, tanto en lo que se refiere a requisitos exigibles para el reconocimiento de la personalidad jurídica, como en lo relativo a los tipos de sociedad, el ámbito de actuación, la extinción o lo que interesa para este trabajo, su traslado transfronterizo dentro de la UE, que no ha dejado de ser un aspecto muy controvertido en el Derecho de Sociedades Europeo.

1.3. Contenido y alcance de la Libertad de establecimiento en relación con las sociedades.

Dado que las sociedades son personas jurídicas que el propio Tratado asimila a las personas físicas en lo atinente al ejercicio de su derecho a la libertad de establecimiento (art. 54 TFUE) podríamos pensar, que por analogía, las sociedades gozan de la libertad de establecimiento en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que las personas físicas. Pero, si tenemos en cuenta la naturaleza peculiar de las sociedades como personas jurídicas, y las distintas tradiciones jurídicas que operan dentro de la Unión en cuanto a requisitos y efectos de la constitución de las sociedades,

⁷ Art. 54 TFUE: “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

la analogía ya no funciona y, por lo tanto, el alcance de la libertad de establecimiento no es el mismo en el caso de las sociedades⁸.

Este razonamiento encuentra justificación ya en la redacción de los Tratados Originarios. El art. 220 TCCE establecía en su tercer párrafo que los Estados miembros entablarían negociaciones a fin de garantizar “el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes”. Idéntica dicción se mantendría en el art. 293 del Tratado de la Unión Europea, tras la modificación por el Tratado de Ámsterdam. Con esta redacción, el propio Tratado reconocía que las sociedades no gozaban de un principio claramente establecido de reconocimiento recíproco al amparo de los distintos Derechos nacionales y tampoco de la libertad de traslado transfronterizo con mantenimiento de personalidad jurídica, pero obligaba a los Estados miembros a adoptar medidas que permitieran en un futuro hacer realidad el mutuo reconocimiento y el traslado de sede. Los artículos 52 TCCE y 58 TCCE, inicialmente, solo reconocían el derecho a crear una sociedad en cualquier Estado miembro, así como el derecho a establecerse y operar en cualquier otro Estado miembro a través de filiales, sucursales o agencias. El traslado transfronterizo dentro de la entonces Comunidad Económica Europea sin perder la personalidad jurídica y el reconocimiento recíproco de sociedades iba a ser negociado ulteriormente por los Estados miembros.

Efectivamente, en todo lo que llevamos de Unión, las sociedades se han beneficiado en gran medida de la libertad de establecimiento, cuyo alcance se ha ido ampliando poco a poco por un abanico de Directivas adoptadas en base en el art. 54.2.g TCCE (luego convertido en el art. 44.2.g TCE), pero también por la numerosa jurisprudencia del TJCE, que partiendo del Asunto Centros, donde estableció por primera vez la obligatoriedad del reconocimiento de sociedades válidamente constituidas en otro Estado miembro, ha ido consolidando su jurisprudencia en este sentido en los asuntos *Überseering*, *Inspire Art*, *SEVIC* y, por último, en el reciente asunto *Cartesio*, de tal manera que en la actualidad, las sociedades dentro de la UE

⁸ Véase PELLÉ, P., “Companies crossing borders...”, *op. cit.*, p. 7.

gozan de una movilidad transfronteriza considerable, aunque persisten ciertos obstáculos⁹.

Resumiendo sobre el alcance de la libertad de establecimiento de las sociedades en la actualidad hay que especificar que los Estados miembros son los que deciden sobre los criterios a cumplir para la constitución de una sociedad y, por lo tanto, están autorizados para permitir que una sociedad se constituya bajo sus leyes aunque no haya ubicado la sede real en su territorio y aunque no desarrolle ninguna actividad económica en su territorio¹⁰. Además, para la constitución de una sociedad, están autorizados para exigir concurrencia entre el domicilio social y la sede real y que este se fije en su territorio, prohibiendo el traslado de la sede real¹¹.

La libertad de establecimiento no restringe la soberanía de los Estados miembros a la hora de determinar las condiciones de formación de una sociedad y la conservación del estatus de persona jurídica sujeta a sus leyes, pero el margen de maniobra de los Estados miembros en este sentido tiene dos limitaciones: tienen que permitir el traslado transfronterizo de domicilio social a un Estado miembro cuya legislación lo permite, con el consecuente cambio de ley aplicable determinado por el cambio de vínculo de conexión, como también el traslado por la vía de una fusión transfronteriza. Además, en virtud de la libertad de establecimiento, los Estados miembros tienen la obligación de reconocer a sus sociedades el derecho de crear establecimientos secundarios en otros Estados miembros (excepto si el establecimiento secundario ha sido creado con la única

⁹ Véase STJCE asunto C-208/00, *Überseering*, comentada por VELASCO SAN PEDRO, L. A., SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de sociedades*, nº 19, 2002, p.30-33; STJCE asunto C-167/0, *Inspire Art* y STJCE asunto C-411/03, *SEVIC Systems* comentadas por ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, pp. 45-47.

¹⁰ STJCE, asunto C-212/97, FJ 39, *Centros*: “... los artículos 52 y 58 del Tratado se oponen a que un Estado miembro deniegue la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social sin ejercer en él ninguna actividad comercial, cuando la sucursal está destinada a permitir que la sociedad controvertida ejerza toda su actividad en el Estado en que dicha sucursal se encontrará establecida, evitando crear en éste una sociedad y eludiendo así la aplicación de las normas sobre constitución de sociedades, que son más rigurosas en él en materia de desembolso de un capital social mínimo.”

¹¹ STJCE, asunto C-210/06, FJ 110, *Cartesio*: “...un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.”

finalidad de eludir las leyes nacionales menos favorables¹²⁾ y de reconocer el derecho de las sociedades provenientes de otros Estados miembros de establecerse en sus territorios¹³. También se les impone la obligación de reconocer a las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro; aunque la sociedad no desarrolle ninguna actividad económica en su país de origen¹⁴ y aunque haya trasladado su sede real fuera del territorio del Estado miembro cuyo nacional es¹⁵.

Sin embargo, los nacionales de los Estados miembros y, por consiguiente, las sociedades, gozan de libertad de establecimiento siempre y cuando no abusen de la misma, aprovechando las posibilidades creadas por el TFUE para evitar fraudulentamente la aplicación de su legislación nacional¹⁶. En este sentido, los Estados miembros están facultados para adoptar medidas para evitar el abuso, aunque según la jurisprudencia no constituye abuso el aprovecharse del régimen fiscal o de la legislación en materia de constitución de sociedades más permisiva¹⁷. Las medidas de los Estados miembros que infringen la regulación en materia de libertad de establecimiento tienen que ser justificadas por razones imperiosas de interés general o bien por una de las circunstancias reflejadas en el art. 52 TFUE (orden público o seguridad o salud pública).

2. Traslado transfronterizo de domicilio social en la UE

Tal y como ha interpretado el TJUE el art. 49 TFUE y sus antecedentes en versiones anteriores de los Tratados, la libertad de establecimiento en otro Estado miembro de la UE abarca un abanico de posibilidades que cubre prácticamente todas las modalidades para llevar a cabo una actividad empresarial. El citado precepto ampara muy diversas operaciones que, sin duda, incluyen el inicio en el extranjero de una actividad empresarial *ex novo*, la ampliación transfronteriza de una actividad empresarial preexistente a través de un establecimiento secundario manteniendo la sede inicial, ya sea constituyendo una sucursal o una agencia, ya sea fundando una sociedad

¹² STJCE, asunto C-196/04, Cadbury Schweppes.

¹³ STJCE, asunto C-411/03, SEVIC Systems.

¹⁴ *Idem*, 8.

¹⁵ STJCE, asunto C-208/00, Überseering.

¹⁶ STJCE, asunto C-212/97, FJ 24, Centros.

¹⁷ STJCE, asunto C-167/01, FJ 96, Inspire Art.

filial; la fusión con una sociedad extranjera o incluso, el traslado transfronterizo de domicilio¹⁸. Pero, mientras que algunas de estas modalidades de ejercicio de la libertad de establecimiento son hoy una realidad efectiva para las sociedades radicadas en un país comunitario, gracias a la adopción e implementación de varias Directivas comunitarias en materia de sociedades¹⁹, otras distan mucho de haberse logrado plenamente.

Así sucede con el traslado transfronterizo de domicilio de sede manteniendo la personalidad jurídica, que pese al mandato que contiene el Tratado nunca se ha alcanzado plenamente. Es esta una cuestión que ha sido considerada y ha preocupado a la Comisión durante largo tiempo.

Entre los años 1997 y 2002, la Comisión llevó a cabo dos consultas públicas que revelaron una necesidad urgente por parte de los operadores del mercado intracomunitario de reglamentar a nivel comunitario el traslado transfronterizo de domicilio social, permitiendo a las sociedades amparadas por la libertad de establecimiento cambiar su domicilio social de un país a otro sin necesidad de perder su personalidad jurídica. En la misma línea, el Grupo de alto nivel de expertos en Derecho de sociedades, designado por el entonces Comisario Bolkestein en septiembre de 2001 y presidido por el Sr. Jaap Winter presentó su informe final²⁰ del 4 de noviembre de 2002 que trataba en particular sobre la gobernanza empresarial en la UE y la modernización del Derecho de sociedades y que recomendaba a la Comisión adoptar con prontitud una propuesta de Directiva sobre traslado de domicilio social²¹. Posteriormente y como respuesta, en el Plan de Acción para el Derecho de Sociedades y Gobernanza

¹⁸ Véase ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 35.

¹⁹ Nos referimos esencialmente a la *Directiva 2009/101/EC del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros* (versión consolidada) (DOUE L258 de 1 de octubre de 2010) y la *Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo 2 del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital*, que han hecho posible la constitución de sociedades en cualquier país de la UE (DOUE L 26 de 31 de enero de 1977), o la *Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital* (DOUE L 310 de 25 de noviembre de 2005) que permite las fusiones entre sociedades pertenecientes a diferentes Estados miembros.

²⁰ “Informe final del Grupo de altos expertos en Derecho de sociedades sobre “Un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa”.

²¹ Nota de prensa disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/presscomm-group_en.pdf, último acceso 25-09-2012.

Corporativa de 2003, la Comisión puso de relieve su intención de adoptar una Directiva regulando el traslado transfronterizo del domicilio social, con el fin de facilitar la movilidad de las sociedades dentro de la Unión, pues solo se podía llevar a cabo con garantías de forma indirecta a través de la fusión de sociedades. Un traslado de domicilio social directo y sin obstáculos solo era factible en relación con los tipos societarios comunitario-nacionales como la Sociedad Europea o la Sociedad Cooperativa Europea. A juicio de la Comisión era conveniente la adopción de una Directiva sobre traslado para eliminar la inseguridad jurídica que el actual estado de los Derechos nacionales y la jurisprudencia del TJCE estaban provocando. Pero la Directiva no llegó a gestarse.

En un momento ulterior en el largo camino para el logro de la plena libertad de establecimiento y atendidos los pronunciamientos judiciales favorables del TJCE hasta entonces y las iniciativas de la Comisión, se generaron expectativas²² de que el traslado del domicilio social sin pérdida de personalidad jurídica fuese ratificado por el TJCE en el Asunto Cartesio. Pero el Tribunal se limitó a confirmar su jurisprudencia anterior en materia de reconocimiento de sociedades y el Derecho de los Estados miembros a regular en materia de constitución de sociedades, si bien con una matización relevante: los Estados miembros no pueden prohibir a sus sociedades trasladar su domicilio social, operando por lo tanto un cambio de *lex societatis*, si el Estado miembro de destino lo permite. Aunque a primera vista la relevancia de esta sentencia podría parecer poco importante para el avance de la libertad de establecimiento de las sociedades, dado que no confirmó la viabilidad del traslado transfronterizo de domicilio social en cualquier caso, como se esperaba; en realidad representa un avance sustancial, como vamos a demostrar a lo largo de nuestro trabajo, siendo además el único posible *de lege lata* y para el cual el TJCE goza de legitimidad.

Normalmente, un traslado internacional de domicilio social suscita problemas complejos, dado que entraña un cambio de *lex societatis*. Este cambio implica por subsiguiente el cumplimiento, tanto de los requisitos del ordenamiento de origen como los del ordenamiento de destino. De manera que, si uno de los países no regula el traslado o prevé condiciones incompatibles con las del país de salida, el traslado no es viable y no se podrá llevar a cabo.

²² Véase PELLÉ, P., “Companies crossing borders...”, *op. cit.*, p. 12.

Sin embargo, dentro del ámbito de la Unión Europea, dado que el Derecho comunitario consagra la libertad de establecimiento para sus nacionales, podríamos pensar que en virtud de este derecho, las sociedades pertenecientes a los Estados miembros gozan de plena movilidad transfronteriza. En realidad, las cosas no son así: la libertad de establecimiento no comprende el derecho de una sociedad a trasladar su sede y mantener su condición de sociedad regida por las leyes del Estado miembro de origen. En caso de traslado de sede social con cambio de la ley aplicable, pero manteniendo su personalidad jurídica, el Derecho del Estado miembro de entrada tiene que permitirlo por ser amparado por la libertad de establecimiento.

Por consiguiente, dentro del ámbito de la Unión, la regulación del traslado transfronterizo de sede social es un asunto muy complejo, regido no solo por los dos ordenamientos, de entrada y de salida sino también por la libertad de establecimiento y su alcance en materia de sociedades.

2.1. Problemática jurídica del traslado de domicilio social en la UE

2.1.1. El traslado de domicilio social como instrumento para la movilidad societaria

Como hemos señalado anteriormente, tanto las personas jurídicas como las personas físicas se pueden beneficiar de la libertad de establecimiento en todas sus modalidades. Pero, en la práctica, lo habitual es que las sociedades sean las que necesitan hacer un mayor uso de esta libertad, dado que suelen ser titulares de las empresas más influyentes y con mayor fuerza económica y tienen los recursos y la posibilidad de extender su actividad por el territorio de más de un Estado miembro. Por lo tanto, aunque teóricamente un empresario individual está facultado para establecerse en cualquiera de los Estados miembros, las que suelen expandir su actividad al extranjero son las sociedades²³.

Como punto de partida, hay que dejar claro que hoy en día, dentro del espacio de la Unión Europea, existen varios medios de los que disponen las sociedades para ejercer su actividad fuera de las fronteras nacionales: la creación de sucursales, la creación de filiales, la fusión y el traslado de domicilio social. De todas estas modalidades, algunas

²³ Véase ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas...”, op. cit., p. 39.

como la implementación de establecimientos secundarios (sucursales y filiales) en otro Estado miembro y la fusión transnacional dentro de la UE, son factibles²⁴, gozando tanto de regulación armonizadora como de plena aceptación jurisprudencial y doctrinal, mientras que la modalidad del traslado transfronterizo de domicilio social sigue siendo un tema controvertido en el ámbito comunitario, careciendo de regulación adecuada para lograr su plena viabilidad.

En la doctrina de Derecho internacional privado existe una clasificación de los tipos de traslado transfronterizo, mayoritariamente aceptada²⁵, que distingue entre traslado de hecho y traslado de derecho de la sede social. Se diferencian los traslados societarios internacionales que no conllevan un cambio de *lex societatis*, de los que suponen una modificación de la ley rectora de la sociedad. En lo que se refiere a este trabajo, nos centraremos exclusivamente en los supuestos de movilidad transfronteriza con vocación de traslado permanente, que suponen un cambio de la ley aplicable, dado que por traslado transfronterizo de domicilio social se entiende “la desvinculación del ordenamiento que ha dado vida legal a una sociedad para pasar a cobijarse en otro, manteniendo la personalidad jurídica y sin necesidad de acudir a un expediente de extinción y nueva constitución”²⁶.

Nos referimos a domicilio o sede social, y no a sede real, administración central o centro de actividad principal, porque es el traslado de domicilio social estatutario “el procedimiento que directamente se endereza a la constitución del resultado propuesto”²⁷, que es la modificación de la *lex societatis*. Así como detallaremos más adelante, al ser el domicilio social estatutario el principal factor de conexión que determina la *lex societatis*, independientemente de si el país de origen sigue el *modelo de la incorporación* o el *modelo de la sede real*, solo en el supuesto de un traslado de domicilio social estatutario se llega siempre a un pleno ejercicio de la movilidad societaria, en el sentido de que solo cuando se traslada el domicilio social estatutario se

²⁴ Véase en este sentido la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE L 310 de 25 de noviembre de 2005) y la Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado Miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado (DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989).

²⁵ Véase SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio Europeo*, Eurolex, Madrid, 2001, p. 149 y ss., citado por RODAS PAREDES, P. N., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011, p. 39.

²⁶ Véase ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 34.

²⁷ Véase MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 2007, p. 369-370, citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 40.

produce una modificación del Estatuto que permite que una sociedad efectivamente cambie de ley aplicable.²⁸ Los demás supuestos de movilidad transfronteriza, dado que no suponen ningún cambio de domicilio estatutario y, por lo tanto, no conllevan un cambio de la ley aplicable, no son relevantes desde el punto de vista de la libertad de establecimiento en la forma en la que se consagró en la sentencia *Cartesio*.

Así como hemos enfatizado más arriba, la libertad de establecimiento en otro Estado delEEE²⁹, es un derecho del cual las sociedades se aprovechan en mayor medida que las personas físicas. Sin embargo, esta pauta no se cumple para todas las modalidades de ejercicio de la libertad de establecimiento. Si nos referimos a la modalidad del traslado transfronterizo de domicilio social, paradójicamente, parece ser que es más frecuente y más sencillo en el caso de las personas físicas, siendo muy complicado o incluso imposible en algunos casos, si se trata de sociedades. Esta diferencia de régimen jurídico tiene su explicación en las disparidades que hay entre los regímenes jurídicos de los Estados miembros a la hora de regular el traslado de domicilio, corroborado, así como hemos adelantado en el capítulo anterior, con la falta de armonización comunitaria y la incompleta ratificación por parte del TJCE en la sentencia *Cartesio*, con base en el art. 293 TCE, que instituyó un mandato para los Estados miembros obligándolos a llevar a cabo negociaciones a fin de garantizar entre otras, "...el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro". Esta interpretación encuentra apoyo también en la jurisprudencia del TJCE que aclaró el hecho de que ciertas medidas en materia de libertad de establecimiento son de aplicación exclusiva a las personas físicas y no se pueden aplicar por analogía a las personas jurídicas³⁰.

²⁸ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 40.

²⁹ El Espacio Económico Europeo (EEE) comenzó a existir el 1 de enero de 1994, con motivo de un acuerdo entre países miembros de la Unión Europea (UE) y de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), permitiendo a los países de la AELC participar en el mercado interior de la Unión Europea sin tener que adherirse a la UE. Los miembros de la Asociación son los 27 países integrantes de la UE y 3 de los miembros de la AELC: Islandia, Liechtenstein y Noruega. Suiza, que también es miembro de la AELC, rechazó por referéndum el entrar a formar parte del EEE.

³⁰ Véase, en este sentido, la STJCE, asunto C-81/87, FJ 27-28, *Daily Mail*, que declaró que la Directiva 73/138/CEE, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de los residentes en los Estados miembros en el interior de la Comunidad en materia de establecimiento y prestación de servicios no concierne más que a las personas físicas y no se puede aplicar por analogía a las sociedades.

2.1.2. Las disparidades en la regulación específica del traslado del domicilio social en los distintos Estados miembros de la UE

Si nos fijamos en la tradición jurídica de los Estados miembros en materia de constitución de sociedades observaremos que parte de ellos siguen el sistema de la *sede real* (*Real seat theory* o *Sitztheorie*) atribuyendo su nacionalidad a las sociedades que fijan su domicilio social que coincide con la sede real, en su territorio, mientras que la otra parte son fieles al sistema de la *incorporación o constitución* (*Incorporation theory* o *Grundungstheorie*) que establece que la sociedad tendrá la nacionalidad del país donde voluntariamente se haya constituido e inscrito en el correspondiente registro, aunque no tenga ahí su sede real y efectiva. Por otro lado, a la hora de reconocer a una sociedad extranjera los Derechos de los Estados europeos, responden a un sistema de reconocimiento conflictual, lo que hace que una sociedad se reconozca, si se constituye “conforme a su ley personal, la *lex societatis* aplicable a la misma según las normas de conflicto del foro”³¹.

Si para los países fieles al sistema de incorporación o constitución, el reconocimiento tanto de la personalidad jurídica de sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro, como del derecho de las mismas para establecerse en cualquier Estado miembro independientemente de si el lugar donde radica su sede real coincide o no con el Estado donde se constituyó, no supone ninguna dificultad; para los seguidores del sistema de la sede real la situación es mucho más complicada: el reconocimiento se hará en función de que coincidan la sede real con el Estado miembro de constitución, en caso contrario, el Derecho conflictual que siga este sistema no reconocerá a tal sociedad.

Esta situación se produjo en el Asunto *Überseering*, cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: con motivo de una demanda que la sociedad *Überseering* (constituida conforme al Derecho holandés y con domicilio social estatutario en Holanda, pero con la sede efectiva de sus operaciones en Alemania) interpuso frente a un tercero ante un tribunal alemán, se planteó la duda de la admisibilidad de su condición de persona jurídica, dado que según el Derecho conflictual alemán el reconocimiento de esta sociedad se tiene que apreciar de acuerdo con el Derecho aplicable en el lugar de la sede real. La respuesta del TJCE a esta cuestión prejudicial

³¹ *Idem*, 23.

fue que las sociedades constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado miembro y que tienen su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro de la UE tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, pues así lo establece el tercer párrafo del art. 49 TFUE. El ejercicio de este derecho implica el reconocimiento de dichas sociedades.

