

Sergio PRATS JANÉ

OBSTÁCULOS JURÍDICOS A LA
INTERNACIONALIZACIÓN Y MOVILIDAD
TRANSNACIONAL DE EMPRESAS EN LA UNIÓN
EUROPEA

Análisis desde la perspectiva del Derecho de la Unión
Europea y del Derecho Internacional Privado

*Tesis doctoral
dirigida por
Dra. Carmen PARRA RODRÍGUEZ*

*Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Programa de doctorado en Humanidades y Ciencias Sociales
Departamento de Derecho.*

2014

Empezar es ya más de la mitad del todo

ARISTÓTELES

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los problemas jurídicos vinculados y derivados de las operaciones de internacionalización de las sociedades mercantiles así como aquellas operaciones de reestructuración societaria que implican un traslado internacional de sede social o movilidad dentro del territorio de la Unión Europea. La colisión entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros en materia societaria sigue siendo una realidad que ni la integración a través del derecho secundario, ni los pilares esenciales regulados en el derecho originario, ni la propia jurisprudencia del TJUE han resuelto todavía.

Resum

El present treball té per objecte l'anàlisi dels problemes jurídics vinculats i derivats de les operacions de internacionalització de les societats mercantils així com d'aquelles operacions de reestructuració societària que impliquen un trasllat internacional de seu social o mobilitat dins del territori de la Unió Europea. La col·lisió entre el Dret de la Unió Europea i el Dret Internacional Privat dels Estats membres en matèria societària continua essent una realitat que ni la integració a través del dret secundari, ni els pilars essencials regulats en el dret originari, ni la pròpia jurisprudència del TJUE encara han resolt.

Abstract

This paper aims at analyzing legal issues involved and derivatives operations internationalization of corporations and transactions involving corporate restructuring to be an international transfer headquarters or mobility within the territory of the European Union. The collision between the European Union Law and Private International Law of the Member States in corporate matters remains a reality that neither integration through secondary law ant the essential pillars covered in primary law or jurisprudence itself the Court of Justice of the European Union have not yet solved.

Palabras claves / Keywords

Derecho Internacional de sociedades – Internacionalización de sociedades – Movilidad de sociedades – Traslado internacional de sede social – Derecho de sociedades de la Unión Europea – Lex societatis

Sumario

Introducción	9
PARTE I: Situación actual del Derecho de sociedades en la Unión Europea	19
1. La internacionalización de empresas	21
1.1. El concepto de globalización	21
1.2. El concepto de internacionalización	24
2. Principios jurídico-económicos de la UE: El mercado interior y el Derecho de sociedades europeo	35
2.1. Del <i>mercado común</i> al <i>mercado interior</i>	35
2.2. La regulación del Derecho de sociedades en la Unión Europea: de la armonización a la subsidiariedad	45
3. La libertad de establecimiento de las personas jurídicas para la consolidación del mercado interior en la UE	57
3.1. Los principios fundamentales del TCE y del actual TFUE	57
3.2. La libertad de establecimiento	62
3.3. La libertad de establecimiento y el Derecho Internacional Privado	83
3.3.1. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado	83
3.3.2. La <i>Lex societatis</i> y el reconocimiento de las sociedades “extranjeras”	86
3.3.3. Modelos normativos para determinar la <i>Lex societatis</i>	91
3.3.4. Breve referencia al modelo español	101
3.4. Modelo de constitución/incorporación vs. Modelo de sede real	115
3.5. El artículo 54 TFUE y los modelos de constitución/incorporación y sede real	119
PARTE II: Instrumentos jurídicos y jurisprudenciales en el marco de la Unión Europea	123
1. Instrumentos jurídicos que facilitan operaciones transnacionales de cooperación y reestructuración empresarial	125
1.1. La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE)	128
1.2. La Sociedad Anónima Europea (SAE)	134
1.3. La Sociedad Cooperativa Europea (SCE)	140
1.4. La Propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE)	150
1.5. La Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital	158
1.6. La Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social	164

2. Jurisprudencia del TJUE en relación a los artículos 49 y 54 TFUE	169
2.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades	171
2.1.1 Aplicación del ordenamiento jurídico del Estado de origen y de destino	171
2.1.2. El principio de igualdad en el tratamiento fiscal de las sucursales (continuación de la jurisprudencia <i>Daily Mail</i>)	177
2.1.3. La aplicación de la ley del Estado de “destino” como “ley de Origen”	178
2.1.4. Concepto de establecimiento y libre prestación de servicios y las restricciones basadas en el “interés general”	179
2.1.5. Mantenimiento de la jurisprudencia <i>Gebhard</i>	180
2.2. El modelo de constitución/Incorporación: compatibilidad con el artículo 54 TFUE	181
2.2.1. Libertad de establecimiento y reconocimiento de sociedades	181
2.2.2. Mantenimiento de la jurisprudencia <i>Centros</i>	192
2.2.3. La sentencia <i>Überseering</i> : confirmación de la jurisprudencia <i>Centros</i>	194
2.2.4. El reconocimiento de la movilidad de las sociedades en la Unión Europea	205
2.2.5. La fusión internacional transfronteriza como modo de ejercer la libertad de establecimiento	211
2.2.6. El “fraude” o “abuso de derecho” como límite a la libertad de establecimiento	212
2.2.7. La movilidad societaria transnacional dentro de la UE sin pérdida de la personalidad jurídica	215
PARTE III: Propuesta de soluciones a los problemas jurídicos detectados	221
1. Urgente desarrollo legislativo sobre la libertad de establecimiento	223
2. Modificación de los reglamentos sobre la SAE y la SCE	229
3. Modificación y aprobación de la Propuesta de Reglamento del Estatuto sobre la Sociedad Privada Europea (SPE)	259
4. Modificación y aprobación de la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social	263
5. Armonización del Derecho conflictual en materia societaria	267
Conclusión	273
Bibliografía	276
a) Manuales generales y monografías de referencia	276
b) Artículos doctrinales en revistas	281
c) Legislación consultada	286
d) Jurisprudencia consultada	290
e) Documentos consultados	291
Anexo (Abreviaturas)	293

Introducción

El objetivo del trabajo que se presenta es el análisis de los problemas jurídicos vinculados y derivados de las operaciones de internacionalización de las sociedades mercantiles así como aquellas operaciones de reestructuración societaria que implican un traslado internacional de sede social o movilidad dentro del territorio de la Unión Europea. El interés de dicho trabajo viene motivado por la necesidad actual por parte de las sociedades de llevar a cabo operaciones de internacionalización por motivos económicos o simple reestructuración y de las limitaciones que desde el punto de vista jurídico existen todavía en la Unión Europea motivados por las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y la falta de instrumentos normativos adecuados en el marco de la Unión Europea. La colisión entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros en materia societaria sigue siendo una realidad que ni la integración a través del derecho derivado, ni los pilares esenciales regulados en el derecho originario, ni la propia jurisprudencia del TJUE han resuelto todavía.

Para llevar a cabo el análisis de la situación actual, se ha partido inicialmente del estudio de las fuentes normativas de la actual Unión Europea, de derecho derivado, de derecho originario así como de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su interrelación con el Derecho Internacional Privado, en particular con aquellos sistemas normativos seguidos por los Estados Miembros en materia de derecho societario.

Se analiza en este trabajo inicialmente, en la Primera Parte, la evolución de la armonización del Derecho de Sociedades en el marco de la Unión Europea así como la libertad de establecimiento como pilar fundamental para la consecución del mercado interior, desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional Privado. En la Segunda Parte, se lleva a cabo el estudio de los nuevos tipos societarios supranacionales creados en el marco de la Unión Europea y se revisa hasta la actualidad la jurisprudencia del TJUE relativa a la interpretación de los antiguos artículos 43 y 48 TCE y actuales 49 y 54 TFUE. Finalmente en la Tercera y última Parte el trabajo, se plantean posibles soluciones a los problemas jurídicos detectados del análisis llevado a cabo en la Primera y Segunda Parte.

El trabajo se ha estructurado en dos partes. La Primera Parte, se divide en tres apartados. En el primero de ellos, de carácter más introductorio, se parte del concepto de globalización e internacionalización, conceptos que vinculados a las necesidades de las empresas se analizan desde el punto de vista económico y del mundo de la empresa. Se analiza el concepto de globalización desde el punto de vista económico y se relaciona con el concepto de internacionalización, habida cuenta que el objeto de estudio del trabajo se refiere al ámbito de actuación de las sociedades mercantiles.

Consideramos importante partir de ambos conceptos en nuestro trabajo, por ser conceptos que en los últimos años han sido empleados con mucha frecuencia en el mundo de la economía y la empresa y que han justificado la actual situación económica mundial.

En el segundo apartado de la Primera Parte, se realiza un análisis de los principios jurídico-económicos de la Unión Europea, partiendo de la evolución del concepto de mercado común hasta la consagración del actual mercado único o interior configurado definitivamente con el Acta Única Europea de 1986, y cómo esta evolución ha desembocado en una verdadera integración económica, donde el concepto de *movilidad* es fundamental para la eficacia del mercado interior y, por tanto, de la propia consecución de una verdadera integración económica. Como tendremos oportunidad de analizar, la *movilidad* se deberá garantizar a personas (físicas o jurídicas), mercancías, servicios y capitales (libertad de circulación), es decir, a los factores de producción o factores productivos. Dicha *movilidad* vendrá garantizada por los tratados fundacionales, los cuales desde el inicio de las Comunidades Europeas reconocieron la libre circulación de dichos factores de producción.

Asimismo, en este segundo apartado se analizará la evolución del derecho de sociedades, creado por las Instituciones europeas, es decir, el derecho positivo creado dentro del marco de la Unión Europea. Se partirá de la integración positiva llevada a cabo por el legislador europeo a través de la armonización legislativa en Derecho de sociedades, esencialmente a través de la utilización de la directiva como instrumento jurídico de homogeneización legislativa en aquellas materias donde las diferencias o divergencias legislativas, pudieran comportar obstáculos para el mercado único. El estudio de dichas Directivas se inicia con la 1.^a Directiva de 9 de marzo de 1968 hasta la 12.^a Directiva de diciembre de 1989, haciendo referencia a las últimas directivas dictadas en los últimos años con el método de la

armonización en el ámbito societario. Como tendremos ocasión de analizar, este método legislativo tuvo dos importantes fracasos con la 5.^a y 10.^a Directivas, lo que supuso un cambio en la forma de legislar, inclinándose entonces, a partir de los años ochenta, el legislador comunitario, en la utilización del Convenio Internacional y el reglamento como nuevas formas de buscar la armonización legislativa en materia societaria. Este cambio de estrategia por parte del legislador europeo se plasmó posteriormente con la iniciativa *SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market)*, que se inició a partir de 1996 y que tenía como finalidad la de saber cómo simplificar la legislación del Mercado Único.

En el tercer apartado de la Primera Parte de este trabajo se analizará la integración llevada a cabo por el legislador europeo desde el derecho originario, es decir, a través de la llamada integración negativa. Se analizan aquellos principios fundamentales que se erigen como *principios quasi constitucionales* y que fundamentan toda la estructura jurídica de la UE. Junto a estos principios del Derecho de la Unión Europea y que se recogían en la Primera Parte del TCE (artículos 1 a 16), también se reconocían, tal y como hemos referido anteriormente, unas libertades fundamentales para que se pudiera garantizar un verdadero mercado interior (libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales).

Esta parte del trabajo es el núcleo del mismo, y en ella se analiza de forma especial la libertad de establecimiento como principio fundamental, e integrado dentro de la libre circulación de personas. Para el objeto de este trabajo este principio será esencial y de análisis obligado, habida cuenta que los tratados fundacionales y todas sus modificaciones posteriores, incluyendo por tanto, el actual TFUE han reconocido la libertad de establecimiento tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, aspecto, este último que es el que es objeto de estudio en este trabajo, tanto desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea como desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. De esta forma este trabajo se detiene en el análisis internacional privatista del problema, sobre la efectiva aplicación de la libertad de establecimiento por parte de los Estados miembros.

El TFUE garantiza un principio que se ve limitado por una cuestión de derecho nacional, básicamente por las distintas concepciones o modelos de reconocimiento de sociedades, implícitos a los sistemas de conflicto de leyes que se siguen en los distintos Estados miembros de la UE: el modelo de constitución o incorporación y el modelo de sede real o efectiva. A pesar de que el Derecho de la Unión Europea

“obliga” a los Estados miembros a no obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento, lo cierto es que en muchas ocasiones, cada Estado miembro aplica “previamente” su legislación interna para poder determinar si una persona jurídica, es o no reconocida como sociedad en el propio Estado miembro, es decir, que aquella organización con apariencia de sociedad, reúne aquellas características y requisitos legales que la legislación conflictual impone, para que ésta pueda ser considerada como tal sociedad mercantil en dicho Estado, esto es, que se le reconozca personalidad jurídica en el nuevo Estado. En este sentido, sólo cuando ésta sea reconocida como tal, aplicando uno u otro modelo de reconocimiento, se podrá aplicar o permitir el ejercicio de la libertad de establecimiento en dicho Estado.

Cada uno de los modelos de reconocimiento de sociedades que siguen los Estados miembros utiliza puntos de conexión diferentes para determinar cuál es la ley aplicable a una sociedad, es decir, para saber cuál es la *Lex societatis* que regirá el funcionamiento de la sociedad. En este trabajo se analizan los dos modelos normativos esenciales que ha sintetizado la doctrina y que siguen los Estados miembros: el modelo de constitución o incorporación y el modelo de sede real o efectiva. Al analizar cada modelo y ver cuáles son las consecuencias del enfrentamiento jurídico, podremos comprobar que parten de concepciones muy diferentes, que vienen determinadas por cuestiones de política económico-legislativa de los legisladores nacionales, y veremos que ambas concepciones tienen incidencia directa, en cuanto a la aplicación de la libertad de establecimiento. El modelo de sede real, según una parte de la doctrina, no se ajusta al artículo 48 TCE y actual artículo 54 TFUE, mientras que el modelo de constitución, siendo como veremos un modelo que favorece el reconocimiento de sociedades, sí que se ajusta más al espíritu teleológico de dicho precepto.

Como veremos, la confrontación entre el modelo de sede real y el modelo de constitución es un aspecto más que demuestra la dificultad con la que se encuentran las sociedades mercantiles cuando quieren realizar operaciones de reestructuración empresarial, como por ejemplo, desplazar su sede de un Estado a otro o cuando quieren crear una nueva sociedad. Los mecanismos que utilizarán las sociedades, y que analizaremos también en este trabajo, para evitar problemas de cambio de ley aplicable derivados de la aplicación de estos modelos normativos, serán básicamente la creación de agencias, sucursales y filiales (traslado a título secundario), esencialmente también para evitar tener que disolver, liquidar y extinguir una sociedad en un Estado, y tener que constituir una nueva sociedad en el Estado de destino (siendo éste el problema con el que se encuentran las sociedades

en la actualidad, así como tener que soportar unos costes fiscales por la liquidación y la nueva constitución). Finalmente en esta parte del trabajo se hará especial referencia al modelo español y a la nueva legislación sobre reestructuración societaria que reconoce la posibilidad de llevar a cabo un traslado de sede social internacional. A raíz de la modificación llevada a cabo por la Ley 3/2009, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, se incluyó en sus artículos 92 y siguientes dicha posibilidad. La ley regula los supuestos, las condiciones y las consecuencias de un traslado transfronterizo de domicilio social en los artículos 92 a 103, estableciendo, de forma detallada, cuáles son los supuestos de traslado de domicilio social y las exigencias y las limitaciones para llevar a cabo éste. Siendo una regulación pionera en esta materia, merece hacer mención de la misma en el presente trabajo.

En la Segunda Parte del trabajo se analiza por un lado, en el apartado primero, aquellos instrumentos jurídicos actuales de derecho derivado que facilitan operaciones transfronterizas de cooperación y reestructuración empresarial. Por otro lado, en el segundo apartado, se analizan las decisiones jurisprudenciales más relevantes dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)¹ desde 1988 hasta el año 2008, relativas a la interpretación de los antiguos artículos 43 y 48 TCE y actuales artículos 49 y 54 TFUE.

En relación a los instrumentos jurídicos de derecho derivado, se analizarán tres reglamentos que crearon entes supranacionales de carácter europeo: el Reglamento sobre la Agrupación Europea de Interés Económico, el Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea, el Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea y la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea. Por otro lado, se analizará la 10ª Directiva de fusiones “transfronterizas” y la propuesta de 14.ª Directiva de traslado de sede social.

El Reglamento sobre la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) fue el primer instrumento jurídico de carácter supranacional de Derecho de la Unión Europea nacido de la necesidad a mediados de los años ochenta de favorecer operaciones de cooperación o colaboración empresarial entre los agentes

¹ A lo largo del trabajo y para no llevar a equívocos, se hará referencia al TJUE por ser la actual denominación del tribunal a pesar de que las sentencias dictadas por éste lo fueran cuando su denominación era la de TJCE.

económicos o comerciales de los Estados miembros y desarrollar la actividad económica de sus miembros. La AEIE representó un paso hacia delante cualitativamente muy significativo, pues hasta ese momento, no se había legislado de forma directa en materia de sociedades, es decir, a través de reglamentos, lo cual supuso un nuevo modelo legislativo que desafortunadamente no tuvo continuidad hasta la aprobación del segundo de los instrumentos legislativos analizados en esta parte del trabajo, el Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea (SAE). Este segundo reglamento, después de muchos años paralizado, vio la luz casi veinte años después que el reglamento de la AEIE y fue uno de los primeros instrumentos que se proyectaron para superar los obstáculos con los que en la práctica se encontraba el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las personas jurídicas. Como veremos, el Reglamento SAE nació como un instrumento jurídico más, junto a los tradicionales instrumentos de Derecho nacional, y que en la actualidad tienen las sociedades para realizar más fácilmente operaciones empresariales. Las sociedades de capital podrán optar, en el momento de llevar a cabo una operación de carácter transfronterizo dentro de la Unión Europea, entre la utilización de los medios jurídicos existentes hasta este momento (derechos nacionales), o la utilización del Derecho de la Unión Europea a través de la creación de una SAE.

El otro reglamento analizado en este trabajo, como instrumento jurídico que permite facilitar operaciones transfronterizas de cooperación y reestructuración empresarial, es el relativo a la Sociedad Cooperativa Europea (SCE). Dicho reglamento, como veremos, a diferencia del derecho de las sociedades mercantiles, no nace tras un proceso de armonización previo a través de directivas, como ocurrió con el derecho de sociedades y en particular con la SAE. En el caso de la SCE se aprobó el reglamento que regula esta figura supranacional sin un proceso previo de armonización. Esta circunstancia quedó plasmada en los tres años de *vacatio legis* establecida por el legislador, desde su publicación hasta su entrada en vigor, para permitir a los Estados miembros adaptar su legislación en materia de cooperativas a la nueva regulación aprobada por el legislador europeo. Tal y como ocurría con la SAE dicho reglamento se configura como un instrumento más para que aquellas cooperativas con carácter transfronterizo puedan desarrollar su actividad sin sufrir los problemas derivados de las diferencias existentes de este tipo de sociedad en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

En este apartado del trabajo se analizará la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea (SPE), proyecto todavía no aprobado pero de gran

interés para las PYME europeas. La propuesta tiene como finalidad incrementar la accesibilidad del mercado único para las PYME, dotándolas de un instrumento jurídico más, que facilite la expansión de sus actividades económicas en otros Estados miembros. La creación de una SPE no se supedita a ningún requisito transfronterizo.

En este apartado del trabajo, se analizará una Directiva que por su trascendencia ha sido incluida en este trabajo, habida cuenta que es la primera directiva que regula las fusiones transfronterizas, esto es, la 10ª Directiva en materia de derecho de sociedades y que se erige como un mecanismo más de internacionalización societaria. La 10ª Directiva (Directiva 2005/56 de 26 de octubre), armonizó la legislación de los Estados miembros en materia de fusiones internacionales, dentro del marco de la UE. El ámbito de aplicación de la directiva es la fusión de sociedades de capital, constituidas según la legislación de un Estado miembro, y que además tengan su domicilio social, centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Unión Europea, siempre que al menos dos de las sociedades que participen, estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes. Por tanto, con la aprobación de la Directiva, en fusiones internacionales en el ámbito de la Unión Europea, de alguna forma se comunitariza dicha institución. Por tanto, a partir de la aprobación y transposición de la referida Directiva en el Ordenamiento Jurídico español para aquellas fusiones internacionales intracomunitarias ya no será de aplicación el artículo 9.11 segundo apartado del Código Civil que era la norma de conflicto aplicable a estos supuestos, quedando su aplicación sólo a aquellas fusiones internacionales de ámbito extracomunitario.

Finalmente, en este apartado del trabajo también nos referiremos a la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social, pues, habida cuenta de la materia regulada por dicha directiva, si hubiera sido aprobada, podría quizás haber solventado algunos de los problemas analizados en el presente trabajo. Como veremos, el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva eran 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 estuvieran situadas dentro de la Unión Europea. Desafortunadamente, la Propuesta de Directiva sobre traslado de sede social, fue “aparcada” por el legislador europeo, aunque fue un avance en relación a la movilidad de las sociedades dentro de la UE.

En el apartado segundo de la Segunda Parte, la relativa al análisis jurisprudencial, comenzaremos el análisis jurisprudencial por la sentencia *Daily Mail*, de 1988, pues es la primera sentencia del TJUE en la cual se presta atención a la interpretación de la libertad de establecimiento en relación con las dos teorías a las que hemos hecho referencia: la teoría de la constitución o incorporación y la teoría de la sede real o efectiva. Después de *Daily Mail* se dictaron algunas sentencias que merecerán nuestra atención (*Kraus* de 1993, *TV10* de 1994, *Gebhard* de 1995, *Reisebüro Broede* de 1996, *Futura Participations* y *Singer* de 1997 y *Kefalas* de 1998), pero la que vamos a analizar con mayor detenimiento va a ser la sentencia *Centros* de 1999, la cual junto a las sentencias que la siguieron (*Überseering*, *Inspire Art* y *SEVIC Systems*), modificaron el criterio jurisprudencial de la sentencia *Daily Mail*. Con la sentencia *Centros* el TJUE estableció la incompatibilidad entre el modelo normativo de sede real y el Derecho de la Unión Europea. A pesar de ello, algunas interpretaciones de la sentencia entendieron que si el único modelo normativo compatible era el de constitución, ello abriría las puertas a la llamada *race to the bottom* (competencia entre ordenamientos jurídicos), en donde los Estados competirían “a la baja” en cuanto a exigencias jurídicas en materia de Derecho societario, y ello podría derivar en una situación en la que no existiera ningún tipo de vinculación entre el Estado de constitución y el Estado de localización de la sede real y se dieran situaciones de más inseguridad jurídica para los terceros (acreedores, socios y trabajadores), así como la “deslocalización” societaria en la UE y la proliferación de sociedades ficticias (*pseudoforeign corporations*).

Tras la sentencia *Centros* se dictaron algunas resoluciones que serán objeto de estudio también en este trabajo (la sentencia *Royal Bank of Scotland Plc.* y la sentencia *X y Y*, ambas de 1999, la sentencia *Baars* del año 2000, la sentencia *Schnitzer* de 2003 y la sentencia *de Lasteyrie du Saillant*, de 2004). Por la importancia que tuvieron se analizarán con mayor detalle dos sentencias de especial trascendencia, la sentencia *Überseering* del año 2002 y la sentencia *Inspire Art* del año 2003, las cuales, confirmaron la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia *Centros*. Otra de las sentencia objeto de análisis será la sentencia *SEVIC Systems* de finales del año 2005, sentencia de cierta relevancia jurídica, sentencia que acabó equiparando una fusión internacional de carácter intracomunitario (dentro de la actual Unión Europea), como una forma más del ejercicio del derecho de establecimiento por parte de las sociedades mercantiles.

Finalmente, se revisan en este trabajo las dos últimas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, relativas al ejercicio de la libertad de establecimiento, la

sentencia *Cadbury Schweppes plc.* del año 2006 y la sentencia *Cartesio* del año 2008, que permitirán analizar cuál es la línea de interpretación por parte de dicho tribunal a día de hoy del actual artículo 54 TFUE y la interrelación de este artículo con los sistemas o modelos normativos en materia societaria de los Estados miembros y el alcance real del ejercicio de la libertad de establecimiento dentro de la actual Unión Europea por parte de las sociedades mercantiles.

Finalmente en la Parte Tercera del trabajo, se propondrán soluciones a los problemas jurídicos detectados en relación a la libertad de establecimiento, los reglamentos sobre la SAE y la SCE, la Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Privada Europea, la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social y a la colisión de los modelos normativos de derecho conflictual en materia societaria en el ámbito europeo.

Quisiera aprovechar este apartado introductorio para agradecer de todo corazón a mis padres y a mi esposa Banessa las muestras de apoyo incondicional y la paciencia que han tenido, pues sin su apoyo y su perseverancia para que culminara este trabajo no hubiera sido capaz de hacerlo. Asimismo, debo agradecer a mi Directora de Tesis, compañera y amiga, la Dra. Carmen Parra, el apoyo mostrado, el tiempo dedicado y el empeño puesto para que pudiera culminar definitivamente este trabajo. Finalmente, también me gustaría dedicar especialmente y con todo mi cariño este trabajo a mi hija Valentina que nació el día 14 de mayo de 2014 y que me ha enseñado en sus pocos meses de vida que un beso o una simple sonrisa al llegar a casa por la noche, compensan todo el esfuerzo que a veces uno debe realizar para poder compaginar el ejercicio profesional con la vida familiar.