Con esta sentencia, el TJCE superó el obstáculo que el régimen conflictual derivado de la aplicación de la *lex societatis* suponía para el reconocimiento por parte de Estados miembros partidarios del sistema de la sede real de sociedades acogidas al sistema de incorporación cuya sede real no coincide con el Estado de constitución. Por lo tanto, a partir de esta sentencia, el ejercicio de una actividad profesional o la constitución de establecimientos secundarios en otros Estados miembros dejó de suponer un problema. La aceptación de la personalidad jurídica de la sociedad operaba de manera casi automática con la simple acreditación de su constitución conforme al Derecho de un Estado miembro. Ciertamente, en la práctica, los Estados miembros siempre pueden negarse a reconocer este derecho, pero las empresas pueden acudir al alto Tribunal comunitario para hacer valer sus derechos. En cambio, si nos referimos a la modalidad del traslado del domicilio social, los obstáculos a los que hemos hecho alusión antes perduran, dadas la falta de armonización comunitaria en este ámbito³², la insuficiente jurisprudencia del TJCE y las carencias de regulación nacional.

Son pocos los países que pueden presumir a estas alturas de poseer normativa positiva eficaz sobre el traslado transfronterizo de domicilio social³³. En este sentido España, con su *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* representa un modelo digno de seguir por los demás Estados miembros, cuyo mérito ha sido reconocido internacionalmente³⁴. La ley regula los supuestos, las condiciones y las consecuencias de un traslado transfronterizo de domicilio social en las disposiciones del quinto título, “Del traslado internacional de domicilio social”, en los artículos 92 a 103. La normativa española, pionera en esta materia, establece detalladamente cuáles son los supuestos de traslado de domicilio

³² Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSI, P. A., *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2011, p. 225.

³³ Los Estados miembros que regulan expresamente el traslado de domicilio social son: España en arts. 92-103 de la Ley modificaciones estructurales; Portugal en art.3 y subsiguientes de la Ley de sociedades portuguesa (véase en este sentido WYMEERSCH, E., “The Transfer of the...”, *op. cit.*, p. 10-11; Francia en art. 225-97, art. 226-1 y 222-9 del Código Comercial francés.

³⁴ Véase LEIBLE, S., “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento” en *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 121.

social y las exigencias y las limitaciones a los que están sometidos (art. 92 a 94). También regula el proceso de adopción del acuerdo del traslado del domicilio social de una sociedad española al extranjero (art. 95 a 101) prestando especial atención a los instrumentos de protección de los socios, acreedores y trabajadores así como a los mecanismos de coordinación entre los dos Registros competentes implicados (art. 102 a 103)³⁵. Además, la ley española admite tanto la entrada de sociedades extranjeras como la salida de sociedades españolas al extranjero.

Otros países también poseen formalmente regulación sobre el traslado transfronterizo del domicilio social, pero que no son efectivas en la práctica. Así sucede en Francia, donde el traslado de domicilio social al extranjero está reglamentado por el Código de Comercio. El artículo 225-97³⁶ de dicho texto legal permite a una sociedad anónima trasladar su domicilio por una decisión de la Junta General adoptada por mayoría cualificada, siempre y cuando se haya concluido con el país de destino un Convenio que garantice la subsistencia de la personalidad jurídica. Sin embargo, dado que no se han concluido Convenios con este contenido, la regulación francesa sobre traslado de domicilio de sociedades anónimas ha quedado carente de aplicabilidad. En estas condiciones, la mayoría de la doctrina³⁷ opina que para la decisión de traslado transfronterizo de domicilio social de sociedades anónimas, dado que la regla que instituye una mayoría menos rigurosa es inaplicable, se requiere la unanimidad prevista para las formas societarias de responsabilidad limitada, prevista por el artículo 222-9 del Código de Comercio³⁸. Francia consiente también la inmigración de sociedades extranjeras, aunque este supuesto no esté regulado expresamente por el Código de comercio, y dado que es una partidaria de la teoría de la sede real (*siège réel*)³⁹, las

³⁵ Véase SEQUEIRA MARTÍN, “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social”, *RdS*, nº31, 2008, p.84.

³⁶ Art. 225-97: L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique.”

³⁷ Véase BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Droit international privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981, p. 194; LOUSSOUARN, Y., BOUREL, P., *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1988, p. 709, citados por WYMEERSCH, E., “The Transfer of the Company`s Seat in European Company Law”, *European Corporate Governance Institute`s Law Working Paper*, nº8, Marzo 2003, p. 11, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384802 – último acceso 07-09-2012-.

³⁸ Art. 222-9 “Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société...”

³⁹ También hay doctrina que considera que según la jurisprudencia, el factor de conexión es el domicilio estatutario y no la sede real; véase en este sentido MAYER, HEUZE, *Droit international privé*, 2004, p.

sociedades tendrán que trasladar tanto el domicilio estatutario como su sede real. Sin embargo, la falta de regulación del régimen de inmigración dificulta en la realidad la llegada de sociedades al país vecino.

Otro país que goza de reconocimiento expreso del traslado internacional de domicilio social es Portugal, que lo regula en el artículo 3 y subsiguientes de la Ley de sociedades portuguesa⁴⁰. En Italia, la normativa sobre traslado transnacional de domicilio social se encuentra en la Ley de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado (art. 25.3). Ambas normativas ofrecen un modelo de traslado del domicilio social menos desarrollado y perfecto que el español.

2.1.3. La incidencia de los criterios de atribución de la nacionalidad (o criterios de conexión) en la efectividad del traslado de domicilio social.

Por lo tanto, en el supuesto de traslado transfronterizo de domicilio social dentro de la UE, aunque estemos hablando del espacio comunitario no podemos ignorar que interviene un elemento extranjero y, por lo tanto, ahí donde el Derecho comunitario con sus particularidades no regula expresamente, hay que remitirse a las normas de Derecho internacional privado para solventar los posibles conflictos de leyes que este supuesto puede originar.

En primer lugar, es imprescindible separar el nivel conflictual del nivel material⁴¹. Las normas de conflicto determinan sí hay o no un cambio de ley aplicable y que leyes que regirán la operación de traslado. Para determinar la ley aplicable, las normas de conflicto tienen en cuenta un determinado nexo de conectividad que vincula a la sociedad con un determinado ordenamiento. Por lo tanto, para que cambie la *lex societatis* tiene que haberse producido un traslado del nexo de conectividad⁴². Una vez confirmado el cambio de *lex societatis*, otra cuestión que las normas de conflicto

1037 citado en MUCCIARELLI, F.M, *Companies migration and EC Freedom of establishment*, Octubre 2007, p.7, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078407, -último acceso 08-09-2012-.

⁴⁰ Art. 3.2 “A sociedade que transfira a sua sede efectiva para Portugal mantém a personalidade jurídica, se a lei pela qual se regia nisso convier, mas deve conformar com a lei portuguesa o respectivo contrato social”.

Art. 3.4. ”A sociedade que tenha sede efectiva em Portugal pode transferi-la para outro país, mantendo a sua personalidade jurídica, se a lei desse país nisso convier”.

⁴¹ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Pamplona, p. 319.

⁴² Véase MUCCIARELLI, F.M, “Companies migration...”, *op. cit.*, p. 7.

solventan es la ley que rige las condiciones y consecuencias de la operación. En este sentido, se procederá a una aplicación distributiva tanto de la ley del Estado de origen que establecerá bajo qué condiciones se permite el traslado transfronterizo de domicilio social, como la ley del Estado de destino que establece los criterios para admitir la inmigración de una sociedad extranjera. El traslado se produce solamente si las dos leyes lo permiten⁴³.

Además, al tratarse de un cambio de la sede estatutaria que conlleva la desvinculación del régimen jurídico según el que se constituyó, la sociedad adopta una nueva nacionalidad y pasa a quedar sujeta al régimen jurídico del nuevo ordenamiento, transformándose en una forma societaria prevista por la legislación societaria de destino, por lo que tiene que cumplir también los requisitos que el Estado huésped pide para la constitución regular de una sociedad.

Las normas de Derecho positivo disponen la viabilidad del traslado y las consecuencias de una tal operación, en particular si hay o no continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad. Para que la sociedad no pierda su personalidad jurídica con ocasión del traslado, lo tiene que permitir tanto el país de destino como el país de origen⁴⁴. Por lo tanto, a la hora de analizar la posición de los Estados miembros en cuanto al traslado transfronterizo de domicilio social, tendremos en cuenta tanto las normas de conflicto como las normas de Derecho positivo, tanto en lo que se refiere a entrada como en la salida de la sociedad.

La doctrina distingue normalmente entre dos tipos de normas de conflicto: normas de conflicto fieles a la *teoría de la sede real* y normas de conflicto seguidoras de la *teoría de la incorporación*. Sin embargo, esta distinción es bastante superficial, dado que ordenamientos jurídicos que supuestamente pertenecen al mismo sistema, pueden seguir soluciones muy diferentes. Esta clasificación es una reminiscencia de la tradición jurídica según la cual las normas de conflicto para las sociedades se refieren a una sola ley, la ley personal de la sociedad, que regulará todos los aspectos de Derecho de sociedades. Por consiguiente, “el mismo factor de conexión determina tanto la ley aplicable a la sociedad como los requisitos para admitir a una sociedad extranjera”⁴⁵

⁴³ Con la peculiaridad de que dentro de la UE, según la jurisprudencia *Cartesio*, si el Estado miembro de destino admite el traslado de domicilio social, al Estado miembro de origen se le prohíbe, en virtud de la libertad de establecimiento, denegar el traslado procediendo a la liquidación de la sociedad.

⁴⁴ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 320.

⁴⁵ Véase MUCCIARELLI, F. M., “Companies migration...”, *op. cit.*, p. 14.

Pero en la práctica, así como veremos más adelante, el factor de conexión que determina la *lex societatis* no es el mismo que el legislador utiliza para las normas de conflicto.

Según esta clasificación, la *teoría de la sede real* requiere que a las sociedades se les aplique la ley del Estado donde tienen emplazada su sede de administración o su centro de actividad efectivo. El factor de conexión es, por lo tanto, objetivo y obligatorio para los socios. Es el caso de países como Francia, Bélgica y España, aunque su versión más pura se encuentra en Alemania y Austria.

En cambio, según la *teoría de la incorporación*, a las sociedades se les aplica la ley del Estado donde se han constituido y, por lo tanto, los socios gozan de autonomía a la hora de decidir la nacionalidad de su sociedad y la ley que se le aplicará. Esta teoría admite dos variantes: en la primera el factor de conexión es el lugar donde originalmente se constituyó, y en la segunda el factor de conexión es el país donde tiene su domicilio social actual (o donde se constituyó por última vez). Los Estados miembros que regulan la variante más “blanda” de esta teoría son Italia e Holanda, mientras que el criterio del domicilio de origen se recoge en la regulación de Reino Unido y de Irlanda.

2.1.3.1 Obstáculos al traslado del domicilio social en los países que siguen el criterio de la incorporación

Por todo lo que hemos expuesto hasta ahora, nos podría parecer que los seguidores de la *teoría de la incorporación* son por excelencia países a favor de la plena movilidad transfronteriza de sociedades e implícitamente del traslado transfronterizo de domicilio social. Sin embargo, las cosas no son exactamente así. Habrá que hacer alguna matización al respecto.

La clasificación basada en la distinción entre *teoría de la sede real* y *teoría de la incorporación* es muy rudimentaria y, hoy en día, casi no se encuentran países que hayan implementado alguna de estas teorías en su forma pura, sino distintas variaciones y combinaciones de las mismas. Esto hace que los Estados miembros pertenecientes a la misma categoría ostenten regulaciones muy dispares en materia de traslado transfronterizo de domicilio social. Además los sistemas conflictuales reales son mucho más complicados que los dos modelos base que hemos perfilado más arriba. En este sentido, las normas de conflicto pueden prever una remisión a una norma de conflicto

extranjera y no a normas de Derecho positivo⁴⁶. Estaríamos ante un supuesto de reenvío⁴⁷, que puede ser de retorno o de segundo grado, dependiendo de si la norma conflictual extranjera vuelve a remitir al Derecho del primer país o remite al Derecho de un tercer Estado.

Así como veremos a continuación, en la misma categoría de países seguidores de la *teoría de la incorporación*, hay, países que regulan el traslado de domicilio social, junto con países que no lo admiten. Además, nos podemos encontrar con el caso de que el mismo Estado miembro admite el traslado de domicilio social de una sociedad extranjera a su territorio, pero no reconoce la salida de sus sociedades al extranjero. Por lo tanto, hay que empezar por diferenciar entre la inmigración y la emigración de sociedades.

En el caso del *modelo de constitución o incorporación*, la coincidencia entre el domicilio social y la sede real no es un requisito, permitiendo a las sociedades que encuentran cobijo bajo su ordenamiento ejercer de hecho su actividad o radicar su administración o dirección efectiva en otro Estado, diferente al Estado donde hayan fijado su domicilio social. Esto nos hace pensar que son países propicios para el traslado de domicilio social. Sin embargo, tanto en su doctrina como en su jurisprudencia, parece ser que hay “manifestaciones elocuentes de las enormes dificultades dogmáticas que encuentran los ordenamientos conflictuales que siguen el modelo de la constitución para admitir la viabilidad de toda transferencia internacional que conlleve la renuncia a la *lex societatis*”⁴⁸. Por lo tanto, la inmigración de sociedades originariamente constituidas bajo otra Ley personal no es posible.

En cuanto a la emigración de sociedades podríamos llegar a pensar, que el carácter aparentemente mas permisivo con sus sociedades del sistema de incorporación justificaría una regulación a favor del traslado transfronterizo del domicilio social preservando la personalidad jurídica. Sin embargo, la práctica nos demuestra que son sobre todo estos países los que dificultan con mucha firmeza el avance en este sentido, dejando muy poco margen de acción a sus sociedades, que solo pueden acudir a la vía

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 291.

⁴⁸ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, en AA.VV. (coords. Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.), *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 182.

indirecta de la disolución, con todos los inconvenientes que esto supone⁴⁹. Es el caso de Reino Unido e Irlanda, donde las sociedades se regulan por la ley de su “domicilio” que es la del país donde se han incorporado originariamente y, donde tenían que haber registrado su domicilio social⁵⁰. En estos países, el factor de conexión es el “domicilio de origen”⁵¹ y todas las incidencias relativas al domicilio están determinadas por las condiciones bajo las cuales fue constituida, es decir por la ley de su constitución⁵². El traslado de domicilio social no produce ninguna variación en cuanto al nexo de conexión y tampoco cambia la ley aplicable⁵³. Por lo tanto, el traslado transfronterizo de domicilio social de una sociedad constituida de acuerdo con el ordenamiento inglés no está permitido⁵⁴.

Una regulación similar se encontraba en la legislación holandesa, que prácticamente no admitía el traslado de domicilio social. La enmienda al Estatuto constitutivo con el fin de permitir la emigración de la sociedad requería de una aprobación por parte del Ministro de justicia, que normalmente no se concedía⁵⁵. Ulteriormente este requisito ha sido derogado, sin que hayan quedado claros cuáles son los efectos de una tal derogación sobre la movilidad de las sociedades en Holanda. Por el otro lado, las normas de Derecho Internacional Privado neerlandesas establecen el reconocimiento de un traslado de domicilio social de un país extranjero a otro, (incluso si no es parte de la UE), siempre y cuando lo admitan las dos legislaciones, de origen y de destino. Lo establece así el art.4 de la Ley holandesa de Derecho internacional privado en materia de sociedades (17 de diciembre de 1997)⁵⁶.

⁴⁹ Véase WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁰ Véase PRENTICE, D., “The Incorporation Theory – the UK”, *European Business Law Review*, nº 6, 2003, p. 633; COLLINS, L., BRIGGS, A., HARRIS, J., MCCLEAN, C., MORSE, C.G.J., *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell Ltd, London, 2006, p. 1336 citados por MUCCIARELLI, F. M., *op. cit.*, p. 16.

⁵¹ La noción de “domicilio de origen” fue usada por un Tribunal inglés para establecer cual es el domicilio de una sociedad, al hacer hincapié en la comparación entre el domicilio de las personas físicas y el de las personas jurídicas (*Gasque v Inland revenue commissioners* [1940] 2 KB 80).

⁵² Véase FARNSWORTH, A., *The residence and domicil of corporations*, Butterworth & Co. Publishers, London, 1939, p.212 citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 139.

⁵³ Véase MUCCIARELLI, F. M., *op. cit.*, p. 16.

⁵⁴ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 139.

⁵⁵ Véase TIMMERMAN, L., “De internationalisering van het effectenverkeer ofwel de oplevering van de leer van de statutaire zetel”, *TVVS*, 2002, pp. 167-170, citado en WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁶ En este sentido, TIMMERMAN, L., “Sitzverlegung nach niederlandischem Recht”, *ZGR*, 1999, p. 153, citado en WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 8.

En cambio, hay países seguidores de la *teoría de la incorporación* que siguen otra trayectoria. Es el caso de Italia, que admite el traslado de domicilio social, con algunas matizaciones⁵⁷. Según sus normas conflictuales⁵⁸, las sociedades se regirán por la ley del país donde se hayan llevado a cabo procedimientos de inscripción: la ley que se aplica es la *lex loci incorporationis*. Por otro lado, su Derecho societario permite a las empresas trasladar al extranjero su domicilio social⁵⁹, siempre y cuando los dos países involucrados lo admitan⁶⁰ y, por lo tanto, incluso cuando eso supone un cambio de *lex societatis*. La ley italiana de Derecho internacional privado tuvo como modelo el Código suizo de derecho internacional privado que establece como ley reguladora la ley del país donde se haya constituido la sociedad⁶¹. También admite el traslado de domicilio social con la condición de que lo permita tanto el país de destino como el país de origen⁶².

2.1.3.2. Obstáculos al traslado del domicilio social en los países que siguen el criterio de la sede real.

En el caso de las sociedades que se acogen al *modelo de la sede real*, el traslado de domicilio social es más problemático aún. Si nos referimos a la emigración, se supone que teóricamente el traslado de domicilio social sin más no tiene relevancia alguna, dado que el factor de conexión que determina la ley aplicable a la sociedad es la sede real. En cambio, el traslado de este último conllevaría un cambio de *lex*

⁵⁷ CARBONE, S. M., “*Lex mercatus y lex societatis: tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*” p. 5, disponible en <http://www.lex.unict.it/didattica/materiale07/dirue/letture/Carbone%20lex%20mercatus.pdf>, último acceso 09-09-2012.

⁵⁸ Art. 25.1/ Legge 218/1995: “Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione...”

⁵⁹ Lo establece así el art. 2437.c del Código civil italiano al regular el derecho de los socios no conformes con el traslado: “Hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti... c) il trasferimento della sede sociale all'estero”.

⁶⁰ Art. 25.3 de la ley italiana de Derecho internacional privado (Legge 218/1995): “I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.”

⁶¹ Art. 154 Código suizo de Derecho internacional privado: “Companies shall be governed by the law of the State under which they are organized if they satisfy the publication or registration requirements of that law or, if there are no such requirements, if they are organized according to the law of that State”.

⁶² Art. 164b “The subjection of a foreign company to a different foreign law and the merger, demerger and transfer of assets between foreign companies shall be recognized as valid in Switzerland if the same is valid under the laws involved”.

*societatis*⁶³. Sin embargo, según la primera Directiva en materia de sociedades⁶⁴, se requiere la inscripción de las sociedades en el Registro correspondiente. Esto impulsó a los países seguidores de la teoría de la sede real a interpretarla en el sentido de que la sede real tiene que coincidir con el domicilio estatutario y con el registro donde se inscribe⁶⁵. Las sociedades no podrán trasladar su sede real sin trasladar también el domicilio estatutario, pero teóricamente el traslado debería ser posible. Sin embargo, como veremos más adelante, muchos de los Estados miembros no lo admiten, imponiendo la disolución.

En cuanto a la inmigración de sociedades extranjeras, se supone que el traslado de sede administrativa llevaría a un cambio de *lex societatis*. Además, así como hemos adelantado, en todo momento la sede real tiene que coincidir con el domicilio social y, por lo tanto, el Estado miembro de destino requeriría el traslado concomitante de los dos. Hechas estas consideraciones teóricas, habrá que ver si realmente las normas de Derecho positivo admiten realmente el traslado de domicilio social.

Alemania, por ejemplo, tiene una actitud muy ofensiva en cuanto al traslado de domicilio social. Según sus normas de Derecho internacional privado, que siguen la teoría de la sede real, el traslado de domicilio social al extranjero no comporta ningún problema, dado que no interviene ningún cambio en cuanto al factor de conexión. Sin embargo, la primera Directiva introdujo la exigencia de coincidencia entre la sede real y domicilio estatutario en Alemania⁶⁶. Hoy en día no existe consenso sobre la solución de este problema en la jurisprudencia alemana. La opinión mayoritaria es que el traslado del domicilio social al extranjero llevaría a la disolución de la sociedad, dado que la aplicación de la ley alemana cesaría en caso de traslado⁶⁷, pero también hay quien opina que lo más acertado es declarar la nulidad del acuerdo de traslado en base al parágrafo 241 AktG que prevé la nulidad de los actos de la Junta general por incompatibilidad con la naturaleza de la sociedad o por razones de interés público⁶⁸. Por lo tanto, según el

⁶³ Véase WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo 2 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros [Diario Oficial L 65 de 14.3.1968]

⁶⁵ Véase MUCCIARELLI, F.M., “Companies migration...”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁶ En este sentido, véase MUCCIARELLI, F. M., “Companies migration...”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁷ *Idem*, p. 10.

⁶⁸ Véase LEIBLE, S., “El traslado transfronterizo...”, *op. cit.*, p. 108.

Derecho alemán el traslado de domicilio social al extranjero no es posible⁶⁹. La situación en caso de inmigración es parecida. Una sociedad extranjera que traslada su domicilio social a Alemania no será reconocida como sociedad regida por el Derecho alemán por no haberse constituido de acuerdo con su legislación. La sociedad será considerada como una *sociedad abierta* o *sociedad civil*, caracterizada por los escasos instrumentos que ofrece para la garantía de los derechos de los acreedores⁷⁰.

2.2. La “eurodepuración” de las normas de conflicto de los Estados miembros.

La falta de armonización comunitaria y el insuficiente desarrollo normativo del que hemos hablado hasta ahora ha sido suplido, poco a poco y, hasta cierto punto, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que lleva décadas dedicado a la labor de concretar el alcance de la libertad de establecimiento, facilitando y “arbitrando” su ejercicio. En su lucha por “liberar el Derecho de sociedades de los corsés que el Derecho interno de los Estados miembros le imponen”⁷¹, así como hemos visto en el capítulo anterior, el Tribunal de Justicia está trezando una doctrina que poco a poco ha venido confirmando el actual alcance de la libertad de establecimiento y, en concreto, de la viabilidad del traslado transfronterizo de domicilio social.

Antes de pasar al examen de las sentencias del TJCE relevantes en este sentido, se impone resaltar que el desarrollo jurisprudencial del alcance de la libertad de establecimiento prevista por el art. 49 TFUE y art. 54 TFUE ha sido posible gracias al reconocimiento del efecto directo de estos artículos⁷², previsto por el art. 293 TCE y confirmado por el TJCE⁷³. Además, el Tribunal inauguró la cadena de hitos fundamentales en materia de libertad de establecimiento confirmando la soberanía de los Estados miembros a la hora de aplicar las normas de conflicto que consideren oportunas en cuanto a la determinación de la Ley aplicable a las sociedades, como

⁶⁹ En cambio si se trata de un traslado a un Estado miembro se aplicaría la jurisprudencia Cartesio, si el Estado miembro de destino admite el traslado.

⁷⁰ Véase WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 12.

⁷¹ Véase ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 45.

⁷² Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 69.

⁷³ El TJCE confirmó el efecto directo del art. 43 TCE (actualmente art.49 TFUE) en el Asunto C-2/74, *Reyners v. Reino de Bélgica*.

venían haciendo desde siempre, tanto con respecto a la constitución, como al mantenimiento de su estatus de sociedad regida por dichos ordenamientos. Lo estableció así en el caso *Daily Mail and General Trust*⁷⁴.

Este asunto se planteó a propósito de la negativa de autorizar el traslado al extranjero de la sede real (y residencia a efectos tributarios) de una sociedad británica cuyo domicilio estatutario se encontraba en Reino Unido, dado que el Derecho tributario inglés requería para dicho traslado, la autorización de la Autoridad fiscal competente. El Tribunal inglés encargado de zanjar el pleito preguntó al TJCE a través de una cuestión prejudicial, si los límites establecidos por el país de salida al traslado al extranjero de sus sociedades eran compatibles con la libertad de establecimiento. Ante esta pregunta, el Tribunal de Justicia sentenció que la libertad de establecimiento no confiere a las sociedades el derecho a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro conservando al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación se constituyeron⁷⁵ y, por lo tanto, el ordenamiento de un Estado miembro podía imponer a las sociedades constituidas conforme a ella restricciones a la posibilidad de trasladar su sede real si pretendía mantener su personalidad jurídica. El Tribunal dictaminó su fallo no antes de recordar que una sociedad constituida en virtud de un ordenamiento jurídico nacional solo tiene existencia a través de dicha legislación, pero que, además, la disparidad de las legislaciones nacionales dentro de la UE constituye un problema aún no resuelto, cuya solución se debería haber encontrado en la adopción de normativa derivada que no se llegó a adoptar⁷⁶. Sin embargo, según el mismo Tribunal, las normas de conflicto de los Estados miembros se tienen que utilizar exclusivamente para determinar la ley aplicable, y no se pueden emplear como barreras para no reconocer la existencia de las sociedades que se han constituido válidamente en otros Estados miembros.

Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia subsecuente a *Daily Mail* procedió a la “eurodepuración de las normas de conflicto societarias de los Estados

⁷⁴ STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *Daily Mail and General Trust*.

⁷⁵ STJCE, asunto C-81/87, FJ 24, *Daily Mail*.

⁷⁶ STJCE, asunto C-81/87, FJ 20-23, *Daily Mail*.

miembros”⁷⁷ y a estos efectos, la pentalogía societaria Centros – Überseering – Inspire Art – Cadbury Schweppes plc. – Cartesio es demoledora⁷⁸.

La Sentencia del 9 de marzo de 1999 en el asunto C-212/97, Centros, resolvió una cuestión planteada por la Administración registral danesa al denegar la inscripción de una sucursal danesa de la sociedad Centros (una sociedad válidamente constituida por dos ciudadanos daneses en Reino Unido y conforme a Derecho inglés) que ejercería el 100% de las actividades de la sociedad Centros. El TJCE estimó que Dinamarca podía adoptar las medidas que estimará convenientes para evitar consecuencias inevitables en el plano fiscal, pero no podía impedir de por sí la instalación de la sociedad inglesa en territorio danés, por mucho que la sociedad no desarrollase ninguna actividad comercial en Reino Unido. El hecho de que los nacionales de un Estado acudan a constituir una sociedad con arreglo a la normativa menos rigurosa de otro Estado miembro no constituye por sí solo un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento⁷⁹.

En el caso de la STJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Überseering, una sociedad con domicilio social en Holanda y constituida válidamente según el Derecho de este Estado miembro, trasladó su sede de dirección a Alemania, dado que el 100% de su patrimonio social fue adquirido por ciudadanos alemanes. Con motivo de una demanda que la sociedad interpuso frente a un tercero ante un tribunal alemán, se encontró con la inadmisibilidad de su capacidad procesal, por carecer, según la ley alemana, de personalidad jurídica. La jurisprudencia alemana, al igual que la mayoría de su doctrina, considera que los temas relacionados con la personalidad jurídica y la capacidad procesal de una sociedad han de apreciarse con arreglo al Derecho aplicable en el lugar en el que se encuentre su sede real, dado que Alemania sigue el criterio de la *Sitztheorie*, y, por lo tanto, la sociedad Überseering debía reconstituirse de acuerdo con el Derecho alemán para gozar de capacidad procesal ante los Tribunales alemanes. El TJCE dictaminó que la regla alemana de Derecho internacional privado que prevé que la ley aplicable a una sociedad es la ley del país donde tiene su sede efectiva o su sede de dirección suponía un obstáculo a la libertad de

⁷⁷ Véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Personas jurídicas y sociedades mercantiles” en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2010, p. 419.

⁷⁸ *Idem*, p. 418: el autor habla de “tetralogía societaria”, pero no se puede ignorar la última sentencia relevante en materia, que es la sentencia Cartesio.

⁷⁹ STJCE, asunto C-212/97, FJ 25-27, Centros.

establecimiento y era por tanto inaplicable en los casos intracomunitarios⁸⁰. En consecuencia, las autoridades alemanas debían aceptar que Überseering, como sociedad que reúne los requisitos del art. 48 TCE tiene derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, sirviendo la localización de su domicilio social estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y el ejercicio de la libertad de establecimiento implica el necesario reconocimiento de dichas sociedades por los restantes Estados miembros donde deseen establecerse. El rechazo a tal reconocimiento supone una restricción incompatible con el art. 43 TCE (actualmente art. 49 TFUE) y el art. 48 TCE (actualmente art. 54 TFUE) sin que se puedan admitir en este caso, aunque el Gobierno alemán las invocara, razones de interés general como la protección de los intereses de los acreedores, socios minoritarios e incluso trabajadores, que el Derecho alemán brinda en mayor medida que el Derecho holandés⁸¹.

En la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/2001, Inspire Art Ltd., el Tribunal de Justicia delimita un poco más el ámbito de acción que el Estado miembro de destino tiene para poder limitar o regular las actividades dentro de su territorio de la sucursal de una sociedad extranjera. La sentencia resuelve el problema que se le planteó a la sucursal holandesa de la sociedad Inspire Art Ltd. (*private company limited by shares*), constituida según las leyes inglesas y con domicilio social en Reino Unido, que desarrollaba toda su actividad comercial en Holanda. La legislación holandesa, al regular las denominadas sociedades “formalmente extranjeras”, definidas como sociedades de capital constituidas conforme a una legislación extranjera, que desarrollan sus actividades en totalidad o casi totalmente en su territorio, sin presentar vínculo real alguno con el Estado donde se constituyó, les exigen unas obligaciones que exceden las previsiones de la Undécima Directiva⁸², como por ejemplo la obligatoriedad de hacer constar en el Registro Mercantil la mención relativa a su condición de sociedad “formalmente extranjera”, la exigencia de un capital mínimo equivalente al que exige el Código Civil neerlandés para las sociedades de responsabilidad limitada y garantías severas en cuanto a la responsabilidad de los

⁸⁰ STJCE, asunto C-208/00, FJ 82, Überseering.

⁸¹ STJCE, asunto C-208/00, FJ 92-93, Überseering.

⁸² Directiva (9/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas a derecho de otro Estado miembro.

administradores. El TJCE sentenció que las obligaciones que el Derecho neerlandés impone a las sociedades extranjeras son contrarias a la Undécima Directiva, excediendo los requisitos de publicidad que esta impone⁸³. Además, concluye el Tribunal que, aunque la legislación neerlandesa reconoce a las sociedades constituidas en otro Estado miembro, al imponerles una serie de discriminaciones en razón de su capital social, representa un obstáculo al ejercicio de la libertad de establecimiento que no se puede justificar por razones imperiosas de interés general y, por lo tanto, es contraria al art. 48 TCE (actualmente art. 54 TFUE)⁸⁴. El Tribunal concluyó que la sociedad Inspire Art Ltd. podía establecerse en cualquiera de los Estados miembros y podía desarrollar su actividad comercial donde quisiera. La circunstancia de que se hubiese constituido en un Estado miembro con el único objetivo de beneficiarse de una legislación mas ventajosa, para luego establecerse en otro Estado miembro donde ejercería su actividad era irrelevante a efectos de ejercitar el derecho de establecimiento y no podía considerarse ni abuso, ni fraude de ley. La constitución en un Estado y el ejercicio de su actividad en otro es un atributo inherente a la libertad de establecimiento⁸⁵.

Ulteriormente, en la STJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, Cadbury Schweppes plc., el Tribunal de Justicia dictaminó que la libertad de establecimiento solo se ve limitada por motivos de fraude o abuso de Derecho si se comprueba que la sociedad o sucursal establecida en otro Estado miembro no existe realmente, o si se ha llevado a cabo un montaje para que se les pueda atribuir actividades económica o cifras de negocios falsas⁸⁶. Si no se dan estas circunstancias, las sociedades son libres de establecerse en cualquier Estado miembro a los efectos que estimen convenientes, independientemente del lugar donde asienten su sede real o su sede de dirección y sin que el lugar donde ejerzan su actividad comercial tenga relevancia alguna⁸⁷.

Y finalmente, en el asunto Cartesio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se pronunció en relación con los problemas que se le presenta a una sociedad que desea trasladar lo que en el Estado miembro en que se constituyó se considera domicilio social estatutario o sede registral y que representa el nexo de conexión que

⁸³ STJCE, asunto C-167/01, FJ 143, Inspire Art.

⁸⁴ STJCE, asunto C-167/01, FJ 140-142, Inspire Art.

⁸⁵ STJCE, asunto C-167/01, FJ 138-139, Inspire Art.

⁸⁶ STJCE, asunto C-196/04, FJ 68-69, Cadbury Schweppes plc.

⁸⁷ STJCE, asunto C-196/04, FJ 61, Cadbury Schweppes plc.

determina la ley aplicable a la sociedad. La cuestión que se planteó en la Sentencia Cartesio de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, fue sí la legislación húngara que impide a una sociedad constituida conforme al Derecho húngaro e inscrita en el Registro Mercantil húngaro, trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su estatuto de sociedad húngara, es compatible con la libertad de establecimiento regulada por los art. 43 y 48 TCE (ahora art. 49 y 54 TFUE). Cartesio era una sociedad comanditaria de Derecho húngaro domiciliada en Hungría que solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil competente que se aprobase su traslado de domicilio social a Italia, con la consecuente modificación relativa a su domicilio social en el registro mercantil. Su solicitud fue desestimada, dado que el Derecho húngaro no permite que una sociedad constituida en Hungría traslade su domicilio social al extranjero y siga rigiéndose por la ley húngara como *lex societatis*.

El TJCE estableció en su sentencia que, según reiterada doctrina suya, una sociedad constituida conforme al Derecho de un Estado miembro solo tiene vida a través de dicho ordenamiento, que regula su constitución, funcionamiento y existencia⁸⁸. La posibilidad de traslado de domicilio a otro Estado miembro manteniendo el estatus de sociedad del Estado de su constitución la establece la legislación nacional conforme a la que se haya constituido. Por lo tanto, un Estado miembro puede imponer a sus sociedades limitaciones al traslado al extranjero, sí quieren mantener su *lex societatis*. Además, el TJCE señaló una vez más que las disparidades existentes entre los Estados miembros en cuanto al criterio de conexión exigido a las sociedades para ser regidas por dichos ordenamientos nacionales, como a la regulación del traslado de domicilio sigue siendo un problema no resuelto por la legislación comunitaria en materia de libertad de establecimiento⁸⁹ y, por lo tanto, los Estados miembros tienen la facultad de determinar tanto el nexo de conexión que se le exige a una sociedad para poder considerarse constituida según su Derecho y poder gozar de este modo de la libertad de establecimiento, como los criterios para mantener ulteriormente dicha condición⁹⁰. El Tribunal resaltó, sin embargo, que otra es la situación de una sociedad nacional de un Estado miembro que solicita el traslado a otro

⁸⁸ STJCE, asunto C-81/87, FJ 19, Daily Mail.

⁸⁹ Véase STJCE, asunto C-210/06, FJ 108, Cartesio.

⁹⁰ Véase STJCE, asunto C-210/06, FJ 110, Cartesio.

Estado miembro, con cambio de ley aplicable⁹¹. En este caso, dictaminó el Tribunal, el Estado miembro de constitución no puede impedir a sus sociedades que se transformen en sociedades de Derecho de otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita⁹².

Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia ha abierto una “ingeniosa”⁹³ posibilidad de movilidad societaria transfronteriza vía traslado de domicilio social dentro de la UE, que antes de *Cartesio* no se les había reconocido a las sociedades que pretendían pasar a regirse por el Derecho de un Estado miembro distinto al de su constitución. Esta solución “ortodoxa”⁹⁴ desde el punto de vista de algunos, y viciosa en opinión de otros⁹⁵, ha sido sobre todo sorprendente, dado que lo que se esperaba de ella era de que el TJCE ratificase el traslado del domicilio social sin pérdida de personalidad jurídica en cualquier situación, incluso cuando el Estado miembro de destino no lo admitiese, para así lograr la plena movilidad transfronteriza en el espacio intracomunitario. En nuestra opinión, y, así como demostraremos en el siguiente capítulo, de *lege lata* la decisión del tribunal es la acertada.

2.3. Situación actual del traslado transfronterizo del domicilio social: estado de la cuestión después de *CARTESIO*

La situación actual del traslado de domicilio social en la UE, dadas las aclaraciones aportadas por el TJCE con el pronunciamiento en la STJCE 16 diciembre 2008, asunto C210/06, *Cartesio*, sobre el alcance de la libertad de establecimiento de sociedades es la siguiente: bajo el amparo de la normativa comunitaria en materia de libertad de establecimiento se encuentra el traslado de domicilio social a un Estado miembro que lo permita⁹⁶. Por lo tanto, los límites comunitarios impuestos a la regulación nacional en materia de traslado de domicilio son el reconocimiento de la

⁹¹ Véase STJCE, asunto C-210/06, FJ 111, *Cartesio*.

⁹² STJCE, asunto C-210/06, FJ 112, *Cartesio*.

⁹³ PARLEANI, G., “L’arrêt *Cartesio*, ou l’ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés”, *Revue des sociétés*, 2009, nº1, p. 160 citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 79.

⁹⁴ *Idem*, p. 155.

⁹⁵ Véase GENER-BEUERLE, C. y SCHILLIG, M., “The mysteries of freedom of establishment after *Cartesio*”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 59, nº 2, (2010), (accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1340964>, último acceso 23-07-2012), p. 14.

⁹⁶ Véase STJCE, asunto C-210/06, FJ 111,112, *Cartesio*.

posibilidad de “transformación” de una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro, y, por lo tanto, gobernada por la ley de dicho Estado, en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro, con el consiguiente cambio de *lex societatis* sin que eso conlleve la pérdida de personalidad jurídica de la sociedad⁹⁷.

Por “transformación” se entiende, así como hemos adelantado y en la misma línea de pensamiento que el TJCE⁹⁸, el cambio de domicilio social, dado que el domicilio social es el que determina la ley aplicable a una sociedad⁹⁹ y para que haya un cambio de *lex societatis* tiene que haber un cambio de domicilio estatutario, y sin “disolución y liquidación de esa sociedad”.

Aunque la solución ofrecida por la jurisprudencia del TJCE en este asunto ha sido objeto de muchas críticas al respecto, que en parte compartimos¹⁰⁰, sobre todo en lo que se refiere a la consideración de que la sentencia no garantiza el ejercicio pleno de la libertad de establecimiento, a nuestro parecer el fallo del Tribunal podría encontrar justificación en toda una serie de razonamientos que vamos a detallar a continuación, pero sobre todo, razones de índole fiscal justifican la decisión del TJCE de referirse exclusivamente al supuesto de un cambio en la ley aplicable¹⁰¹.

Hay que destacar en este sentido que la mayoría de los ordenamientos fiscales nacionales emplean como criterios alternativos de sujeción al impuesto de sociedades tanto el “domicilio” como la “sede” de la sociedad (algunos ordenamientos, como el español, aparte de estos dos criterios utiliza también la *lex societatis*) y, por lo tanto, la «emigración de una sociedad» de un país a otro implica en cualquier modalidad una variación en sus obligaciones fiscales determinada por variación en la ley aplicable en sede de impuesto de sociedades. En estas condiciones, aún en los países fieles a la *Incorporation Theory* o *Gründungstheorie*, que toleran la disociación entre la sede real y el domicilio estatutario o domicilio social y, por lo tanto, son permisivos con el

⁹⁷ Véase STJCE, asunto C-210/06, FJ 113, *Cartesio*.

⁹⁸ Véase STCE, asunto C-210/06, FJ 112, 115-119, *Cartesio*.

⁹⁹ Sin entrar aquí en el debate relacionado con el nexo de conexión que los diferentes ordenamientos nacionales utilizan para determinar el domicilio de una sociedad, dado que independientemente de la aplicación del sistema de la sede real o del sistema de constitución/ incorporación, el domicilio social es el que queda reflejado en los estatutos.

¹⁰⁰ Véase GENER-BEUERLE, C. y SCHILLIG, M., “The mysteries of freedom of establishment after *Cartesio*”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 59, nº 2, (2010), (accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1340964>, último acceso 23-07-2012), p. 19.

¹⁰¹ Véase MARTÍNEZ RIVAS, F., “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*, Marzo 2009, vol.1, p. 134.

traslado transnacional de la sede real, a efectos fiscales la sociedad pasa a ser contribuyente del país de destino, pero al mismo tiempo sigue atada fiscalmente al país de origen por mucho que recolocque su sede real. Esta consecuencia tan gravosa se debe precisamente al uso de criterios alternativos para determinar la sujeción al impuesto de sociedades, que abarca prácticamente todos los nexos de conexión de una sociedad con un país haciendo imposible que una sociedad se le escape a efectos tributarios. Por lo tanto, incluso los países más permisivos con la movilidad de las sociedades, paradójicamente se muestran mucho más intransigentes en el ámbito fiscal.

En cuanto a los países que han incorporado la *Teoría de la sede real* o *Sitztheorie*, nuestra tesis es más evidente aún. Las sociedades incorporadas bajo la ley de estos países estarán sujetas a su impuesto de sociedades y como no permiten la disociación entre la sede real y el domicilio estatutario, para que una sociedad se pueda beneficiar de un tratamiento fiscal más favorable en otro país, es necesario que traslade su domicilio social, que haya un cambio de *lex societatis* que determine la desaparición de cualquier nexo de conexión con el respectivo país.