PARTE I

Situación actual del Derecho de sociedades en la Unión Europea

1. La internacionalización de empresas

1.1. El concepto de globalización

La situación mundial desde finales del siglo XX y la primera década del siglo XXI, vinculada al capitalismo mundial está provocando el desplazamiento de personas entre Estados, motivados por inversiones internacionales, movilidad de empresas, procesos de internacionalización, necesidades laborales por la situación de crisis global, búsqueda de nuevas oportunidades, catástrofes naturales, miseria..., etc. Todas estas situaciones, que en mayor o menor medida siempre se han ido dando a lo largo de la historia, en las últimas décadas y en mayor medida en los últimos años, por la inicial crisis financiera y posterior crisis económica global que está azotando a la mayoría de los Estados de la Unión Europea, genera, desde el punto de vista social y económico diferentes interrelaciones personales y comerciales. Ante este fenómeno, el Derecho ha de brindar soluciones a estas nuevas situaciones fácticas, derivadas del mismo proceso de globalización o mundialización así como de la coyuntura de crisis actual.

En Wikipedia² se define la globalización como un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. La globalización es a menudo identificada como un proceso dinámico, producido principalmente por las sociedades que viven bajo el capitalismo democrático o la democracia liberal, y que han abierto sus puertas a la revolución informática, plegando a un nivel considerable de liberalización y democratización en su cultura política, en su ordenamiento jurídico y económico nacional, y en sus relaciones internacionales.

Este proceso originado en la Civilización Occidental, y que se ha expandido por todo el mundo en las últimas décadas de la Edad Contemporánea (segunda mitad del siglo XX), recibe su mayor impulso con la caída del comunismo y el fin de la Guerra Fría, y continúa en el siglo XXI. Se caracteriza en la economía por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial, donde los modos de producción y los movimientos de capital se configuran a escala planetaria (Nueva Economía), cobrando mayor importancia el rol de las empresas

² <<http://es.wikipedia.org/wiki/Globalizacion>> [Consulta: 29 enero 2014].

multinacionales y la libre circulación de capitales, junto con la implantación definitiva de la sociedad de consumo. El ordenamiento jurídico también siente los efectos de la globalización, y se ve en la necesidad de uniformizar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica, además de universalizar el reconocimiento de los derechos fundamentales de ciudadanía. En la cultura se caracteriza por un proceso que interrelaciona las sociedades y culturas locales en una cultura global (aldea global),³ al respecto existe divergencia de criterios sobre si se trata de un fenómeno de asimilación occidental o de fusión multicultural.

En lo tecnológico la globalización depende de los avances en la conectividad humana (transporte y telecomunicaciones), facilitando la libre circulación de personas y la masificación de las Tecnologías y de la Información y de la Comunicación (TICs) e Internet.

Uno de los primeros autores en utilizar el término “globalización” fue Theodore Levitt⁴ en 1983, refiriéndose a la globalización de los mercados. Se estaba pasando de una concepción de la producción basada en el ciclo del producto, a otra global de los mercados. Posteriormente Michael Porter⁵ en 1991 utilizó el término “globalización” para diferenciar una empresa multinacional de otra global, la cual persigue una estrategia mundial. En el mismo año Kenichi Ohmae⁶ consideró que la empresa global es aquella que ha abandonado su identidad nacional, y que opera como una entidad sin patria en una escala mundial. El Fondo Monetario Internacional (FMI) en 1997 consideraba la “globalización” como la acelerada integración mundial de las economías a través del comercio, la producción, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales.⁷ La globalización, tal

³ El término de “Aldea Global” fue acuñado por el sociólogo canadiense MARSHALL McLuhan. El concepto aparece varias veces en sus libros *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962) y *Understanding Media* (1964), y probablemente se haya popularizado a partir de estos. En 1968, McLuhan lo utilizó en el título de su libro *Guerra y paz en la Aldea Global*. McLuhan se refiere a la “Aldea global” como un cambio producido principalmente por la radio, el cine y la televisión, medios de comunicación audiovisual que difunden imágenes y sonidos de cualquier lugar y momento y ocupaban un espacio cada vez más importante en el hogar y la vida cotidiana, con una expresión muy significativa en la década anterior. También la difusión del teléfono, la fotografía, la reproducción y grabación de sonido, así como la prensa escrita.

⁴ LEVITT, T. “La globalización de los mercados”. *HDBR*. 1983, 4º trimestre, pp. 49-64.

⁵ PORTER, M.E. *La ventaja competitiva de las naciones*. Barcelona, Plaza y Janes, 1991.

⁶ OHMAE, K. *El mundo sin fronteras*. Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1991.

⁷ FMI. *World Economic Outlook*, Washington, DC, 1997.

como afirma el profesor De la Dehesa, se puede entender como un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales.⁸

Indudablemente, en este contexto globalizado, una de las estrategias más relevantes es la internacionalización de la empresa, es decir, la decisión de ésta de dirigirse a mercados geográficos externos a su localización original, que debe ser entendida como una de las formas más complejas e interesantes de crecimiento y desarrollo empresarial y que, en ocasiones, desemboca en el fenómeno de la multinacionalización. La internacionalización y la multinacionalización implican procesos dinámicos y complejos difíciles de caracterizar. Debemos tener en cuenta que las transacciones internacionales han permitido el aumento de la productividad y por tanto la mejora de las posibilidades de consumo.⁹

En este nuevo marco mundial de globalización esencialmente los agentes actuantes son las empresas que en la mayoría de ocasiones adoptan la forma de sociedades mercantiles de capital, la cuales, tal y como veremos, tanto por razones de reducción de costes, incremento de beneficios, optimización de recursos o últimamente como única alternativa para salir de una situación de crisis (por la creciente disminución del consumo en los mercados nacionales), buscan nuevas soluciones a los problemas derivados de la competencia en el nuevo mercado global o sencillamente, nuevos mercados donde poder vender sus productos.

Será objeto de estudio de este trabajo el análisis de las sociedades mercantiles de capital, y en concreto en los aspectos jurídicos derivados de los procesos de internacionalización en el ámbito de la Unión Europea, pues merece especial relevancia por la interrelación y “fricción” entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado de cada uno de los Estados Miembros en el Derecho de Sociedades, y cómo esta interrelación no siempre da soluciones óptimas a las necesidades que demandan las sociedades mercantiles, para llevar a cabo procesos de internacionalización dentro de la Unión Europea.

⁸ DE LA DEHESA, G. *Comprender la globalización*. Madrid, Alianza Editorial, 2000.

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Derecho de los negocios internacionales*. 4ª edición, Madrid, Iustel, 2013, p.25.

1.2. El concepto de internacionalización

Por “internacionalización” nos referimos, en primer lugar, a la ampliación del ámbito de actividad de la empresa más allá de las fronteras de su Estado de origen. Este ámbito incluye la realización de actividades comerciales en otros países y además la realización de cualquier otra actividad de la cadena de valor de la empresa (p. ej. compras, producción o I+D). De esta forma, las empresas que se internacionalizan pueden tener acceso a nuevos clientes y factores de producción que no están al alcance de las empresas que sólo actúan en el mercado nacional de origen.¹⁰

El hecho de que una empresa decida iniciar un proceso de internacionalización puede venir motivado por razones tanto proactivas, como por ejemplo, el desarrollo de productos únicos, ventajas tecnológicas, beneficios fiscales (impuestos), y la búsqueda de economías de escala..., etc., o bien por razones reactivas como serían presiones competitivas, sobreproducción o exceso de capacidad, caída de las ventas domésticas, mercado doméstico saturado o proximidad a los clientes para el desarrollo de la presencia internacional, entre otras. La característica común que define a las empresas internacionalizadas, al margen del grado de internacionalización alcanzado, es que los mercados exteriores se convierten en un referente obligado en su toma de decisiones estratégicas.

Desde un punto de vista de estrategia empresarial, existen diferentes formas de llevar a cabo un proceso de internacionalización, desde la exportación regular, a la realización de diferentes actividades de su cadena de valor (comerciales, suministro, productivas, I+D+i) en el exterior, lo que suele implicar inversión exterior directa, pasando por diferentes fórmulas mixtas y contractuales (p. ej.: licencias o franquicias). Lógicamente dependiendo del grado de internacionalización que cada empresa pretenda, los instrumentos y mecanismos jurídicos que se utilicen también serán diferentes. En este trabajo nos centraremos esencialmente en los aspectos jurídicos, y los problemas que existen en concreto en la Unión Europea que dificultan u obstaculizan los procesos de internacionalización de las empresas establecidas en

¹⁰ MENDOZA MAYORDOMO, X.; VIVES L. *De la internacionalización a la multinacionalización de la empresa: marcos teóricos para su análisis estratégico* en *La expansión de la multinacional española: estrategias y cambios organizativos. Primer informe anual del Observatorio de la Empresa Multinacional Española (OEME)*. Barcelona, Instituto Español de Comercio Exterior y ESADE Business School, 2009, pp.80-84.

un Estado miembro, y que pretenden establecerse y por tanto llevar a cabo un proceso de internacionalización en otro Estado miembro.

Estudios teóricos sobre el proceso de internacionalización

El estudio teórico de los procesos de internacionalización ha sido llevado a cabo esencialmente por economistas y especialistas en el campo de la estrategia empresarial. En este sentido, a mediados de los años setenta aparecieron diversos trabajos académicos realizados por investigadores suecos y norteamericanos que ponían de manifiesto el carácter gradual del proceso de internacionalización. Los profesores suecos Johanson y Wiedersheim-Paul¹¹ en 1975 y Johanson y Vahlne¹² en 1977 y 1990 estudiaron estos procesos y llegaron a la conclusión de que la internacionalización es un proceso gradual y por etapas, en el que cada etapa le permite a la empresa ganar experiencia internacional, lo que permite un incremento de su compromiso con los mercados internacionales. Al modelo creado por estos profesores se le denominó “el modelo Uppsala”, por provenir dichos académicos de la Universidad sueca de Uppsala.

Por otro lado, en el enfoque norteamericano encabezado por los trabajos de los profesores Bilkey y Tesar¹³ en 1977, por Cavusgil¹⁴ en 1980, por Reid¹⁵ en 1981 y por Czinkota¹⁶ en 1982, la internacionalización se vincula más a la innovación y se postula como el resultado de una serie de innovaciones directivas, desarrollándose como un proceso también por etapas en el que se van acumulando los aprendizajes derivados de la adopción de dichas innovaciones.

¹¹ JOHANSON, J.; WIEDERSHEIM-PAUL, F. “The internationalization of the firm: Four swedish cases”. *JMS*. vol. 12 (1975), núm. 3, pp. 305-322.

¹² JOHANSON, J.; VAHLNE, J.E. “The internationalization process of the firm: A model of knowledge development and increasing foreign market commitments”. *JIBS*. vol. 8 (1977), Spring/Summer, pp. 23-32.; JOHANSON, J.; VAHLNE, J. E. “The mechanism of internationalisation”. *IMR*. vol. 7 (1990), num. 4, pp. 11-24.

¹³ BIKLEY, W.; TESAR, G. “The export behavior of smaller Wisconsin manufacturing firms”. *JBS*. 1977, núm. 9 (Spring/Summer), pp. 93-98.

¹⁴ CAVUSGIL, T. “On the internationalization process of firms”. *ER*. 1980, núm. 8, pp. 273-281.

¹⁵ REID, S. “The decision maker and export entry and expansion”. *JIBS*. vol. 12 (1981), pp. 101-111.

¹⁶ CZINKOTA, M. *Export Development Strategies: US Promotion Policies*. New York, Praeger Publishers, 1982.

El modelo Uppsala

A continuación nos vamos a centrar en el enfoque de la escuela sueca pues ha sido el que más importancia ha tenido en estos años. A partir del estudio del proceso de internacionalización de cuatro multinacionales industriales suecas en 1975, los profesores Johanson y Wiedersheim-Paul pudieron comprobar que el desarrollo de las operaciones internacionales se llevaba a cabo en distintas etapas que podrían considerarse el resultado de una conducta incremental. Dos años más tarde, los profesores Johanson y Vahlne se centraron en buscar las causas que derivaban en un comportamiento incremental en relación con la internacionalización y crearon un modelo o explicación teórica que se basaba en el hecho de que la acumulación de *conocimiento experiencial* sobre los mercados exteriores era una actividad que requería de cierto tiempo. Ambos autores volvieron sobre esta cuestión años más tarde en un artículo posterior publicado en 1990. De manera sintética, el modelo Uppsala se basa en las siguientes deducciones:

a) Se ve la internacionalización como un proceso, en el que el objetivo de las empresas es incrementar el beneficio a largo plazo, considerándose equivalente al crecimiento, y además tratan de mantener el nivel de riesgo bajo.

b) El conocimiento general de la empresa puede ser transferido de un Estado a otro, pero el conocimiento concreto de mercado sólo puede adquirirse a través de la experiencia directa proporcionada por aquellas actividades realizadas por la empresa en cada mercado concreto. Para los profesores Johanson y Vahlne:

El conocimiento basado en la experiencia de mercado genera oportunidades de negocio y se considera un impulsor del proceso de internacionalización. A su vez, se asume que constituye la manera principal de reducir la incertidumbre sobre el mercado. En consecuencia, y para un país dado, se espera que una empresa aumentará su compromiso de recursos a medida que gane experiencia en dicho mercado.¹⁷

c) El compromiso incremental resultante de las condiciones anteriores se puede comprobar a través de la secuencia de mercados en países extranjeros, en los que la empresa accede y por la evolución de las modalidades de operación de la empresa en cada uno de los mercados exteriores. En base a los datos obtenidos,

¹⁷ JOHANSON, J.; VAHLNE, J.E. "The mechanism of internationalisation". *IMR*. vol. 7 (1990), num. 4, pp. 11-24.

este modelo afirma que los mercados escogidos por las empresas al salir al exterior, son aquellos de los Estados más próximos al mercado de origen o mercado doméstico, pues son los más parecidos al país de origen (es decir, con menor *distancia psíquica*, entendida ésta como las diferencias en idioma, cultura o sistemas político-administrativos). Una vez adquirida experiencia en los mercados extranjeros más próximos a nivel cultural y geográfico, las empresas se van expandiendo sucesivamente a países situados a mayor distancia, tanto geográfica como culturalmente (distancia psíquica).

Asimismo, el modelo Uppsala afirma que las empresas siguen una serie de etapas, a través de las cuales van incrementando su compromiso en los diferentes mercados exteriores. Así, una empresa que no tenga experiencia en un mercado exterior concreto, preferirá entrar paulatinamente, es decir, poco a poco en dicho mercado a través de exportaciones, mediante un agente o un distribuidor establecido en dicho estado para minimizar los riesgos. A medida que aumente su experiencia con el nuevo mercado extranjero, la empresa estará mejor preparada para incrementar su compromiso en dicho mercado, lo que le llevará a crear filiales comerciales, que le permitirán un mayor control de las operaciones en ese Estado, y a su vez acelerarán el aprendizaje, de esta forma si los resultados son positivos la empresa establecerá plantas de producción de sus productos a través de filiales de producción y no sólo comerciales o de distribución.

El modelo Uppsala ha sido cuestionado por diferentes autores. Se ha criticado de dicho modelo que: a) Presupone una relación lineal entre conocimiento del mercado y compromiso con el mismo, no incorporando la influencia de otros factores relativos al mercado y a la competencia.¹⁸ b) Considera la internacionalización como un proceso que se desarrolla a través de una serie de etapas predeterminadas, cuando la decisión del modo de entrada en un mercado extranjero sería el resultado de una elección estratégica, dadas las características de ese mercado, la filosofía directiva y los recursos de la empresa.¹⁹ En la redefinición que los profesores Johanson y

¹⁸ PETERSEN B.; PEDERSEN, T. *Twenty years after – Support and critique of the Uppsala internationalisation model* en BJÖRKMAN, I.; FORSGREN, M. (eds.) *The Nature of the International Firm, Nordic Contributions to International Business Research*. Copenhagen. Copenhagen Business School Press, 1997, pp. 194-203.

¹⁹ ALONSO, J.A. "El proceso de internacionalización de la empresa. Información Comercial Española". *RE*. 1994, enero, núm. 725, pp. 127-143; TURNBULL, P.W. *A challenge to the stages theory of the internationalization process*, en ROSSON, P.; REID, S. (eds.) *Managing export entry and expansion*. Nueva York, Praeger, 1987, pp. 214-232.

Vahlne hicieron del modelo Uppsala en 1990 afirmaron que este modelo se dirige más a las PYMES habida cuenta que una empresa puede saltarse alguna etapa (*leapfrog* en inglés), si tiene recursos suficientes, como es el caso de las grandes empresas. Sin embargo, diferentes estudios han demostrado que no son pocas las PYMES que también se saltan algunas etapas del proceso de internacionalización. En 1997 los profesores Petersen y Pedersen consideraron que el modelo Uppsala se aplica sobre todo a los procesos de internacionalización, motivados por la búsqueda de mercados y es especialmente adecuado para explicar el desarrollo de las actividades de exportación. Dichos autores afirmaban que, a diferencia de las filiales comerciales, en la decisión de establecer filiales productivas el motivo de acceso al mercado no es tan predominante, puesto que pueden darse también otras motivaciones, como el acceso a recursos naturales, la consecución de menores costes de producción o la búsqueda de mayor eficiencia mediante la creación de cadenas globales de producción.

Las empresas nacidas globales, renacidas globales

En los últimos veinte años han surgido empresas, en general más dinámicas y de reciente creación, denominadas *empresas nacidas globales* (*born-globals* en inglés) o *nuevas empresas internacionales* que muestran una clara vocación internacional desde sus inicios. Este tipo de empresas buscan obtener ventajas competitivas importantes en el uso de recursos y en la venta de productos en diferentes países,²⁰ por tanto, acostumbran a explorar y explotar recursos y oportunidades internacionales desde los primeros años de su vida. Habitualmente se han estudiado a partir de casos de empresas en sectores tecnológicos, pero también las hay en otros sectores industriales o del sector servicios. Las empresas nacidas globales tienen características únicas:

a) Se convierten en empresas internacionales prácticamente desde su constitución o al cabo de poco tiempo (el inicio de las actividades internacionales suele tener lugar durante los 5 o 6 primeros años de vida).

b) Saltan algunas de las etapas iniciales características del proceso de internacionalización incremental y asumen compromisos importantes con los

²⁰ OVIATT, B. y MCDUGALL, P. "Toward a theory of international new ventures". *JIBS*. 1994, pp. 45-64.

mercados exteriores de manera decidida. En este sentido, inician antes las operaciones internacionales y pasan directamente del mercado local a la exportación directa o a la producción en el exterior. Es importante subrayar que el conseguir una posición fuerte en el mercado nacional no aparece como una condición previa e imprescindible para iniciar las operaciones internacionales.

c) Si tienen éxito, consiguen en un período breve de tiempo que una parte significativa de sus beneficios y de sus ventas, procedan de las operaciones internacionales.

d) Tienen una orientación estratégica bien definida, un atributo esencial en las fases iniciales de la empresa en que su tamaño es reducido y cuenta con pocos recursos. En este sentido, la experiencia internacional previa de los fundadores es un recurso crítico que compensa, en cierta manera, la falta de experiencia de la propia empresa en lo relativo a la entrada en nuevos mercados.

e) Otorgan una especial importancia a las relaciones de colaboración con otras empresas, tanto con clientes (a los que suelen seguir en su internacionalización), como con proveedores y otros *partners*.

Junto con las empresas nacidas globales, encontramos otro grupo de empresas que exhibe características similares: las que se redefinen como *renacidas globales* (o *re-born globals*). Se trata de empresas consolidadas, que llevan a cabo un rápido y extenso proceso de internacionalización, motivadas por cambios en el accionariado o bien debido a un cambio importante en su entorno, como pueda ser la internacionalización de un cliente importante. Generalmente se suele encontrar a estas empresas en sectores altamente globalizados o en proceso de globalización, en los que la opción de una internacionalización incremental, se ve fuertemente constreñida por la amenaza de que empresas multinacionales ya establecidas puedan imitar o reemplazar a sus productos o servicios. Dado que los recursos internos de la empresa y su grado de preparación para la internacionalización suelen ser insuficientes, para apoyar una expansión internacional rápida, deben buscarlos fuera. Las empresas pueden dar respuesta a la necesidad urgente de combinar sus capacidades internas con recursos complementarios externos, mediante acuerdos

de colaboración que pueden adoptar múltiples modalidades y establecerse con diferentes *partners*.²¹

En las empresas nacidas globales, y en las que se redefinen globales, la consolidación y el crecimiento en el mercado nacional suele ser simultáneo a la expansión internacional. Diversos autores han sugerido que estas empresas se internacionalizan a través del desarrollo de relaciones de colaboración con terceros, lo que les permite una mejor adaptación a los mercados exteriores. Así, el éxito en la entrada en un mercado extranjero suele basarse esencialmente en las relaciones empresariales que se posean en ese mercado particular. De ahí que estas empresas suelen buscar los mercados internacionales más atractivos, prestando menor atención a la distancia psíquica existente respecto del mercado de origen.²²

El hecho de que haya empresas cuya internacionalización sea acelerada, y no se lleve a cabo siguiendo las etapas prescritas por el modelo Uppsala, no quiere decir no deban pasar por una etapa de aprendizaje, y por tanto de gradualismo, inherente a los procesos de internacionalización, ya que la empresa debe desarrollar capacidades organizativas para afrontar la mayor complejidad derivada de operar en diferentes países.

Como hemos visto, los motivos que llevan a una empresa a iniciar un proceso de internacionalización pueden ser variados: para seguir creciendo en su sector, dado que el mercado interno (estatal o local) se ha quedado pequeño; exportar porque el mercado externo es el mercado natural por escasez de estos productos; diversificar el riesgo de operar en un solo mercado; ganar prestigio en el mercado interno; compensar una crisis en el mercado interno (como sería el caso de muchas empresas españolas en la actualidad); acceder a un mercado más grande (mayor volumen), y así poder competir en un sector donde otros competidores obtienen economías de escala a nivel mundial; ganar competitividad al luchar con competidores más eficientes; por la dura competencia en el mercado interno o como

²¹ SVEJENOVA, S.; MARÍN, J.L.; OLLÉ, M.; PLANELLAS, M. "Noves vies d'internacionalització: Les empreses nascudes globals i les que es redefeixen globals". *Quaderns OME. Internacionalització i competitivitat*, Consorci de Promoció Comercial de Catalunya. 2007, núm. 1, p. 64.

²² JOHANSON, J.; MATTSSON, L.G. "Internationalization in industrial systems – a network approach", *ISMO*, vol. 17 (1988), núm. 1, pp. 34-48.; SHARMA, D.D.; BLOMSTERNO, A. "The internationalization of born globals: a network view". *IBR*. vol. 12 (2003), pp. 739-753.

reacción ante el ataque de un competidor internacional que amenaza su posición; porque el mercado internacional es más rentable. Las ventajas que las empresas pueden obtener de la internacionalización podríamos dividir las en cuatro apartados: Desde el punto de vista de la producción, la comercialización, las finanzas y los recursos humanos.

A nivel de producción la internacionalización supone la utilización de toda la capacidad productiva, economías de escala, ventaja competitiva en los factores de producción (mano de obra, materias primas o energía), y en general una racionalización óptima de la producción.

Por otro lado, a nivel de comercialización, el proceso de internacionalización supone un acceso a un mercado más amplio, estabilidad en las ventas, más proximidad con el cliente, una mejora de imagen corporativa a nivel interno e internacional, la eliminación de barreras culturales, barreras proteccionistas y coste del transporte internacional.

Desde el punto de vista financiero, con la internacionalización se diversifican los riesgos, se compensan resultados, se puede tener acceso a la financiación internacional y se puede llevar a cabo una planificación fiscal internacional.

Desde el punto de vista de los recursos humanos la internacionalización conlleva un proceso de aprendizaje, y sin duda un conjunto de experiencias de la empresa, que luego podrá aplicar al mercado nacional o local. Finalmente debemos analizar desde el punto de vista jurídico cómo dar soluciones a estas necesidades de las empresas.

Cobertura jurídica para la realización de los procesos de internacionalización

Si bien los estudios más importantes llevados a cabo para el análisis de los procesos de internacionalización de las empresas, se han llevado a cabo desde el mundo de la economía y de la empresa, lo cierto es que sin los mecanismos jurídicos adecuados difícilmente podrían darse soluciones a las necesidades de las empresas. En este sentido es evidente que se hace necesario que los Estados faciliten, o cuanto menos contemplen en sus ordenamientos jurídicos las herramientas mínimas, para poder desarrollar operaciones relacionadas con la internacionalización de las empresas. Cualquier proceso de internacionalización que se pueda plantear una empresa vendrá motivado por las causas (económicas, fiscales, de recursos humanos..., etc.), que hemos analizado anteriormente, pero

deberá existir una cobertura legal que permita llevar a cabo desde el punto de vista jurídico dicho proceso. El simple acceso a un mercado extranjero vendiendo productos o prestando servicios en un nuevo Estado, requerirá siempre de unos condicionantes legales que permitan dicha actividad, es decir, los mecanismos y las formas de poder desarrollar la internacionalización de empresas desde el punto de vista legal, sea éste un proceso simple y puntual o un proceso complejo, en el que la empresa quiera establecerse de forma permanente y desarrollar su actividad desde el mismo estado de destino.

La ciencia o disciplina jurídica que da soluciones adecuadas a los procesos de internacionalización es el Derecho Internacional Privado (DIPr). El DIPr como disciplina jurídica, aparece condicionada a la existencia de dos elementos: la división del planeta en Estados en los que existen ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales propios de cada comunidad y la existencia de relaciones humanas transnacionales en las que el hombre se desplaza, comercia y se relaciona más allá de las fronteras. La unión de ambos presupuestos da lugar a las situaciones denominadas *de tráfico jurídico externo*, entendiendo como tales las relaciones y situaciones cuyos elementos no se realizan todas en el mismo ordenamiento jurídico, pudiendo ser estas relaciones de naturaleza personal (nacionalidad, domicilio, residencia habitual), de naturaleza real (situación del bien), o de naturaleza local (lugar donde se celebre o se ejecute el acto jurídico). Cualquier proceso de internacionalización tendrá alguno de dichos elementos que supondrán la aplicación de las normas de DIPr. A pesar de que el DIPr se caracteriza por ser una disciplina de carácter eminentemente internacional (regula la vida transnacional de las personas), es también al mismo tiempo predominantemente estatal, habida cuenta que son los Estados en su gran mayoría los creadores de las fuentes de producción normativa y sus órganos de aplicación. Esto da lugar a una situación paradójica en cuanto que el DIPr se esfuerza por satisfacer una función sirviéndose de medios de realización legislativos y judiciales esencialmente internos, dada la ausencia de órganos propios en la sociedad internacional. Por ello cada Estado ha desarrollado de forma separada sus propias normas y sus propios criterios sancionadores, el denominado Derecho Autónomo.

Las importantes diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados Miembros de la Comunidad Europea (actual Unión Europea), en derecho societario y en muchos aspectos de Derecho Internacional Privado, limita y obstaculiza la ejecución de operaciones de internacionalización. A pesar de haberse llevado a cabo un proceso de armonización legislativa en materia societaria en el

marco de la actual Unión Europea, hay aspectos que no pueden ser coincidentes entre los diferentes Estados miembros, pues por tradición jurídica, por intereses de política legislativa o por otros motivos hay conceptos jurídicos que no coinciden, y asimismo hay instituciones que no son aceptadas en algunos ordenamientos jurídicos. No ajeno a ello el legislador europeo ha tenido en cuenta dichas circunstancias para que la libre circulación de personas (físicas y jurídicas), sea una auténtica realidad, pues sin ella el objetivo esencial de crear un verdadero mercado único o interior (anteriormente mercado común), sería una auténtica quimera. Pero lo cierto es que las fricciones entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho de la Unión Europea son todavía una realidad que tanto el legislador de la Unión Europea como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha intentado ir solucionando con mayor o menor fortuna en sus resoluciones.

Para poder analizar las limitaciones jurídicas, con las que se encuentran las empresas que quieren llevar a cabo procesos de internacionalización dentro del territorio de la Unión Europea, debemos partir de cuál ha sido la evolución del derecho de sociedades dentro de la Comunidad Europea y cuáles son los mecanismos jurídicos tanto de armonización como de aplicación directa (reglamentos), creados dentro del Derecho de la Unión Europea para facilitar este tipo de procesos y que en última instancia buscan la consecución de un verdadero mercado interior.

2. Principios jurídico-económicos de la UE: El mercado interior y el Derecho de Sociedades europeo

2.1. Del *mercado común* al *mercado interior*

Los orígenes de la Unión Europea: el mercado común

La evolución histórica de cualquier fenómeno político viene determinada, lógicamente, por los agentes participantes en el mismo, y en este sentido la evolución de la Comunidad Económica Europea,²³ ha venido marcada por las decisiones adoptadas de manera multilateral por los Estados participantes en el proceso de integración europeo, y por la aportación a veces “individual” de aquellos que formaban parte de instituciones, comisiones o entes creados *ad hoc* para la consecución de objetivos inmediatos, que supusieran avances hacia el proceso de integración. Partiendo de esta idea relativa a las aportaciones individuales en decisiones trascendentales para la historia reciente es interesante detenerse en una persona, Paul Henry Spaak, a quien se puede considerar uno de los artífices de los cimientos o principios de lo que fue la Comunidad Económica Europea y a partir de cuyo informe de 1955, que lleva su mismo nombre (*Informe Spaak*, y que elaboró en calidad de presidente de la Comisión encargada por el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, reunido en Messina el 2 de junio de 1955, se puede empezar a hablar de la idea de *mercado común*. A partir del mencionado informe y del discurso pronunciado en defensa del mismo, surgieron dos proyectos, uno sobre el establecimiento de una Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa) y el otro, sobre la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE). Ambos iniciales proyectos culminaron en dos tratados internacionales que se firmaron en Roma el 25 de marzo de 1957 entrando en vigor el 1 de enero de 1958. Estos dos tratados junto al de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18

²³ Al amparo del artículo 8 del Tratado de la UE (firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992), la denominación de Comunidad Económica Europea (CEE), pasó a ser la de Comunidad Europea (CE). Con la reforma operada con el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), se modifica y pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) desapareciendo la Comunidad Europea como sujeto de Derecho Internacional, y transformándose en la actual Unión Europea. A lo largo del presente trabajo se hará referencia a la actual denominación de Unión Europea para referirnos a dicho ente jurídico indistintamente del período temporal al que nos refiramos.

de abril de 1951, suponen la plasmación jurídica de la voluntad política de los Estados que iniciaron el proceso de integración europeo.

La actual Unión Europea (anteriormente Comunidad Económica Europea y luego Comunidad Europea), tiene como objetivo el desarrollo armonioso de las actividades económicas, expansión continua y equilibrada, estabilidad creciente y la elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran. Para conseguir dichos objetivos el TUE (artículo 3), asegura la creación de un mercado interior que obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. También ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

Por tanto, la creación de un mercado interior y la aproximación de las políticas económicas, con objeto de lograr una unión económica y monetaria, con objeto de lograr una unión económica y monetaria constituyen dos fases esenciales de la construcción europea que parten de la idea de un *mercado interior* o “mercado único”, como espacio económico de los Estados miembros de la Unión Europea. En dicho marco, los ciudadanos y los agentes económicos deben poder actuar con libertad, gozando de los derechos que les reconocen en el Tratado o establecidas al amparo de las disposiciones de los Tratados y relativas a las libertades fundamentales (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales).²⁴

La integración económica: el mercado interior

Desde la entrada en vigor del TCEE se inició la integración económica europea, es decir, la voluntad política de establecer inicialmente un Mercado Común entre los Estados firmantes del Tratado de Roma, cuyo objetivo era sustituir los mercados de

²⁴ GONDRA ROMERO, J.M. *Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional en AA.VV. Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*. Madrid, Civitas, 1986, p. 280, tomo I, p. 280.

los Estados miembros por uno solo, con las mismas características que un mercado nacional, estableciéndose unos principios fundamentales para la consecución de dicho objetivo, como por ejemplo, la prohibición de los derechos de aduana y restricciones cuantitativas o la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. A pesar del inicial impulso logrado durante los primeros años de la Comunidad (con la unión aduanera y la adopción de la “6ª Directiva” sobre el IVA),²⁵ dicho impulso se frustró en los años de crisis económica de finales de los años setenta, en que los Estados miembros volvieron a políticas proteccionistas, lo cual supuso la frustración a la consecución de un auténtico mercado común. Fue a partir de 1982 cuando la conciencia comunitaria volvió a renacer a partir del Consejo Europeo de Copenhague, fijándose como objetivo prioritario la realización del Mercado Único. Dicha prioridad quedó reflejada a partir del Consejo de Bruselas (1985), con el encargo de la Comisión de establecer un programa detallado con el calendario correspondiente para la realización desde entonces a 1992 de un gran Mercado Único. Dicho programa de actuación y medidas a adoptar hasta 1992 se plasmaron en un “Libro Blanco”,²⁶ en el cual se

²⁵ Conforme a la 1ª Directiva sobre el IVA de 11 de abril de 1967, los Estados miembros sustituyeron sus regímenes generales de impuestos indirectos, por un sistema común de impuesto sobre el valor añadido. El objetivo era conseguir la transparencia en la supresión de la imposición de las exportaciones, y la consiguiente imposición de las importaciones en el comercio interno de la CEE. Todos los Estados miembros introdujeron un régimen de IVA a principios de los años setenta. En 1977 se dictó la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo (*DO L* 145 de 13 de junio de 1977), conocida como “6ª Directiva”, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros, relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios-Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme. El objetivo inicial de la “6ª Directiva”, consistió en garantizar que cada Estado miembro tuviera en general la misma “base imponible del IVA”: es decir, el IVA aplicado a las mismas transacciones.

²⁶ El Libro Blanco (“Completing the Internal Market: White paper from the Comisión to the European Council”), fue elaborado por la Comisión en junio de 1985 [Documento COM (85) 310 final], y en el mismo se insiste en que “conseguir la unidad de ese gran mercado (de 320 millones de consumidores), supone que los Estados miembros de la Comunidad lleguen a un acuerdo en lo que se refiere a la abolición de las barreras de cualquier naturaleza, la armonización de las normas, la aproximación de las legislaciones y de las estructuras fiscales, la intensificación de su cooperación monetaria, y las medidas conexas necesarias para lograr la cooperación de las empresas europeas. Este proyecto está a nuestro alcance, siempre que saquemos provecho de las enseñanzas del pasado y, en particular, de los fracasos y retrasos producidos. Por ello, la Comisión solicitará del Consejo Europeo que éste haga suyo el objetivo de la unificación total del mercado interior a más tardar en 1992, y que, a tal fin, apruebe un programa acompañado de un calendario realista y vinculante” y en que “las acciones dirigidas a la realización, desde el presente hasta 1992, de un gran mercado único como consecuencia del cual, se cree un entorno más

preveía la adopción de 289 nuevas disposiciones, con el fin de suprimir las barreras físicas, técnicas y fiscales que frenaban la consecución de aquellos objetivos propuestos ya en 1955 con el *Informe Spaak*. El 1 de julio de 1987 entró en vigor el Acta Única Europea (AUE), que modificó algunos artículos importantes del Tratado de Roma (actualmente TFUE), siendo el tema central el mercado interior, cuya regulación se estableció en los artículos 13 a 19, y cuya base esencial era el “Libro Blanco” presentado por la Comisión. Con el TUE se estableció definitivamente el mercado interior quedando definido esencialmente en la actualidad en los artículos 3.3 TUE y artículos 3.1b, 4.2a y 26-27 TFUE.

La idea inicial de un mercado común se frustró debido sobre todo a la crisis de los años setenta, y a partir del AUE se avanzó en la construcción de un mercado interior o mercado único, momento en el cual se edifican las bases para la realización de un auténtico comercio interior en la Comunidad Europea. El mercado único implantado por el AUE es la superación del mercado común de 1955, y este nuevo concepto supone, esencialmente, la voluntad de los Estados miembros de eliminar las trabas que subsistían en el año 1985, para que ese proyecto inicial fuera una realidad entre los miembros de la Comunidad. Tal y como establece el actual artículo 26 del TFUE (antiguo artículo 14.2 TCE), se define el *mercado interior* como un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda totalmente garantizada. Esta libertad de circulación incluye a las personas jurídicas, y en concreto a las sociedades, cuya movilidad es esencial para la realización del mercado interior, y cuya vinculación con el concepto de integración económica es básica, con lo cual, para que se desarrolle y consolide el mercado interior europeo se debe desarrollar un verdadero marco jurídico societario europeo que garantice una movilidad real y efectiva a las personas jurídicas, y por tanto, a las empresas. En este sentido en 1988 los profesores Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca afirmaban que:

La aparición y desarrollo del Derecho europeo de sociedades, se hallan estrechamente ligados a la realización de objetivos de integración económica entre los distintos países comunitarios, manifestándose esta dimensión funcional en tres planos distintos, conectados

propicio para el estímulo de la empresa, de la competencia y de los intercambios”, y también en que “los autores del Tratado han querido crear un mercado interior único libre en el que los bienes, las personas, los servicios y los capitales circulen en completa libertad, y cuyo buen funcionamiento esté asegurado mediante garantías contra las distorsiones de la competencia, la aproximación de las legislaciones y la armonización de la fiscalidad indirecta”.

entre sí: en primer término, a través de “la eliminación de obstáculos de carácter fiscal y material, fruto de la existencia de regímenes jurídicos dispares en el seno de la CEE”. En segundo lugar, mediante la contribución del Derecho europeo de sociedades, a que sean los “datos económicos reales los que determinen los procesos de toma de decisiones en la esfera empresarial, creando adecuadas condiciones de competencia, impidiendo que ésta venga restringida o falseada”. Y por último, la dimensión funcional de la disciplina societaria se pone de manifiesto “en la creación de unidades empresariales, acordes con la dimensión y características del Mercado Común, capaces de hacer frente a la competencia exterior, así como de promover la expansión económica y la autonomía tecnológica de la Comunidad a través de una política común de desarrollo industrial.”²⁷

Podemos definir un mercado común como una zona en la que existe un arancel común exterior, y en la que, paralelamente, se verifica también una “libre circulación de los factores productivos”. Ello significa que las mercancías, las personas, los capitales y los servicios circulan libremente en el espacio de dicho mercado común. En la STJUE²⁸ de 5 de mayo de 1982 (Asunto *Schul/Inspecteur des droits d'importation et des accises*, 15/81) se definía el mercado común como *un espacio económico, comprendido por el territorio de los Estados miembros, en el que los diferentes factores de producción están liberalizados en unas condiciones análogas a las de un mercado interno de un Estado, comprendiendo la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios, con la idea de fusionar los mercados nacionales en un mercado único, realizando tanto como sea posible las condiciones similares a las de un mercado interior.*

Por otro lado, un mercado interior, también denominado mercado único, es *un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo a las disposiciones de los Tratados* (artículo 26.2 TFUE). Por tanto, el concepto de mercado interior presenta un alcance más profundo que el de mercado común, pues incluye: *a)* la supresión de todo tipo de barreras físicas, ya sean jurídicas, técnicas, fiscales o fácticas, a la libre circulación de factores productivos; *b)* un cierto grado de armonización de la política de los Estados miembros. El resultado es un mercado similar a un mercado nacional.

²⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, L.; CALVO CARAVACA, A.L. *Libertad de Establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea*. Madrid, Editorial Tecnos, 1988, pp. 49-50.

²⁸ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 que le da personalidad jurídica a la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sección 5ª del TFUE).

Actualmente el mercado interior se configura como un espacio físico, formado por el territorio de los 28 Estados miembros de la Unión Europea,²⁹ construido sobre el *respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia* (artículo 119.1 TFUE), y se trata según se establece en el artículo 3.3 TFUE de *una economía social altamente competitiva*. El motor económico del mercado interior son las empresas y los profesionales. Por otro lado, el aumento de la actividad internacional de dichos agentes económicos, ampliando los mercados en los que actúan incitan a un aumento de la inversión y del crecimiento económico, del cual se benefician los trabajadores, pues se crean más puestos de trabajo y también los consumidores, porque tienen mayor oferta de bienes y servicios a precios más competitivos, gracias a la reducción de costes.

La realización de un auténtico mercado interior depende esencialmente de la actuación de los Estados miembros, pues estos deben desarrollar (transponer), en su ordenamiento jurídico las Directivas, y aplicar el resto del derecho derivado, aprobado en el seno de las Instituciones de la Unión Europea de forma correcta, dentro de los plazos establecidos, lo cual no siempre ocurre. A día de hoy muchos Estados siguen poniendo obstáculos a la libre circulación de factores de producción, con la intención de “blindar” su mercado nacional a operadores económicos y competidores de otros Estados miembros. Asimismo el hecho de que no exista una política y legislación unificada, en materia fiscal y laboral en la Unión Europea crea desequilibrios, que repercuten negativamente en la liberalización del mercado y en la transparencia del mismo.³⁰

Libertad de circulación de factores de producción

El concepto de movilidad es fundamental para la eficacia o realización de un mercado Interior, movilidad que, tal y como hemos visto, debe estar garantizada tanto a personas (físicas o jurídicas), mercancías, servicios y capitales (libertad de circulación), es decir, a los factores de producción o factores productivos. La legislación de la UE que regula las libertades de circulación tiene como fin la de eliminar los obstáculos nacionales que limiten el comercio dentro de la Unión Europea. Cualquier tipo de restricción frustra el objetivo a conseguir, es por ello que

²⁹ Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Bélgica, Países Bajos, Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca, Grecia, España, Portugal, Austria, Suecia, Finlandia, Polonia, Lituania, Letonia, Estonia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Malta, Chipre, Rumanía, Bulgaria y Croacia.

³⁰ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 123-124.

tanto en su momento el TCE, y ahora el TFUE establece como principios fundamentales del sistema, la garantía de estos derechos de mercado carácter económico.

Uno de estos derechos, el relativo a la libre circulación de personas, engloba *per se* el libre desplazamiento y residencia de sus beneficiarios, en el marco geográfico de la Unión Europea, es decir, movilidad intracomunitaria sin restricciones ni discriminaciones, y asimismo engloba el acceso y ejercicio de la actividad económica no asalariada, esto es, por cuenta propia. El ejercicio de una actividad económica no asalariada, es un derecho reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española (CE),³¹ así como en cualquiera de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, siendo susceptible de ser ejercido por los beneficiarios del mismo, dentro de las fronteras del propio Estado. El TFUE, tal y como tendremos oportunidad de analizar, en los artículos 49 y siguientes (antiguos artículos 43 y siguientes del TCE), amplía ese derecho a todo el territorio de la Unión Europea, garantizando que se pueda ejercer libremente, y sin ningún tipo de discriminación por razón de la nacionalidad de quien lo ejerce.³² El artículo 49.2 TFUE denomina a este derecho libertad de establecimiento, afirmando que comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución de empresas y, especialmente, de sociedades. En cuanto a la realización del libre ejercicio de una actividad económica dentro de la UE, éste puede ser realizado de dos formas: individualmente, es decir, a través de una persona física que actúa como empresario individual, y se establece en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, o a través de la participación como socio-accionista de una determinada sociedad. Esta sociedad deberá cumplir unas determinadas características para poder ser beneficiaria del derecho de libre establecimiento, esto es, para poderse beneficiar del derecho a ejercer su actividad en cualquier Estado miembro al amparo de los artículos 49.2 y 54 TFUE (antiguos artículos 49.2 y 54 TCE).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que las normas establecidas en los Tratados de la UE, que regulan las libertades de circulación son normas de Derecho Público

³¹ Artículo 38 CE: *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.*

³² El artículo 18 TFUE (antiguo artículo 12 TCE), establece que *“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.*

de la Economía. Regulan el marco básico en el que los particulares pueden desplegar su actividad económica supranacional. Regulan relaciones jurídicas verticales entre el Estado y los operadores económicos. Se ocupan esencialmente de determinar quiénes, y en base a qué requisitos pueden acceder a ciertas actividades económicas, qué mercancías pueden importarse o exportarse, qué capitales pueden desplazarse de un Estado a otro, qué requisitos se exigen para que una mercancía pueda ser puesta a la venta en un país..., etc. Por otro lado, esta normativa en ocasiones puede afectar a relaciones jurídicas entre particulares como por ejemplo al limitar o prohibir la celebración de ciertos contratos, o el comercio de ciertas mercancías.

El Derecho de la Unión Europea³³ utiliza tres grandes estrategias para potenciar la libre circulación de factores productivos: a) Estrategia de “Integración negativa” de los mercados nacionales, eliminando los obstáculos nacionales a la libre circulación de factores productivos; b) Estrategia de “integración positiva” de los mercados nacionales, armonizando las legislaciones nacionales a través de instrumentos legales de la Unión Europea; c) Estrategia de equivalencia, la aplicación del Derecho del país de origen de la mercancía o del servicio, estrategia que evita el pluralismo legal y asegura una disciplina jurídica única de las actividades comerciales en la UE, habida cuenta que no siempre se cumplen los objetivos de aplicar una integración positiva. Estas tres estrategias se combinan para hacer del mercado europeo un verdadero mercado interior, que funcione en condiciones análogas a las de un “mercado nacional”.³⁴

Habida cuenta que cada Estado, a falta de regulación expresa por parte de la Unión Europea, regula el ejercicio de las actividades económicas en su territorio, ello crea problemas para que el mercado interior funcione correctamente. Las empresas y los particulares deben adaptarse a las condiciones jurídicas de cada mercado nacional

³³ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la Unión Europea se ha dotado de personalidad jurídica, y se ha hecho cargo de las competencias anteriormente conferidas a la Comunidad Europea. Por tanto, el Derecho comunitario ha pasado a ser el Derecho de la Unión Europea, formando también parte de él todas las disposiciones adoptadas en el pasado, en virtud del Tratado de la Unión Europea en su versión anterior al Tratado de Lisboa. En este trabajo, no obstante, nos referiremos a Derecho de la Unión Europea y no a Derecho Comunitario, sin distinguir si la legislación a la que nos refiramos es o no anterior al 1 de diciembre de 2009.

³⁴ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 129-130.

de cada uno de los Estados miembros, por tanto, el mercado interior se convierte en realidad en 28 mercados nacionales. Cualquier empresa que quiera desarrollar una actividad económica en distintos Estados miembros, deberá adaptarse a la legislación de cada uno de dichos Estados, obteniendo los permisos y autorizaciones que se le exijan en cada Estado, y deberá vender sus productos o prestar sus servicios con arreglo a las condiciones impuestas por dichos Estados, que no siempre coincidirán.

Este “fraccionamiento legal” del mercado interior perjudica a las empresas que pretenden una internacionalización de su actividad económica dentro de la Unión Europea, y por tanto, con ello, se perjudica la “libre circulación de los factores productivos”. Por tanto, el resultado final de ello es que los mercados nacionales se quedan en manos de los operadores económicos nacionales, y las libertades de circulación se ven muy perjudicadas, resultando que el mercado interior no funciona como un mercado, sino como un conjunto de mercados diferentes, lo que se contrapone con los objetivos de la Unión Europea. Para evitar el fraccionamiento legal del mercado interior, el legislador europeo ha actuado legislativamente para limitar la aplicación de la normativa nacional, en base a tres principios: *el principio de no discriminación por razón de nacionalidad* (artículo 18 TFUE), *el principio de no aplicación de toda normativa que suponga un obstáculo no justificado a la libre circulación de factores productivos en la UE*, y *el principio de la aproximación de las legislaciones económicas de los Estados miembros*.

Pluralidad de ordenamientos jurídicos: diversidad de Derechos societarios

El problema que se plantea con las personas jurídicas (las sociedades), es saber a qué tipo de sociedad nos referimos o qué entendemos bajo el concepto de sociedad, es decir, qué características debe reunir para poder beneficiarse del derecho. El artículo 54.2 TFUE establece que serán beneficiarias las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo. Dicha definición es exactamente igual a la que establecía el antiguo artículo 54.2 TCE. El problema, por tanto, radica en que no existe un concepto uniforme de “sociedad”, y la jurisprudencia del TJUE no se ha pronunciado expresamente al respecto. En realidad, podemos afirmar que sólo existe un concepto nacional de sociedad y persona jurídica, pues cada ordenamiento nacional establece una tipología determinada de formas societarias con diferencias estructurales, y

funcionales respecto a las del resto de Estados miembros,³⁵ derivada de su propia tradición histórico-jurídica interna, que se circunscribe lógicamente dentro de una determinada, y más amplia regulación del Derecho societario interno del propio Estado, que muchas veces difiere en algunos aspectos de la regulación societaria de otros Estados miembros. Esta diversidad en la regulación del Derecho de sociedades en los Estados miembros, ha sido uno de los condicionantes más importantes en la regulación y armonización del Derecho de sociedades de la actual Unión Europea. Estamos de acuerdo con el profesor Christoph Teichmann cuando afirma que:

Si bien el mercado interior se concibe como un ámbito económico en el cual decaen los controles aduaneros, en él no queda superada la pluralidad de ordenamientos jurídicos y que la armonización jurídica mantiene lagunas debido a que la técnica jurídica de la directiva (la cual es la que se ha utilizado en la armonización del Derecho de sociedades) presupone una transposición de ésta en el Derecho nacional, y que por tanto el problema esencial reside frecuentemente en las normas nacionales de transposición.³⁶

Es esencial para entender la situación actual del Derecho de sociedades europeo, ver la evolución de la regulación desde la firma del TCEE en 1952 hasta nuestros días, pues ello nos dará una visión de conjunto de la realidad jurídica de la que partimos, y de cuáles son los problemas que se plantean en el presente, y que se podrán plantear en el futuro a nivel intracomunitario, pues dentro del marco de la UE, las empresas tienen que poder tomar libremente decisiones empresariales en un sistema jurídico adecuado, y que no se den situaciones de inseguridad jurídica, sobre todo cuando deben llevar a cabo reestructuraciones u operaciones de carácter transfronterizo como por ejemplo, en procesos de internacionalización o de movilidad (transferencia de sede social).

³⁵ SANCHO VILLA, D. *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, Eurolex editorial, 2001, pp. 159-160.

³⁶ TEICHMANN, C. "La Societas Europea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo". *NUE*. 2006, núm. 252, p. 112.

2.2. La regulación del Derecho de sociedades en la Unión Europea: de la armonización a la subsidiariedad

La armonización: solución a la pluralidad de ordenamientos jurídicos

Una de las mayores dificultades con las que se ha encontrado el legislador europeo en el ámbito del Derecho de sociedades ha sido, igual que en otros muchos ámbitos, y como ya hemos referido, el de la diversidad de ordenamientos jurídicos que hay en la Unión Europea, y las raíces históricas y jurídicas que los configuran. Es decir, el hecho de que haya diversidad enriquece el sustrato jurídico, pero por otro lado esta diversificación supone una fricción constante entre estructuras jurídicas diferentes, y que en materia de Derecho de sociedades, como veremos a lo largo de este trabajo, todavía hoy no se ha podido solucionar. Partiendo de esta diversidad legislativa, y no planteándose en ningún momento la unificación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se utilizó la llamada armonización, es decir, la aproximación de las distintas legislaciones que conformaban en su momento la Comunidad, y la actual Unión Europea a través de directivas comunitarias. Siguiendo a la profesora Fajardo García:

Armonizar no es equivalente a unificar pero sí significa la iniciación de un proceso de aproximación que puede culminar con la unificación, a la cual se puede llegar no sólo por medio de reglamentos, sino también con directivas de contenido minucioso y sin margen (o con poco margen), de discrecionalidad a favor de los legisladores nacionales.³⁷

La finalidad o el objetivo fundamental que se quiere conseguir con la homogeneización o armonización de las legislaciones de los Estados miembros es, en última instancia, eliminar los obstáculos jurídico-fiscales que entorpezcan la plena realización del mercado interior. En este sentido ya afirmaba el profesor Capotorti³⁸ que: “está claro que si se quiere realmente la circulación internacional de los factores de producción, es necesario aproximar lo más posible las legislaciones de los varios países”.