Esta lógica no pierde su validez incluso cuando se trata de países más permisivos con sus sujetos pasivos a efectos fiscales. Es el caso de Reino Unido que ya permitía elegir varias residencias, independientes del domicilio social y, por lo tanto, dejaba la sujeción a un determinado ordenamiento fiscal a la elección de sus nacionales¹⁰².

Por lo tanto, lo que goza del amparo de la libertad de establecimiento según el TJCE, es el traslado de domicilio social, puesto que es el único que cubre todos los supuestos posibles en el marco de la variedad de criterios nacionales para atribuir la nacionalidad, o lo que es lo mismo, determinar la *lex societatis* aplicable. Es la única forma de movilidad que asegura en todos los casos un cambio de ley aplicable a la sociedad e implícitamente un cambio de ley fiscal.

A estas alturas de nuestra reflexión podría surgir la pregunta: ¿porque estas reflexiones de índole fiscal al hablar de traslado de domicilio social? La respuesta es más que evidente: en primer lugar hay que tener en cuenta que los Estados miembros se resisten a dejar escapar a las sociedades instaladas en su territorio que desean emigrar a otros países con tipos fiscales más reducidos¹⁰³ (de ahí que la mayoría regulan para la sujeción a su régimen fiscal los tres posibles supuestos de vinculación). Por lo tanto, el

¹⁰² Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 139.

¹⁰³ Véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Personas jurídicas y sociedades...” *op. cit.*, p. 435.

único supuesto que escapa al alcance de la soberanía de los Estados miembros es el traslado de domicilio estatutario con todas sus implicaciones. Esta deducción se respalda en la misma a la que ha llegado la Comisión Europea, con motivo de la 5^o Conferencia Europea en materia de Derecho de Sociedades y Gobernanza Corporativa de junio de 2007. “Los Estados miembros siguen soluciones muy diferentes al respecto y están muy aferrados a ellas” y, por lo tanto, la viabilidad política de un proyecto a nivel comunitario que garantice la plena movilidad transfronteriza es muy dudosa¹⁰⁴.

Pero el argumento más importante es que a estas alturas del desarrollo del Derecho comunitario en materia de sociedades, delimitado por la jurisprudencia del TJCE en los asuntos *Daily Mail* y *Cartesio*, los Estados miembros gozan de soberanía con respecto a la regulación de los criterios para que una sociedad se pueda constituir bajo su jurisdicción y las condiciones a cumplir para seguir rigiéndose por sus leyes. A nuestro juicio, el razonamiento del TJCE está totalmente justificado¹⁰⁵, dado que el art. 293 TCE preveía que sería objeto de futuras negociaciones de los Estados miembros entre sí, entre otras materias, “el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro”¹⁰⁶, y por lo tanto quedaba fuera del alcance de la libertad de establecimiento que regulaba los art. 43 y 48 TCE (hoy arts. 49 y 54 TFUE). Si los Tratados no afectan a la soberanía de los Estados miembros en esta materia, el TJCE tampoco tiene legitimidad para hacerlo.

Otros argumento aportado por la doctrina¹⁰⁷ en favor de la soberanía del Estado de origen a la hora de definir los criterios de conexión que se les exige a las sociedades para poder constituirse bajo su ley y los criterios a cumplir para mantener esta condición es que dicho Estado resultaría afectado en mucha mayor medida que el Estado de destino en un supuesto de traslado transfronterizo de domicilio social, dado que la

¹⁰⁴ Véase VOSSESTEIN G.J., “Transfer of the registered office. The European Commission’s decision not to submit a proposal”, *Utrecht Law Review*, Marzo 2008, Vol.4, n°1, p.58 accesible en Utrecht Law Review disponible en:

<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-101080/61>, -último acceso 03-09-2012-.

¹⁰⁵ En contra GENER-BEUERLE, C. y SCHILLIG, M., “The mysteries...”*op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁶ Art. 293 TCE: “Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:...el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes.”

¹⁰⁷ Véase RANDELZHOFFER/FORSTHOFF, (2008), art.48 EGV Rn.60 citado en LIEBLE, S., “El Traslado...”, *op. cit.*, p. 117.

sociedad ha estado operando por un tiempo en su mercado y, por lo tanto, el cambio de marco jurídico puede “afectar de manera considerable a la confianza del trabajador, del socio, del proveedor, del partícipe y de las administraciones nacionales”. Sin embargo, este argumento no es viable. No es ésta la razón del privilegio del que goza el Estado miembro de origen sino por todo lo que hemos expuesto anteriormente. Además, este argumento ha sido “desmantelado” una vez dictaminada la sentencia del TJCE en el Asunto *Cartesio*. Si para el Asunto *Daily Mail* podía ser tomado en cuenta, *Cartesio* ha dejado claro que no es admisible. Los intereses legítimos se pueden proteger perfectamente adoptando medidas destinadas a garantizarlos, como las contenidas en la legislación que regula la SE y la SCE.

Sobre este tema hay opiniones doctrinales¹⁰⁸ que aunque comparten nuestro punto de vista en cuanto al actual alcance de la libertad de establecimiento en materia de movilidad transfronteriza (el único supuesto viable jurídicamente es el traslado de domicilio social a un país que lo permite), su razonamiento es distinto, y en nuestra opinión erróneo. Según el parecer de algún autor¹⁰⁹, el dictamen del TJCE en el asunto *Cartesio* encuentra justificación en la regulación del traslado de domicilio social en diversos Reglamentos comunitarios como el Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativista europea (SCE), el Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), o el Reglamento (CE) n° 2137/85) del Consejo, de 25 de julio de 1985 relativo a una asociación europea de interés económico. El tribunal aplica por analogía el traslado de domicilio social previsto para la SE, SCE y AEIE al resto de las sociedades regidas por los Derechos nacionales de los Estado miembro. En nuestra opinión este razonamiento es desacertado. Así como hemos adelantado, los argumentos a favor del fallo del TJCE en el asunto *Cartesio* son bien distintos. La analogía no encuentra justificación por varias razones: en primer lugar, el art. 8 Reglamento (CE) 2157/2001 que regula el traslado de domicilio social tiene como ámbito subjetivo estrictamente una SE. Su régimen no se puede dilatar por analogía a otros tipos sociales, dado que las garantías que se regulan especialmente para esta forma societaria nacional-comunitaria son mucho más extensas que en el caso de muchos otros tipos sociales nacionales (capital

¹⁰⁸ Véase MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado internacional...”, op. cit., p. 142.

¹⁰⁹ *Idem*

suscrito muy alto, coexistencia del domicilio social y la sede real, implicación de los trabajadores, etc.). Otra consideración relevante en oposición a la viabilidad de la analogía en este caso se deduce del mismo fallo de Tribunal, que prevé como condicionante imperativo para el traslado de domicilio social la admisibilidad por parte del Estado miembro de destino, mientras que en el caso de una SE, este requisito no es imprescindible.

También hay autores¹¹⁰ que critican reiteradamente el fallo del TJCE en el asunto *Cartesio*. Se ha criticado sobre todo el parágrafo 109 del fallo del Tribunal que para argumentar su decisión afirma que a efectos de la libertad de establecimiento las sociedades no se pueden asimilar a las personas físicas¹¹¹. Según LIEBLE¹¹² la argumentación del TJCE es difícil de sostener y se apoya entre otras en la propia argumentación del TJCE al respeto. Está de acuerdo con el hecho de que en el estado actual del Derecho comunitario la cuestión sobre « si una persona física es un nacional de un Estado miembro que, por este motivo, puede gozar de dicha libertad» sólo se puede responder teniendo en cuenta el Derecho nacional aplicable, pero afirma que la pregunta que se impone en relación con dicha asimilación entre personas físicas y personas jurídicas amparadas por el Derecho comunitario es si un Estado miembro puede “privarles de nacionalidad solamente porque se quieren establecer en otro Estado miembro?”

Es verdad que la regulación de la nacionalidad sigue siendo ámbito de autonomía nacional, pero también es verdad que los límites fijados a dichas normas por el Derecho comunitario se tienen que respetar. Para concluir el autor afirma que el hecho de perder la nacionalidad por querer establecer tu centro de actividad en otro Estado miembro le quita eficacia a la libertad de establecimiento y que la sentencia del TJCE en este asunto es criticable precisamente por no dictaminar sobre los motivos por

¹¹⁰ Véase en este sentido, LIEBLE, S., “El Traslado...”, *op. cit.*, p. 117 y GENER-BEUERLE, C. y SCHILLIG, M., “The mysteries...”, *op. cit.*, p. 19.

¹¹¹ “... con arreglo al artículo 48 CE, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho comunitario de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, la cuestión de si el artículo 43 CE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo, a semejanza, por lo demás, de la cuestión de si una persona física es un nacional de un Estado miembro que, por este motivo, puede gozar de dicha libertad, constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable. Por lo tanto, únicamente si se comprueba que esa sociedad goza efectivamente de la libertad de establecimiento teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 48 CE se plantea la cuestión de si tal sociedad se enfrenta a una restricción de dicha libertad en el sentido del artículo 43 CE.”

¹¹² Véase LIEBLE, S., “El Traslado transfronterizo...”, *op. cit.*, p. 117.

los que esto tiene que ser distinto para las sociedades. Aunque estamos de acuerdo que este supuesto representa una limitación al logro de una plena libertad de establecimiento, así como hemos argumentado más arriba, de *lege lata* el TJCE no goza de legitimidad para dictaminar de otra manera.

Se ha afirmado también que la solución para el traslado de domicilio social que instituye el Tribunal lleva a situaciones arbitrarias, en función de la doctrina que sigue el Estado miembro en cuestión en cuanto al nexo de conexión que determina la vinculación de una sociedad a la ley de un determinado país¹¹³. Es verdad que estas situaciones se pueden dar, pero por todas las consideraciones que hemos alegado anteriormente, el TJCE no tenía legitimidad para dictaminar en otro sentido.

Los mismos autores¹¹⁴ han afirmado a lo largo de su argumentación que la aplicación de la solución ofrecida por Cartesio encadena en un círculo vicioso. En este sentido, si nos referimos al caso de una sociedad que quiere trasladar su domicilio social de un Estado miembro que sigue el sistema de la incorporación (como Reino Unido, que no admite el traslado de domicilio social manteniendo la personalidad jurídica) a otro Estado miembro, según la doctrina Cartesio el Estado miembro de origen no puede liquidar la sociedad pero la sociedad tiene que poder transformarse en una sociedad según la ley del Estado miembro de destino. Por lo tanto, la ley del país de destino determinará si es posible o no el traslado. Tratándose de una relación jurídica de Derecho privado con un elemento extranjero relevante, la ley aplicable la determinan las normas de conflicto. Si las normas de conflicto del Estado miembro de destino remiten a la ley del país de origen para ver si permiten el traslado de domicilio social manteniendo la personalidad jurídica, nos encontraríamos que la respectiva ley regula la disolución o liquidación de la sociedad, si no fuera por la doctrina Cartesio. Por lo tanto, según estos autores, esto lleva en la práctica a verdaderos “acertijos jurídicos”.

Sin embargo, a pesar de las críticas, estos mismos autores¹¹⁵ brindan dos posibles soluciones *de lege lata*: aplicar la doctrina Cartesio a las normas de Derecho positivo del país de destino¹¹⁶ o aplicarla a nivel de las normas de conflicto¹¹⁷, lo que

¹¹³ Véase GENER-BEUERLE, C. y SCHILLIG, M., “The mysteries...”, op. cit., p. 19

¹¹⁴ Véase GENER-BEUERLE, C. y SCHILLIG, M., “The mysteries...”, op. cit., p. 14

¹¹⁵ *Idem*

¹¹⁶ Como *cláusula de orden público*, véase al respecto, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., op. cit., p. 294.

¹¹⁷ En este caso las normas comunitarias se considerarían *leyes de policía del foro*, que se superponen directamente sobre la ley extranjera (véase en este sentido FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS).

hace que no haya remisión a las normas del Estado miembro, dado que lo que requiere es la disolución. En nuestra opinión, lo más adecuado es tener en cuenta la remisión, en virtud de la aplicación de los principios de Derecho internacional privado, pero aplicando la cláusula de orden público “que opera negativamente, como excepción a los resultados materiales que puede llevar la aplicación de la ley extranjera”¹¹⁸. Por lo tanto, como la remisión se hace a una norma que va en contra del principio de libertad de establecimiento amparado por el Derecho comunitario, esa norma no se puede aplicar. Nos resulta menos acertado considerar la incidencia de leyes de policía del foro dado que, si para el Estado miembro de destino las normas comunitarias tienen valor imperativo aplicándose como leyes de policía, el mismo valor tendrían en el Estado miembro de origen, por lo que esta operación ya no se justificaría.

En la misma línea de pensamiento que nosotros, y teniendo como punto de partida la sentencia del TJCE en el Asunto Cartesio, hay doctrina ¹¹⁹ afirmando que en las situaciones en las que las normas de Derecho positivo del Estado miembro de destino prevén para la admisión del traslado de domicilio social que la operación no debe ser contraria al Derecho del Estado miembro de origen, pidiendo una autorización de salida en este sentido, este requisito se tiene que interpretar en el sentido de que dicha autorización pierde su relevancia en el caso de traslados transfronterizos intracomunitarios en virtud de la libertad de establecimiento, así como el TJCE la delimitó en el Asunto Cartesio¹²⁰.

Además siempre que el Estado miembro de destino exija alguna actuación de cooperación por parte del Estado miembro de origen, como la emisión de un certificado de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil o cualquier otro acto emitido por las autoridades competentes certificando el cumplimiento de requisitos destinados a garantizar los derechos de los socios no conformes, los derechos de los acreedores, trabajadores, etc., las autoridades del Estado miembro de origen están obligadas a cooperar, en virtud de la libertad de establecimiento. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden condicionar la tramitación de estos certificados al cumplimiento de condiciones o requisitos suplementarios, dado que supondrían una limitación de la libertad de establecimiento.

¹¹⁸ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 293.

¹¹⁹ Véase LEIBLE, S., “El Traslado transfronterizo...”, *op. cit.*, p. 119.

¹²⁰ Véase STJCE, asunto C-210/06, FJ 111,112, Cartesio.

Sin embargo, dado que un traslado de domicilio social supone un cambio de la ley aplicable, se debe tener en cuenta que hay colectivos vinculados a la sociedad (como pueden ser los acreedores, trabajadores e incluso accionistas minoritarios), que han actuado con la confianza de la vigencia de la ley anterior y, por lo tanto, ignorar sus derechos llevaría a una situación de inseguridad jurídica. Por esta razón, los Estados miembros están legitimados para regular medidas de protección, pero, en cualquier caso, estas se admitirán sólo si están justificadas por razones imperiosas de interés general y, en todo caso, superando el test de proporcionalidad. En este sentido, cualquier limitación al traslado de domicilio social tiene que ser analizada en cuatro niveles: para comprobar que responde a un interés general, que es adecuada para la consecución del objetivo que persigue, que es estrictamente necesaria y que es proporcional.

Resumiendo todo lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que la contribución de esta sentencia del TJCE para la libertad es enorme: ofrece a las sociedades la posibilidad de emigrar sin “morir a la frontera”. Dictamina la libertad de una sociedad constituida con arreglo a la ley a un Estado miembro para trasladar su domicilio social a otro Estado miembro, lo que conlleva una variación en la *lex societatis* que se le aplica, manteniendo su personalidad jurídica, y por supuesto, siempre y cuando el Estado miembro de destino lo permita. Por lo tanto, la sociedad puede seguir su existencia y ser administrada en una forma societaria del Estado miembro de destino equivalente a la del Estado miembro de origen.

En cambio, lo que no deja claro la sentencia y, por lo tanto, la libertad de establecimiento en su estado actual no garantiza, es la continuidad de las sociedades capitalistas como tal en el Estado miembro de destino. En el país huésped la sociedad adquiere la forma jurídica de una sociedad capitalista si cumple objetivamente con los requisitos establecidos por la ley societaria nacional. En este sentido, lo ideal es que cada Estado miembro regule estos aspectos y ofrezca un instrumento legal (lo normal es una inscripción registral) para asegurar la prolongación de la personalidad jurídica de la sociedad inmigrante. Pero aún en ausencia de normas específicas, la transformación operará automáticamente siempre que la sociedad cumpla con los requisitos de constitución de alguna de las formas societarias personalistas regulada por el Estado

miembro de destino, la libertad de establecimiento prohibiendo cualquier limitación en este sentido del derecho material del país receptor¹²¹.

3. La regulación del traslado transfronterizo de domicilio social en el Derecho comunitario derivado

3.1. Intentos fallidos: la 14ª Directiva

Como hemos podido ver hasta ahora, la movilidad transfronteriza de las sociedades europeas en la modalidad del traslado transfronterizo de domicilio social es la más conflictiva y debatida por la doctrina existente en materia de libertad de establecimiento. En un principio, iba a ser regulada en un Tratado internacional, en cumplimiento de lo establecido por el art. 293 TCCE, y así se llegó incluso a elaborar un Proyecto de Convención entre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, firmado en Bruselas el 29 de febrero de 1968. Pero dicha iniciativa fracasó, al no llegar a ratificarse por todos los Estados miembros, lo que provocó que los trabajos de armonización del Derecho comunitario en este aspecto fuesen abandonados durante décadas.

Posteriormente, con base en la jurisprudencia sentada en el asunto *Daily Mail*, se lanzó de nuevo el debate sobre la necesidad de mayores esfuerzos en cuanto a la modernización y armonización del Derecho de sociedades europeo. Respondiendo a este debate, la Comisión encargó la elaboración de un informe sobre posibles vías para mejorar la movilidad societaria. El informe¹²² proponía dos posibles textos: el primero apostaba prácticamente por la abolición de la teoría de la sede real, en el sentido de que proponía el reconocimiento automático de la sociedad que se trasladaba, tratándose de un mero traslado a efectos registrales en el sentido de que no suponía un cambio de la ley aplicable, mientras que el segundo apostaba por un traslado de domicilio social con

¹²¹ Véase LEIBLE, S., “El traslado transfronterizo...”, *op. cit.* p. 119-120.

¹²² “Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another”, Bruselas, 1993, elaborado por la auditora KPMG.

el consecuente cambio de la *lex societatis*¹²³. Como era de esperar, la solución que se materializó en la Propuesta de Decimocuarta Directiva en materia de Derecho de sociedades¹²⁴ que la Comisión presentó en 1997, fue la del traslado de domicilio social con cambio de la ley aplicable, dado que la otra suponía cargar a los jueces nacionales con la difícil tarea de aplicar el Derecho de todos los demás Estados miembros.

En los Considerandos se destaca que el objetivo de la Propuesta de Directiva es hacer posible el traslado de la sede sin que los criterios de vinculación establecidos por las legislaciones nacionales se vean afectados. El Parlamento Europeo y la Comisión consideraban que los Estados miembros no contaban con estructuras jurídicas que les permitiesen mantener la personalidad jurídica de las sociedades con motivo de traslado transfronterizo de la sede y, por tanto, veían imprescindible la actuación comunitaria en este sentido.

La Propuesta empieza por determinar en su art. 1 el ámbito de aplicabilidad de la Directiva que “...será aplicable a las operaciones de traslado de un Estado miembro a otro de la sede social o real de las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social y administración central estén situadas dentro de la Comunidad”. Sin embargo, la redacción de este texto no es la más afortunada, dado que no especifica a qué formas societarias se aplica, limitándose a hacer mención al término genérico de “sociedades” sin más matizaciones. De este manera, la Directiva hubiese abierto la puerta a la posibilidad de traslado de cualquier forma corporativa, y no solo de las sociedades de capital, lo que la hubiese puesto en disonancia con todas las demás Directivas en materia de Derecho de sociedades, que han procurado siempre limitar de manera indubitable su aplicabilidad a las sociedades de capital. Por lo tanto, se puede pensar que la formulación controvertida no es más que un lapsus en la redacción del texto, idea que encuentra respaldo sobre todo en el hecho de que a lo largo de la Propuesta, para referirse a los miembros de la sociedad se habla siempre de accionistas (“shareholders”)¹²⁵.

En el segundo artículo viene a aclarar lo que entiende con el término de “sede social o real” que usa en el art. 1 al referirse al traslado: por “sede social”, se entiende en la Propuesta, el “lugar en el que esté registrada la sociedad”, mientras que por “sede

¹²³ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 63.

¹²⁴ El texto completo de la Propuesta de Decimocuarta Directiva se puede consultar en la Revista de Derecho de sociedades, nº 9, 1997, pp. 457-459.

¹²⁵ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 64.

real” se refiere al “lugar en el que tenga su administración central y esté registrada una sociedad”. A nuestro entender, la formulación del art. 1 es confusa, al hablar de traslado de sede social o real, dado que se puede interpretar en el sentido de que la Propuesta abarca también el traslado de sede real, sin acompañarse de un traslado de domicilio social estatutario, y por lo tanto, así como hemos visto a lo largo de nuestro trabajo, no opera un cambio de la ley aplicable. Parece ser que es exactamente eso lo que se quería evitar al definir en el art. 2.b la sede real como coexistencia entre la administración central y el domicilio social registral, aparte de querer dejar claro que la Propuesta daba cabida a los dos sistemas de determinación de la *lex societatis*, sin imponer a uno sobre el otro. Sin embargo, la fórmula no es la más adecuada, dado que no aclara lo que se entiende por “administración central” y, por lo tanto, no se soluciona la controversia generada por las profundas diferencias que existen entre los Estados miembros¹²⁶, pese a haber sido la conexión mayoritariamente retenida en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La Propuesta disponía que el traslado se haría sin que eso supusiese la pérdida de la personalidad jurídica¹²⁷ y que supondría un cambio de *lex societatis*. En el art. 4 y los subsiguientes establecía a grandes rasgos el procedimiento de traslado: en primer lugar, instituía la obligatoriedad de la redacción de un proyecto de traslado¹²⁸ por parte del órgano de dirección o administración, que incluía obligatoriamente la sede y los estatutos propuestos, la forma de participación de los trabajadores en los casos en los que la legislación de origen preveyese representación de los mismos en los órganos de la sociedad y la fecha prevista para el traslado. El proyecto de traslado se publicará de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen¹²⁹ y los órganos de administración o de dirección de la sociedad tendrán que “explicar y justificar los aspectos jurídicos del traslado...y las consecuencias del mismo para los socios y los trabajadores” en un informe¹³⁰.