³⁷ FAJARDO GARCÍA, G. La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea en AA.VV., Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Valencia, Editorial Tirant lo Blanc, 1995, tomo I, p. 1.117.

³⁸ COPOTORTI, F. *Le società nella Comunità Europea. Il Diritto di stabilimento*, en AA.VV. *Il Diritto della Società nella Comunità Economica Europea*. Padova, CEDAM, 1975, p. 17.

En el mismo sentido la profesora Bouza Vidal³⁹ afirmaba que: “si no se procediese a una progresiva unificación legislativa resultaría que la liberalización de los factores de producción y de intercambio fomentarían y facilitarían los abusos, las desviaciones del tráfico, y la distorsión de las reglas de una sana competencia comercial”.

La Directiva como instrumento jurídico de armonización

El sistema utilizado para homogeneizar la diversidad jurídica, fue que en aquellas materias donde las diferencias o divergencias legislativas, pudieran comportar obstáculos para el mercado único, el legislador europeo intervendría tal y como disponían los artículos 3 h) y 94 a 96 TCE (actualmente modificados por los artículos 114, 115 y 116 TFUE), a través del dictado de la correspondiente directiva, cuyo objetivo material debía ser incorporado al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, dentro del plazo de transposición que estableciera la propia directiva. Éste es el funcionamiento que todavía hoy se utiliza para la armonización de legislaciones, siempre que ello obstaculice la consecución del mercado interior, lo cual en Derecho de sociedades, por esa divergencia legislativa, ocurría y ocurre con mucha frecuencia. Fue en 1968 cuando se empezó a legislar en materia de Derecho de sociedades, a través de directivas con la adopción de la 1ª Directiva,⁴⁰ sobre publicidad de la sociedad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad, y nulidad de sociedades. Posteriormente en 1976 se adoptó la 2ª Directiva,⁴¹ relativa a la armonización de las normas y de los procedimientos sobre constitución de sociedades anónimas. A pesar de que entre los años 1976 y finales de los años ochenta, se fueron dictando directivas de armonización del Derecho de sociedades de los Estados miembros,⁴² lo cierto es que con el fracaso de la 5ª y 10ª directivas,

³⁹ BOUZA VIDAL, N. *Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea* en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho de la Unión Europea europea*. Madrid, Civitas, 1986, tomo I, p. 554.

⁴⁰ 1ª Directiva de 9 de marzo de 1968 (68/151/CEE, DO L 65 de 14 de marzo de 1968), modificada por la Directiva 2003/58/CE de 15 de julio de 2003 (DO L 221 de 4 de septiembre de 2003).

⁴¹ 2ª Directiva de 12 de diciembre de 1976 (77/91/CEE, DO L 26 de 31 de enero de 1977).

⁴² 3ª Directiva de 9 de octubre de 1978 (78/855/CEE, DO L 295 de 20 de octubre de 1978), relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; 4ª Directiva de 25 de julio de 1978 (78/660/CEE, DO L 222 de 14 de agosto de 1978), relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad; 6ª Directiva de 17 de diciembre de 1982 (82/891/CEE, DO L 378 de 31 de diciembre de 1982), relativa a la escisión de sociedades anónimas; 7ª Directiva de 13 de junio de 1983 (83/349/CEE, DO L 193 de 18 de julio de 1983), relativa a las cuentas consolidadas; 8ª Directiva de 10 de abril de 1984 (84/253/CEE, DO L 126 de 12 de mayo de 1984), sobre autorización de las personas

este método basado en la armonización legislativa, mostró sus límites y se pusieron de manifiesto a partir de ese momento, las diferencias fundamentales que existían entre las diversas tradiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades, cambiándose la estrategia legislativa y dando mayor autonomía a las legislaciones nacionales.⁴³ A pesar de ello, también es cierto que en los últimos años se han dictado muchas directivas, que han seguido desarrollando y a la vez armonizando el derecho de sociedades de la actual Unión Europea. A continuación hacemos referencia a las más importantes:⁴⁴

- *Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.*⁴⁵

- *Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición.*⁴⁶

- *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 (Texto pertinente a efectos del EEE).*⁴⁷

- *Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE).*⁴⁸

encargadas del control legal de documentos contables; 11ª Directiva de 21 de diciembre de 1989 (89/666/CEE, DO L 395 de 30 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; 12ª Directiva de 21 de diciembre de 1989 (89/667/CEE, DO L 395 de 30 de diciembre de 1989), relativa a la sociedad de responsabilidad limitada de socio único. Asimismo se han dictado nueve directivas sobre el mercado de valores y directivas sobre mercados financieros y seguros.

⁴³ WOUTERS, J. "European company law: Quo vadis?". *CMLR*. 2000, núm. 37, pp. 276-278.

⁴⁴ <<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/2013401/chap1710.htm>> [Consulta: 29 enero 2014].

⁴⁵ DO L 157 de 26 de junio de 2003, pp. 49-54.

⁴⁶ DO L 142 de 30 de abril de 2004, pp. 12-23.

⁴⁷ DO L 310 de 25 de noviembre de 2005, pp. 1-9.

⁴⁸ DO L 157 de 9 de junio de 2006, pp. 87-107.

- *Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.*⁴⁹

- *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 (Texto pertinente a efectos del EEE).*⁵⁰

- *Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (Texto pertinente a efectos del EEE).*⁵¹

- *Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas Texto pertinente a efectos del EEE.*⁵²

- *Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.*⁵³

- *Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 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 Texto pertinente a efectos del EEE.*⁵⁴

⁴⁹ DO L 184 de 14 de julio de 2007, pp. 17-24.

⁵⁰ DO L 258 de 1 de octubre de 2009, pp. 11-19.

⁵¹ DO L 258 de 1 de octubre de 2009, pp. 20-25.

⁵² DO L 110 de 29 de abril de 2011, pp. 1-11.

⁵³ DO L 345 de 29 de diciembre de 2011, pp. 8-16.

⁵⁴ DO L 315 de 14 de noviembre de 2012, pp. 74-97.

El Convenio internacional y el reglamento europeo como instrumentos jurídicos de armonización

El legislador europeo armonizó el Derecho de sociedades utilizando las bases jurídicas de los artículos 44.2, 94, 95, 293.3 y 308 TCE, siendo esencialmente utilizado el artículo 44.2 y en menor medida los artículos 94 y 95 como bases jurídicas para la armonización a través de directivas.⁵⁵ Por otro lado, a pesar de que el artículo 293.3 TCE abría la vía para la celebración de Convenios internacionales, en materia de reconocimiento recíproco de sociedades, mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes, no ha sido éste el camino utilizado por los Estados miembros, siendo ejemplo de ello el “no nato”, Convenio de Bruselas de 1968.⁵⁶

Por último, en cuanto al artículo 308 TCE, como cláusula de cierre del sistema o “cláusula general de competencia sobre competencias”,⁵⁷ hay que decir que fue utilizado como base jurídica para la elaboración de tres reglamentos europeos: el de la Agrupación Europea de Interés Económico,⁵⁸ el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea⁵⁹ y el relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.⁶⁰

⁵⁵ VARGAS VASSEROT, C. “El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”. *RDS*. 2004, núm. 22, pp. 315-321.

⁵⁶ Siguiendo el artículo 293.3 TCE se elaboró el Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968 sobre el reconocimiento recíproco de sociedades y de personas jurídicas. El objetivo era favorecer el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, en el sentido del artículo 54 TCE (actual artículo 54 TFUE). El Convenio no llegó a entrar en vigor porque los Países Bajos no lo ratificaron. Por otro lado, también se abandonó el proyecto de convención sobre fusiones internacionales de 1972 (hecho público en 1973 (anexo 13/73 del Boletín CEE), el cual fue sustituido por la propuesta de 10ª Directiva, y que finalmente concluyó con la aprobación de 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 (*DO L* 310 de 25 de noviembre de 2005). Finalmente el Convenio Europeo sobre establecimiento de sociedades, que se opuso a la firma en Estrasburgo el 20 de enero de 1966, tampoco entró en vigor por faltar las preceptivas ratificaciones.

⁵⁷ VARGAS VASSEROT, C. “El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”. *RDS*. 2004, núm. 22, p. 319.

⁵⁸ Reglamento 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio sobre Agrupación Europea de Interés Económico (*DO L* 199 de 31 de julio de 1985).

⁵⁹ Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (*DO L* 294 de 10 de noviembre de 2001).

Cambio de estrategia legislativa: Simpler Legislation for the Internal Market (SLIM)

Como ya se ha indicado anteriormente tras el fracaso de la 5ª y 10ª Directivas, se desarrolló una nueva estrategia a partir de mediados de los años ochenta, hacia una política de desregulación y simplificación legislativa. En este sentido el profesor Esteban Velasco afirma que:

Este cambio de estrategia se produjo esencialmente por las siguientes razones: en primer lugar por las insuficiencias de concepto y fundamento de la tarea armonizadora; en segundo lugar, por la resistencia de los Estados miembros a la introducción de elementos extraños a su tradición jurídica que provocaran distorsiones en sus sistemas legislativos; en tercer lugar, por la lentitud y complejidad del proceso de adopción de decisiones; y por último, por la existencia de nuevas técnicas legislativas, basadas en la primacía de la autonomía de la voluntad, que resultaban más adecuadas, por una parte, al nuevo escenario internacional de fuerte competencia y, por otra, al cambio de consideración de la tarea legislativa de la UE con la introducción del principio de proporcionalidad y subsidiariedad⁶¹ en el TCE.⁶²

Este cambio de estrategia por parte del legislador europeo se plasmó posteriormente con la iniciativa SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market), que se inició a partir de 1996 y que tenía como finalidad la de saber cómo simplificar la legislación del Mercado Único. La cuarta fase de la iniciativa *SLIM*, iniciada por la Comisión en

⁶⁰ Reglamento 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (DO L 207 de 18 de agosto de 2003).

⁶¹ Estos principios se encuentran regulados en el artículo 5 del TCE (antiguo artículo 3b), y se encuentran desarrollados en el "Protocolo sobre la aplicación de principios de subsidiariedad y proporcionalidad". El principio de Subsidiariedad supone que la CE interviene en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva sólo cuando los objetivos no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Según VARGAS VASSEROT, C. "El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de las Directivas de Sociedades", *RDS*, 2004, núm. 22, p. 317, nota número 44: "Con este principio se persiguen dos objetivos muy distintos: de un lado, permitir que la Comunidad actúe si los Estados miembros no logran alcanzar un objetivo comunitario en el marco de su sistema constitucional nacional; y de otro, mantener la autoridad de los Estados miembros en aquellos sectores en los que la actuación comunitaria no es capaz de conseguir resultados más eficaces". El principio de proporcionalidad supone que ninguna acción de la CE puede exceder de lo necesario, para alcanzar los objetivos del TCE. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, el principio de proporcionalidad postula que, en la hipótesis de que haya varios medios posibles para alcanzar el objetivo establecido por el Tratado, se escoja aquel que resulte menos gravoso para el ciudadano (STJUE de 11 de julio de 1989, Asunto 265/87, apartado 21).

⁶² ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea". *RDS*. 2001, número 6, p. 142.

octubre de 1998,⁶³ se refería a la simplificación del Derecho de Sociedades comunitario, siendo el antecedente inmediato la “Conferencia sobre Derecho de sociedades y el Mercado Único”, organizada por la propia Comisión en diciembre de 1997. Tras el análisis llevado a cabo por la Comisión sobre el informe realizado por un Grupo de trabajo sobre el Derecho de sociedades, publicado en 1999, en el cual se hacían algunas recomendaciones sobre la simplificación de la 1ª y 2ª Directivas, la Comisión publicó el 4 de febrero de 2000 un informe, sobre los “Resultados de la cuarta fase de *SLIM*”, donde manifestó que tendría en cuenta algunas de dichas recomendaciones.⁶⁴ Poco después adoptó la Comunicación titulada “Reexamen del proyecto *SLIM*” de 28 de febrero de 2000,⁶⁵ cuyo objetivo, según la propia comunicación era “...apreciar la eficacia de *SLIM* como instrumento de simplificación legislativa y recomendar medidas para la mejora de su eficacia”.⁶⁶

Gobernanza y modernización del Derecho de sociedades europeo

Siguiendo con la evolución reciente del Derecho de sociedades europeo, hay que hacer referencia al informe final de 4 de noviembre de 2002, del Grupo de alto nivel de expertos en Derecho de sociedades,⁶⁷ designado por el Comisario Sr. Bolkestein en septiembre de 2001, para efectuar unas recomendaciones en el marco de una regulación moderna del Derecho de sociedades en la UE. El Grupo estaba presidido por el Sr. Jaap Winter, y el informe fue titulado: “Un marco normativo moderno para

⁶³ Documento SEC (1998) 1944, “Legislación más sencilla para el Mercado Único (*SLIM*): ampliación a una cuarta fase”. <http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=140359> [Consulta: 29 enero 2014].

⁶⁴ Documento COM (2000) 56 Final. En el apartado sobre conclusiones, la Comisión afirma que “...Tomadas en su conjunto, estas recomendaciones representan una oportunidad de llevar a cabo una simplificación significativa y de reducir los costes y procedimientos al tiempo que se protegen los intereses de los accionistas y de los acreedores”, <http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=154620> [Consulta: 29 enero 2014].

⁶⁵ Documento COM (2000) 104 Final. <http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=154878> [Consulta: 29 enero 2014].

⁶⁶ Página 2 del documento, en donde se establecen como campos fundamentales abordados en el reexamen: Los objetivos de *SLIM*; selección de la legislación a revisar dentro de *SLIM*; dirección y gestión de los equipos; y aplicación de las recomendaciones.

⁶⁷ Grupo de expertos formado por los profesores Jaap Winter (presidente), José María Garrido, Klaus J. Hopt, Jonathan Rickford, Guido Rossi, Jan Schans Christensen, y que contaron con el auxilio de Karen Van Hulle, Dominique Thienpont y Erich Eggenhofer. SÁNCHEZ CALERO, F., “Publicación del Informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa”. *RDBB*. núm. 89, 2003, p. 396.

el Derecho de sociedades en Europa” y conocido como “Informe Winter”.⁶⁸ El objeto de dicho informe era la gobernanza empresarial en la UE, y la modernización del Derecho de sociedades, es decir, sentar recomendaciones o propuestas de bases y pautas de actuación en relación al proceso de creación del Derecho de la Unión Europea en materia societaria. Es de destacar que el informe afirmaba, al referirse a los instrumentos de creación normativa, que las directivas, reglamentos y otros instrumentos legislativos de primer nivel, deben limitarse a establecer los principios fundamentales, dejando la especificación a las reglas nacionales. Asimismo, se recomendaba que todas las futuras iniciativas, en materia societaria se basaran en procesos de consulta previa a los integrantes de la industria, los mercados y los sectores afectados, y que existiera un órgano de consulta e información permanente a la Comisión en esta materia. Como afirma el profesor Garrido García (miembro del Grupo de expertos):

El informe constituyó una reflexión general sobre el Derecho de sociedades en Europa y un documento sobre “política legislativa” en materia de sociedades, partiendo de la idea de que el Derecho de sociedades cumple una función esencialmente promocional, facilitadora o habilitadora (*enabling*).⁶⁹

El nuevo Plan de Acción de la Comisión Europea

Posteriormente, el 21 de mayo de 2003, la Comisión hizo pública la Comunicación relativa a la “Modernización del Derecho de sociedades, y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea, un plan para avanzar”.⁷⁰ Para la elaboración de dicha comunicación, la Comisión tuvo en cuenta las sesenta recomendaciones hechas en el “Informe Winter”. Afirmaba la Comisión en la Comunicación, que “Ahora

⁶⁸ Report of the High level group of company law experts on Modern Regulatory Framework for company law in Europe, Bruselas, 4 de noviembre de 2002. Documento disponible en <http://europa.eu.int/comm/internal_market/>. [Consulta: 29 enero 2014]. En realidad este informe es el segundo “Informe Winter”, pues el primero fue realizado por este grupo de expertos encabezado por Jaap Winter en enero de 2002, relativo a la directiva sobre OPAs, el cual sirvió de base para la propuesta de directiva presentada el 2 de octubre de 2002.

⁶⁹ GARRIDO GARCÍA, J.M. “El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea”. *RDS*. 2003, núm. 20, p. 112.

⁷⁰ Documento COM (2003) 284 Final. Este documento constituye la respuesta de la Comisión a la invitación realizada por el Consejo de Competencia el 30 de septiembre de 2002, para organizar un profundo debate sobre el que iba a ser el futuro “Informe Winter” y a elaborar un Plan de acción para el Derecho de sociedades. <http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&Do s Id=179931> [Consulta: 29 enero 2014].

es el momento adecuado para dar un nuevo y ambicioso impulso al proceso de armonización del Derecho de sociedades de la UE. Resulta indispensable adoptar nuevas iniciativas, destinadas a modernizar la legislación existente o a complementar el marco legislativo de la UE, añadiendo un número limitado de instrumentos nuevos y adaptados”. Entre los diversos motivos que justifican este nuevo impulso en el Derecho de sociedades la Comisión afirmaba que: “Debido al crecimiento regular de las actividades transfronterizas de las empresas europeas en el mercado interior, resulta deseable disponer de un conjunto común de normas de Derecho de sociedades a nivel europeo, en particular para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento, y las reestructuraciones transfronterizas”. Los principales objetivos que se marcaba la Comisión en sus acciones futuras eran: en primer lugar, reforzar los derechos de los accionistas y la protección de terceros, y, en segundo lugar, promover la eficacia y la competitividad de las empresas, a través de la creación de un marco sólido de Derecho de sociedades, buscando un justo equilibrio entre las acciones de la UE y las acciones a nivel nacional. Para la Comisión estas acciones deberían basarse en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, abordando las iniciativas de la UE las cuestiones de carácter transfronterizo. Para las iniciativas destinadas a promover la eficacia y la competitividad de las empresas se reservaba un cierto grado de armonización de determinadas cuestiones nacionales.⁷¹ Otro de los temas que trataba la Comunicación, y que merece nuestra atención era el relativo a la buena gobernanza empresarial, y tanto para éste como para el tema relativo a la modernización de la normativa europea relativa al Derecho de sociedades, la Comisión fijó un plan de acción dividido en tres fases: la primera a corto plazo (2003 a 2005), la segunda a medio plazo (2006 a 2008), y la tercera a largo plazo (a partir de 2009).⁷²

El 10 de diciembre de 2003 el Comité Económico y Social Europeo presentó el dictamen,⁷³ emitido en relación con la Comunicación de la Comisión de 21 de mayo de 2003, del cual es de destacar que en general, dicho Comité se mostraba a favor de las medidas o acciones a realizar, y del calendario adoptado para llevarlo a cabo, afirmando en el apartado 3.6, al tratar de las observaciones generales que “[El comité] hace hincapié en el hecho de que considera indispensable solucionar con la mayor brevedad posible, y teniendo en cuenta la realidad de las empresas, diversos problemas de carácter transfronterizo, como las fusiones transfronterizas, la

⁷¹ Página 6 y siguientes de la Comunicación (formato pdf).

⁷² Las acciones concretas en cada una de las etapas se encuentran en el anexo 1 de la Comunicación.

⁷³ Aprobado por unanimidad en la Sesión del 10 de diciembre de 2003 en su 404 Pleno.

transferencia de sede de un Estado miembro a otro, o los obstáculos transfronterizos para el ejercicio de los derechos de los accionistas”, y en el apartado 4.9 sobre la reestructuración y movilidad de las empresas afirmaba que: “En el marco de la realización de un auténtico mercado integrado, el Comité considera que es indispensable eliminar los obstáculos a la movilidad de empresas. En esta perspectiva, el Comité apoya el hecho de que la Comisión prevea la aprobación a corto plazo de dos propuestas de directiva, una de ellas sobre las fusiones transfronterizas y la otra sobre la transferencia de sede de un Estado miembro a otro”. En este sentido cabe decir que dichas propuestas fueron presentadas y que una de ellas, la relativa a las fusiones transfronterizas fue aprobada (26 de octubre de 2005),⁷⁴ y que la otra finalmente fracasó. Ambas directivas serán tratadas en mayor profundidad en el último apartado de esta parte, relativa a la evolución del Derecho societario europeo, a pesar de ello, podemos avanzar y afirmar que ambas iniciativas son instrumentos jurídicos, encaminados a facilitar las operaciones empresariales dentro de la UE, e intentar resolver uno de los principales problemas con los que se encuentran las sociedades europeas, como tendremos oportunidad de ir viendo a lo largo de este trabajo, y que no es otro que el de las dificultades jurídicas, técnicas y fiscales para llevar a cabo una operación de traslado de sede (social o efectiva), o fusión intracomunitaria. En esta línea y como conclusión del análisis de la Comunicación de la Comisión de 21 de mayo de 2003, afirmaba la profesora Puyol Martínez-Ferrando que:

El conjunto de medidas propuestas por la Comisión constituye la respuesta de la UE a la necesidad de revisar el marco jurídico societario comunitario con el fin de adecuarlo al nuevo contexto económico, social y tecnológico de los países europeos. La principal finalidad del Derecho de sociedades debe ser establecer un marco legal para aquellos que deseen llevar a cabo actividades empresariales de un modo eficiente, de ahí que el objetivo de la UE deba ser el desarrollo e implementación de mecanismos societarios que incrementen la eficiencia y competitividad de las empresas europeas a través de una mayor transparencia y de un fortalecimiento de los derechos de los accionistas.⁷⁵

En esta misma línea el profesor Embid Irujo afirmaba, al analizar el proceso llevado a cabo por el legislador europeo, que “uno de sus objetivos radica en la perspectiva

⁷⁴ Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (*DO L 310*, de 25 de noviembre de 2005).

⁷⁵ PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B. “Comunicación de la Comisión Europea relativa a la modernización del Derecho de sociedades y mejora del buen gobierno de las empresas”. *RDBB*. 2003, núm. 91, p. 325.

de hacer posible la movilidad de las sociedades en todo el espacio de la Unión Europea”.⁷⁶

Con esta breve evolución del Derecho de sociedades tenemos elementos fácticos suficientes para situar la realidad jurídica actual europea en materia de Derecho de sociedades. Siguiendo con la idea del Comité Económico y Social de la UE y de la profesora Puyol Martínez-Ferrando, los objetivos del legislador europeo deben dirigirse en buscar una mayor eficacia, y a eliminar cualquier tipo de obstáculo jurídico para la actividad empresarial en general, pues este logro supondría haber conseguido un verdadero Mercado Único en el cual, por ejemplo, no hubiera ningún tipo de dificultad para llevar a cabo un proceso de internacionalización intracomunitaria por parte de una empresa, de restricción a la movilidad de las sociedades, que las fusiones internacionales “intracomunitarias” no conllevaran costes fiscales, o que los derechos de acreedores, accionistas y trabajadores, quedaran garantizados plenamente en cualquiera de estas u otras operaciones societarias. Las dificultades con las que se encuentran las empresas en la actualidad, derivadas de la situación jurídico societaria en la UE, al realizar este tipo de operaciones, son resueltas a través de operaciones complejas e indirectas que suponen obstáculos y costes de gran magnitud (multiplicación de sociedades creadas de acuerdo con las leyes de los diversos Estados miembros, creación de *holdings*, intercambio de participaciones, creación de filiales, sucursales y agencias como solución alternativa al traslado de sede, que implica un cambio de ley aplicable a la sociedad, utilización de técnicas no societarias..., etc.).⁷⁷

⁷⁶ EMBID IRUJO, J.M. “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”. *NUE*. 2006, núm. 252, pp. 6 y ss.

⁷⁷ ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”. *RDS*. 2001, núm. 16, p. 143.

3. La libertad de establecimiento de las personas jurídicas para la consolidación del mercado interior en la UE

3.1. Los principios fundamentales del TCE y del actual TFUE

Después de ver la evolución general del Derecho societario europeo, y analizar aquellos instrumentos jurídicos más importantes para la cooperación, reestructuración y movilidad de las sociedades, vamos a analizar a partir de este momento, y a lo largo de todo el trabajo, los problemas jurídicos reales, con los que se encuentran las sociedades de los Estados miembros, en el momento de llevar a cabo operaciones empresariales de ámbito intracomunitario, en las que se producen situaciones de colisión de ordenamientos o estructuras jurídicas intracomunitarias. Para ello, lo primero que vamos a hacer, es analizar el marco jurídico de derecho originario con el que contamos. Hemos visto hasta ahora lo que la doctrina ha denominado “integración positiva”, llevada a cabo por el legislador europeo a través de directivas de armonización, utilizando esencialmente la base jurídica del artículo 44 TCE, y de forma más restringida a través de reglamentos. A pesar de ello, debemos tener en cuenta, que el derecho originario en materia de sociedades, es decir, todos los tratados fundacionales de las comunidades europeas y las modificaciones de estos, han reconocido un derecho fundamental que es la libertad de establecimiento, y que será el eje alrededor del cual girará este trabajo a partir de ahora, el cual debe ser respetado por los Estados miembros, y que sin el respeto del mismo, se entorpece gravemente la aplicación de toda la legislación, llevada a cabo con directivas de armonización o reglamentos, que crean tipos societarios supranacionales (AEIE, SAE, SCE, SPE). A partir de este momento, analizaremos en detalle el marco jurídico originario (TCE, actual TFUE y TUE), partiendo de los principios fundamentales de la Comunidad Europea y de la actual UE, establecidos en los mismos, y luego profundizaremos en el principio de libertad de establecimiento.

Las sociedades de capital: paradigma de la colisión de ordenamientos jurídicos

El objeto del presente trabajo es analizar cuáles han sido y siguen siendo los problemas jurídicos, con los que se encuentra o puede llegar a encontrarse una determinada sociedad en el ejercicio de sus decisiones empresariales, que implican operaciones societarias de internacionalización en el ámbito de la Unión Europea,

centrándonos esencialmente en las sociedades de capital,⁷⁸ constituidas en un determinado Estado miembro, y bajo un determinado ordenamiento jurídico, pues es en este tipo de sociedades, en las cuales se dan mayores conflictos de intereses entre agentes participantes, esto es, entre socios o accionistas, acreedores, trabajadores y terceros en general, y por otro lado, incidir en el debate jurídico desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado (DIPr), y más concretamente con el análisis de las decisiones jurisprudenciales del TJUE, que se está dando actualmente entre la doctrina, a raíz de las interpretaciones jurisprudenciales de los antiguos artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE).

Previamente a entrar a analizar las decisiones jurisprudenciales, que han dado lugar al nacimiento de este interesante debate jurídico-doctrinal, a caballo entre el Derecho de la Unión Europea y el DIPr, y que analizaremos en este trabajo, es preciso, como ya se ha dicho con anterioridad, fijar el marco jurídico desde el que se parte, y éste no es otro que el Derecho de la Unión Europea desde sus fuentes originarias, es decir, desde el TCE y el actual TFUE y TUE, pues es donde se encuentran los cimientos que edifican “el edificio” del mercado único, y el cual incluye lógicamente a las sociedades mercantiles como agentes participantes en el proceso de integración económica, fijando unos principios fundamentales que deben ser respetados por los Estados miembros. Como ha quedado expuesto de forma sucinta en este trabajo, los Estados fundadores de la CEE, y posteriormente aquellos Estados que se han ido incorporando, han creado un modelo de integración económica, que se basa en la consecución de un objetivo, que es el de eliminar todos los problemas y obstáculos que se producen en la interrelación comercial,

⁷⁸ La definición legal de sociedad de capital la encontramos el artículo 2 de la Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital, en donde se establece que “*se entenderá por sociedad de capital: Una sociedad como la mencionada en el artículo 1 de la Directiva 1968/151 de 9 de marzo o cualquier otra sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas en la Directiva 1968/151 para proteger los intereses de socios y terceros*”. Hay que tener en cuenta que el “Informe Winter”, proponía una nueva clasificación de las sociedades, distinguiendo entre “sociedades cotizadas” (aquellas cuyas acciones se encuentren admitidas a negociación en un mercado regulado, o estén regularmente negociadas fuera de un mercado regulado); “sociedades abiertas” (aquellas cuyas acciones no se encuentran admitidas a negociación, pero cuya estructura interna permitiría esa negociación, ya que sus acciones son libremente transmisibles y su titularidad se encuentra dispersa), y “sociedades cerradas” (aquellas cuyas acciones no son libremente transmisibles, y no podrían, por esa causa, ser admitidas a negociación en bolsa, o en las cuales una titularidad dispersa no es concebible).

entre los Estados miembros y conseguir de esta forma un verdadero mercado interior o único, en el cual las mercancías, las personas, los servicios y los capitales circulen sin ningún tipo de restricción directa o indirecta, derivada de la regulación nacional.

Principios y fundamentos de la Comunidad: artículos 1 a 16 TCE

El antiguo artículo 2 TCE, enumeraba los objetivos de la Comunidad Europea (actualmente su contenido se encuentra esencialmente en el artículo 3 TUE),⁷⁹ estableciéndose en el artículo 3 TCE, cuáles eran las acciones para lograr dichos objetivos, siendo de destacar los apartados a), c) y h). Se establecía como medida en el apartado a) *la prohibición, entre los Estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente*; en el apartado c) *un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales*; y en el apartado h), el más importante de los tres, *la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común*. Estos tres apartados nos muestran cuáles son las acciones o medidas fundamentales, a ejercer para que se pueda dar un verdadero mercado interior entre los Estados miembros, es decir, prohibición de restricciones, libertad de circulación y aproximación legislativa.

En la primera parte del TCE se encontraban recogidos los principios y fundamentos de la Comunidad (artículos 1 a 16),⁸⁰ y entre ellos, el derecho o libertad de

⁷⁹ El artículo 2 TCE establecía que: *“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.”*

⁸⁰ Para un análisis exhaustivo de los principios y fundamentos de la Comunidad: ABELLÁN HONRUBIA, V. *La contribución de la jurisprudencia del TJUE a la realización del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios* en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Granada, Civitas, 1993, p. 772 (y referencias). Por otro

establecimiento (derivado de la libertad de circulación de personas), y la libre prestación de servicios, que se desarrollaban en los artículos 43 y ss. TCE (actualmente 49 y ss. TFUE)⁸¹. Para que exista un verdadero mercado interior entre

lado, debemos tener en cuenta que, lógicamente, se siguen manteniendo dichos principios, a pesar de la modificación del TCE y del TUE, llevada a cabo por el Tratado de Lisboa en el año 2007.

⁸¹ - Artículo 49 (antiguo artículo 43 TCE): *“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.*

La libertad de establecimiento comprenderá 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.”

- Artículo 50 (antiguo artículo 44 TCE): *“1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social. 2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: a) ocupándose, en general, con prioridad, de las actividades en las que la libertad de establecimiento contribuya de manera especialmente útil al desarrollo de la producción y de los intercambios; b) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales competentes a fin de conocer las situaciones particulares, dentro de la Unión, de las distintas actividades afectadas; c) eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento; d) velando por que los trabajadores asalariados de uno de los Estados miembros, empleados en el territorio de otro Estado miembro, puedan permanecer en dicho territorio para emprender una actividad no asalariada, cuando cumplan las condiciones que les serían exigibles si entraran en el citado Estado en el momento de querer iniciar dicha actividad; e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 39; f) aplicando la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas; g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros; h) asegurándose de que las condiciones para el establecimiento no resultan falseadas mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros.”*

los Estados miembros, no se debe obstaculizar ni la libertad de establecimiento ni la libre prestación de servicios, pues cualquier tipo de restricción supone la vulneración de los principios y fundamentos, en que se asentaba la Comunidad y la actual Unión Europea, pues tanto en el TCE como en el TFUE y el TUE, se garantizaba y se garantiza la supresión de los obstáculos, a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, y no sólo ello, sino que no tendría razón de ser la Unión Europea, que se fundamenta en la consecución de una verdadera integración económica, entre sus Estados miembros, a través de la creación de un mercado interior. Para garantizar la libre circulación de personas, a través del territorio comunitario y actualmente de la Unión Europea, es esencial que los derechos de los

- Artículo 51 (antiguo artículo 45 TCE): *“Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.*

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo.”

- Artículo 52 (antiguo artículo 46 TCE): *“1. Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones.”*

- Artículo 53 (antiguo artículo 47 TCE): *“1. A fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, así como para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio. 2. En cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros. “*

- Artículo 54 (antiguo artículo 48 TCE): *“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.”*

- Artículo 55 (antiguo artículo 294 TCE): *“Los Estados miembros aplicarán a los nacionales de los demás Estados miembros el trato de nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el artículo 54, sin perjuicio de la aplicación de las restantes disposiciones de los Tratados.”*

ciudadanos comunitarios, sean iguales a los derechos de los nacionales en el Estado en el que se encuentre dicho ciudadano (artículo 18 TFUE, antiguo artículo 12.1 TCE),⁸² es decir, que no hayan discriminaciones por razones de nacionalidad, pues sólo de esta forma es posible lograr un verdadero mercado interior.

3.2. La libertad de establecimiento

Contenido jurídico de la libertad de establecimiento

Tal y como avanzábamos anteriormente al hablar del mercado interior, el garantizar la movilidad de los agentes económicos, es fundamental para la eficacia o realización de éste, movilidad que, debe garantizarse tanto a personas, mercancías, servicios y capitales (libertad de circulación), es decir, a los factores de producción o factores productivos. Como ya se ha indicado anteriormente, el principal objetivo de la Comunidad Económica Europea fue la creación de un mercado común que, a su debido tiempo, debería dar lugar a una unión política. De acuerdo a esa idea, el primer objetivo era precisamente facilitar la libre circulación de los factores de producción, utilizando como instrumento para este fin las llamadas libertades comunitarias. Estas libertades no fueron desarrolladas de la misma manera o con la misma intensidad. En un principio se fundamentó la construcción del antiguo mercado común, en la implementación de la libertad de circulación de mercancías, para posteriormente desarrollar las otras libertades comunitarias.⁸³

Dentro de las cuatro libertades esenciales referidas, nos vamos a centrar en la libre circulación de personas, configurada como un principio fundamental, que implica a su vez la libertad de circulación de trabajadores y de establecimiento, siendo la segunda, aquella que faculta a los nacionales de un Estado miembro, a establecerse de forma permanente en otro Estado miembro, para la realización de actividades económicas por cuenta propia, gozando de los mismos derechos que los nacionales de aquel Estado, como sintéticamente hemos expuesto, al referirnos al concepto de movilidad, quedando las sociedades equiparadas a las personas físicas, a los efectos de aplicación de estas disposiciones, al amparo del artículo 54.1 TFUE. En

⁸² El artículo 18 TFUE (antiguo artículo 12 TCE), establece que: “*En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.*”

⁸³ CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid, Editorial Colex, 2003, p. 29.

este sentido, tal y como afirmaba la profesora Abellán Honrubia "...la libertad de establecimiento cumple el importante papel de facilitar la libre circulación de empresarios individuales o de sociedades en el interior de la Comunidad".⁸⁴

El actual artículo 49 TFUE reconoce el derecho de establecimiento (tal y como hacía el artículo 43 TCE), haciéndolo extensivo a las personas jurídicas, prohibiéndose incluso cualquier tipo de restricción a la apertura de establecimientos secundarios, es decir, agencias, sucursales o filiales, distinguiéndose, en cuanto a los sujetos con potestad para el ejercicio de este derecho, entre personas físicas, sociedades y demás personas jurídicas.⁸⁵

La libertad de establecimiento de las personas jurídicas podría ser definida como aquella libertad, reconocida en los actuales artículos 49 y 54 TFUE, mediante la cual se pretende garantizar el ejercicio, por un nacional de la Unión Europea, persona física o jurídica, de una actividad económica con carácter independiente de modo permanente en el territorio de un Estado miembro distinto del de su nacionalidad.⁸⁶

Para el objeto de este trabajo, por tanto, es básico centrarse en los artículos 49 y 54 TFUE, pues estos son los que garantizan el derecho o libertad de establecimiento, dentro de la Unión Europea a las personas jurídicas, en general, el primero y a las sociedades, en particular, el segundo. Tanta importancia ha tenido este principio, que algún autor ha llegado a afirmar que: "el Derecho de sociedades ha sido un instrumento al servicio de la libertad de establecimiento"⁸⁷ o que "la puesta en práctica de las cuatro libertades fundamentales implica necesariamente la existencia y organización del derecho de establecimiento, *pedra angular* de todo el edificio comunitario".⁸⁸ Por tanto, ahora es el momento de analizar con detenimiento este principio, que es la *pedra angular* y a la vez, *el caballo de batalla* del DIPr en el ámbito de la UE en materia de sociedades.

⁸⁴ ABELLÁN HONRUBIA, V. "Libertad de Establecimiento y Libre prestación de Servicios en la CEE". *RJC*. 1985, núm. 2, p. 296.

⁸⁵ 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". *RDS*. 2002, núm. 19, p. 16.

⁸⁶ SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid, Eurolex, 1996, pp. 459 y ss.

⁸⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. "La libertad de establecimiento de sociedades y demás personas jurídicas en la Comunidad Económica Europea". *DA*. 1980, enero-marzo, pp. 575-580.

⁸⁸ COLOMES, M. *Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE*. J. Delmas et Cie., París, 1971, p. 76.

Alcanzar la plena libertad de establecimiento es la primera condición para lograr que las empresas elijan libremente la sede efectiva de ésta, sin más condicionantes que los de índole económica. Con el reconocimiento de esta libertad, se pretende asegurar a los operadores económicos, la posibilidad de elegir dónde ejercer su actividad, tomando en cuenta los factores de producción, las infraestructuras y los demás elementos necesarios para la misma, pero sin que entren en consideración restricciones jurídicas vinculadas a su nacionalidad.

Una vez elegida la sede entrarán en juego las restantes libertades fundamentales, encaminadas a conseguir ese mismo objetivo, incluyendo, especialmente, las que afectan a la libre circulación de los bienes y servicios producidos. Por ello, hay quien afirma que la libertad de establecimiento, es la primera y fundamental de las cuatro libertades, pues es la que permite la plena consecución de las restantes libertades.⁸⁹

Como se ha mencionado anteriormente, la libertad o derecho de establecimiento se configura como un aspecto de la libre circulación de personas (artículo 3c) TCE, actualmente artículo 3.2 TUE), que se encuentra desarrollado en los artículos 49 a 54 TFUE. Su contenido jurídico engloba dos tipos de medidas: las dirigidas al libre desplazamiento y residencia de sus beneficiarios en el interior de la Unión Europea, y las relativas, en primer lugar, al libre acceso y ejercicio de la actividad económica asalariada (por cuenta ajena), es decir, la libre circulación de trabajadores, y en segundo lugar, a la actividad económica no asalariada, siendo este segundo aspecto el más relevante para nosotros. Los requisitos básicos que la jurisprudencia del TJUE, ha establecido en relación al derecho de establecimiento, son que debe tratarse de actividades económicas independientes; casos internacionales, no supuestos meramente internos y además, que el sujeto fije un establecimiento permanente en otro Estado miembro.⁹⁰

En cuanto al ámbito de aplicación territorial éste comprende el denominado “territorio europeo”, que comprende el territorio de los actuales 28 Estados miembros,⁹¹ así

⁸⁹ SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid, Eurolex, 1996, pp. 456 y ss.

⁹⁰ STJUE de 7 de febrero de 1979 (Asunto *Knoors*, C-115/1978); STJUE de 3 de octubre de 1990 (Asunto *Nino*, C-54/88); STJUE de 28 de enero de 1991 (Asunto “*Steen/Deutsche Bundespost*”, C-332/90); STJUE de 19 de marzo de 1992 (Asunto *Batista Morais*, C-60/91).

⁹¹ Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Bélgica, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia, Suecia, Polonia, Hungría, Malta, Chipre, República Checa, Lituania, Letonia, Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, Rumanía, Bulgaria y Croacia.

como Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, Las Azores, Madeira, las islas Canarias y las islas Aland,⁹² aunque, tal y como afirma el artículo 349 TFUE, en el caso de estos últimos, la aplicación de los Tratados se llevará a cabo siempre que no pongan en peligro la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión, incluido el mercado interior y las políticas comunes.

El concepto de establecimiento

La actividad que define el derecho de establecimiento se encuentra en el artículo 49.2 TFUE (antiguo artículo 43.2 TCE), donde el concepto de establecimiento se configura como *el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de sociedades*, siendo éste el objeto primario de la libertad, y estableciéndose el contenido jurídico en el mismo apartado, cuando afirma que dicho establecimiento se realizará *en las mismas condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*. Esta configuración de la libertad de establecimiento, para el profesor Borrajo Iniesta: “irremediamente repercute en las potestades de los Estados miembros y de las instituciones de la Comunidad”.⁹³

Por otro lado, el TJUE en su jurisprudencia,⁹⁴ se ha ocupado de definir el concepto de establecimiento, y ha afirmado que es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de modo permanente y continuo, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y que se beneficie de ello (STJUE de 12 de diciembre de 1996, Asunto *Resebüro Broede*, C-3/95). Dicho derecho se reconoce tanto a las personas jurídicas, como a las personas físicas nacionales de un Estado miembro, y comprende el acceso a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y la apertura de agencias, sucursales o filiales (STJUE de 30 de noviembre de 1995, Asunto *Gebhard*, C-55/94). El TCE y actualmente el TFUE

⁹² Artículos 349 y 355.4 TFUE.

⁹³ BORRAJO INIESTA, I. en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho de la Unión Europea europeo*. Madrid, Civitas, 1986, tomo II, pp. 186 y ss.

⁹⁴ Sobre la distinción entre el concepto de establecimiento y de libre prestación de servicios vid. STJUE de 11 de diciembre de 2003, Asunto *Schnitzer*, C-215/01 (apartados 28-29); STJUE de 12 de diciembre de 1996, Asunto *Resebüro Broede*, C-3/95 (apartados 20 y 21); STJUE de 30 de noviembre de 1995, Asunto *Gebhard*, C-55/94 (apartados 23 a 27); STJUE de 21 de junio de 1974, Asunto *Reyners*, 2/74 (apartado 21).

consideran la libertad de establecimiento, igual que la de servicios, como fundamentos de la Comunidad (y ahora de la Unión Europea), distinguiéndose de forma separada en su regulación una de otra.

Libertad de establecimiento y prestación de servicios

En esencia, la libertad de establecimiento consiste en el acceso a una actividad económica independiente, mediante la fijación de una instalación, o *sede física-económica* en otro Estado miembro, y abarca la posibilidad de fijar un establecimiento principal y/o un establecimiento secundario (filial, sucursal o agencia). Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González consideran que:

La libre prestación de servicios se presenta jurídicamente como un complemento de la libertad de establecimiento ya que cubre los casos en que el acceso a la “actividad económica independiente” se realiza sin instalación fija en otros Estados comunitarios.⁹⁵

En nuestra opinión, y siguiendo la regulación establecida en el TCE, y en el actual TFUE y la propia jurisprudencia del TJUE, no creemos que se pueda considerar ésta un complemento de la otra, pues se configuran como dos formas de acceder a la economía de otro Estado miembro totalmente independientes, y también reguladas de forma independiente, la libertad de establecimiento en los artículos 49 a 54 TFUE (antiguos artículos 43 a 48 TCE), y la prestación de servicios en los artículos 56 a 62 TFUE (antiguos artículos 49 a 55 TCE). Por otro lado, el TJUE en su jurisprudencia siempre los define de forma autónoma,⁹⁶ tal y como hemos referido, con lo cual, consideramos que son dos formas diferentes de acceso a la economía de otro Estado, esto es, una a través de la incorporación del establecimiento, de forma física y permanente en el Estado de destino, y la otra a través de la prestación del servicio, sin necesidad de establecerse ni física ni permanentemente en el Estado de destino, aunque hay que tener en cuenta que este carácter temporal de la prestación, no excluye la posibilidad de que el prestador de servicios, se provea de cierta infraestructura (oficina, despacho o estudio), tal y como ha indicado el TJUE.

⁹⁵ CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid, Editorial Colex, 2003, p. 104.

⁹⁶ STJUE de 12 de diciembre de 1996, Asunto *Reisebüro Broede*, C-3/95 (apartados 20 y 21); STJUE de 30 de noviembre de 1995, Asunto *Gebhard*, C-55/94 (apartados 23 a 27) y STJUE de 11 de diciembre de 2003, Asunto *Schnitzer*, C-215/01 (apartados 28-29).

Según los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González: “la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios se refieren a las mismas actividades. Son ambas *actividades económicas independientes*, no asalariadas”.⁹⁷ Tal y como afirman dichos autores “la diferencia entre ambas radica en el cómo se presta la actividad, en la modalidad de ejercicio de la actividad económica”. Si la actividad económica se presta mediante una instalación permanente, en el Estado miembro receptor de dicha actividad, el sujeto que desarrolla una actividad económica independiente, está sometido a las reglas de la libertad de establecimiento. Por otro lado, si la actividad económica independiente se presta desde un Estado miembro, donde se dispone de establecimiento, pero en el territorio de cualquier otro Estado miembro, sin tener en el mismo una “instalación o presencia permanente” la actividad se sujeta a la libre prestación de servicios tal y como establece el artículo 56.1 TFUE. Según el TJUE existe “presencia permanente” cuando el operador económico dispone en el Estado miembro receptor del servicio: a) De una filial de su empresa; b) De una sucursal de la misma; c) De una mera “oficina dirigida por el personal propio de la empresa, o de una persona independiente pero mandataria, para permanecer y actuar para éstas como lo haría una agencia”.⁹⁸ Cuando se emplean intermediarios independientes en el Estado receptor, no existe “establecimiento”. De igual forma, el prestador del servicio puede instalar un “infraestablecimiento” en el Estado de acogida, es decir, disponer de una cierta y mínima infraestructura en dicho Estado. En aquellos casos más dudosos en los que es difícil determinar si existe o no establecimiento en el Estado de prestación del servicio la jurisprudencia del TJUE ha empleado dos criterios: a) El criterio de la captación de clientela y b) el criterio del modo de inserción económica en el estado receptor.⁹⁹

Las distintas formas de ejercer la libertad de establecimiento

Garantizar que las personas tanto físicas como jurídicas, puedan establecerse en el Estado miembro que más les convenga, maximizando sus intereses subjetivos, supone que las sociedades decidirán la ubicación de su sede, principalmente por

⁹⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 252-253.

⁹⁸ STJUE de 4 de diciembre de 1986 (Asunto *Comisión/ Alemania*, C-205/1984); STJUE de 4 de diciembre de 1986 (Asunto *Comisión/ Irlanda*, C-206/1984); STJUE de 4 de diciembre de 1986 (Asunto *Comisión/Francia*, C- 220/1983).

⁹⁹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid, Editorial Colex, 2012, p. 254.

motivaciones de índole económica, pues estas motivaciones son la esencia de su razón de ser: el ánimo de lucro. Por lo tanto, las sociedades se ubicarán físicamente, donde la rentabilidad sea más elevada, ya sea porque los costes de producción sean bajos y los beneficios sean más elevados, o bien por motivos fiscales o de mercado, lo cual, en última instancia, también es una motivación económica. En este sentido para la profesora Blanco Morales-Limonas:

El ejercicio de este derecho es la condición primera para lograr que las empresas elijan libremente su sede, y una vez elegida ésta entrarán en juego las restantes libertades fundamentales, especialmente las que afectan a la libre circulación de los bienes y servicios producidos.¹⁰⁰

Hay que tener en cuenta que la libertad de establecimiento, en el caso de las sociedades, se realiza en la práctica esencialmente a través del traslado de sede a título principal (establecimiento primario), o a título secundario, y de forma más residual, a través de la participación en la constitución, y gestión de empresas ya constituidas y en fusiones internacionales intracomunitarias. Veamos a continuación estas cuatro modalidades:

a) La primera de estas formas, el *traslado del establecimiento primario*, podemos subdividirla en dos modalidades, que serían en primer lugar, la creación *ex novo* de la sede o establecimiento principal de la sociedad, en el Estado miembro escogido, lo cual implica que por parte de un nacional, o una sociedad constituida en un determinado Estado miembro (“Estado de origen”), se pueda constituir una sociedad en otro Estado miembro (“Estado de destino”), en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro de destino.¹⁰¹ En este contexto el concepto de establecimiento principal significa la creación, participación en la constitución y gestión de una empresa para el ejercicio autónomo de una actividad económica, tal y como establece el artículo 49 TFUE, donde establece que: *La libertad de establecimiento comprenderá 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.*

¹⁰⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, pp. 146-154.

¹⁰¹ BARNARD, C. *The law of the EU, the four freedoms*. 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 332.

Por otro lado, y como segunda modalidad, la libertad de establecimiento primario se llevaría a cabo, a través del traslado de la sede a otro Estado miembro distinto de aquél, en el cual se encontraba inicialmente la sede o establecimiento principal de la sociedad, es decir, sin una creación *ex novo*, pues la sociedad ya preexistía.¹⁰² En este caso se trata de un traslado internacional, de sede social de una sociedad, o de un traslado del despacho profesional de un prestador de servicios. El cese de actividad en el Estado de origen por parte de la sociedad que se va a trasladar, está sujeta a tributos como también lo está la implantación en el Estado de destino o acogida. Los Estados miembros no pueden limitar, ni prohibir el traslado de sede social a otro Estado miembro, pues ello sería contrario al artículo 49 TFUE. Los Estados miembros sí pueden, a falta de armonización europea, establecer las modalidades de dicho traslado internacional. Tal y como podremos analizar en este trabajo, el artículo 49 TFUE no acoge el derecho, en el estado actual del Derecho de la Unión Europea, a favor de una sociedad constituida, según la ley de un Estado miembro y con sede en el mismo, de trasladar su sede social a otro Estado miembro. Por este motivo, las sociedades en la práctica, llevan a cabo procesos de internacionalización a través del establecimiento, a título secundario con la creación de filiales y sucursales en el estado de destino. Jurídicamente y en el contexto del Derecho de la Unión Europea, la única mención que se hacía al respecto, era en el ya derogado artículo 293 TCE,¹⁰³ en el cual se establecía que los Estados miembros entablarían, en tanto fuere necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales, el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el artículo 48.2 (actualmente 54.2 TFUE), 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. Por tanto no se regulaba directamente la posibilidad de traslado de sede primaria de una sociedad, pues hay una remisión a la legislación de los Estados miembros.¹⁰⁴ Como sostienen

¹⁰² LOOIJESTIJN-CLERARIE, A. "Centros Ltd. a complete u-turn in the right of establishment for companies?". *ICLQ*. vol. 49 (2000), p. 625.