La Propuesta establecía también algunos mecanismos de protección de socios, acreedores y trabajadores, como el derecho a estudiar la documentación del traslado en

¹²⁶ Véase BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, p. 71, citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 36.

¹²⁷ Art. 3: “...Dicho traslado no dará lugar ni a una disolución, ni a la creación de una nueva persona jurídica, pero supondrá un cambio en el ordenamiento jurídico aplicable a la sociedad...”

¹²⁸ Art. 4.1 de la Propuesta.

¹²⁹ Art. 4.2 de la Propuesta.

¹³⁰ Art. 5.1 de la Propuesta.

un plazo determinado¹³¹ o la fijación de un periodo de 2 meses de “reflexión” para poder adoptar la decisión de traslado¹³². Sin embargo, en lo que se refiere a los socios no conformes con el traslado, se limitaba a delegar en los Estados miembros la tarea de configurar instrumentos para la protección de su posición, estableciendo en el art. 7 que “Los Estados miembros podrán adoptar...disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios, que se hayan pronunciado en contra del traslado”. En cuanto a la protección de los acreedores cuyos derechos se hayan originado con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, la Propuesta regula acertadamente en el art. 8 la obligación de constituir garantías adecuadas en su favor.

Se preveía también un mecanismo de control del procedimiento de traslado, en el sentido de que se requería la emisión de un certificado que acreditase el cumplimiento de los trámites y documentación del traslado, condicionando el registro del nuevo domicilio social a la presentación previa de dicho certificado¹³³. El traslado se establecía, por parte del art. 11.1, como efectivo desde la fecha del registro del nuevo domicilio social, que era un requisito previo cuyo incumplimiento hacía imposible la eliminación del registro en la sede anterior. La obligatoriedad de la publicación del nuevo registro se imponía tanto en el Estado de origen como en el de destino¹³⁴.

La Propuesta de Decimocuarta Directiva en esta forma, aparte de las insuficiencias que hemos señalado hasta ahora, supuso un avance considerable en el proceso de consolidación de la movilidad transfronteriza de las sociedades dentro del ámbito de la UE, pero aun así, insuficiente, dado que al implementar la teoría de la sede real en su art. 11.2, planteaba el problema de la aplicación del modelo de sede real a sociedades constituidas conforme al sistema de incorporación o constitución, puesto que se les podía negar el acceso a un Estado miembro de sede real si no trasladaban a la vez tanto su domicilio social, como su sede real. Por lo tanto, aunque se hubiese llegado a adoptar, la Directiva no hubiese logrado tampoco la plena movilidad transfronteriza de sociedades, dado que no se hubiese podido tocar en absoluto la soberanía del Estado de origen reacio a la tesis de la incorporación.

¹³¹ Según el art.5.2 el plazo era de 1 mes.

¹³² Al respecto, el art. 6.2 preveía una mayoría de al menos dos tercios de los votos emitidos.

¹³³ Art. 9 y 10 de la Propuesta de Decimocuarta Directiva.

¹³⁴ Art. 11.4.

Esta propuesta de Directiva nunca fue seriamente debatida, quizás porque se lanzó en un momento un poco nefasto¹³⁵, cuando la Comisión se encontraba en trámites para la adopción de la Décima Directiva en Derecho de sociedades¹³⁶ y del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea.

Sin embargo, así como hemos adelantado¹³⁷, tanto las consultas públicas llevadas a cabo por la Comisión en los años 1997-2002 como el Informe Winter presentado en Bruselas el 4 de noviembre de 2002 revelaron una impetuosa necesidad de promover la movilidad transfronteriza de sociedades, a través de la adopción de una Decimocuarta Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social, que se materializó en el compromiso de la Comisión de adoptarla a corto plazo¹³⁸. Ulteriormente, otras tres consultas iniciadas por la Comisión, a saber: en 2003, una consulta pública sobre el Plan de Acción para el Derecho de Sociedades y Gobernanza Corporativa; en 2004, una consulta sobre la adopción de Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social, y en 2005-2006 una consulta sobre futuras prioridades del Plan de Acción¹³⁹, han evidenciado un apoyo inequívoco a la adopción de la Directiva.

Sorprendentemente, después de todas estas consultas públicas a favor de la Directiva, que fueron apoyadas también por el Parlamento Europeo¹⁴⁰, en 2007 la Comisión decidió no seguir adelante con esta iniciativa. Todo a raíz de la Valoración de Impacto (*Impact Assessment*)¹⁴¹ que la Comisión elaboró en 2007 en relación a la

¹³⁵ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 67.

¹³⁶ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

¹³⁷ Véase en este sentido el capítulo 2 de este trabajo, “Traslado transfronterizo de domicilio social en la UE”, pp. 11 y ss.

¹³⁸ La adopción de la Decimocuarta Directiva fue un objetivo a corto plazo del Plan de Acción para el Derecho de Sociedades y Gobernanza Corporativa de 2003 disponible en

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:ES:PDF> – último acceso 10-09-2012.

¹³⁹ Véase VOSSESTEIN, G.J., “Transfer of the registered office...”, *op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁰ Véase en este sentido la resolución del Parlamento Europeo sobre reestructuración y empleo, de 15 de marzo de 2006 disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?sessionId=E0DD077E2E4075037C69E3FDF1613B4C.node1?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0088+0+DOC+XML+V0//EN> – último acceso 10-09-2012.

¹⁴¹ “Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office” disponible en http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2007/sec_2007_1707_en.pdf – último acceso 10-09-2012.

transferencia de domicilio social de las sociedades mercantiles dentro de la UE¹⁴², que estudió los problemas que suscita la ausencia de una regulación en materia de transferencia transfronteriza de domicilio social en el espacio comunitario, procurando identificar posibles opciones legales para rectificar la situación. La Valoración Preliminar de Impacto, anexada al documento programático de la labor de la Comisión para 2007¹⁴³, no indicó ningún impacto negativo a nivel económico y los expertos consultados expresaron su apoyo a la Directiva, mencionando que podría acarrear numerosos beneficios para la economía europea¹⁴⁴. En cuanto al informe final de Valoración de Impacto, las conclusiones a las que llegó hacían pensar nuevamente en un abandono de la elaboración del proyecto de Directiva¹⁴⁵, que fue confirmada por el Comisario de Mercado Interior, Charlie McCreevy, en la 5ª Conferencia Europea en Derecho de sociedades y Gobernanza Corporativa, y oficialmente ante el Parlamento Europeo en octubre de 2007¹⁴⁶.

El informe, al analizar el estado de la cuestión y los posibles escenarios para el problema de la ausencia de regulación del traslado transfronterizo de domicilio social, como la inacción legislativa, la regulación a través de un Tratado internacional, la adopción de una Recomendación, de una Directiva o de un Reglamento¹⁴⁷, llegó a la conclusión de que tanto la implementación de la SE y de la Directiva sobre fusiones transfronterizas, como la jurisprudencia del TJCE ofrecían los medios suficientes para alcanzar la movilidad societaria deseada y, por lo tanto, consideró oportuno paralizar las iniciativas en materia de adopción de una Propuesta de Decimocuarta Directiva.

La Comisión ha justificado su decisión por la inexistencia de argumentos económicos que respalden la necesidad de una Directiva sobre traslado transfronterizo

¹⁴² La Valoración de Impacto es un procedimiento de valoración de las posibles consecuencias que las iniciativas importantes de la Comisión podrían generar y se desarrolla en dos etapas: primero se procede a una valoración preliminar, seguida por una valoración detallada, que incluye la consulta de operadores interesados y de expertos, además de un minucioso análisis del impacto socio-económico potencial.

¹⁴³ Commission Legislative and Work Programme 2007, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0629en01.pdf -último acceso 10-09-2012.

¹⁴⁴ “Minutes of the 6th meeting of Advisory Group on Corporate Governance and Company Law, of 8 March 2007, p.4-5, disponible en

http://ec.europa.eu/internal_market/company/advisory/index_en.htmhttp://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/advisory-committee/minutes6_en.pdf -último acceso 10-09-2012

¹⁴⁵ En este sentido VOSESTEIN, G.J., “Transfer of the registered office...”, *op. cit.*, p.57 y RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 67.

¹⁴⁶ El Informe de Valoración de Impacto se publicó el 12 de diciembre de 2007.

¹⁴⁷ Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, p.51.

de domicilio social. En opinión de la Comisión, la movilidad transfronteriza de las sociedades europeas tiene medios suficientes a su alcance, como el traslado de domicilio social por medio de la constitución de una SE o a través de una fusión transfronteriza, que aseguran la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad en caso de traslado, y que, por lo tanto, logran evitar el costoso procedimiento de liquidación que se imponía en este caso antes de la implementación de estos instrumentos de movilidad intracomunitaria¹⁴⁸.

Sin embargo y, a pesar del fracaso de las iniciativas del pasado, parece ser que en un futuro cercano es posible que tengamos una nueva Propuesta de Decimocuarta Directiva, dadas las últimas iniciativa comunitarias al respecto, entre las que destaca el nombramiento en 2010 de un grupo de expertos en Derecho de sociedades para elaborar un informe sobre el estado actual del Derecho de sociedades europeo y sobre posibles futuras reformas del mismo¹⁴⁹, o la reciente aprobación en el seno del Parlamento Europeo de una resolución recomendando a la Comisión la elaboración de una nueva propuesta de Directiva, y pincelando las pautas que ésta tiene que seguir¹⁵⁰. Detallaremos estas iniciativas y sus aportaciones más adelante, en la última parte de nuestro trabajo.

3.2. El traslado de domicilio social en los tipos sociales europeos

Cuando hablamos de traslado transfronterizo de domicilio social dentro de la Unión Europea, tema cuyo debate ha estado rugiendo en Europa por décadas, sería un error imperdonable no hablar de las formas sociales comunitarias, o mejor dicho, nacional comunitarias, dado que es a través de estas que se regula por primera vez el

¹⁴⁸ *Idem*, p. 39.

¹⁴⁹ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf -último acceso 03-10-2012-.

¹⁵⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas, disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0019+0+DOC+XML+V0//ES> -último acceso 03-10-2012-.

traslado de domicilio social de una sociedad a otro Estado miembro, sin que eso afecte en absoluto la continuidad legal de la sociedad¹⁵¹.

Las iniciativas relacionadas con los tipos sociales europeos se remontan a los orígenes de la Comunidad Europea, cuando en 1959 se planteó la creación de una sociedad que se rigiera exclusivamente por legislación comunitaria¹⁵², idea que se materializó en un texto exhaustivo encargado por la Comisión en 1966 y presentado, por primera vez ante el Consejo en 1970, seguido por una segunda variante modificada, en 1975¹⁵³. La propuesta concebía una sociedad supranacional vinculada directamente al Derecho comunitario, para así garantizar su reconocimiento por todos los Estados miembros y su plena movilidad¹⁵⁴ y destacaba por su extensión y la presentación de algunas soluciones innovadoras en materia de administración de la sociedad, participación de los trabajadores y regulación de los grupos de sociedades.

Sin embargo, el debate sobre la aprobación de un Reglamento de la SE quedó en un “estado de aparcamiento indefinido”¹⁵⁵, tal vez precisamente debido a la originalidad y exhaustiva regulación de las soluciones que proponía, que causaron el rechazo de los diferentes grupos de interesados y destinatarios. La iniciativa se quedó a la espera de que el avance en el proceso de armonización de los Derechos nacionales de sociedades pudiera desbloquear la situación, hecho que se produjo en 1985, con el debate sobre formas societarias europeas abierto por el Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del mercado interior. Ese mismo año se adoptó el Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), que respondía a la necesidad de realización de un mercado común que ofrezca condiciones análogas a las de un mercado nacional para el desarrollo de actividades económicas transfronterizas y a la

¹⁵¹ Véase BUCHHEIM, R., *Europäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende Konzernverschmelzung*, Gabler, Wiesbaden, 2001, 169, citado por WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵² El precursor de esta idea fue el Prof. P. Sanders, en el año 1959; también conviene mencionar entre los antecedentes, la contribución de una “Nota del Gobierno francés proponiendo crear una sociedad de tipo europeo” (marzo de 1965) y el “Memorándum de la Comisión de la CE sobre la creación de una sociedad comercial europea” (abril de 1996).

¹⁵³ Véase VELASCO, E., “La Sociedad Europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n°8, II/2003, p.214, disponible en http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n8/obser.pdf -último acceso 04-10-2012-.

¹⁵⁴ Véase al respecto GIRÓN TENA, J., *Estudios y textos de derecho de sociedades de la comunidad europea*, Universidad de Madrid, Madrid, 1978 citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 105.

¹⁵⁵ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea”, *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, pp. 4287-4292.

disminución de obstáculos legislativos con los que las personas físicas, las empresas u otras entidades se han de enfrentar cuando cooperan más allá de sus fronteras. Aunque esta regulación es un precedente claro del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea, la forma societaria europea por excelencia, dada su aplicación a las sociedades de capital, es una figura con un margen de maniobra limitado y por lo tanto, aunque regula el traslado transfronterizo de domicilio social en su art. 14, con un procedimiento que ha representado el modelo a seguir para el traslado transfronterizo de domicilio social de la SE, no es relevante para nuestro trabajo, que trata de movilidad transfronteriza de las sociedades de capital.

Sin embargo, la muy esperada forma societaria de la Sociedad Anónima Europea tiene una importancia fundamental para la regulación del traslado transfronterizo de domicilio social intracomunitario, siendo la promotora de este tipo de movilidad transfronteriza para las sociedades de capital, que son las grandes protagonistas de la economía europea, y, antes de la jurisprudencia *Überseering*, la única posibilidad de la que disponían¹⁵⁶.

Así como hemos anticipado, después de un largo periodo de ralentización en el proceso de regulación de formas societarias comunitarias, fue el Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del mercado interior el que impulsó la reapertura del debate¹⁵⁷ y que llevó a la Comisión a presentar en 1989 un nuevo Proyecto de Estatuto de SE, que a diferencia del primero, se decantó por una regulación aligerada en su contenido que combinaba la normativa comunitaria con la legislación nacional del Estado miembro donde la SE hubiese fijado su domicilio social.

El Proyecto sufrió una reforma que se publicó en 1991, para luego entrar en un largo proceso de debates y propuestas, caracterizado por un alto grado de conflictividad a la hora de conciliar los diversos ordenamientos nacionales de los Estados miembros con este tipo social y, sobre todo, a la hora de regular la cuestión del domicilio social de

¹⁵⁶ En este sentido GEENS, K., “De zetelverplaatsing van de Europese vennootschap als vrijvestigingsvehikel”, *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel 2002, p. 1025; MENJUCQ, M., “La société européenne, (Règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CEE du Conseil du 8 Octobre 2001”, *Rev.Sociétés*, 2002, p. 225, etc., citados por WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁷ El Libro Blanco insertaba la SE como objetivo de la realización del mercado interior, en el punto 137 sobre la cooperación industrial: “la realización del mercado interior necesita de estructuras específicas para las empresas”, precisando que “las estructuras deben fundarse en un derecho independiente de los Estados miembros para evitar el cierre de los mercados nacionales en el interior de la Comunidad. El instrumento apropiado para llevarlo a cabo es la Sociedad anónima europea, fundada en un Derecho europeo”; disponible en: http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf - último acceso 04-10-2012.

la SE y su traslado a otro Estado miembro. En este punto, entra en juego el modelo de determinación de la *lex societatis*, dado que la SE, a pesar de ser una forma societaria europea, no deja de regularse en ciertos aspectos por la legislación nacional de domicilio, lo que hace que un traslado de domicilio social implique una modificación de la ley aplicable a esos aspectos (los desacuerdos planeaban especialmente sobre la necesidad o no de que el domicilio social y la administración central estuviesen localizados en un mismo Estado miembro). A este problema se añadieron las divergencias entre los Estados miembros en cuanto a la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa¹⁵⁸, al régimen de cambio transfronterizo de domicilio social (garantías para accionistas, acreedores y trabajadores) y a la posibilidad de creación de una SE por transformación de una Sociedad anónima nacional ya existente. Finalmente, en el Consejo Europeo de Niza de 2002¹⁵⁹, se llegó a un acuerdo político para desbloquear la Propuesta de Directiva sobre implicación de los trabajadores y se dejó campo libre a la aprobación del Estatuto. Los textos definitivos del Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea¹⁶⁰ y la Directiva sobre la implicación de los trabajadores¹⁶¹ fueron aprobados, sin aceptar modificación alguna, por el Consejo de Ministros el 8 de octubre de 2001.

La concepción de la SE ha evolucionado en el curso prolongado de los trabajos, de tal manera, que se ha pasado de una SE concebida como una Sociedad anónima exclusivamente europea, regulada en todos sus aspectos societarios por el Estatuto establecido en el Reglamento comunitario, a una SE híbrido, comunitario-nacional en cuanto está sujeta a un estatuto de Derecho comunitario, pero integrado por elementos nacionales diversos según el Estado donde fija su domicilio social.

El estudio del contexto y de las aportaciones que el RESE conlleva, cobra especial importancia en relación con nuestro trabajo si nos referimos a la regulación del traslado de domicilio social en su art. 8, que prevé que "...se podrá trasladar el domicilio social de la SE a otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en los

¹⁵⁸ La Propuesta de Estatuto de la SE venía acompañada por una Propuesta de Directiva por la que se completaba el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores.

¹⁵⁹ En general, sobre el proceso de elaboración del RESE y sus dificultades y el acuerdo alcanzado en Niza, véase ESTEBAN VELASCO, G., "El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea", *RdS* nº 16 (2001).

¹⁶⁰ Reglamento del Consejo (CE) nº 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE).

¹⁶¹ Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

apartados 2 a 13. Dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica”.

Según manifiesta el legislador en la exposición de motivos, la SE es el vehículo privilegiado para la movilidad transfronteriza dentro de la UE que aporta una solución para la eliminación de obstáculos a la restructuración y reorganización empresarial a escala comunitaria, siendo la remoción de tales obstáculos una exigencia de realización del mercado interior¹⁶². Es así que el Reglamento establece el derecho de la SE a trasladar su domicilio social a otro Estado miembro, de manera que se pueda modificar su *lex societatis* y sin que eso implique la pérdida de personalidad jurídica, instituyendo un estricto procedimiento de traslado con todo un abanico de garantías a las partes interesadas y con medidas destinadas a asegurar la coordinación de las autoridades registrales implicadas en la inscripción del traslado.

Antes de pasar a la descripción del procedimiento de traslado y de las medidas de garantía instituidas, conviene hacer una puntualización: el art. 7 RESE establece que “...el domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central...”. Además, “...los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar.” Como hemos ido exponiendo a lo largo de nuestro trabajo, la viabilidad del traslado transfronterizo de domicilio social depende de la legislación, material y conflictual, de los dos sistemas jurídicos involucrados, y por lo tanto, aparte de los casos amparados por la jurisprudencia del TJCE¹⁶³, solo es posible si existe conciliación entre los dos ordenamientos en juego. Sin embargo, el RESE aporta una solución “salomónica”¹⁶⁴ al problema, estableciendo un mínimo aparejo conflictual (arts. 3.1 y 7 RESE)¹⁶⁵, de Derecho comunitario, indisponible por los Estados, a favor del modelo de la sede real¹⁶⁶. Por lo tanto, lo que el RESE reconoce es el traslado transfronterizo intracomunitario de *domicilio estatutario-real* de la SE, que naturalmente, representa la

¹⁶² Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional de domicilio social de la Sociedad Europea (Societas Europaea)”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 250 (2003), p. 1514.

¹⁶³ Para más detalles *vid. supra*, cap. 2.1, 2.2, 2.3, pps-11-38

¹⁶⁴ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad»...”, *op. cit.*, p. 168.

¹⁶⁵ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional...”, *op. cit.*, p. 1523.

¹⁶⁶ Véase WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p.33; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional...”, *op. cit.*, p. 1520; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE”, *op. cit.*, p. 172 o RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 107.

modalidad de traslado de Derecho (con cambio de ley aplicable) entre ordenamientos afectos al modelo de la sede real, que no se verifica en el caso de los Estados miembros seguidores del modelo de la incorporación.

En este sentido, su oportunidad con respecto a la libertad de establecimiento puede resultar muy dudosa. En la doctrina hay muchos autores respaldando este punto de vista¹⁶⁷, justificando su razonamiento, sobre todo, por el hecho de que la compatibilidad del modelo de la sede real con el Derecho comunitario es un aspecto debatido, “por no pocos autores, sembrada la duda por la sentencia Centros”, y la “opción «fuerte» por un sistema restrictivo de la libertad de establecimiento es muy discutible”¹⁶⁸. Otro argumento en contra es el hecho de que los trabajos preparatorios de la Decimocuarta Directiva, el verdadero instrumento comunitario con vocación para lograr la viabilidad del traslado internacional de domicilio social si hubiese tenido éxito, eran neutros desde este punto de vista. En este sentido, no son pocos los que “han suscitado dudas sobre el futuro éxito del flamante tipo europeo”¹⁶⁹ en el caso de que las iniciativas sobre la Decimocuarta Directiva salgan adelante. A pesar de la flagrante mayoría en contra, también hay quien opina que a pesar de sus carencias, la SE servirá para incentivar la armonización legislativa¹⁷⁰ o para impulsar la competencia de leyes, en el sentido de que el reglamento permite¹⁷¹ que la SE se amolde a lo dispuesto por la legislación del Estado miembro donde se domicilie¹⁷².

A nuestro entender es más apropiado hablar de “oportunidad”¹⁷³ puesto que, está claro que al ser regulado por un Reglamento Comunitario (su adopción ha necesitado del consenso de los Estados miembros) la “compatibilidad” con la libertad de establecimiento (definida en el TFUE y concretada por la jurisprudencia TJCE) no

¹⁶⁷ Véase, en este sentido, WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p.33 y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 217, 2002, p. 15 citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁸ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 172.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 176.

¹⁷⁰ Véase SIEMS, M., “The impact of the European Company (SE) on legal culture”, *European Law review*, Vol.30, nº3, 2005, p.439, citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 108.

¹⁷¹ Art. 9.1: “Las SE se registrarán...ii) por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”.

¹⁷² Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 108.

¹⁷³ Hay autores que utilizan la noción de “compatibilidad” al debatir sobre el mismo tema. En este sentido véase SCHUTTE-VEENSTRA, N., “Commentary sub Überseering”, *Ondernemingsrecht*, 2002, p.531 citado por WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 33.

puede ser puesta en tela de juicio. Se puede dudar de su oportunidad, sobre todo después de las últimas sentencias del TJCE relevantes, pero no de su legalidad. Por lo tanto, en el actual estado del Derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento de sociedades, la jurisprudencia sentada en las sentencias *Überseering* y *Cartesio* confirman la posibilidad de traslado de la sede real a un país afiliado al modelo de la sede real sin que eso conlleve un cambio de *lex societatis*, y, respectivamente, de traslado de domicilio social a otro Estado miembro que lo regule, con cambio de ley aplicable, para las sociedades constituidas con arreglo a los ordenamientos de los Estados miembros, con una excepción: las Sociedades Anónimas europeas.

También es criticable desde el punto de vista de su conciliación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, dado que al establecer la obligatoriedad de la coincidencia en el mismo Estado del domicilio social y de la administración central, va en contra de la legislación de los países seguidores del sistema de incorporación, que se verán obligados a adaptar sus ordenamientos a éste requisito. Aunque también hay voces en el sentido de que optar por la obligatoriedad de situar la administración central en el Estado de domicilio social fue imprescindible para alcanzar un consenso entre los Estados miembros que defendían modelos distintos¹⁷⁴, que hizo posible la adopción del Estatuto, justificando de esta manera la regulación del art. 7 RESE.

En la doctrina hay quien opina que probablemente haya sido la misma necesidad de consenso¹⁷⁵ la que influyó en la redacción del Reglamento en dos versiones, inglesa y francesa, que utilizan dos términos diferentes para el domicilio (*registered office* en la variante en inglés y *siège statutaire* en la variante en francés). Si en Derecho inglés¹⁷⁶, partidario del sistema de incorporación, se utiliza la misma noción que la empleada por el RESE, *registered office*, en el Derecho francés la noción manejada por el legislador nacional difiere de la empleada por el legislador comunitario. En este sentido el legislador francés se refiere a *siège social*¹⁷⁷, mientras que el

¹⁷⁴ En sentido contrario, véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁵ WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁶ Véase en este sentido, por ejemplo, el art. 2 de la Ley inglesa sobre sociedades de responsabilidad limitada (Limited Liability Partnerships Act 2000): “The incorporation document must... state whether the registered office of the limited liability partnership is to be situated”.

¹⁷⁷ En este sentido, Art. 210-2 del Código comercial francés: “La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social, l’objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société”.

comunitario habla de *siège statutaire*. Además, lo que considera el ordenamiento inglés como *registered office* es el domicilio social en su sentido propio (el lugar que determinan los estatutos de la sociedad, sin ningún requisito adicional en cuanto a coincidencia del mismo con la sede principal de administración o con la sede real de actividad), mientras que en la aceptación del RESE en su variante inglés, por *registered office* se entiende el domicilio social-sede real, esto es, el domicilio estatutario situado en el mismo Estado que la administración real. Esta falta de coherencia de terminología jurídica no tiene lógica y puede llevar a razonamientos descaminados. Por lo tanto, no es de extrañar que broten reflexiones en el sentido de que las dos variantes del RESE dan cabida a la necesidad de consenso entre los Estados miembros que siguen soluciones opuestas en esta materia y que el empleo de la noción de *registered office* es una concesión compensatoria para los seguidores del sistema de incorporación, por haberse optado por el sistema de la sede real para determinar el domicilio de la SE. Aunque los mismos autores¹⁷⁸, al reflexionar sobre este tema, apuntan que la idea de la compensación no es más que un espejismo, dado que, los países tradicionalmente fieles al sistema de incorporación no admiten el traslado de domicilio social a otro Estado miembro¹⁷⁹.

El absurdo de la regulación para los Estados miembros partidarios de la teoría de la incorporación cobra más importancia aún, si pensamos que el segundo párrafo del art. 7 RESE requiere que la administración central se encuentre en el mismo Estado que el domicilio social, supuesto que va totalmente en contra de la tradición jurídica de los países de incorporación. Teniendo en cuenta que la compatibilidad del modelo de la sede real con la libertad de establecimiento es un tema muy controvertido en la doctrina¹⁸⁰ y en la jurisprudencia del TJCE¹⁸¹, siendo al parecer, también el punto de vista del Informe Winter¹⁸², la opción de decantarse por el modelo de sede real para

¹⁷⁸ *Idem*, 175, p. 32.

¹⁷⁹ *Vid. supra*, pp. 20 y ss.

¹⁸⁰ A favor de la incompatibilidad del modelo de la sede real, véase HABERSACK, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Munich, 1999, p. 35; GUILLAME, F., “Lex societatis: principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse.” *Etudes suisses de droit international*; vol. 116, Schulthess, Zürich, 2001, p. 175, citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional...”, *op. cit.*, p. 1520.

¹⁸¹ Véase STJCE, asunto C-208/00, *Überseering* y STJCE, asunto C-212/97, *Centros*.

¹⁸² En este sentido, véase BEBCHUK, D., “The regulation and recognition of foreign corporations: response to <Delaware syndrome>”, *Cambridge Law Journal*, 1998, p. 165, citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional...”, *op. cit.*, p. 1520.

regular el domicilio de la SE no parece ser la más adecuada. Y más aún si nos fijamos en la formulación del art. 69 RESE que establece que los Estados miembros valorarán el impacto del Reglamento después de 5 años, para determinar si convendría o no permitir que el domicilio social no coincida con la administración central¹⁸³.

En cuanto a las consecuencias del traslado de domicilio social-sede real, el RESE deja claro que en el mismo art. 8 que "...no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica". De esta manera, optando por la intervención legislativa del Derecho comunitario sobre el Derecho de los Estados miembros, el legislador pretende dejar atrás de una manera incontestable los debates doctrinales relativos a la viabilidad de las normas nacionales de Derecho material de sociedades que establecen la pérdida forzosa de la personalidad jurídica en caso de traslado transfronterizo de domicilio social, justificada por razones imperiosas de interés general. Sin embargo, a diferencia de otras iniciativas destinadas a garantizar la movilidad transfronteriza, como es la Propuesta de Decimocuarta Directiva, cuya intervención legislativa era mínima¹⁸⁴, limitándose a asegurar la posibilidad de transferencia internacional de domicilio social sin pretender unificar el Derecho conflictual de los Estados miembros, el RESE opera una intervención legislativa más rigurosa, tanto en plano material como conflictual, imponiendo el sistema real sobre el de la incorporación y, por tanto, suscita dudas en cuanto al respeto del principio de subsidiariedad e intervención mínima. Para favorecer la efectividad del mantenimiento de la personalidad jurídica de la SE que decide trasladarse a otro Estado miembro, sin que eso suponga perjuicio alguno para los implicados en el traslado, el texto establece un procedimiento destinado a coordinar las autoridades competentes de los dos Estados miembros, que se despliega en tres fases¹⁸⁵: la fase previa, que consiste en la elaboración y difusión del proyecto de traslado y de su informe anexo¹⁸⁶, la fase de decisión social, caracterizada por la adopción del acuerdo de traslado con la garantía de los intereses con derecho a tutela y la fase de ejecución, centrada en la publicidad del traslado.

¹⁸³ En este sentido, véase BLANQUET, F., "La société européenne n'est plus un mythe", *Revue de droit international et de droit compare*, 2001, p. 155 citado por WYMEERSCH, E., "The Transfer of...", *op. cit.*, p. 32.

¹⁸⁴ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El traslado internacional...", *op. cit.*, p. 1576.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 1597.

¹⁸⁶ Art. 8.3 RESE.

En primer lugar, como hemos adelantado, se establece la exigencia de que los administradores, para los sistemas monistas de organizar la administración¹⁸⁷, o los miembros del órgano de dirección, para las sociedades adscritas al sistema dual¹⁸⁸, presenten un documento informativo conteniendo las bases de la decisión social de traslado, para que puedan ser conocidas por todos los afectados titulares de intereses dignos de tutela. El contenido mínimo del proyecto de traslado viene rigurosamente regulado por el art. 8.2. RESE. En este sentido, el proyecto comprenderá la denominación social y el domicilio social antes del traslado, las fechas propuestas para la operación, el domicilio social propuesto, los nuevos Estatutos, la nueva denominación social, las posibles consecuencias en la implicación de los trabajadores en la SE y las garantías previstas para la protección de accionistas y acreedores. Para la adopción del proyecto de traslado se requerirá, según el art. 8.6¹⁸⁹, la mayoría establecida en el art. 59, mayoría que coincide con la prevista para la adopción de acuerdos en materia de modificaciones estructurales. Según el art. 59 RESE, el acuerdo se adoptará con una mayoría de dos tercios, ampliable a voluntad de los Estados miembros, o con mayoría simple, en el caso de los ordenamientos que establecen un quorum de constitución¹⁹⁰, dado que la aplicación acumulada de las dos reglas resultaría excesivamente abusiva. La decisión sobre el traslado la tomará la Junta General, dado que es una modificación estructural que excede las competencias de gestión del órgano de administración, pero, en virtud del art. 48 RESE, se puede establecer por vía de los estatutos o por la legislación de los Estados miembros, situaciones que requieren de la autorización del órgano de control. Además, cuando se trata de ajustar los estatutos a las exigencias del sistema de implicación de los trabajadores, con posterioridad a la adopción del acuerdo de traslado, pero antes de la inscripción de la SE en el país de destino, el art. 12.4 RESE prevé la posibilidad de que la modificación la ejecute el órgano de administración.

A la vista de la diversidad de intereses jurídicos que el traslado transfronterizo puede comprometer, el RESE establece a lo largo del art. 8 una serie de medidas de protección para todos los intereses considerados dignos de tutela. De esta manera, se

¹⁸⁷ Establecido en los arts. 43-46 RESE.

¹⁸⁸ Reglamentado por los arts. 39-42 RESE.

¹⁸⁹ Art.8.6: “La decisión de traslado no podrá adoptarse hasta dos meses después de la publicación del proyecto. Deberá adoptarse de conformidad con el artículo 59”.

¹⁹⁰ Art. 59.2 RESE.

establece el reconocimiento del derecho de información sobre el contenido del proyecto de traslado¹⁹¹ y también sobre el informe justificativo¹⁹² del mismo, obligatorio para los administradores de la sociedad, durante un mes antes de la Junta General¹⁹³.

Además, para la protección de los socios minoritarios, el RESE establece la puesta en marcha de medidas nacionales de tutela de la posición de los socios no conformes con el traslado. En este sentido, el art. 85 RESE prevé que “los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las SE que estén registradas en sus territorios respectivos, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado de domicilio”. La implementación de este régimen legal de tutela de los intereses de los socios minoritarios, con un “contenido muy laxo que se limita a consagrar una abstracta finalidad protectora”, dejando mucho margen al poder discrecional de los Estados miembros, ha sido fuertemente criticada por quienes opinan que aparte de “permitir divergentes sistemas jurídicos nacionales”¹⁹⁴, que van en contra del objetivo perseguido, el de lograr la consolidación de un mercado interior, disminuye de manera innecesaria la movilidad societaria transfronteriza que se planteaba como una de las características esenciales y de los objetivos de la SE¹⁹⁵. El RESE opta por una solución de compromiso, de mínimos, que no establece medidas concretas de protección del minoritario, pero que además, y esta es la consecuencia verdaderamente peligrosa de la reglamentación de esta norma, deja la tutela de los intereses de los socios no conformes a la elección de los Estados miembros.

En relación con los intereses de los acreedores, el RESE prevé medidas de tutela de forma paralela a las garantías a favor de los socios, remitiendo a disposiciones nacionales. Establece también que para la expedición del certificado acreditativo del cumplimiento de los requisitos legales previos al traslado, la SE deberá demostrar que

¹⁹¹ Art. 8.2 RESE.

¹⁹² El informe justificativo y explicativo regulado por el Art. 8.3 RESE se refiere a un documento adicional al proyecto de traslado cuya tarea es justificar las ventajas de orden económico y/o jurídico que el traslado supone para la SE y definir las consecuencias que conlleva (necesidad de ampliar el capital para adecuarse a los requisitos de la nueva *lex societatis*, posibles consecuencias nefastas para socios, acreedores y terceros, etc.).

¹⁹³ Art. 8.4 RESE.

¹⁹⁴ Véase RAMELLOO, S. *Corporations in Private International Law: a European Perspective*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 306, citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1620.

¹⁹⁵ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 112.

dichos intereses (anteriores a la publicación del proyecto, o, anteriores al traslado si así lo establece la legislación nacional) han quedado protegidos¹⁹⁶. También la forma de garantizar el respeto de los intereses de los acreedores ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina¹⁹⁷, por los mismos considerandos que los aportados en el caso de la regulación de las garantías a favor de los socios minoritarios. Como norma de mínimos que es, tolera la introducción por los Estados miembros de restricciones sustanciales a la movilidad transfronteriza y no garantiza realmente la tutela de los intereses de los acreedores, dejando a los Estados miembros la posibilidad de no reglamentar medidas de garantía. En el mismo sentido se ha pronunciado también el Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo¹⁹⁸, al establecer que la protección de los intereses merecedores de tutela puede ser satisfactoriamente garantizada por medidas como las contenidas en la Propuesta de Décimocuarta Directiva (garantías adecuadas a su favor), y que habrá que reconsiderar y analizar la oportunidad y conveniencia de medidas adicionales de protección a las que el RESE abre camino en su art. 8.5¹⁹⁹. Criticable es también la previsión del art. 8.7 RESE que establece “Los párrafos primero y segundo no afectan a la aplicación a las SE de las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre liquidación o garantía de los pagos a organismos públicos”, que al parecer otorga un privilegio injustificado²⁰⁰ al Estado frente a los demás acreedores. Aunque la norma no representa un prodigio de claridad al respecto, parece ser que esta es la única justificación lógica, dado que al no ser así, no se podría establecer la utilidad de una tal especificación.

La tutela de los intereses de los trabajadores se garantiza mediante el reconocimiento implícito del derecho de información y, aunque el RESE no lo prevea con la debida claridad, por la obligación de respetar los derechos adquiridos en el marco del sistema de implicación de trabajadores que se adopte en virtud de la Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. En

¹⁹⁶ Art. 7 RESE.

¹⁹⁷ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE”, *op.cit.*, p. 1621; RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁸ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, p.20, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf

-último acceso 03-10-2012.

¹⁹⁹ *Idem*, 196.

²⁰⁰ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE”, *op. cit.*, p. 1624.

cuanto al momento en que entra en juego dicho procedimiento de negociación con los trabajadores, ni la Directiva ni el Reglamento contienen disposiciones específicas al respecto. De hecho, la Directiva ni siquiera prevé expresamente la incidencia de dicho procedimiento de negociación en caso de traslado de domicilio. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el art. 12.2 y 4 RESE²⁰¹, se impone el respeto de los mismos principios que inspiran la regulación de toda la materia relativa a la implicación de los trabajadores. Además, como bien sabemos, el traslado de domicilio conlleva una modificación estatutaria, destinada a dar una nueva redacción al artículo correspondiente al domicilio de la sociedad, pero también para ajustarlos a las exigencias de la nueva ley que se aplica, que, según la doctrina²⁰², reviste la forma de una modificación estructural, y, por lo tanto, requiere la aplicación del principio “antes-después” en virtud de lo dispuesto en los Considerandos de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores²⁰³.

En cuanto al momento en el que interviene la negociación, aunque el RESE no lo prevé, lo racional sería constituir la comisión negociadora antes de iniciar el procedimiento de traslado, una vez publicado el proyecto. De las disposiciones del art. 12.4, se deduce que en la medida en que “se determinen nuevas disposiciones en materia de implicación que sean contrarias a los estatutos existentes, éstos habrán de ser modificados en la medida necesaria”. Esta disposición legitima la posibilidad de que se modifiquen los estatutos, si estos van en contra de un acuerdo ulterior de negociación

²⁰¹ El art. 12.2. prevé la imposibilidad de inscribir una SE sin que se haya adoptado un acuerdo de implicación de los trabajadores, mientras que el apartado 4 instituye la prohibición de incluir en los estatutos de una SE disposiciones contrarias al principio de respeto de los derechos adquiridos por los trabajadores.

²⁰² Entre los autores que respaldan la naturaleza de modificación estructural del traslado transfronterizo de domicilio social están: EMBID IRUJO, “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en AAVV, *Derecho mercantil de la CEE. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp.291 y ss., citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional...”, *op. cit.*, p. 1596 y STORM, P., “The societias europea: a new oportunity?” en VAN GERVEN, D., STORM, P., *The European Company*, Cambridge UP, Cambridge, 2006, p.7 y ss., citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 112 – estos últimos criticando el trato del traslado de domicilio como una modificación estructural, que disminuye de esta manera el impacto de la SE para la movilidad societaria, al tratarla como “un evento extraordinario”, que requiere el cumplimiento de innumerables procedimientos previos y de aprobación.

²⁰³ En este sentido, el apartado 18 de la Introducción de la Directiva 2001/86/CE establece que: “Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de antes-después). Esta consideración es válida en consecuencia no sólo para la nueva constitución de una SE sino también para las modificaciones estructurales de una sociedad europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate.

con los trabajadores, claro está, antes de que se haya procedido a la inscripción del traslado (momento cuando según el art. 8.9, se presentará el certificado que confirmará, entre otras, el cumplimiento del requisito sobre implicación de trabajadores).

La decisión de trasladar la sede no podrá adoptarse hasta pasados dos meses de la publicación del proyecto de traslado, que se hará, de conformidad con lo previsto en la Primera Directiva²⁰⁴ 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo 2 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros²⁰⁵, en el correspondiente boletín nacional designado por el Estado miembro de origen (en España, el BORME), plazo durante el cual la autoridad de control competente podrá oponerse al traslado por razones de interés público. Con respecto a esto, hay muchas voces críticas que argumentan que la tolerancia del legislador comunitario frente a la posibilidad de oposición de los Estados miembros no está muy en consonancia con el objetivo perseguido, dado que la viabilidad de las operaciones de traslado depende en gran medida de lo que establecen los Estados miembros²⁰⁶. Se ha dicho que una norma así “...entraña una real barrera a la construcción europea...que abre las puertas a la arbitrariedad del Estado...”²⁰⁷. Además, la vía del recurso judicial contra la actuación abusiva de los Estados miembros es insatisfactoria, dado que ralentiza mucho el procedimiento de traslado, que puede resultar de esta manera poco atractivo para las SE. De todas maneras, no se puede ignorar el hecho de que el TJUE ha reiterado en muchas ocasiones²⁰⁸ que los regímenes

²⁰⁴ Art. 13 RESE.

²⁰⁵ DOUE L65 de 14 de marzo de 1968.

²⁰⁶ Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional...”, op. cit., p. 1542; GUTMANN, D., *The transfer of the registered office of a European Company. Some tax thoughts from a Franch perspective*, Intertax, Vol.34, 2006, p.258, citado por RODAS PAREDES, P. N., op. cit., p. 112.

²⁰⁷ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, op.cit, p. 1613.