¹⁰³ Con la reforma llevada a cabo del TCE por el Tratado de Lisboa de 2007, se derogó el artículo 293, por lo que actualmente en el TFUE ni tan siquiera se hace referencia a dicho aspecto.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S. El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario en AA.VV, Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 2002, vol. I, p. 454; SCHÖN, W. "The mobility of companies in Europe". *ECFR*. vol. 3 (2006), núm. 2, p. 133; BLANCO FERNÁNDEZ, J.M. "La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas". *RDM*. 1992, núms. 203/204, p. 258; ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea". *RDS*. 2001, núm.16, p.161.

algunos autores, el artículo 293 TCE se configuraba como un medio auxiliar, que no esencial, para el ejercicio de la libertad de establecimiento.¹⁰⁵

b) *Ejercicio de la libertad de establecimiento a través de la creación de filiales, sucursales o agencias de la propia sociedad en otro Estado miembro.*¹⁰⁶ La doctrina lo denomina libertad de establecimiento a “título secundario”, pues la empresa no cambia de sede: lo que se crean son establecimientos auxiliares, y dependientes del establecimiento principal.¹⁰⁷ En general, las sociedades ejercen el derecho de establecimiento secundario, a través de la transferencia de parte de sus actividades, o extendiendo sus actividades de un Estado miembro a otro, manteniendo el establecimiento principal en el Estado de constitución.¹⁰⁸ Es ésta una de las formas más utilizadas por las sociedades, pues los establecimientos secundarios quedan sometidos a la legislación del Estado de destino, y por tanto, ello no conlleva problemas jurídicos sobre ley aplicable a las mismas,¹⁰⁹ ni el gravamen fiscal que supone para la sociedad, el traslado de sede social (con cambio de estatuto personal, es decir, modificación de la *Lex societatis*), a otro Estado miembro, pues supone pagar los tributos en el Estado de origen, por la disolución de la sociedad

¹⁰⁵ LOMBARDO, S. “Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: an economic and comparative analysis of the allocation of policy competence in the European Union”. *EBOLR*. 2003-2004, p. 306.

¹⁰⁶ BARNARD, C. *The law of the EU, the four freedoms*. 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 310.

¹⁰⁷ La diferencia esencial entre una filial y una sucursal es que la primera es una sociedad con personalidad jurídica propia, es decir, creada por la sociedad principal o sociedad “matriz”, pero independiente jurídicamente de su creadora, mientras que la sucursal no tiene personalidad jurídica propia, pues depende de la sociedad extranjera. En el caso de la filial, la sociedad “matriz”, detenta el control efectivo de ésta a través de la propiedad, normalmente, de una parte importante de su capital social. El ordenamiento jurídico aplicable al régimen de la filial es el del lugar de implantación, pues ésta se crea siguiendo las disposiciones legales de dicho Estado, lo cual no conlleva problemas sobre reconocimiento de la sociedad filial. La sucursal forma parte de la sociedad extranjera, y al igual que la filial para su constitución se aplica la ley del lugar de implantación.

¹⁰⁸ LOOIJESTIJN-CLERARIE, A. “Centros Ltd. a complete u-turn in the right of establishment for companies?”. *ICLQ*. vol. 49 (2000), p. 626.

¹⁰⁹ Hay autores que han distinguido otras formas de movilidad de las sociedades, y no sólo el traslado por motivos económico-fiscales, por ejemplo, se ha hablado de la fusión intracomunitaria como posible forma de movilidad societaria. Sobre las distintas formas de movilidad dentro del espacio europeo son interesantes los trabajos de MENJUCQ, M. *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*. París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997; MENJUCQ, M. “La société européenne: en fin l'aboutissement”. *LD*. 2001, núm. 13, pp. 1.085 y ss.

(pues debe extinguirse previamente), así como pagar nuevos tributos por la creación de una nueva sociedad, en el Estado de acogida o de destino. Por otro lado, los Estados miembros tienen la obligación de reconocer de forma automática, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, constituidas en un Estado miembro que deseen establecer una sucursal, agencia o filial en otro Estado miembro, siempre que tales sociedades cumplan con los requisitos que su legislación nacional les exige al efecto.¹¹⁰

c) *Participación en la constitución y gestión de empresas ya constituidas.* Otra de las formas de ejercitar el derecho reconocido en el artículo 49 TFUE, sería a través de la participación en la constitución de empresas en el Estado miembro de acogida. Se trataría de la participación, en la constitución y gestión de empresas, y especialmente de sociedades tal y como se definen en el artículo 54 TFUE, en las condiciones fijadas por la legislación del Estado de establecimiento, para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.¹¹¹

d) *Fusión internacional intracomunitaria.* Por otro lado, otra de las formas de ejercer el Derecho de establecimiento, a través de las sociedades, es en operaciones societarias de fusión internacional intracomunitaria (o transfronteriza tal y como lo define la Directiva 2005/56), pues dicha operación de restructuración, permite el traslado efectivo de la sede social de una de las sociedades que se fusionan.¹¹² Así lo reconoció la STJUE de 13 de diciembre de 2005 (Asunto *SEVIC Systems*, C-411/03), en la que el Tribunal estableció como modalidad particular del ejercicio de la libertad de establecimiento una fusión intracomunitaria. El TJUE en dicha

¹¹⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, F. "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado". *RFGUG*. 2004, núm. 7, p. 384; GRUNDMANN, S. *The structure of European Company Law, Organization, finance and capital markets*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 124.

¹¹¹ Establece el artículo 49 TFUE que: "*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.*

La libertad de establecimiento comprenderá 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."

¹¹² VOSSESTEIN, G.J. "Companies' freedom of establishment after Sevic". *ECL*. vol. 3 (2006), p. 182.

sentencia analizaba si una operación de fusión de este tipo, se enmarca dentro de la libertad de establecimiento. En contra de las alegaciones de los Gobiernos de los Países Bajos y Alemania, el Tribunal afirmó que las operaciones relativas a fusiones transfronterizas, responden a necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes, y por tanto, constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento. Con lo cual concluye el TJUE que en una operación de fusión transfronteriza son de aplicación los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), pues la libertad de establecimiento comprende para las sociedades mencionadas, en el apartado segundo del artículo 48 TCE, la constitución y gestión de dichas sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación del Estado de establecimiento (Alemania), para sus propias sociedades.¹¹³

El TJUE una vez concluido que una operación de fusión intracomunitaria (o transfronteriza), está comprendida dentro del ejercicio de la libertad de establecimiento, lo que hizo es analizar si en el supuesto fáctico planteado en el Asunto *Sevic Systems*, había existido una restricción u obstaculización a la libertad de establecimiento, y en este sentido afirmaba que el Derecho alemán establecía una diferencia de trato, entre sociedades según la naturaleza interna o transfronteriza de la fusión, y que ello podía disuadir a éstas de ejercer la libertad de establecimiento consagrada por el TCE. Por tanto, una diferencia de trato de este tipo constituye una restricción, en el sentido de los artículos 43 y 48 TCE,¹¹⁴ que es contraria al derecho de establecimiento, y que sólo cabría si persigue un objetivo legítimo compatible con el TCE, y está justificada por razones imperiosas de “interés general”. En los apartados 24 a 30, se detenía el Tribunal a analizar si realmente existía una justificación en la actuación del Estado alemán para la denegación de la fusión. El TJUE, al igual que hizo en otras tres sentencias anteriores (*Centros*,

¹¹³ En el mismo sentido el abogado general Antonio Tizzano en el apartado 30 de sus conclusiones generales afirmaba que “Están comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento todas las medidas que permiten acceder a otro Estado miembro a ejercer en él actividades económicas, ofreciendo a los interesados la posibilidad de participar en la vida económica del país de manera efectiva y en condiciones idénticas a las de las empresas nacionales, e incluso las medidas que meramente facilitan dicho acceso.”

¹¹⁴ En el apartado 50 de las conclusiones generales, el abogado general, considera el hecho de que la medida de que se trata, impida totalmente a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros, utilizar una de las modalidades de acceso al mercado alemán (fusión por absorción o por constitución), más que una restricción, es una negación de la libertad de establecimiento.

Überseering e Inspire Art),¹¹⁵ afirmaba que no cabe excluir que existan razones imperiosas de “interés general” (la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores, así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales, y de la lealtad de las transacciones comerciales) que, en determinadas circunstancias y respetando ciertos requisitos, puedan justificar una medida que restrinja la libertad de establecimiento, sin embargo, el hecho de denegar de manera general, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil de una fusión entre una sociedad, establecida en dicho Estado, y una sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro, va más allá de lo que es necesario, para alcanzar los objetivos de proteger los citados intereses y por tanto, es contrario al TCE.

En el caso *SEVIC Systems*, al igual que hizo en el caso *Überseering* (apartado 93), en que se limitaba a afirmar que la normativa nacional discutida, no suponía una mera restricción, sino que equivalía a la negación misma de la libertad de establecimiento (a diferencia del caso *Centros e Inspire Art*, en los que el Tribunal argumentaba porqué la medida nacional no superaba el test de eficacia, por no resultar adecuada para garantizar la protección de los intereses de los acreedores), el TJUE resolvió la cuestión partiendo del hecho, de que con que la normativa alemana, denegaba de forma general la inscripción de fusiones transfronterizas, aun cuando los intereses mencionados previamente no estén amenazados, resultaba evidente que *tal norma va más allá de lo que es necesario para proteger los citados intereses* (apartado 30), y por tanto, parece que sólo la denegación de inscripción caso por caso, sobre la base de los concretos intereses afectados, resultaría ajustada al Derecho comunitario.¹¹⁶

Un último aspecto a destacar de esta sentencia, es que al igual que ocurría con las sentencias *Centros*, *Überseering e Inspire Art*, donde el TJUE resolvía la cuestión planteada, sin entrar en la distinción entre establecimiento primario y secundario,¹¹⁷ en el caso *SEVIC Systems*, el TJUE vuelve a no entrar en esta cuestión, y por tanto,

¹¹⁵ STJUE de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, C-212/97); STJUE de 5 de noviembre de 2002 (Asunto *Überseering BV*, C-208/00) y STJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto *Inspire Art*, C-167/01).

¹¹⁶ GARCÍA LÓPEZ, J.A. “Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades en el ordenamiento jurídico comunitario: ¿otra vuelta a la tuerca? El caso *Sevic*”. *RLL*. 2006, núm. 6.411, p. 2.

¹¹⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S. “El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario” en AA.VV, *Derecho de sociedades*, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 2002, vol. I, pp. 454-456.

se confirma el abandono por el Tribunal de la referida distinción. El TJUE se limitó a recordar el ámbito de aplicación material de los artículos 43 y 48 TCE, en el sentido de que negar a una sociedad la posibilidad de llevar a cabo una fusión transfronteriza, supone imposibilitar su “participación efectiva en la vida económica” del Estado, a cuyo mercado pretende acceder. Al igual que en el apartado 16 de la sentencia *Daily Mail*,¹¹⁸ de nuevo el TJUE advertía en el caso *SEVIC Systems*, que las normas de Derecho comunitario se oponen a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales, o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación.¹¹⁹

A pesar de que es probable que un proceso de fusión internacional lleve aparejado un traslado, o cambio de sede social, debemos tener en cuenta que para que sea viable, previo a ello deberá analizarse si las legislaciones de los estados, cuya nacionalidad ostentan las sociedades implicadas en la fusión, permiten o por lo menos no prohíben dicho cambio de sede estatutaria o domicilio social.¹²⁰

Artículo 54 TFUE: requisitos de acceso a la libertad de establecimiento

En cuanto a las condiciones concretas que debe cumplir una determinada sociedad para poder beneficiarse de este derecho-libertad, se especifican en el actual artículo 54 TFUE. En primer lugar, debe estar constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, y en segundo lugar, debe tener su sede social (estatutaria), administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro. La primera condición se refiere a que la ley que rige la constitución de la sociedad (*Lex societatis*), sea la de un Estado miembro, y la segunda viene referida a su localización, es decir, que se encuentre dentro del territorio de la Unión su sede social (la que conste en los Estatutos de la propia sociedad); la administración central¹²¹ (el lugar donde la sociedad tiene su centro de dirección efectivo) y, por

¹¹⁸ STJUE de 27 de septiembre de 1988 (Asunto *Daily Mail*, C-81/87).

¹¹⁹ GARCÍA LÓPEZ, J.A. “Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades en el ordenamiento jurídico comunitario: ¿otra vuelta a la tuerca? El caso *Sevic*”. *RLL*. 2006, núm. 6.411, p. 2.

¹²⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A. “Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE”. *CDJ*. núm. 19, 2004, 2004, p. 447.

¹²¹ Para algunos autores como GARCIMARTÍN ALFÉREZ o FERNÁNDEZ DEL POZO, el concepto de “administración central” puede asimilarse al concepto de “centro de intereses principales”, definido en el considerando 13 del Reglamento 1346/2000 de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, como “el lugar donde la sociedad lleva a cabo de manera habitual la administración de

último, el centro de actividad principal se refiere a la sede real o efectiva.¹²² Para evitar que una sociedad (no establecida en la Unión Europea), tenga su sede real en un tercer estado que no forme parte de la propia Unión Europea, y designe como sede estatutaria un Estado miembro, y se beneficie de la libertad de establecimiento, parte de la doctrina afirma la necesidad de que la sociedad para considerarse establecida, y beneficiarse de tal libertad deba presentar un *ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro* (según afirmaba el “Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento”,¹²³ y el “Programa General de 18 de diciembre de 1961 para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios”).¹²⁴ Otra parte de la doctrina se opone

sus intereses y que puede ser averiguado por terceros” (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “El reglamento de la SAE: una primera lectura”. *GJUE*. 2002, enero-febrero, p. 15; FERNÁNDEZ del Pozo, L. “El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea (Societas Europea)”. *RDM*. 2003, núm. 250, p. 1.544.

¹²² CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid, Editorial Colex, 2003, p. 122.

¹²³ Se incluyeron como beneficiarios del Programa General a las empresas constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro, o de un país o territorio de Ultramar y que tuvieran su sede social, su administración central o su centro de actividad principal en la Comunidad, o en un país o territorio de Ultramar para su instalación, con el fin de ejercer una actividad no asalariada en el territorio de un Estado miembro, y siempre que dichas empresas precedentemente mencionadas, en caso de que únicamente tuvieran su sede social en la Comunidad, o en un país o territorio de Ultramar, presentaran en su actividad una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado o de un país o territorio de Ultramar, excluyéndose en todo caso que dicha vinculación dependiera de la nacionalidad, en particular de los socios, de los miembros de los órganos de gestión o de vigilancia o de las personas que poseyeran el capital social. En cuanto a los efectos, afirma el profesor BORRAJO INIESTA que: “Aunque nunca se ha planteado el tema frontalmente, parece opinión común que los Programas Generales de 1961 no vinculaban en forma alguna a los Estados. Desde luego, los Programas no están comprendidos en el artículo 189 [actual artículo 249]. Serían un programa de acción, que vincularía a las instituciones comunitarias en la tarea de aprobar las directivas que, éstas sí, obligarían a los Estados a realizar y a hacer efectivas las libertades proclamadas por el Tratado” en BORRAJO INIESTA, I. en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho de la Unión Europea europeo*. Madrid, Civitas, 1986, tomo II, p. 192. En el mismo sentido GOLDMAN B.; LYON-CAEN A.; VOGEL L. afirmaban que: “...estas reglas de acción” no han podido vincular a los Estados, que durante el período transitorio no estaban obligados a suprimir las restricciones más que por el efecto de las directivas y, al terminar este período, lo están directamente por aplicación del Tratado” en GOLDMAN B.; LYON-CAEN A.; VOGEL L. *Droit commercial européen*. 5ª édition, París, Dalloz, 1994, p. 267.

¹²⁴ “Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios” de 18 de diciembre de 1961 (*DO L* 2, de 15 de enero de 1962, páginas 32 a 35). En el título I de dicho Programa General, al igual que en el relativo a la libertad de establecimiento, se establece

a dicha interpretación, con lo cual, no es un tema pacífico, como tendremos ocasión de ver más adelante. El problema radica, esencialmente, en la interpretación que se le dé al actual artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE), es decir, si la función localizadora de los tres tipos de sede se puede interpretar como una norma conflictual, o como una norma material que plasma la vinculación económica de la sociedad, con el espacio en el que se integra. En cuanto al primer requisito (*la sociedad debe estar constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro*), debemos decir que parte de la doctrina afirma que éste nos remite a la legislación de un Estado miembro, lo cual supone que este requisito se convierte en una remisión a la ley, que debe resolver la cuestión previa de la constitución de la sociedad, pues sólo si la sociedad ha sido válidamente constituida conforme a dicha legislación, podrá ser beneficiaria del derecho de establecimiento, por tanto, siguiendo con este razonamiento, este primer requisito se convierte en una norma de conflicto, que nos remite de forma alternativa a la ley de cada Estado miembro. Esta interpretación supone atribuirle carácter conflictual al artículo 54 TFUE. Como hemos referido, otra parte de la doctrina es contraria a este planteamiento, y atribuye valor material y no conflictual a dicho artículo.

Condiciones de aplicación y restricciones a la libertad de establecimiento

Al referirnos al ejercicio de la libertad de establecimiento de las personas físicas, nos referimos en esencia, al hecho de que un nacional de un Estado miembro, decide instalarse en otro Estado miembro (situaciones intracomunitarias), al que denominamos Estado “de destino”, y el ejercicio de esta libertad debe suponer que va a ser tratado en igualdad de condiciones que los nacionales del propio Estado.¹²⁵ En cuanto al ejercicio de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, y

que los beneficiarios serán los nacionales de los Estados miembros establecidos en la Comunidad y las empresas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro cuando tengan su sede social, su administración central o su centro de actividad principal en la Comunidad, en caso de que únicamente tenga su sede social en la Comunidad, su actividad presente una vinculación efectiva y continuada con la economía de un Estado miembro, excluyéndose en todo caso que dicha vinculación dependa de la nacionalidad, en particular de los socios, de los miembros de los órganos de gestión o de vigilancia o de las personas que posean el capital social; y siempre que el servicio sea llevado a cabo por el propio prestador o por una de sus sucursales o agencias asimismo establecidas en la Comunidad.

¹²⁵ Fue la STJUE de 21 de junio de 1974 (*Reyners*, Asunto 2/74), la que puso de relieve la conexión que existe entre las libertades económicas del TCE, y la prohibición general de discriminaciones por razón de nacionalidad, que proclamaba el artículo 7 TCE (actual artículo 12), como principio estructural básico de la Comunidad.

más concretamente de las sociedades, como ya hemos referido anteriormente, éste es equiparable a las personas físicas (artículos 49.2 y 54 TFUE), y ello implica que la actividad económica ejercida por la sociedad, que decide establecerse en un determinado Estado miembro, se someta al ordenamiento jurídico de éste en igualdad de condiciones que si se tratara de una sociedad de dicho Estado. Pero la aplicación de dicha legislación no debe entorpecer la propia libertad de establecimiento, la cual, como libertad fundamental garantizada por el actual TFUE, sólo puede ser obstaculizada si las medidas reúnen ciertos requisitos, los cuales se ha encargado de establecer la jurisprudencia del TJUE y que son los siguientes:

- a) Que las medidas adoptadas por el Estado estén justificadas por razones imperiosas de interés general.
- b) Que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen.
- c) Que dichas medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En cuanto al concepto de “interés general” hay que tener en cuenta que este concepto no se encuentra recogido en el TFUE, ni se recogía en el TCE, pero sí que ha sido desarrollado jurisprudencialmente también por el TJUE, pronunciándose especialmente sobre los límites comunitarios de dicho concepto, es decir, cuándo puede el “interés general” justificar la adopción de medidas, que limitan el derecho de establecimiento.¹²⁶ La verdadera realización de la libertad de establecimiento, por tanto, supone la no discriminación de sociedades extranjeras (de la Unión Europea), por parte de los Estados miembros, esto es, que no se produzcan restricciones a la libertad de establecimiento, a través de obstáculos que se amparen en conceptos como el “interés general”, o en aplicación de normas discriminatorias para las

¹²⁶ El TJUE se ha referido al concepto de “interés general”, y a las medidas restrictivas a la libertad de establecimiento en algunas resoluciones, incluyendo dentro del concepto de “interés general”, la protección de la política fiscal, la protección de los intereses de los consumidores o la protección del mercado de trabajo. De entre todas las resoluciones destacamos: STJUE de 28 abril de 1977 (Asunto *Thieffry*, C-71/1976), apartados 12 y 15; STJUE de 31 de marzo de 1993 (Asunto *Kraus* C-19/1992), apartado 32; STJUE de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Gebhard*, C-55/1994), apartado 37; STJUE de 15 de mayo de 1997 (Asunto *Futura Participations y Singer*, C-250/95), apartado 26; STJUE de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, 212/1997), apartado 34; STJUE de 21 de noviembre de 2002 (Asunto *W e Y*, C-436/00), apartado 49; STJUE de 11 de marzo de 2004 (Asunto *De Lasteyrie du Saillant*, 9/02), apartado 49 y STJUE de 13 de diciembre de 2005 (Asunto *SEVIC Systems*, C-411/03), apartado 23.

sociedades extranjeras, y que perturben el libre ejercicio de la libertad de establecimiento.¹²⁷ La jurisprudencia del TJUE se ha encargado de matizar e incluso ampliar la restricción fundada sobre “el interés general”, siempre que la medida restrictiva que establezcan los Estados miembros sea “indistintamente aplicable”, tanto a los nacionales como a los no nacionales. Concretamente la jurisprudencia establece, que un Estado miembro podrá imponer una medida nacional, basada en la protección del “interés general”,¹²⁸ siempre que ésta cumpla los siguientes requisitos: en primer lugar que se produzca en un ámbito no armonizado; en segundo lugar que no sea discriminatoria, y por último, que sea objetivamente necesaria y proporcionada al fin que persigue.¹²⁹

Los antiguos artículos 45, 46 TCE y el Programa General de supresión de restricciones de 1961

Por otro lado, también en el propio TCE (artículos 45 y 46, actualmente artículos 51 y 52 TFUE), el legislador europeo estableció las situaciones que justificarían de forma excepcional la restricción al ejercicio de este derecho, es decir, que las disposiciones que garantizaban la libertad de establecimiento del TCE (actualmente TFUE) no se aplicarían según el antiguo artículo 46 TCE *en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.*¹³⁰ Asimismo, el artículo 46 TCE (actual artículo 52 TFUE), permitía la aplicación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que previeran un régimen especial para los extranjeros, y que estuvieran justificadas por razón de

¹²⁷ De la jurisprudencia del TJUE se desprende que las normas sobre igualdad de trato, no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, o el domicilio social por lo que respecta a las sociedades, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (STJUE de 12 de febrero de 1974 (Asunto *Sotgiu*, C-152/73), STJUE de 13 de julio de 1993 (Asunto *Kraus*, C-330/91).

¹²⁸ STJUE de 25 de julio de 1991 (Asunto *Comisión/Países Bajos*, C-353/89), en cuyo apartado 18 se recoge una lista de justificaciones objetivas, admitidas por el TJUE en cuanto a la libre prestación de servicios, equiparable también a la libertad de establecimiento.

¹²⁹ STJUE de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Gebhard*, C-55/94), apartado 37.

¹³⁰ Actualmente el artículo 52 TFUE sustituye al artículo 46 TCE, y establece en su primer apartado que: “*Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.*”

orden público, seguridad y salud públicas. A parte de estas excepciones recogidas en el propio TCE y mantenidas en el TFUE, es interesante hacer referencia a la definición del concepto de restricción, que estableció el “Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento”, de 18 de diciembre de 1961,¹³¹ el cual se publicó en cumplimiento de la previsión establecida en el anterior artículo 54.3g) TCE.¹³² En este Programa General se afirmaba que el carácter de restricción *abarca toda prohibición u obstáculo a las actividades no asalariadas de los nacionales de los otros Estados miembros que consista en un trato diferenciado de los mismos por comparación con los propios nacionales, previsto por una disposición legal, reglamentaria o administrativa de un Estado miembro o resultante de la aplicación de dicha disposición o de prácticas administrativas*. En el título III de dicho Programa General, se enumeraban cuáles eran de forma particular las restricciones, que debían ser eliminadas según el calendario establecido en el título IV del mismo Programa,¹³³ y que luego se

¹³¹ “Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento” de 18 de diciembre de 1961 (DO L número 2 de 15 de enero de 1962, pp. 36 a 45, edición especial en español: Capítulo 6, tomo 1, pp. 7-10). Definidos como “reglas de acción” (“regles de fond”) que el Consejo se había dado a sí mismo para aplicar y desarrollar las disposiciones del TCE (GOLDMAN B., LYON-CAEN A.; VOGEL L. *Droit commercial européen*. 5ª édition, París, Dalloz, 1994, p. 275).

¹³² Establecía el artículo 54.3g) que: “...antes del término de la primera etapa, el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Comité Económico y Social y a la Asamblea, establecerá un programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento”.

¹³³ Establecía el título III que “Entre las disposiciones y prácticas restrictivas se incluirán en particular las que, con relación solamente a los extranjeros: a) prohíban el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada; b) subordinen el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada a una autorización o a la expedición de un documento, tal como un carnet de comerciante extranjero o un carnet profesional de extranjero; c) subordinen la concesión de la autorización requerida para el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada a condiciones suplementarias; d) subordinen el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada a una estancia o un período de formación en el país de acogida; e) hagan oneroso el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada, imponiendo cargas fiscales o de otro tipo, tales como la prestación de un depósito o de una fianza en el país de acogida; f) limiten o dificulten el acceso a las posibilidades de abastecimiento o de mercados, haciéndolo más oneroso o más difícil; g) prohíban u obstaculicen el acceso a la formación profesional requerida o útil para el ejercicio de una actividad no asalariada; h) excluyan o limiten la participación en sociedades, en particular en lo que se refiere a las actividades desempeñadas por los socios; i) prohíban o restrinjan el derecho a participar en la seguridad social y, en particular, en los seguros de enfermedad, accidente, invalidez o vejez y en los subsidios familiares; j) concedan un régimen menos favorable en caso de nacionalización, expropiación o requisa. Lo mismo se aplicará respecto de las disposiciones y prácticas que, con relación solamente a los extranjeros, excluyan, limiten o subordinen a condiciones la facultad de ejercer los

concretaron en la adopción de directivas de supresión de restricciones dictadas por el legislador europeo a partir de 1962.¹³⁴

La aplicación efectiva de la libertad de establecimiento

Una vez vistas las características que configuran uno de los principios fundamentales, garantizados desde los primeros tratados fundacionales y mantenidos en el actual TFUE, es decir, la libertad de establecimiento, tanto a personas físicas como jurídicas, hay que preguntarse si realmente este principio se cumple de forma efectiva, en el marco actual de la Unión Europea, esto es, si los Estados miembros no anteponen su regulación interna, sobre Derecho de sociedades para discriminar a sociedades extranjeras intracomunitarias, o si realmente, se puede hablar de un verdadero ejercicio de la libertad de establecimiento, dentro de la Unión Europea que garantice un verdadero mercado interior. En este sentido escribía el profesor Fernández de la Gándara en 1980 que:

La efectiva aplicación del principio de establecimiento tropieza, en el momento actual, con las dificultades inherentes a la disparidad de legislaciones nacionales existente en la CEE. Las diferencias que separan unos ordenamientos de otros en cuanto al régimen jurídico-societario, derecho de colisión aplicable a la actividad de las sociedades más allá de las fronteras nacionales, reconocimiento de sociedades extranjeras, diverso tratamiento en materia de fusiones internacionales y transferencia de la sede social al extranjero,

derechos normalmente adscritos a una actividad no asalariada y, en particular, la facultad: a) de celebrar contratos, en particular de obras y de arrendamientos tales como el arrendamiento de servicios y los arrendamientos rústicos o urbanos, así como de disfrutar de todos los derechos derivados de dichos contratos; b) de presentar ofertas o participar como contratante o subcontratista en los contratos del Estado o de otras personas jurídicas de Derecho público; c) de beneficiarse de concesiones o autorizaciones concedidas por el Estado o por otras personas jurídicas de Derecho público; d) de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes muebles o inmuebles; e) de adquirir, explotar o enajenar la propiedad intelectual y los derechos adscritos a ella; f) de tomar a préstamo y, en particular, de acceder a las diversas formas de crédito; g) de beneficiarse de las ayudas directas o indirectas concedidas por el Estado; h) de comparecer ante los tribunales y de interponer cualesquiera recursos ante las autoridades administrativas; i) de afiliarse a organizaciones profesionales, en la medida en que las actividades profesionales del interesado impliquen el ejercicio de dicha facultad. Por último, las mencionadas disposiciones y prácticas comprenderán asimismo aquéllas que limiten u obstaculicen la entrada del personal del centro de actividad principal, situado en un Estado miembro, en los órganos de gestión o vigilancia de las agencias, sucursales o filiales fundadas en otro Estado miembro."

¹³⁴ GOLDMAN B.; LYON-CAEN A.; VOGEL L. *Droit commercial européen*. 5^a édition, París, Dalloz, 1994, pp. 288-310.

orientaciones divergentes, y en ocasiones inconciliables, respecto del fenómeno de la participación de los trabajadores en los órganos de administración y control, así como respecto de los mecanismos de protección de estos últimos en el marco del nuevo Derecho internacional de sociedades y, sobre todo, la ausencia de un tratamiento unitario de las cuestiones fiscales que con la libertad de establecimiento se suscitan, constituyen un obstáculo serio a la realización de los objetivos establecidos en el Tratado.¹³⁵

En el año 2002, escribieron los profesores Velasco San Pedro y Sánchez Felipe que:

Al día de la fecha, cincuenta años después del inicio del proceso de integración europea, los avances que se han registrado en la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, aunque importantes, no son parangonables a los experimentados por el resto de las libertades [...] la contribución de la jurisprudencia del TJUE, siempre progresiva en materia de profundización de la integración europea, a este aspecto de la libertad de establecimiento, ha sido discreta y, además, poco clara [...].¹³⁶

Estas dos citas textuales nos dan una idea de cuál era la situación en aquel momento, y que prácticamente se mantiene en la actualidad, tal y como hemos visto al hablar del mercado interior. Podemos afirmar que quizás dicha situación no ha avanzado lo que debía, a pesar del impulso integrador del Derecho de la Unión Europea. Tanto desde la integración positiva como negativa, sin embargo, podemos afirmar que se ha avanzado con respecto a la situación descrita en 1980, pues recordemos que en aquel año todavía no se había firmado el AUE, y que los avances en cuanto a integración económica y jurídica de la Unión Europea, realmente han dado pasos muy significativos en los últimos veinte años, sobre todo, a partir de la firma del Tratado de Maastricht, Tratado de Ámsterdam y más recientemente con el Tratado de Lisboa. No nos pueden dejar de sorprender, pues, las apreciaciones vertidas en el año 2002 por los autores citados, aunque si bien es cierto que dichos autores en el mismo artículo afirmaban que con la aprobación del reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea *la libertad de establecimiento de las personas jurídicas ha obtenido un importante avance...*,¹³⁷ quizás parece una apreciación prematura si se tiene en cuenta que la entrada en vigor del citado Reglamento, según establecía el artículo 70 del propio texto legal,

¹³⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La libertad de establecimiento de sociedades y demás personas jurídicas en la Comunidad Económica Europea". *DA*. 1980, enero-marzo, p. 578.

¹³⁶ 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". *RDS*. 2002, núm. 19, p. 17.

¹³⁷ 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". *RDS*. 2002, núm. 19, p. 17.

debía ser el 8 de octubre de 2004, y hasta que no pasara un tiempo prudencial, no se podría valorar en su justa medida, cuál ha sido la verdadera efectividad del Reglamento. Por otro lado, recordemos que una de las mayores críticas que se le han hecho al Reglamento, a lo cual ya nos hemos referido en este trabajo, es la constante remisión que se hace a los ordenamientos nacionales, pues la regulación es un híbrido entre el Derecho europeo y el nacional. Pero lo que realmente es importante es saber si actualmente, podemos hablar de un verdadero Derecho societario comunitario o europeo, plenamente integrado a través del derecho derivado (integración positiva), y a través del derecho originario (integración negativa), y que constituya un instrumento capaz de permitir a los agentes económicos europeos competir actualmente a nivel comercial, en un mundo cada vez más globalizado y poder desarrollar, y llevar a cabo, operaciones de reestructuración o procesos de internacionalización, sin toparse con obstáculos jurídicos que limiten de alguna forma el libre ejercicio del derecho de establecimiento, según se reconoce en los propios tratados fundacionales.

Es evidente que para que pueda ser ejercida la libertad de establecimiento, por parte de las personas físicas o jurídicas, y por tanto, que dicha libertad sea real y efectiva, se presupone que existe una libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, en el territorio de los Estados miembros.¹³⁸ Es esencial, por tanto que no existan restricciones o discriminaciones por razón de nacionalidad o residencia. Cada Estado miembro fija las condiciones de acceso a actividades económicas, independientes en su territorio de la forma que considera más pertinente. De esta forma, es evidente que existen divergencias desde un punto de vista jurídico de acceso a las actividades económicas independientes entre los Estados miembros, desde la exigencia de titulaciones oficiales para el ejercicio profesional, como requisitos específicos para el simple alquiler de un local de negocio, donde ejercer una actividad comercial. Tal y como ya advertíamos al hablar del mercado interior, estas divergencias jurídicas, repercuten negativamente en el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea, pues las empresas deben adaptarse a cada mercado nacional, en el que se pretende llevar a cabo una actividad económica independiente, lo que conlleva un alto coste económico, y además limita el ejercicio de las libertades de circulación, y en particular, la libertad de establecimiento reconocidas en la legislación de la Unión Europea.

¹³⁸ Actualmente la regulación sobre libre desplazamiento, estancia y establecimiento en los Estados miembros se encuentra en la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158 de 30 de abril de 2004).

El legislador europeo ha intentado minimizar estas situaciones legislativamente, a través del Derecho originario y derivado, con Directivas de armonización, y también el propio TJUE con su jurisprudencia. Los mecanismos para resolver las divergencias jurídicas, que afectan al pleno ejercicio de las libertades fundamentales, se han plasmado legislativa y jurisprudencialmente aplicando el “principio de trato nacional”, es decir, que los Estados miembros deben garantizar, que el derecho de acceso y ejercicio de una actividad económica, por parte de una persona física o jurídica de otro Estado miembro, se lleve a cabo en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida, esto es, desde el punto de vista fiscal, social, administrativo (permisos, autorizaciones... etc.), gestión de empresas..., pero en la práctica, la complejidad de las posibles limitaciones, siguen perjudicando el pleno ejercicio de la libertad de establecimiento.

3.3. La Libertad de Establecimiento y el Derecho Internacional Privado

3.3.1. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A pesar de que en este trabajo hemos empezado hablando de la libertad de establecimiento, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, esto es, desde la interpretación de éste, como uno de los principios fundamentales de la Unión Europea y antes la Comunidad Europea, a partir del análisis del marco jurídico de la Unión Europea, cuando este principio se aplica a las personas jurídicas, y más concretamente a aquellas que adoptan la forma de sociedades mercantiles, se plantea un problema que requiere un estudio, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado (para algunos autores de Derecho Internacional de Sociedades),¹³⁹ pues como veremos, entran en juego intereses económico-jurídicos, que no siempre hacen fácil la aplicación de los artículos 49 y 54 TFUE.

Tal y como ya ha quedado expuesto, cada Estado miembro tiene un ordenamiento jurídico en materia societaria con características, no siempre coincidentes con el

¹³⁹ Esta construcción del Derecho Internacional de Sociedades como una categoría autónoma procede de la doctrina alemana (Staudinger-Grobfeld, Nobel), y ha sido recogida por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002. pp. 37-44, siendo definida por dicho autor como aquella parte del DIPr, que se dedica al estudio de los problemas conflictuales, planteados por las sociedades externas y que se erige como “categoría dogmática conflictual”.

resto de Estados, tanto desde el punto de vista del derecho societario material, es decir, la regulación de los aspectos societarios, como desde el punto de vista conflictual, esto es, los criterios utilizados por cada Estado miembro, para determinar la “Ley reguladora de las sociedades” (“*Lex societatis*”), y el reconocimiento de las sociedades extranjeras en su territorio.¹⁴⁰

A pesar de haberse llevado a cabo un proceso de armonización legislativa, en materia societaria material en la Unión Europea,¹⁴¹ hay aspectos que siguen sin ser

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil internacional*. 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 224.

¹⁴¹ Tal y como hemos visto, la UE ha impulsado un proceso de armonización de la legislación de los Estados miembros en materia de sociedades mercantiles, para proteger los intereses de terceros, accionistas y las sociedades quedan en situación igualitaria a la hora de poder competir en el mercado interior. Esencialmente la armonización del derecho societario europeo afectan a la libertad de establecimiento, puesto que se refieren a la creación y funcionamiento de sociedades. En este sentido el actual artículo 50 TFUE (antiguo artículo 44 TCE), establece que:

“1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social.

2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular:

a) ocupándose, en general, con prioridad, de las actividades en las que la libertad de establecimiento contribuya de manera especialmente útil al desarrollo de la producción y de los intercambios;

b) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales competentes a fin de conocer las situaciones particulares, dentro de la Unión, de las distintas actividades afectadas;

c) eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento;

d) velando por que los trabajadores asalariados de uno de los Estados miembros, empleados en el territorio de otro Estado miembro, puedan permanecer en dicho territorio para emprender una actividad no asalariada, cuando cumplan las condiciones que les serían exigibles si entraran en el citado Estado en el momento de querer iniciar dicha actividad;

e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 39;

f) aplicando la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas;

coincidentes entre los diferentes Estados miembros, pues por tradición jurídica, por intereses de política legislativa o por otros motivos, hay conceptos jurídicos que no coinciden, y asimismo, hay instituciones que no son aceptadas en algunos ordenamientos jurídicos.¹⁴² Los Estados que forman parte de la Unión Europea, están condicionados en muchas materias por la legislación que emana de sus instituciones, ya sea a través de la adaptación de su legislación, transponiendo las directivas de la Unión Europea o a través de la aplicación directa de los Reglamentos.

Problemas interpretativos del artículo 54 TFUE

En cuanto a los problemas que se plantean en la aplicación del artículo 54 TFUE, estos vienen derivados de la interpretación jurídica que se le dé a dicho precepto, es decir, para unos éste es de aplicación directa y conflictual y para otros no. Nos podemos encontrar con dos posibles situaciones: la primera sería aquella en la cual la legislación interna de un Estado miembro, se antepone a la aplicación directa de la libertad de establecimiento, supeditando este derecho al previo reconocimiento de la sociedad como persona jurídica, dentro de su propio ordenamiento jurídico, y que dicha legislación conflictual no reconozca a la sociedad, y que por tanto, no pueda ser ejercido el derecho de establecimiento, por parte de la sociedad al amparo del artículo 54 TFUE (Estados que siguen el modelo normativo basado en la teoría de la sede real o efectiva). La segunda situación sería aquella, en la cual un Estado miembro reconoce a la sociedad, porque su ordenamiento jurídico permite dicho reconocimiento, a través de la norma de conflicto, y por tanto, ello permite la aplicación sin problemas del artículo 54 TFUE (Estados que siguen la teoría de la constitución). Del análisis de estas dos concepciones derivadas de la interpretación que se le de al artículo 54 TFUE, nos ocuparemos a partir de ahora. Para ello lo primero que debemos hacer es ver cómo los Estados, a través de las normas de

g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros;

h) asegurándose de que las condiciones para el establecimiento no resultan falseadas mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros.”

¹⁴² Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos europeos no se reconoce la figura jurídica de la fusión transfronteriza (Alemania). Por otro lado, uno de los mayores inconvenientes que tuvo la aprobación de la SE, fue la diferencia esencial entre las estructuras de los órganos de administración, dentro de las sociedades de capital (sistema dual o monista), y la diferencia entre la implicación de los trabajadores en los órganos de administración de las sociedades mercantiles de los Estados miembros.

DIPr, imponen unos criterios para determinar cuál es el derecho a aplicar a la sociedad, es decir, el llamado estatuto personal o la ley personal que rige a ésta, o también denominada *Lex societatis*.

3.3.2. LA *LEX SOCIETATIS* Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS SOCIEDADES “EXTRANJERAS”

Concepto de Lex societatis

Podemos definir la *Lex societatis* como la ley estatal (ordenamiento jurídico), que regula “la vida” de las personas jurídicas, que adoptan la forma de sociedad, es decir, que determina la ley aplicable a éstas desde su nacimiento o constitución hasta su liquidación, disolución y extinción, siguiendo al profesor Arenas García,¹⁴³ y nuestro ordenamiento jurídico (artículo 9.11 CC), la *Lex societatis* se correspondería con *la ley nacional de la sociedad*.

El primer apartado del artículo 9.11 CC, se refiere al concepto de *Lex societatis* como “ley personal”, haciéndose una asimilación con la ley personal de las personas físicas, reconocido en el artículo 9.1 CC, que recoge el Estatuto personal de la persona física, cuya ley personal viene determinada por su nacionalidad. En el caso de las personas jurídicas, su nacionalidad nos la determina la ley personal, es decir, la *Lex societatis*, esto es, la ley aplicable a la sociedad. Ésta, que determina la nacionalidad de la sociedad, abarca la constitución de la sociedad, su denominación, su objeto social, la sede y duración de la empresa, su forma jurídica, su composición social, la responsabilidad de los administradores, causas y procedimiento de disolución..., etc. Tanto la constitución como posteriormente las relaciones internas y externas de la sociedad, la responsabilidad y finalmente la liquidación y extinción de la misma, deben estar reguladas por la ley de un Estado determinado, es decir, que la *Lex societatis*, la llamada ley personal o estatuto personal de las personas jurídicas, determina en última instancia el ordenamiento jurídico, o ley material concreta que será de aplicación a todos estos aspectos de la sociedad.¹⁴⁴

¹⁴³ ARENAS GARCÍA, R. “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales. *RDN*. núms. 70-71, p. 13. En este artículo el profesor Arenas hace un análisis muy preciso del contenido de la *Lex societatis* en el ordenamiento jurídico español.

¹⁴⁴ El artículo 9.11 CC establece que: “*La ley personal [Lex societatis], de las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y que rige la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción de la sociedad.*”

El artículo 9.11 CC, no indica qué sociedades son españolas y cuáles no lo son, pues para ello es necesario acudir a las normas de derecho material, y ver para cada tipo de persona jurídica, cuáles son los criterios que se establecen para determinar cuándo una sociedad es española. Para las sociedades de capital es el Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Sociedades de Capital en sus artículos 8 y 9, los que lo determinan (anteriormente los artículos 5.2 de la LSA, y el artículo 6.2 de la LSRL). Para el resto de personas jurídicas es de aplicación el artículo 28 CC, para las fundaciones el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación y el artículo 2 y 3 de la Ley 27/1999 de 16 de julio, de cooperativas.¹⁴⁵

¹⁴⁵ El artículo 8 TRLSC establece que: “Serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido” y el artículo 9 establece que: “1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2 Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.” El artículo 28 CC establece que “Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales.” El artículo 6.1 de la Ley Orgánica 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones establece que: “1. Deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional. 2. Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades. Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional.” El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación establece que: “1. Las asociaciones que se constituyan con arreglo a la presente Ley tendrán su domicilio en España, en el lugar que establezcan sus Estatutos, que podrá ser el de la sede de su órgano de representación, o bien aquél donde desarrolle principalmente sus actividades. 2. Deberán tener domicilio en España, las asociaciones que desarrollen actividades principalmente dentro de su territorio. 3. Sin perjuicio de lo que disponga el ordenamiento comunitario, las asociaciones extranjeras para poder ejercer actividades en España, de forma estable o duradera, deberán establecer una delegación en territorio español.” El artículo 2 de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas establece que: “La presente Ley será de aplicación: A) A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. B) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla.” El artículo 3 establece que: “La sociedad

Determinación de la Lex societatis

Para determinar cuál será esta ley personal de las personas jurídicas en general, y de las sociedades en particular, cada Estado establece, de forma independiente y esencialmente basándose en criterios de política económico-legislativa, y a través del DIPr, el “criterio o punto de conexión”, para determinar dicha *Lex societatis*. Como veremos más adelante los diferentes criterios para determinar el derecho aplicable a las sociedades ha centrado el debate doctrinal y jurisprudencial, en cuanto a la compatibilidad o no de algunos modelos normativos europeos (en especial aquellos que siguen el llamado modelo de la *Sitztheorie*, o de sede real o efectiva), con los actuales artículos 49 y 54 TFUE.

El artículo 54 TFUE y el reconocimiento de sociedades extranjeras

Partiendo del hecho de que el Derecho de la Unión Europea debe ser aplicado por los Estados miembros, y por tanto, que cada uno de ellos debe facilitar, o cuanto menos no obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento de las sociedades, no nacionales en su “territorio” (exceptuando las situaciones legalmente previstas en los artículos 51 y 52 TFUE (anteriormente artículos 45 y 46 TCE), lo que hay que determinar en primer lugar es si dicha sociedad es o no extranjera, es decir, no nacional. En el caso de que un Estado tenga que reconocer a una sociedad extranjera, en principio éste lo que hace es aplicar su legislación interna para poder determinar si dicha persona jurídica, es o no reconocida como sociedad mercantil en el propio Estado miembro, es decir, que aquella organización con apariencia de sociedad reúne aquellas características y requisitos legales, que la legislación sectorial interna, preceptúa para que ésta pueda ser considerada como sociedad mercantil en dicho Estado, esto es, que se le reconozca personalidad jurídica en el nuevo Estado. Conjuguar las normas de reconocimiento de sociedades extranjeras de los Estados miembros, con la aplicación del derecho de establecimiento no ha sido tarea fácil. En primer lugar, porque cada Estado miembro sigue un modelo normativo diferente para reconocer a una sociedad extranjera, y por otro lado, porque el texto del artículo 54 TFUE y su antecesor artículo 48 TCE, puede no ser claro. De la lectura del precepto no se concluye, que la libertad de establecimiento lleve inherente el reconocimiento incondicional de una sociedad extranjera, es decir, que

cooperativa fijará su domicilio social dentro del territorio español, en el lugar donde realice principalmente su actividad o centralice su gestión administrativa y dirección.”

hay quien ha interpretado dicho precepto, en el sentido de que previo a permitir el ejercicio de la libertad de establecimiento, el Estado debe reconocer previamente (como una “cuestión previa”), la personalidad jurídica de la sociedad, aplicando el “filtro” jurídico impuesto por las normas internas del Estado. En cambio, para otros, el ejercicio de la libertad de establecimiento lleva aparejado el reconocimiento incondicional de la personalidad jurídica de la sociedad, es decir, que si una sociedad decide trasladarse y establecerse en un Estado miembro, éste debe reconocer a dicha sociedad como tal, por aplicación del artículo 54 TFUE.

La falta de reconocimiento de una sociedad por parte del Estado miembro, es lo que de alguna forma puede entrar en contradicción con el artículo 54 TFUE, ya que si la libertad de establecimiento, es un derecho reconocido en el Derecho de la Unión Europea a las personas jurídicas, si una sociedad está constituida legalmente, conforme a un determinado derecho (*Lex societatis*), ¿puede un Estado miembro no reconocer a dicha persona jurídica en su territorio, y no permitir el ejercicio de una libertad fundamental del TFUE, como es la libertad de establecimiento? Para contestar a esta pregunta es necesario seguir analizando la cuestión del reconocimiento de sociedades en el DIPr.

Afirmaba la profesora Sancho Villa que:

La institución del reconocimiento de sociedades en Derecho comparado, se producía inicialmente en la localización espontánea del reconocimiento en el sector del Derecho aplicable (reconocimiento liberal de los siglos XVIII hasta mediados del siglo XIX). Posteriormente, ésta se basó en un reconocimiento restrictivo localizado en el sector de la extranjería (sistema de concesión o de origen administrativo de las sociedades). Y por último, nuevamente, se produjo el establecimiento de un modelo normativo relativo al nacimiento de las sociedades (ubicado en el sector del Derecho aplicable).¹⁴⁶

En este sentido el profesor Garcimartín Alférez afirmaba que:

La tradición jurídica contemporánea de los Estados miembros de la UE se ha basado en un reconocimiento conflictual, lo cual supone que una sociedad extranjera va a ser reconocida como tal si se ha constituido válidamente conforme a su *Lex societatis*, es decir, según la ley aplicable a dicha sociedad acorde a las normas de conflicto del foro, esto es, que si el Estado miembro en el cual se va a establecer la sociedad, aplica la norma de conflicto que determina cuál es la ley personal aplicable a dicha sociedad, esto es, su *Lex societatis*, si la

¹⁴⁶ SANCHO VILLA, D. *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, Eurolex editorial, 2001, pp. 44-56.

sociedad sigue dicha ley correctamente, el Estado de destino de ésta deberá reconocerla como tal.¹⁴⁷

La vía convencional como instrumento de unificación del Derecho aplicable a las sociedades

Si bien es cierto que en la actualidad y desde finales del siglo XIX, en Europa se ha seguido lo que el profesor Garcimartín Alférez denomina “reconocimiento conflictual” en el que cada Estado determina, a través de la norma interna de conflicto, los criterios que determinarán cuál será el vínculo o el criterio para establecer la ley personal aplicable a la sociedad, no es menos cierto que ha habido intentos fallidos o fracasos de codificación multilateral, por parte de organizaciones internacionales, para codificar la diversificación conflictual como, por ejemplo, el Convenio de la Haya de 1 de junio de 1956, sobre “reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras”, o en el ámbito europeo el Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968, sobre “reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas”.¹⁴⁸ Como puede comprobarse, intentos para unificar la ley aplicable a las sociedades los ha habido, pero se debe admitir, a la vista de estos fallidos intentos de regulación convencional, el fracaso de la vía convencional, como instrumento de unificación del Derecho aplicable a las sociedades.¹⁴⁹ Consideramos que detrás de la normativa conflictual relativa a las sociedades, se esconden no sólo cuestiones meramente jurídicas, sino intereses políticos y económicos, lo cual explicaría estos reiterados fracasos, y la importancia que tiene para los Estados reconocer o no a una determinada sociedad, y fijar unos u otros criterios para fijar la ley personal aplicable a la misma.

¹⁴⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La sentencia Centros: el status quaestionis un año después. *NUE*. 2001, núm. 195, p. 81.

¹⁴⁸ Por otro lado, es interesante destacar que en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), se han aprobado dos Convenios multilaterales, con disposiciones sobre el reconocimiento de sociedades: la Convención sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles de 1979 (CIDIP II), y la Convención sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas de 1984 (CIDIP III).

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ Rozas, J.C. *Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la Lex Societatis* en AA.VV. Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, 2002, vol. 2, pp. 202-205.