²⁰⁸ Véase, en este sentido, las STJCE en los asuntos C-463/00 y C-98/01, Comisión v. España y Comisión v. Reino Unido: En estos asuntos la Comisión interpuso dos recursos contra España y el Reino Unido por violación del principio de la libre circulación de capitales, al instituir un régimen de autorización previa que se refiere a importantes acuerdos relativos a la disolución, la escisión o la fusión de la entidad, la sustitución del objeto social o la enajenación de activos o participaciones en el capital social de determinadas empresas, en caso de España, respectivamente, al establecer en los estatutos de una empresa privatizada que posee unos aeropuertos, una acción especial en favor del gobierno que le confiere la facultad de autorizar ciertas operaciones de la sociedad (disolución, cesión de un aeropuerto), en el caso de Reino Unido. El TJCE declaró que en caso de España no se respeta el principio de proporcionalidad, entre otras, porque lo que prevé es un régimen de autorización previa cuyo recurso jurisdiccional no es eficiente, dado que el juez nacional no dispone de criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa. En cuanto a Reino Unido, El TJCE desestimó las alegaciones del Gobierno británico, de que, en su caso, no se produce una

de autorización administrativa *ex ante* son mucho más restrictivas que los mecanismos de control *a posteriori*, y por lo tanto, conviene que la oposición de las autoridades nacionales competentes al traslado transfronterizo de domicilio social deba pasar un test comunitario de proporcionalidad²⁰⁹, a la luz de la doctrina relativa a la cláusula del interés general, como excepción legítima a la libertad de establecimiento, cuya invocación debe fundarse en “...causas objetivas, concretamente justificadas, proporcionales (*ultima ratio*), adecuadas (intervención mínima), no discriminatorias...y preferentemente en áreas de pobre armonización comunitaria (como es la fiscal, por ejemplo...)”²¹⁰. En este ámbito, la armonización muy escasa y la jurisprudencia del TJCE bastante generosa al respecto²¹¹, facilita que los Estados miembros se agarren a esta cláusula para resistirse a la efectividad de la libertad de establecimiento. Sin embargo, hay multitud de voces que abogan por una total neutralidad fiscal en caso del traslado transfronterizo de domicilio social²¹², por las razones que hemos expuesto más arriba.

El RESE instituye también un sistema coordinado de registro que regula la inscripción del traslado en el registro de destino en el punto 8 del art. 8, y una vez cumplidos los requisitos para la inscripción en el Estado de entrada y previa presentación del certificado acreditativo de la tutela de los derechos de los interesados²¹³. Una vez realizada la inscripción en el país de destino, se procederá a la notificación del registro del Estado de origen, que cancelará la inscripción originaria²¹⁴.

El traslado producirá efectos a partir de la fecha de inscripción en el nuevo registro, y el nuevo domicilio de la SE será oponible a terceros a partir de la fecha de

restricción a la libre circulación de capitales, puesto que los estatutos se encuentran comprendidos en el ámbito del Derecho privado y no en el ámbito del Derecho público, sin examinar justificación alguna.

²⁰⁹ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 113.

²¹⁰ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1613.

²¹¹ Véase en este sentido MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., en LÓPEZ ESCUDERO, M.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.) *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 115 y ss., citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1617; véase también STJCE, asunto C-81/87, Daily Mail; opinando lo mismo.

²¹² Véase MENJUCQ, M., “Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne” en HOPT, K. J., MENJUCQ, M., WIMEERSCH, E., *La société européenne*, Dalloz, 2003, p.219, citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1617 ; GUTMANN, D., *The transfer of the registered office of a European Company. Some tax thoughts from a Franch perspective*, Intertax, vol. 34, 2006, p. 258, citado por RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 112.

²¹³ Art. 8.9 RESE.

²¹⁴ Art. 8.11 RESE.

publicación de la nueva inscripción en los boletines oficiales a los que se refiere la primera Directiva²¹⁵.

4. Remedios de *lege ferenda* para el traslado transfronterizo de domicilio social.

Así como hemos adelantado en los capítulos anteriores, a pesar del fracaso de los proyectos relativos a una propuesta de Decimocuarta Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social del pasado, últimamente hay nuevas iniciativas a nivel comunitario, que podrían facilitar el camino de una solución en este sentido.

Como bien sabemos, la última vez que la Comisión examinó las iniciativas para una Directiva en materia de traslado de domicilio²¹⁶ llegó a la conclusión de que no era imprescindible, dado que no se pudieron evidenciar argumentos económicos suficientemente fuertes que la justificasen. Además, la Comisión ha argumentado su decisión por la falta de viabilidad política del proyecto²¹⁷ y por las expectativas de que el TJCE determinase el alcance de la libertad de establecimiento prevista por el Tratado, en el asunto Cartesio, en esos momentos pendiente aún ante el TJCE, en el sentido de que abarca también el traslado de domicilio social²¹⁸.

En cuanto a los argumentos de orden económico, la Comisión invocó básicamente que ya existían instrumentos comunitarios tendentes a favorecer la movilidad transfronteriza, como la Directiva sobre fusiones transfronterizas²¹⁹ y el RESE. Sin embargo, como detallaremos más adelante, la normativa comunitaria sobre

²¹⁵ Art. 8.13 RESE.

²¹⁶ Commission Staff Working Document “Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office” SEC (2007) 1707, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf - último acceso 10-10-2012

²¹⁷ En este sentido, McCAHERY, J., VERMEULEN, E., “Does the European Company prevent the Delaware effect?”, *European Law Journal*, 2005, pps. 785-801, citado por VOSSESTEIN, G.J., “Transfer of the registered office...”, *op. cit.*, p.58. Según este autor, los Estados miembros no estaban dispuestos a ceder atributos de su soberanía en materia de Derecho de sociedades, alegando el “equilibrio no competitivo”.

²¹⁸ Véase VOSSESTEIN, G. J., “Transfer of the registered office...”, *op. cit.*, p. 58.

²¹⁹ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

SE no es suficiente en materia de traslado transfronterizo de domicilio social, dado que se limita a la forma societaria de la SE, que solo está al alcance de las sociedades comunitarias anónimas, excluyendo de esta manera a los demás tipos societarios²²⁰. Tampoco lo es la regulación de las fusiones transfronterizas, que a pesar de haber consagrado una modalidad efectiva para las empresas europeas de traslado de un Estado miembro a otro sin necesidad de liquidación, logrando, a la vez, instituir mecanismos equitativos de garantía para todos los intereses acreedores de tutela, se limita al tipo particular de modificación estructural de la fusión, menos ventajoso que el simple traslado de un ordenamiento jurídico a otro²²¹, dado que supone desvelar información empresarial confidencial y proceder a unas estimaciones complicadas, determinadas por la mezcla de activos y pasivos de las dos sociedades que fusionan, y por el cambio que interviene en el reparto de acciones. Además, las expectativas de la Comisión plasmadas en su Valoración de impacto, en el sentido de que el asunto Cartesio iba a aportar las aclaraciones necesarias, no llegaron a cumplirse.

Dicho todo esto, parece ser que los argumentos que en aquel momento pudieron valer, ya no siguen en pie y, por lo tanto, conviene retomar los trabajos en vista a la elaboración de una nueva propuesta para una Decimocuarta Directiva. En este sentido se ha pronunciado también el Grupo de expertos en Derecho de sociedades²²² nombrado en 2010 para elaborar un informe sobre el estado del Derecho de sociedades europeo y sobre posibles futuras reformas del mismo, cuyos trabajos concluyeron el 5 de abril de 2011, sugiriendo entre otras, la necesidad de una Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social y los aspectos clave que tiene que reglamentar. Además, el Parlamento Europeo, que ha sido siempre favorable a la adopción de una Decimocuarta Directiva²²³, reivindica una vez más la iniciativa de la Comisión, en su reciente Resolución de 2 de febrero de 2012²²⁴, que recomienda elaborar una nueva propuesta de Directiva.

²²⁰ *Vid. infra*, pp. 63 y ss.

²²¹ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, p. 20, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf -último acceso 03-10-2012-.

²²² *Idem*.

²²³ En este sentido, VOSSESTEIN, G.J., “Transfer of the registered office...”, *op. cit.*, p.56. El autor hace hincapié en las numerosas Resoluciones del Parlamento Europeo que reclaman la actuación de la Comisión en vista a la elaboración de una Propuesta de Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social.

²²⁴ *Idem*, 149.

Durante los trabajos para la adopción de un régimen legal que garantice la efectividad del traslado transfronterizo de domicilio social, se ha planteado también el problema de si una directiva es el instrumento idóneo para alcanzar los objetivos perseguidos. En este sentido, la Comisión analizó también la opción de un traslado internacional entre los Estados miembros o de un instrumento más flexible, como la recomendación, pero llegó a la conclusión de que el instrumento más eficaz al respecto es la Directiva. En el mismo sentido se pronunció también, más tarde, el Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo²²⁵. Consideramos plenamente acertada esta elección, dado que un tratado internacional entre los Estados miembros es una opción impensable, así como hemos visto más arriba, por las disparidades entre los diferentes ordenamientos jurídicos en materia de Derecho de sociedades y por la falta de voluntad política para la armonización. Tampoco convendría optar por una recomendación, que al no ser de obligado cumplimiento, es difícil pensar que los Estados miembros entreverían incentivo alguno para proceder a su cumplimiento.

En su informe, el Grupo de Reflexión distingue entre dos modalidades de regulación a través de una Directiva, en su opinión, igual de razonables: adoptar una Directiva específica para el traslado transfronterizo de domicilio social o modificar la Directiva sobre fusiones transfronterizas, introduciendo las enmiendas necesarias para hacer que se aplique a la movilidad transfronteriza en general. Aunque los autores del Informe han argumentado que enmendar la Directiva sobre fusiones transfronterizas tendría la ventaja de prever ya los mecanismos para garantizar la tutela de los intereses legítimos, en nuestra opinión es más prudente la vía de una Directiva autónoma, que establezca medidas ajustadas a los problemas propios del traslado de domicilio, sobre todo porque, así como admite el Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo²²⁶, es cuestionable si toda esa paleta de garantías prevista para la tutela de los intereses de los acreedores en caso de fusiones, es necesaria para la modalidad menos complicada del traslado de domicilio.

En cualquier caso, lo que sí está claro es que la Directiva debería regular por lo menos un contenido mínimo en cuanto a procedimiento, aplicación, efectos, derecho de los trabajadores y la tutela de los diferentes intereses en juego, de la misma manera que

²²⁵ *Idem*, 220.

²²⁶ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, p. 20.

establecía el proyecto de Decimocuarta Directiva. Es lo que opina también el Parlamento Europeo, que expone en su Resolución²²⁷ una serie de recomendaciones que la Comisión tiene que tener en cuenta para su Propuesta de Directiva. Destaca en este sentido el ordenamiento jurídico español, que, adelantándose a la futura Directiva, establece toda esta serie de requisitos imprescindible, siendo un verdadero modelo a seguir por los demás ordenamientos jurídicos nacionales, que aún no regulan el tema del traslado internacional de domicilio social.

En primer lugar, una eventual Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social, debe establecer el ámbito de aplicación de la Directiva. En este sentido, y a diferencia del RESE, que así como hemos visto, ha sido muy criticado por aplicarse solo a las sociedades anónimas, conviene disponer que se aplique a todas las sociedades de capital (tanto sociedades anónimas como de responsabilidad limitada, siendo este tipo societario el mayoritario dentro de la UE). En este sentido se ha expresado también el Parlamento Europeo, en su Resolución. Criticable es también la Propuesta de Decimocuarta Directiva (en adelante, Propuesta) que no especificaba a que tipo de sociedades se aplicaba, dejando la puerta abierta al traslado para toda forma corporativa, no solo a las sociedades de capital, en divergencia con las demás normativa comunitaria en materia de sociedades.

Además, la Directiva tiene que prever una solución adecuada al problema de las disparidades entre los Estados miembros en cuanto a la determinación de la *lex societatis*, dando igual cabida a los dos sistemas. Por lo tanto, al igual que la Propuesta, tiene que establecer que se aplicará a todas las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro, independientemente del modelo seguido, y sin prever requisitos suplementarios para el traslado, en el sentido del RESE, que obliga situar la sede de administración en el mismo Estado que el domicilio social. Esta es en nuestra opinión, la única solución respetuosa con la diversidad de sistemas nacionales de atribución de la ley aplicable, y, por lo tanto, respetuosa con el principio de subsidiariedad e intervención mínima del derecho comunitario²²⁸. La Resolución del Parlamento no establece nada concreto con respecto a la opción por uno u otro de los sistemas de determinación de la ley aplicable, limitándose a instar a la Comisión a

²²⁷ *Idem*, 149.

²²⁸ En este sentido, véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1576

adoptar una “solución apropiada”²²⁹, actitud duramente reprobada por la Comisión, en su Respuesta al Parlamento, de 1 de junio de 2012²³⁰.

Otro aspecto imprescindible, y que ha sido la principal preocupación de las instituciones comunitarias a lo largo de todos los intentos de regular el traslado de domicilio social, incluido el Parlamento Europeo en su Resolución²³¹, es asegurar, al igual que la Propuesta, la persistencia de la personalidad jurídica de la sociedad que pasa a sujetarse a otra ley aplicable, a partir de la fecha de registro en el Estado miembro de entrada, que se publicará de conformidad con los arts. 2 y 3 de la Primera Directiva²³², sobre medidas obligatorias de publicidad de las sociedades.

La Directiva tiene que incluir también un proyecto de traslado, con una serie de datos que recogía también la Propuesta y la Resolución del Parlamento²³³, y un informe que describa y justifique los aspectos económicos, jurídicos y sociales, y sus consecuencias para los socios, acreedores y trabajadores de la sociedad. Deberán estar disponibles para consulta durante un periodo determinado. Sobre este aspecto no hubo casi divergencias, y, el legislador español, al regular el traslado transfronterizo de domicilio social en la Ley sobre modificaciones estructurales²³⁴ (en adelante LME), los incluye también entre los requisitos relevantes del Proyecto²³⁵. Por lo tanto, el proyecto de traslado elaborado por los órganos de dirección de la sociedad incluirá: el nombre y el domicilio social, tanto antes como después del traslado, los estatutos sociales propuestos, el calendario previsto para el traslado, los derechos garantizados a los socios minoritarios, acreedores y trabajadores y la forma de participación de los trabajadores en los casos en los que la legislación de origen preveía representación de los mismos en los órganos de la sociedad.

²²⁹ *Idem* p. 149, Anexo, 1º Recomendación.

²³⁰ Disponible en inglés, en <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/2046%28INI%29&l=en#documentGateway> –último acceso 10-10-2012-

²³¹ *Idem* 149, Anexo, 2º Recomendación.

²³² Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros

²³³ *Idem* 149, Anexo, 3º Recomendación.

²³⁴ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE de 4 de abril de 2009, nº 82, p. 31928).

²³⁵ Art. 95 LME.

También es importante incluir en la Directiva menciones con respecto a las modalidades de adopción del proyecto de traslado. Conviene que la competencia sea atribuida a la Junta de accionistas y que se determine la mayoría necesaria para su adopción. Aunque el Parlamento opta por una “mayoría necesaria para modificar los estatutos sociales con arreglo a la legislación aplicables a la sociedad en el Estado miembro de origen”, consideramos más acertada la formula alternativa instituida por la Propuesta, que dejaba a los Estados miembros escoger entre una mayoría que no podía ser inferior a dos tercios de los votos emitidos, en caso de no regular también un quórum de constitución, o una mayoría simple si venía acompañada por un quórum de constitución de por lo menos la mitad del capital. Consideramos más acertada esta solución dado que, en el actual estado de armonización en esta materia, que es muy superficial - el proyecto de la Quinta Directiva sobre órganos de decisión no llegó a adoptarse nunca - por un lado instituye una mayoría mínima, que los Estados miembros no podrán eludir, y por el otro, se adapta a la diversidad legislativa de los Estados miembros, estableciendo una mayoría para los países que no prevén un quórum de constitución, y otra para los que no lo regulan, evitando que se aplique de manera cumulativa la regla de las mayorías²³⁶.

Otro aspecto al que se refirieron, tanto el Parlamento Europeo, como el Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, es la necesidad de garantizar los derechos dignos de tutela. En este sentido, este último, afirmó que la necesidad de tutelar los intereses que entran en juego en caso de traslado transfronterizo de domicilio social encontraría suficiente protección en normas como las previstas por la Propuesta.

En este sentido, para el caso de los socios minoritarios, el art. 7 prevé que “Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades que estén sujetas a su legislación, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado”. El Parlamento europeo optó por una solución mas o menos parecida, afirmando que “Los Estados miembros deben poder adoptar disposiciones destinadas a garantizar una protección adecuada para los accionistas minoritarios que se oponen al traslado,... de conformidad con la legislación aplicable en el Estado miembro de acogida de dicha sociedad”. El problema de la garantía de los derechos de los socios no conformes es un tema muy

²³⁶ En este sentido FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1618.

complicado, dado que un cambio de ley aplicable a la sociedad, puede suponer una degradación de la posición del socio cuya voluntad no se refleja en el interés mayoritario y, por lo tanto, se necesita encontrar la técnica más adecuada para encontrar un equilibrio entre su protección y el respeto de los principios de mayoría por la que se rigen las sociedades. En este sentido, hay que evitar las soluciones extremas: proteger sobre todo el interés del socio minoritario, que podría traducirse en un riesgo de extorsión de los demás socios, o ignorar los derechos de la minoría, que pondría al socio no conforme en riesgo de ser expropiado ilegítimamente de su posición. En estas condiciones, hay quien opina que la solución más lógica para este problema podría ser el reconocimiento de un derecho de separación²³⁷. En este sentido se ha decantado también el legislador español en la Ley sobre modificaciones estructurales, al regular el traslado transfronterizo de domicilio social. Sin embargo, por el otro lado, no se puede ignorar el hecho de que dentro de la Unión Europea, es muy discutible la oportunidad de norma como esta, dado que hay un grado muy alto de armonización en materia societaria, que hace que el ordenamiento jurídico al que se traslada la sociedad sea equivalente al ordenamiento de donde haya emigrado y por lo tanto, disminuya considerablemente los efectos negativos de un cambio de *lex societatis* desde la perspectiva del socio minoritario. Estos argumentos han sido admitidos incluso por los autores de la antítesis²³⁸, lo que nos hace ponderar seriamente la opción de descartar un eventual derecho de oposición. Reconocer un derecho de separación de los socios disconformes, podría dificultar innecesariamente la movilidad transfronteriza, siendo que, no solo complica el procedimiento por la necesidad de la liquidación de la participación del minoritario, sino que además, se ven afectados los propios recursos de la sociedad²³⁹. Por lo tanto, parece ser que la opción más oportuna para una futura Decimocuarta Directiva, sería prever el derecho de separación de los socios disconformes, con la matización de que el beneficio se puede ejercitar solo si la nueva *lex societatis* conlleva realmente un empeoramiento de la posición jurídica del socio minoritario, estableciendo al respecto una autoridad competente para llevar a cabo este

²³⁷ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1589; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de sociedades*, nº16, 2001, p. 119; SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Centro de Estudios Comerciales/Eurolex, Madrid, 2001, p. 238, citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1620.

²³⁸ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El traslado del domicilio social...” *op. cit.*, p. 119.

²³⁹ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 162.

control. Aunque se planteó la dificultad de implementación de una tal regulación²⁴⁰, esta hipótesis no se verifica dentro de Europa, donde la armonización llevada a cabo hasta ahora, facilita la comparación²⁴¹. Lo que es realmente criticable, y por lo tanto se aconseja evitar en una futura Directiva, es la disposición de la Propuesta, que al igual que el RESE, tiene un contenido muy distendido, limitándose a consagrar la posibilidad, totalmente a disposición de los Estados miembros, de adoptar medidas de garantía para los socios minoritarios. Así como hemos visto en el capítulo dedicado a la forma nacional comunitaria de la SE²⁴², una norma de este tipo conlleva una remisión a divergentes sistemas jurídicos nacionales, que va en contra de los objetivos del TFUE.

La Propuesta contiene también referencias a la garantía de los derechos de los terceros acreedores. En este sentido, el art. 8, establece que “Los acreedores y titulares de otros derechos...podrán exigir que la sociedad que tenga previsto el traslado constituya una garantía adecuada en su favor”. Las dificultades de las que hemos hablado en el caso de los socios minoritarios, para la elección del mejor instrumento de tutela que logre establecer un equilibrio entre los riesgos de oportunismo contractual, no pierden importancia en el caso de los socios tampoco. Aunque quizás no resulta tan obvio como en el caso de los accionistas, dado que la posición jurídica de los acreedores se rige por la ley del contrato celebrado con la sociedad (*lex contractus*), y no por la *lex societatis* que rige las relaciones entre los socios parte del contrato de sociedad. Por lo tanto, lo que cambia en caso de traslado no es la *lex contractus* sino la *lex societatis*, y de esta manera las relaciones de los acreedores con la sociedad no tienen por qué verse afectadas. Sin embargo, no se puede perder de vista el hecho de que lo que sí modifica un cambio de *lex societatis* es el régimen de responsabilidad de los socios, dado que aún hay muchas diferencias entre los Estados miembros en esa materia, para no hablar del hecho que el acreedor deberá dirigirse, para hacer valer una pretensión en justicia, a los jueces de nuevo domicilio, lo que puede resultar excesivamente oneroso e injustificado, y, por lo tanto, conviene que el texto de la Directiva contenga disposiciones que reconozcan el derecho de los acreedores a garantías suficientes de sus créditos, pero sin que los acreedores intervengan en la decisión de traslado, pues sería una medida de

²⁴⁰ Véase KEPLINGER, H.-C., „ Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig - aber undurchführbar?“, Wbl, 2000, p. 488, citado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El traslado del domicilio social...”*op. cit.*, p. 119.

²⁴¹ En este sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El traslado del domicilio social...”*op. cit.*, p. 119.

²⁴² *Vid. supra.*, pp. 48 y ss.

tutela demasiado exagerada, que supondría un alto riesgo de extorsión de los socios por parte de los acreedores. Esta aceptación es la que rige también en la Ley de modificaciones estructurales que establece en su art. 100, por remisión al art. 44.2, que los acreedores “podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos”, pero que “los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición”.

En cuanto a los trabajadores, aunque es verdad que disfrutan de los mecanismos de protección específicos para el Derecho laboral, que tienen una aplicación territorial, en el sentido de que las relaciones laborales se rigen lo la *lex locis laboris*, y, por lo tanto, el cambio de *lex societatis* no influye sobre las relaciones laborales²⁴³, en nuestra opinión no se puede ignorar que dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros hay algunos que regulan un sistema de implicación de los trabajadores en la gestión de la sociedad, de manera que, en caso de traslado de la sociedad a un Estado miembro que no reconoce la implicación de los trabajadores, los derechos adquiridos por esta categoría podrían verse vaciados de contenido²⁴⁴. Por lo tanto, es imprescindible que una futura Directiva prevea expresamente el derecho de los trabajadores de conservar al menos el mismo nivel de participación del que gozaban antes de traslado. En este mismo sentido se ha pronunciado también el Parlamento Europeo²⁴⁵, aunque, su posición ha sido criticada por la Comisión por no ofrecer solución en cuanto al modelo que la regulación que la implicación de los trabajadores debería seguir²⁴⁶. La Propuesta de Decimocuarta Directiva no preveía nada sobre el derecho de los trabajadores de mantener los mismos privilegios de los que gozaban antes de traslado, limitándose instituir como obligatoria en el proyecto de traslado, la mención de la forma de participación de los trabajadores, sin establecer ningún mínimo.

Conviene asimismo que la Directiva prevea como medidas de protección, como lo hacía también la Propuesta²⁴⁷, un derecho de información durante el procedimiento de traslado, para todos los titulares de intereses dignos de tutela, incluyendo la mención de un periodo de tiempo para ejercerlo, así como la prohibición de iniciar un procedimiento de traslado para las empresas para las que se hayan iniciado

²⁴³ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El traslado del domicilio social...”*op. cit.*, p. 123.

²⁴⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1591.

²⁴⁵ *Idem* 149, Anexo, 7º Recomendación.

²⁴⁶ Respuesta de la Comisión al Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2012.

²⁴⁷ Arts. 5.2 y 13 de la Propuesta.

procedimientos de disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos o procedimientos similares²⁴⁸.

Otra mención obligatoria que la Directiva tiene que incluir es la relativa a la verificación de la legalidad del traslado, en el sentido de que la autoridad competente del Estado miembro de origen expedirá un certificado en el que declarará que se han cumplido todos los requisitos exigidos, certificado indispensable para seguir adelante con la inscripción de la sociedad en el nuevo Registro, de la misma manera que el Estado de destino garantizará el cumplimiento de todos los requisitos legales de entrada²⁴⁹.

5. Conclusiones

Haciendo un resumen de todo lo que hemos expuesto a lo largo de nuestro trabajo, podríamos decir, a modo de epílogo, que la libertad de establecimiento que proclama el TFUE ha tenido un desarrollo dispar y está lejos aún de lograr una plena efectividad, sobre todo en lo que se refiere a las sociedades. La normativa dispersa en materia de armonización del Derecho de sociedades supone un logro incuestionable, es verdad, pero que no deja de ser una solución parcial para la movilidad transfronteriza. Aún persisten divergencias considerables entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, pero también poca voluntad para la armonización. En este sentido se destaca la modalidad del traslado transfronterizo del domicilio social, que, a pesar de ser uno de los mandatos establecidos para los Estados miembros por el art. 293 TCCE, hoy en día aún no goza de plena viabilidad jurídica.

Como hemos visto, la jurisprudencia del TJUE, tímida al principio, ha ido supliendo las lagunas normativas persistentes en esta materia, con un incremento de su eficiencia en los últimos años. Se puede afirmar que en el actual estado del Derecho comunitario así como viene siendo delimitado por la jurisprudencia *Cartesio*, la última y la más elocuente sentencia del TJUE, aunque no plenamente convincente, ni en argumentación, ni en resultado; el traslado transfronterizo de domicilio social es posible solo parcialmente, para las situaciones de traslado a un Estado miembro cuyo

²⁴⁸ *Idem* 149, 3º y 6º Recomendación.

²⁴⁹ *Idem*, 5º Recomendación.

ordenamiento jurídico permite la entrada a sociedades comunitarias²⁵⁰. Para los casos de traslado a un Estado miembro cuya regulación no admite el traslado de domicilio con cambio de ley aplicable, pero que no afecta la continuidad de la persona jurídica, la jurisprudencia comunitaria no ofrece su amparo. Por lo tanto, las sociedades europeas no gozan plenamente, pese a lo dispuesto en los arts. 49 y 54 TFUE, del derecho de trasladar su domicilio social al extranjero, pasando a regirse por la ley del nuevo Estado de su domicilio. Según el Grupo de expertos en Derecho de sociedades nombrado en 2010 por la Comisión, en su informe final sobre el estado actual y el futuro del Derecho de sociedades europeo, no hay expectativas de que esta interpretación sentada en la sentencia *Cartesio* cambie considerablemente en el futuro próximo de la jurisprudencia del TJUE²⁵¹.

Además, hasta para las situaciones que gozan de resguardo jurisprudencial, la alternativa judicial en base al efecto directo de las provisiones del Tratado, no es la más adecuada ni la más eficaz, dada su lentitud y la excesiva onerosidad, que se traduce en pérdidas económicas sustanciales, sobre todo si hablamos de sociedades. Tampoco ayuda la inseguridad jurídica que esta alternativa supone, dado que los operadores no tienen reconocido *ex ante* un derecho, sino que tienen que reivindicarlo ante los Tribunales, y solicitar luego la ejecución de un eventual auto favorable.

En cuanto a la muy pregonada regulación de la SE, hay que subrayar que no llegó a ofrecer una solución completa al problema del traslado transfronterizo de domicilio social, como predecía el Prof. P. Sanders en su propuesta de 1959, que sirvió de inspiración para la propuesta de la Comisión sobre una regulación para la SE, y que concebía a la SE como una sociedad supranacional de Derecho comunitario, para así garantizar su reconocimiento por todos los Estados miembros y lograr su plena movilidad transfronteriza permitiendo el traslado de domicilio social sin pérdida de personalidad jurídica. Lamentablemente, no se llegó a un consenso político con respecto a este tema, lo que hizo que el ambicioso proyecto inicial se amoldase a los inconvenientes postulados por los Estados miembros hasta acabar tomando la forma de una sociedad híbrida, regulada solo parcialmente por normas de Derecho comunitario,

²⁵⁰ *Vid. supra.*, pp. 33 y ss.

²⁵¹ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, p. 18, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf -último acceso 03-10-2012-.

que, así como demuestra el reciente *Informe de Valoración de Impacto* de la Comisión²⁵², no ha gozado del éxito augurado.

Aunque se haya creado con la intención de alcanzar plenamente la movilidad transfronteriza comunitaria de las sociedades, el régimen jurídico finalmente aprobado se traduce en un instrumento insuficiente para conseguir el objetivo perseguido, dado que solo es posible el traslado del domicilio con cambio de *lex societatis* para las sociedades constituidas bajo la forma comunitaria de la SE, que requiere unas condiciones de constitución, en cuanto a capital social o domicilio, excesivamente estrictas, que la hacen poco atractiva para los inversores. A estos inconvenientes se añade que el RESE prevé la posibilidad de una transformación directa solo para las sociedades anónimas, restringiendo el acceso de las demás formas societarias²⁵³.

En este sentido se ha manifestado también el Grupo de expertos en Derecho de sociedades, al determinar que el capital mínimo de 120.000 euros es casi 5 veces más que lo previsto en la Segunda Directiva²⁵⁴, y por lo tanto, podría resultar un umbral que no está al alcance de la mayoría de los inversores europeos (que son las PYMEs)²⁵⁵.

El mismo informe resalta también que el hecho de instituir la obligatoriedad de situar la sede real en el mismo Estado miembro que el domicilio social, supone un obstáculo substancial para la flexibilidad de la SE²⁵⁶, que es su principal razón de ser, obstáculo que la sitúa en desventaja incluso con las formas societarias nacionales, que en el actual estado del Derecho comunitario son libres de establecer su sede real en cualquier Estado de la Unión Europea. En este sentido, se ha dicho que el RESE ha optado por una solución harto prudente, que se podría “calificar de cicatera”, dado que, por un lado prohíbe el traslado de hecho de la sede real y por el otro “cercena las posibilidades de traslado de Derecho...cuando ese traslado implique la adopción de Ley distinta de la que correspondería por la localización de la sede de dirección”²⁵⁷.

²⁵² Report from the Commission to the European Parliament and the Council “The application of Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE) SEC(2010) 1391, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:EN:PDF> – último acceso 10-10-2012.

²⁵³ En este sentido, LIEBLE, S., “El Traslado...”, *op. cit.*, p. 124.

²⁵⁴ DOUE L 26, de 31 de enero de 1977.

²⁵⁵ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, p. 30 y ss.

²⁵⁶ En el mismo sentido, VÁSQUEZ RUANO, T., “El traslado de domicilio social de la SE a otro Estado miembro de la UE”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 270, julio 2007 y BLANQUET, F., “Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE)”, *ZGR*, vol.1, 2002, p. 63.

²⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1572

Tampoco ayuda mucho la constante referencia que se hace a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, discrepantes aún en varias materias, lo que hace que el traslado su domicilio social suponga para la SE la necesidad de adaptarse a los requisitos de otra legislación diferente, situación que no resulta muy atractiva y que probablemente los empresarios no van a tomar en consideración. Aparte, según el RESE, una SE no se puede constituir *ab initio*, si no que requiere de la previa constitución de dos sociedades en Estados miembros diferentes, que luego podrán fusionar en una SE o crear una SE como filial.

Todo estos obstáculos que hemos puesto en evidencia hacen que, a pesar de los esfuerzos por dotar a los empresarios europeos de una forma societaria de Derecho europeo que les permita moverse con más facilidad en todo el territorio de la UE, “lo cierto es que la SE resulta una figura societaria, cuando menos, compleja y que por tanto no esta al alcance de la mayoría de las empresas”²⁵⁸. En este sentido, el Informe de Valoración de Impacto de la Comisión de 2007²⁵⁹ ha determinado que en los primeros tres años de la introducción de la SE, solamente se han constituidos 100 de estas sociedades. Aunque se puede decir que ha habido una creciente utilización de esta forma societaria puesto que desde las 9 sociedades que se constituyeron en el año 2004 se pasó a 100 en 2007, a 156 en el año 2009, si bien el año en donde el número de sociedades constituidas fue el más alto fue en el 2008 en donde se llegó a 179. En total son 650 sociedades europeas las que se encuentran constituidas en este momento²⁶⁰. La mayoría de ellas (70%) en la República Checa y Alemania. Apenas si se han registrado SE en los países meridionales como España. En estos momentos existe una única SE domiciliada en España, la sociedad Agence Générale de Marques et de Brevets S.E. (BORME 29-06-2010, nº 122-28-258416).

Conviene mencionar también lo estipulado por el Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo en su informe, en el sentido de que el actual alcance del Derecho comunitario conlleva consecuencias prácticas sorprendentemente paradójicas: para constituir una sociedad, los operadores europeos se pueden beneficiar

²⁵⁸ Véase RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p. 116.

²⁵⁹ Commission Staff Working Document “Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office” SEC (2007) 1707, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf - último acceso 10-10-2012.

²⁶⁰ Datos obtenidos del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)” Bruselas, 17-11-2010.

de la libertad de establecimiento, eligiendo libremente el ordenamiento jurídico que regirá la sociedad, pero si hablamos de una sociedad ya constituida, esta pauta ya no se verifica, el empresario ya no puede decidir libremente sobre el régimen legal que quiere que se le aplique. Incoherente es también el hecho de que los Estados miembros están legitimados para impedir que sus sociedades trasladen su sede real a otro Estado miembro, pero no para prohibir que una sociedad proveniente de otro Estado miembro fije su sede real en su territorio, sin que por eso quede sujeta a su legislación. En el mismo sentido, nos choca la solución de la jurisprudencia Cartesio que dictamina la imposibilidad para una sociedad de trasladar su domicilio social a un Estado miembro que no admite el traslado, pero que nada puede hacer si la sociedad opta por la vía de una fusión con una sociedad autóctona.

Por consiguiente, todas estas consecuencias descabelladas conllevan a una distribución injusta de derechos, aumentando, paradójicamente, la discriminación entre los ciudadanos europeos, cuya erradicación, supuestamente, es uno de los objetivos primordiales de la Unión Europea, que establece en el Art. 3.3. TFUE combatir "...la exclusión social y la discriminación...", y que deriva en costes cada vez más altos para las sociedades comunitarias que pretenden ejercer "lo que debería ser un derecho por nacimiento de los ciudadanos de la UE"²⁶¹, el derecho a la libertad de establecimiento.

Queda por lo tanto sin respuesta pacífica el problema general de la movilidad internacional de las sociedades comunitarias dentro de la UE, lo que hace atendible la petición de quienes reclaman a los responsables comunitarios que lleguen a buen puerto los trabajos de la Decimocuarta Directiva²⁶², que así como hemos visto, tiene ventajas indudables sobre las soluciones existentes en la actual configuración del Derecho comunitario.

Además, desde la última valoración negativa que la Comisión hizo con respecto a la necesidad de una Decimocuarta Directiva, en el sentido de que no se habían

²⁶¹ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, p. 18.

²⁶² La necesidad de una Decimocuarta Directiva ha sido reclamada tanto por parte de la doctrina jurídica comunitaria (en este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op.cit.*, p. 1575, 1583, etc.; VOSSESTEIN, G.J., "Transfer of the registered office. The European Commission's", *op. cit.*, p.60 y subs.; RODAS PAREDES, P. N., *op. cit.*, p.65, 115, 116, etc.; WYMEERSCH, E., "The Transfer of...", *op. cit.*, p.34; LIEBLE, S., "El Traslado...", *op. cit.*, p. 123; etc.) como por parte de los expertos designados en este sentido (Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, p. 18) y por parte del Parlamento (Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas).

identificado argumentos de orden económico a su favor, las cosas han cambiado considerablemente. La crisis de los últimos años ha llevado a una caída considerable de la economía europea, lo que nos hace pensar que hay muchas imperfecciones en el actual Derecho de sociedades comunitario que han llevado a esta situación, sobre todo en lo que se refiere a la falta de libertad de movimiento de nuestras empresas, que es obvio procuran buscar siempre el mercado más adecuado para sacar un máximo rendimiento. Por lo tanto, más razón para condenar la falta de flexibilidad del Derecho europeo de sociedades en materia de movilidad transfronteriza y suplicar una Decimocuarta Directiva lo antes posible.

Y sobre todo, hay que dejar claro que, así como hemos argumentado en los últimos capítulos de nuestro trabajo, es la Directiva la modalidad idónea para lograrlo. No lo es ni el convenio internacional, por su falta de una identidad europea en este ámbito, ni la alternativa judicial, que se refiere a situaciones particulares, determinadas por incumplimientos puntuales de un solo Estado miembro, mientras que una Directiva implementará a la vez provisiones similares en todos los Estados miembros, lo que asegurará el cumplimiento de la libertad de establecimiento de nuestras sociedades de una manera sistemática y general. En este sentido, aunque existe un reparo dogmático muy extendido, a nivel internacional, según el cual existiría una especie de vinculación necesaria entre modificación de la *lex societatis* y la pérdida de personalidad jurídica, hay que dejar claro que son dos cuestiones totalmente distintas, que operan en dos planos diferentes, uno conflictual, y otro, material, por lo que el cambio de *lex societatis* solo conlleva a pérdida de la personalidad jurídica si lo establece así la ley material de sociedades²⁶³. Por estas consideraciones, el problema de la eventual pérdida de personalidad jurídica de la sociedad es autónomo de la opción normativa sobre el modelo (conflictual) de determinación de la *lex societatis*, por lo que instituir como norma general la continuidad de la sociedad en caso de traslado transfronterizo no tiene por qué amenazar en absoluto la tradición jurídica de los Estados miembros, que no pueden ver en eso un ataque a su soberanía, y, por lo tanto, no pueden usar esta excusa para evitar el consenso.

²⁶³ En este sentido, véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE, *op. cit.*, p. 1582.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 265, Julio 2007, p. 29
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Personas jurídicas y sociedades mercantiles” en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2010
- CARBONE, S.M., “*Lex mercatus y lex societatis: tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*”, p. 5, disponible en <<http://www.lex.unict.it/didattica/materiale07/dirue/letture/Carbone%20lex%20mercatus.pdf>> [consulta: 09-09-2012]
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Perspectiva judicial de la libertad de establecimiento” La internacionalización del Derecho de sociedades, Atelier, Barcelona, 2010, p.129
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, en AA.VV. (coords. Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.), *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.119
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional de domicilio social de la Sociedad Europea (Societas Europaea)”, *Revista de Derecho mercantil*, nº250, 2003, p.1479
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSI, P. A., *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2011
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de sociedades*, nº16, 2001, p.107
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “Traslado del domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable”, *Modificaciones estructurales de sociedades de capital*, (dirs. Rodríguez Artigas y otros), vol. II., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- GENER-BEUERLE, C. y SCHILLIG, M., “The mysteries of freedom of establishment after Cartesio”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 59, nº 2, 2010, p.1, disponible en : <<http://ssrn.com/abstract=1340964>>, [consulta: 23-07-2012]
- LEIBLE, S., “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento” en *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, p.103.
- MARTÍNEZ RIVAS, F., “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*, Marzo 2009, Vol.1, p. 132.
- MUCCIARELLI, F.M, *Companies migration and EC Freedom of establishment*, Octubre 2007, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078407>, [consulta: 08-09-2012]

- PELLÉ, P., “Companies crossing borders within Europe”, *Utrecht Law Review*, vol.4, nº 1, 2008, disponible en <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URN%3ANBN%3ANL%3AU I%3A10-1-101075/566>, [consulta: 07-09-2012]
- RODAS PAREDES, P.N., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011,
- SEQUEIRA MARTÍN, “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social”, *Revista de Derecho de sociedades*, nº31, 2008, p.83
- VÁSQUEZ RUANO, T., “El traslado de domicilio social de la SE a otro estado miembro de la UE. La necesaria tutela de los intereses y derechos de los colectivos afectados.”, *Noticias de la Unión Europea*, nº270, 2007, p.91
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de sociedades*, nº 19, 2002, p.15
- VELASCO, E., “La Sociedad Europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº8, II/2003, p.214, disponible en http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n8/obser.pdf [consulta:04-10-2012]
- VOSSESTEIN G.J., “Transfer of the registered office. The European Commission’s decision not to submit a proposal”, *Utrecht Law Review*, Marzo 2008, Vol.4, nº1, p. 53, disponible en <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URN%3ANBN%3ANL%3AU I%3A10-1-101080/61> [consulta: 03-09-2012]
- WYMEERSCH, E., “The Transfer of the Company’s Seat in European Company Law”, *European Corporate Governance Institute’s Law Working Paper*, nº8, Marzo 2003, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384802 [consulta: 07-09-2012]

JURISPRUDENCIA

- STJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C 212-97, Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
- STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C 167-01, Inspire Art Ltd.
- STJCE de 16 de diciembre de 2008, Asunto C 210-06, Cartesio.
- STJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto 81-87, Daily Mail and General Trust.
- STJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C 208/00, Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH.
- STJCE de 13 de diciembre de 2005, Asunto C 411/03, SEVIC Systems AG.

- STJCE de 13 de noviembre de 1995, Asunto C-134/94, Esso Española, S.A. v. Comunidad Autónoma de Canarias.
- STJCE de 12 de septiembre de 2006, Asunto C-196/04, Cadbury Schweppes.
- STJCE de 21 de junio de 1974, Asunto C-2/74, Reyners v. Reino de Bélgica.

DOCUMENTOS OFICIALES Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS

- Commission Legislative and Work Programme 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0629en01.pdf> [consulta 10-09-2012]
- Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.
- Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office disponible en <http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2007/sec_2007_1707_en.pdf> [consulta 10-09-2012]
- Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, disponible en: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf> [consulta 03-10-2012]
- Informe final del Grupo de altos expertos en Derecho de sociedades sobre "Un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa", 2003
- Minutes of the 6th meeting of Advisory Group on Corporate Governance and Company Law, of 8 March 2007, p.4-5, disponible en <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/advisorycommittee/minutes6_en.pdf> [consulta 10-09-2012]
- Propuesta de Decimocuarta Directiva, Revista de Derecho de sociedades, nº 9, 1997, pp. 457-459
- Reglamento del Consejo (CE) nº 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE)
- Resolución del Parlamento Europeo sobre reestructuración y empleo, de 15 de marzo de 2006 disponible en <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?jsessionid=E0DD077E2E4075037C69E3FDF1613B4C.node1?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0088+0+DOC+XML+V0//EN>> [consulta 10-09-2012]

- Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas, disponible en:
<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0019+0+DOC+XML+V0//ES>> [consulta 03-10-2012]

- Respuesta de la Comisión al Parlamento, de 1 de junio de 2012, disponible en:
<<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/2046%28INI%29&l=en#documentGateway>> [consulta 10-10-2012]