3.3.3. MODELOS NORMATIVOS PARA DETERMINAR LA *LEX SOCIETATIS*

El problema que se plantea y que ya apuntábamos anteriormente, es que los Estados siguen distintos criterios, para de determinar cuál es la ley que regirá una determinada sociedad, es decir, que una sociedad será reconocida en un Estado si su *Lex societatis* es la que determina la norma de conflicto de ese Estado. Por ejemplo, si la norma de conflicto determina como punto de conexión que sea la ley del Estado de constitución, si la sociedad está constituida correctamente por dicho ordenamiento jurídico, no habrá problema para el reconocimiento, pero en cambio si la norma de conflicto determina que la ley aplicable a la sociedad, sea la del Estado en el que ésta tenga su sede real, y ésta no coincide con la ley personal de la sociedad, entonces este Estado no podrá reconocer a dicha sociedad, y aplicará el ordenamiento jurídico designado por su norma de conflicto (la ley del lugar de ubicación de la sede real de la sociedad). Ante estas posibles situaciones, la doctrina ha sintetizado los posibles modelos, en cuanto a los criterios que pueden utilizar los Estados, para determinar cuál es la ley personal de las sociedades, básicamente en dos distintos y cuyos principios estructurales, naturaleza y consecuencias de aplicación son totalmente diferentes. Dichos modelos normativos o teorías,¹⁵⁰ son el “modelo de constitución/incorporación” (*Gründungstheorie*) y el “modelo de sede real o efectiva” (*Sitztheorie*).

a) *El modelo de constitución/incorporación o Gründungstheorie*¹⁵¹

Para este modelo normativo conflictual que siguen Estados como Reino Unido, Los Países Bajos, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos, Finlandia o Suecia,¹⁵² la *Lex*

¹⁵⁰ A lo largo de la explicación se utilizará tanto la expresión “modelo”, “modelo normativo” o “teoría”, indistintamente para describir una misma realidad. A pesar de ello, conviene subrayar que el concepto de “modelo” o “modelo normativo”, se refiere a la plasmación normativa por parte de los Estados, a través de sus legisladores del sistema, mientras que el concepto de “teoría” es más doctrinal, teórico y académico. A pesar de ello, consideramos que el contenido del concepto es el mismo, tanto si se habla de modelo como de teoría, uno referido a su aplicación práctica en el Derecho positivo, y el otro referido a su formulación doctrinal.

¹⁵¹ También llamada por algún autor “teoría de la unidad” (SPINDLER, G. “El Derecho de sociedades después de Inspire Art y Golden Shares”, *RDS*, núm. 23, 2004, p. 71).

¹⁵² FERNÁNDEZ Rozas, J.C. *Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la Lex Societatis* en AA.VV, Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, 2002, vol. 2, p. 205. Por otro lado, en el ámbito no comunitario también Estados como Suiza, Turquía, Albania, Polonia y Estados Unidos (PICCOLI, P.; ZANOLINI, G. “Le persone giuridiche nella riforma del Diritto internazionale privato”, *RivN*, 1996, p. 171).

societatis es la ley del Estado, conforme a cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. Se suele afirmar que este modelo está basado en la voluntad de los socios, es decir, son estos los que determinan qué ley va a regir la sociedad que constituyen, ya que escogen cuál es la *Lex societatis*, o el Derecho al cual se somete la sociedad sin tener que someterse necesariamente a la ley del lugar de ubicación de la sede real. Este modelo parte de una concepción contractualista de la sociedad, pues al igual que las partes firmantes de un contrato pueden determinar qué ley regirá el fondo del mismo (*Lex contractus*), las partes firmantes de un contrato por el cual se constituye una sociedad, podrán determinar qué ley regirá la vida de la sociedad que nace con dicho contrato, esto es, desde su constitución hasta su extinción. Para algún autor las características principales de este modelo, en el marco de la UE y a raíz de la sentencia *Centros*, son la necesidad de estar registrada dentro de la Comunidad, y estar constituida según las leyes de un Estado miembro.¹⁵³

Junto a este modelo también se suele hacer referencia al modelo de constitución/incorporación, el cual, para parte de la doctrina, como por ejemplo el profesor Garcimartín Alférez,¹⁵⁴ es asimilable al modelo de constitución/incorporación, pues según este modelo, la *Lex societatis* vendrá determinada para unos autores, por el lugar donde se ubique la sede estatutaria (aquella designada en los estatutos sociales) o, según otros, por el lugar de inscripción registral, criterios que prácticamente siempre coincidirán, ya que en la mayoría de ordenamientos jurídicos, se exige que coincida en el mismo territorio, el lugar de inscripción con el lugar de la sede estatutaria, como ocurre por ejemplo, en el caso español, en los actuales artículos 8 y 9 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC)¹⁵⁵ (antiguos artículos 5.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, y artículo 6.2 de la Ley de Sociedades Responsabilidad Limitada), no exigiéndose en este modelo tampoco que coincida la ley del lugar de incorporación con el lugar de la sede real.

¹⁵³ LAU HANSEN, J. "A New Look at Centros – From a Danish Point of View". *EBLR*. vol. 13 (2002), p. 90.

¹⁵⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, p. 49.

¹⁵⁵ ARENAS GARCÍA, R. *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*. Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 220-221.

El favor recognitionis del modelo de constitución/incorporación

En cuanto al reconocimiento de la sociedad extranjera, por parte del Estado que sigue este modelo normativo, éste se resolverá sin problemas, pues si la ley escogida por los socios para regir la sociedad, se ha aplicado correctamente no habrá ningún problema para dicho reconocimiento. Se afirma de dicho modelo que promueve el *favor recognitionis*, ya que favorece el reconocimiento de las sociedades extranjeras. Es evidente que con la aplicación de normas conflictuales que utilicen puntos o criterios de conexión, que sigan este modelo, *a priori*, no se darán muchas dificultades en cuanto al reconocimiento de sociedades extranjeras, y por tanto, ello facilitará la movilidad transfronteriza de sociedades. En este sentido se alude al hecho de que este *favor recognitionis* facilita la actividad internacional,¹⁵⁶ es decir, facilita el tráfico económico internacional, y por otro lado, se argumenta que por el hecho de poderse determinar fácilmente cuál es la *Lex societatis* se garantiza también la seguridad jurídica.¹⁵⁷

La autonomía de la voluntad en el modelo de constitución/incorporación

Como hemos referido anteriormente, el modelo de constitución/incorporación, parte de una concepción contractualista de la sociedad, basada básicamente en la garantía del ejercicio de la autonomía de la voluntad, a partir de la libertad de elección atribuida a los socios fundadores, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, nacida del contrato de sociedad firmado por aquellos. En este sentido, una de las consecuencias lógicas que se pueden producir, es la desvinculación entre la ley aplicable o *Lex societatis*, y el lugar de localización material del centro de actividad económico o de explotación de la sociedad. Asimismo, este modelo da, en principio, mayor flexibilidad a los administradores, en cuanto a la ubicación de la sede de administración y de explotación que mejor convenga a la sociedad. Por parte de la doctrina más reticente a este modelo normativo, se ha alegado que el ejercicio de la autonomía de la voluntad, puede ser ejercido de forma fraudulenta, ya que podría llegar a ir en contra de los intereses de terceros (esencialmente acreedores y trabajadores), y de la política legislativa del Estado afectado por la

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ Rozas, J.C. Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *Lex Societatis* en AA.VV. Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, 2002, vol. 2, pp. 207-208.

¹⁵⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, pp. 52-54.

actividad social o económica de la sociedad, porque por un lado los socios pueden escoger la ley aplicable menos restrictiva, o menos exigente en cuanto a la regulación con terceros, o incluso con los propios accionistas, en relación con los administradores de la sociedad y por otro lado, en cuanto a la política legislativa del Estado afectado (el de la sede real), ello supondría por ejemplo, que los socios determinaran que la *Lex societatis* fuera la de un determinado Estado, mientras que la actividad de ésta se desarrollara en otro Estado, el cual, a pesar de verse afectado socio-económicamente por dicha actividad, no tendría forma de tutelar o controlar legislativamente dicha situación, pues la ley de aplicación sería la de un tercer Estado, cuyo ordenamiento jurídico podría tener poco que ver con el Estado de localización de la sociedad.

La race to the bottom y las pseudoforeign corporations

Para la doctrina contraria al modelo de constitución/incorporación, la huida del Derecho nacional más riguroso, en beneficio del más liberal, es decir, el ejercicio de la autonomía de la voluntad, para determinar el Derecho que más interese a los socios, y que supone la búsqueda de aquel que mejor colme las expectativas de éstos, vicia el funcionamiento del tráfico jurídico, lo que a su vez, incentiva la llamada *race to the bottom* y el efecto o síndrome de *Delaware*,¹⁵⁸ lo cual facilita el fraude a través de la creación de sociedades ficticias (*pseudoforeign corporations*).¹⁵⁹ Básicamente, estos conceptos vienen referidos al hecho de que en

¹⁵⁸ La expresión “efecto o síndrome de Delaware”, se refiere al efecto desregulador que supuso para los 51 Estados de EE.UU. la reforma del Derecho de sociedades del Estado de Delaware de 1899, que siguió el ejemplo del Estado de New Jersey para atraer a los inversores, y facilitarles la constitución de sociedades con arreglo a su legislación. Cualquier sociedad de Delaware sería reconocida en cualquiera de los restantes Estados, pues el modelo seguido en EE.UU. es el de la constitución, lo que supone, como ya hemos visto, que el Estado del foro reconoce a la sociedad, si ésta cumple con la ley del Estado de constitución, en este caso sólo debía cumplir con los requisitos del Estado de Delaware (requisitos poco exigentes, y por tanto atractivos para la creación de sociedades). Entre 1910 y 1913 se produjo un cambio de política, y se endureció el régimen societario en New Jersey, y el Estado de Delaware pasó a ocupar el primer lugar en cuanto a preferencias de las más importantes sociedades norteamericanas. Cuando se habla en Europa de efecto Delaware, se hace referencia precisamente a la misma situación que podría producirse en Europa de darse un sistema totalmente liberal, es decir, que la competencia entre los ordenamientos jurídicos societarios produjera “paraísos jurídicos”, utilizados por las sociedades para llevar a cabo sus objetivos empresariales.

¹⁵⁹ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, pp. 52-55; SÁNCHEZ LORENZO, S. “El Derecho Europeo de sociedades y la sentencia

un sistema totalmente liberalizado, en el cual las sociedades tengan total libertad de elección, en cuanto al ordenamiento jurídico, más conveniente para sus intereses y en donde se puedan dar situaciones como las descritas, es decir, que se determine el Derecho de un Estado, con el cual no hay ningún tipo de vínculo, ello puede conllevar a una competencia entre ordenamientos jurídicos (*race to the bottom*), en donde los Estados compitan *a la baja*. Por ejemplo, en cuanto al nivel de exigencias iniciales en el momento de constituir una sociedad, también en cuanto a la responsabilidad de los administradores, aportación de capital social mínimo o vulneración de intereses de terceros, y ello derive en una situación en la que no exista ningún tipo de vinculación entre el Estado de constitución, y el Estado de ubicación de la sede real, y perjudique los intereses de los Estados y de terceros, por la falta de control o tutela legal, y por que a cuanto menos exigencias más inseguridad jurídica para los terceros.

b) *El modelo de la sede real o Sitztheorie*¹⁶⁰

Origen y naturaleza jurídica del modelo de sede real

Los orígenes histórico-doctrinales de este modelo o teoría, se encuentran en Alemania y en Francia durante la primera mitad del siglo XIX, y su reflejo en el Derecho positivo, lo encontramos por primera vez en la Ley belga de las sociedades comerciales de 1873, donde se afirmaba en el artículo 129 que: *Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger*. El modelo de sede real, o también llamado de sede efectiva, seguido por España, Alemania, Francia, Italia, Grecia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal o Austria,¹⁶¹ parte de una concepción institucional de la sociedad, pues entiende ésta como una organización u organismo dotado de vida propia,¹⁶² y no como el mero resultado de un contrato, en el cual, las partes

Centros: La relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario". *AEDIPr.* tomo 0 (2000), pp. 115-116, 122.

¹⁶⁰ También llamada "teoría del domicilio social" (STJUE de 5 de noviembre de 2002, Asunto *Überseering BV*, C-208/00, apartados 92-93); SPINDLER, G. "El Derecho de sociedades después de Inspire Art y Golden Shares". *RDS.* 2004, núm. 23, p. 71.

¹⁶¹ SÁNCHEZ LORENZO, S. "El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario" en AA.VV, Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 2002, vol. I, p. 120.

¹⁶² CALVO CARAVACA, A.L. "Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional". *RGD.* 1988, p. 3.684.

firmantes (los socios), a través de la autonomía de la voluntad, acuerdan la constitución de la sociedad según el ordenamiento jurídico que más les convenga, o mejor satisfaga sus intereses empresariales. Se dice que las funciones que cumple este modelo normativo son preventivas y reguladoras, orientadas a la “defensa” del Derecho del Estado más directamente afectado por la actividad de una sociedad,¹⁶³ y asimismo que el vínculo de conexión no es formal sino material, pues los socios no pueden escoger libremente la ley personal de la sociedad, ya que han de ceñirse a la del lugar en que se sitúe la sede real, restringiéndose así, la autonomía de la voluntad.¹⁶⁴

El modelo de sede real parte de una concepción más proteccionista, *a priori*, del interés de todos los sujetos intervinientes, pues en principio, la localización de los intereses de estos (accionistas, acreedores, trabajadores y Estado), coincide con la localización de la sede real de la sociedad.¹⁶⁵ Por ello, los defensores de este modelo argumentan en su favor, que este modelo normativo protege mejor los intereses de terceros y del Estado, ya que, a diferencia del modelo de constitución/incorporación, al coincidir el Estado de la sede real con el de la *Lex societatis*, se aplica el ordenamiento jurídico del Estado más afectado por la actividad de la sociedad, lo cual supone que el Estado, como garante de los intereses colectivos o del “interés general”, en principio velará en mayor medida por los intereses de trabajadores, acreedores y terceros en general, a través, por ejemplo, de legislación de tipo imperativo, que sí afectará directamente a la sociedad establecida físicamente en ese Estado, pues se le aplica el ordenamiento jurídico societario del mismo.¹⁶⁶

El punto de conexión en el modelo de sede real

La *Lex societatis* vendrá determinada por la localización de la sede real de la sociedad, es decir, que si la sede real de una sociedad se localiza en un Estado pero

¹⁶³ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, pp. 65-69.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea (Societas Europea)”. *RDM*. 2003, núm. 250, pp. 1.492-1.493.

¹⁶⁵ WERNER F. EBKE. “The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond”. *EBLR*. vol. 16, 2005; LAUTERFELD, M. “Centros and the EC Regulation”, *EBLR*, vol. 12 (2001), p. 79.

¹⁶⁶ PICCOLI, P.; ZANOLINI, G. “Le persone giuridiche nella riforma del Diritto internazionale privato”. *RivN*. 1996, pp. 169-170.

está constituida (e incorporada) en otro, será la ley del primero la que deberá regir la vida de la sociedad, esto es, que será de aplicación el ordenamiento jurídico de este Estado, aunque la voluntad de los socios fuera otra, ya que estos están obligados a constituir la sociedad según la ley del lugar de establecimiento, pues la esencia de este modelo, parte de la premisa de que debe coincidir el lugar de localización de la sede real con la *Lex societatis*.

El reconocimiento de sociedades en el modelo de sede real

En cuanto al reconocimiento de sociedades en los Estados que siguen un modelo normativo conflictual, basado en el modelo de sede real, éste sólo se producirá con normalidad, cuando coincida el Estado de la sede real de la sociedad con el Estado de la ley por la que se constituyó, y funciona ésta, pues de lo contrario, difícilmente será reconocida la sociedad como tal, pues la norma de conflicto nos remitirá a la aplicación de la ley del lugar, donde se encuentre la sede real de la sociedad, y en cuanto ésta no coincida con la ley de constitución, la sociedad no será reconocida. Para los defensores del modelo de sede real, éste no es un modelo de no reconocimiento de sociedades, pues su objetivo o esencia es que una sociedad constituida conforme a un Derecho extranjero, se adapte a alguna de las formas sociales del foro en el que tiene su sede real, evitando así la penetración de formas sociales extranjeras, y el riesgo de fraude, derivado de la elección de un ordenamiento más liberal, y que pueda perjudicar a terceros. Asimismo, si dicha adaptación no se produce, el legislador reacciona degradando el tipo social, y acabando con el principio de responsabilidad limitada.¹⁶⁷ Por otro lado, según afirmaba la profesora Sancho Villa: “este modelo actúa sobre la ley aplicable al estatuto social, y no sobre la subjetividad jurídica extranjera”,¹⁶⁸ con lo cual, para esta autora, no es cierto que no exista un reconocimiento de la subjetividad de la sociedad.

El tráfico jurídico internacional y el modelo de sede real

La doctrina contraria a este modelo normativo argumenta que éste no facilita el tráfico jurídico internacional, es decir, que es un obstáculo para la actividad

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *Lex Societatis* en AA.VV. Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, 2002, vol. 2, p. 209.

¹⁶⁸ SANCHO VILLA, D. “La teoría de la sede y el Derecho comunitario: a propósito de la sentencia Centros”. *REEI*. 2001, núm. 2, pp. 2-3.

económica de las empresas, dentro del marco internacional, pues por un lado no permite que las sociedades se constituyan, conforme al ordenamiento jurídico que más les interese, al margen del lugar de ubicación de la sede real (como sí ocurre con el modelo de constitución/incorporación), y por otro lado, obstaculiza el traslado de sede real, ya que ello supone necesariamente un cambio de la *Lex societatis*, pues al cambiar de ubicación la sede real, cambia necesariamente el Derecho de aplicación a la sociedad.

Aspectos procesales del modelo de sede real

Otro aspecto, que es relevante del modelo de sede real es su aspecto procesal, pues en caso de interposición de una demanda contra una determinada sociedad, a falta de un acuerdo previo de sumisión jurisdiccional por las partes, ésta se interpondrá, con carácter general y al margen de otros posibles foros especiales por razón de la materia, ante los tribunales del lugar de su sede social (lugar de su domicilio también denominado “foro general”).¹⁶⁹ Por tanto, en aquellos Estados miembros que siguen esta teoría, con mayor facilidad podrá coincidir el *forum* con el *ius*, pues el Derecho aplicable será el mismo, lo cual también ha sido utilizado como argumento en favor de este modelo por la reducción de costes, asociados a la aplicación de un mismo Derecho y a la no utilización de un Derecho extranjero.

El concepto de sede real

El mayor problema que plantea este modelo es la determinación de qué se entiende por “sede real”. Por sede real podemos entender, tanto la administración central de la sociedad, como la explotación principal de la misma, y una vez escojamos uno u otro concepto como equivalente a sede real, tendremos que localizar físicamente

¹⁶⁹ Artículos 2 y 60 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil; Artículos 4 y 62 del Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 que sustituye al anterior a partir del 10 de enero de 2015; Artículos 2 y 53 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Artículos 2 y 60 del Convenio de Lugano de 1988 y de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que amplía el ámbito de aplicación de las normas del Convenio de Bruselas de 1968 a determinados Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio; Artículo 4.2 del Convenio de La Haya adoptado el 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección del foro.

dónde se encuentra ésta, lo cual, puede a veces resultar complicado en estructuras societarias complejas.

Los artículos 49 y 54 TFUE y el modelo de sede real

Sin lugar a dudas, el motivo de discusión más importante entre la doctrina es si este modelo es compatible con los artículos 49 y 54 TFUE, es decir, si es compatible un modelo como el que acabamos de exponer, con el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las sociedades. Si una sociedad, según el TFUE, tiene reconocido un derecho, y se parte del hecho de que el Derecho de la Unión Europea, tiene primacía sobre el Derecho nacional y aplicación directa,¹⁷⁰ ¿puede un Estado miembro limitar el ejercicio del derecho o libertad de establecimiento, partiendo de la aplicación de su normativa interna relativa al reconocimiento de una sociedad extranjera?

Si como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, partimos del hecho de que la finalidad del derecho de establecimiento reconocido, tanto a personas físicas como jurídicas, es que se produzca un verdadero mercado interior, y que haya total libertad de movimientos, tanto a personas físicas como personas jurídicas (en especial a sociedades), a través de la Unión Europea y que no se produzcan discriminaciones por razón de nacionalidad, parecería que la aplicación de un ordenamiento nacional, guiado por criterios basados en el modelo normativo de sede real o efectiva podría ir en contra de estos objetivos, pues la solución que le queda a

¹⁷⁰ Tanto el concepto de primacía del Derecho de la Unión Europea como el de aplicabilidad directa han sido desarrollados por el TJUE. El primero en la STJUE de 5 de febrero de 1963 (Asunto *Van Gend & Loos / Administración financiera holandesa*), fundamentalmente en la STJUE de 15 de julio de 1964 (Asunto 6/64), más conocida como *Costa/ENEL*, y finalmente en la STJUE de 9 de marzo de 1978 (Asunto “*Administración financiera estatal / S. p. S. Simmenthal*”). Básicamente la aplicación del principio de primacía supone que en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea, el primero resulta inaplicable. En cuanto a la aplicación directa del Derecho de la Unión Europea en materia de libertad de establecimiento en la STJUE *Reyners* de 21 de julio de 1974 (Asunto 2/74), el TJUE estableció que los Estados miembros debían abstenerse de aplicar toda ley, reglamento, disposición o práctica administrativa que, en comparación con las aplicadas a sus propios ciudadanos, resultara discriminatoria para todo ciudadano de otro Estado miembro que deseara emprender una actividad empresarial en él, con lo cual, el TJUE estableció que el artículo 43 TCE, era directamente aplicable desde que expiró el período transitorio, concediéndose de esta forma a los ciudadanos comunitarios el derecho a iniciar y ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro, en igualdad con los nacionales de dicho Estado.

una sociedad que quiere establecerse en otro Estado miembro, en el cual no se le reconoce su personalidad jurídica, es disolver la sociedad en el Estado de origen, y constituir una nueva sociedad en el Estado de destino, lo que conlleva unos costes que obstaculizan, limitan o simplemente impiden el ejercicio de la libertad de establecimiento, según se ha reconocido en los tratados fundacionales de la Comunidad y de la Unión Europea. Lógicamente, estos argumentos han sido utilizados por los detractores de este modelo, que parten de la libertad de establecimiento reconocida en el actual artículo 49 TFUE, como una libertad comunitaria fundamental, interpretando que las prohibiciones o discriminaciones de ejercicio de esta libertad por parte de los Estados miembros, incluyen tanto disposiciones discriminatorias como disposiciones, que sin ser discriminatorias, también obstaculicen ésta y otras libertades.¹⁷¹ Por su parte, los defensores del modelo de sede real, consideran que el artículo 43 TCE (actualmente artículo 49 TFUE), no prohíbe directamente las restricciones no discriminatorias, que limiten la libertad de establecimiento y hacen depender su prohibición de la previa armonización de legislaciones, siendo calificados los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), como “disposiciones programáticas” y cuya ejecución se supeditaba a la aplicación del artículo 293 TCE¹⁷² (actualmente derogado por el Tratado de Lisboa de 2007). Es decir, que el elemento de conexión utilizado en la legislación interna de un determinado Estado miembro, que vincula la pertenencia de una sociedad a un ordenamiento jurídico concreto y las consecuencias del traslado de sede real, no se encontraban establecidas en los artículos 43 y 48 TCE, prevaleciendo, por tanto, el derecho de los Estados sobre el Derecho originario de la

¹⁷¹ STJUE de 28 abril de 1977 (Asunto *Thieffry*, 71/1976), STJUE de 31 de marzo de 1993 (Asunto *Kraus* 19/1992), STJUE de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Gebhard*, 55/1994); STJUE de 15 de mayo de 1997 (Asunto *Futura Participations y Singer*, 250/95), STJUE de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, 212/1997), STJUE de 21 de noviembre de 2002 (Asunto *W e Y*, 436/00); STJUE de 11 de marzo de 2004 (Asunto *De Lasteyrie du Saillant*, 9/02) y STJUE de 13 de diciembre de 2005 (Asunto *SEVIC Systems*, 411/03).

¹⁷² Establecía el artículo 293 TCE que: "*Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales:*

- *la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales,*
- *la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad,*
- *el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 54, 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,*
- *la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales".*

Unión Europea en aquellos ámbitos no armonizados, a través del derecho derivado (antiguo artículo 44.2 TCE), o convencional (posibilidad recogida en el antiguo artículo 293 TCE), garantizándose únicamente por el derecho originario, el ejercicio de la libertad de establecimiento a título secundario, mientras no se concluyera con la armonización necesaria.¹⁷³ Debemos tener en cuenta que con la modificación llevada a cabo con el Tratado de Lisboa en el año 2007, el actual texto fundacional, el TFUE, no recoge el antiguo artículo 293 TCE, por tanto se ha eliminado la posibilidad de llevar a cabo el reconocimiento recíproco de sociedades a través de Convenios intracomunitarios. Por tanto, actualmente el desarrollo o ejecución de los artículos 49 y 54 TFUE sólo podría ser posible a través del derecho derivado de la UE, lo cual, de momento, no ha sucedido.

3.3.4. BREVE REFERENCIA AL MODELO ESPAÑOL

La dispersión normativa en el ordenamiento jurídico español

Antes de entrar en el marco jurídico, que establece de alguna forma cuál es el modelo normativo conflictual de determinación de la *Lex societatis*, para las sociedades de capital en nuestro ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta que no es un tema pacífico entre la doctrina española, pues no queda claro, de la lectura de la normativa interna, cuál es el modelo normativo escogido por el legislador. En primer lugar la regulación no está concentrada, sino que está dispersa

¹⁷³ Los argumentos de los defensores de la teoría de la sede real se vieron reflejados en la STJUE de 27 de septiembre de 1988 (Asunto C-81/87), más conocida como sentencia *Daily Mail*, en la cual el TJUE afirmaba en el apartado 17 que: “En el caso de una sociedad, el derecho de establecimiento se ejerce, por regla general, mediante la creación de agencias, de sucursales o de filiales, que prevé expresamente el segundo inciso del párrafo 1 del 52 [antiguo artículo 43.1 TCE y actual artículo 49.1 TFUE]”, en el apartado 23 que: “[...] el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que sin embargo no han llegado a término” y por último, en el apartado 24 concluía su argumentación afirmando que: “En estas circunstancias, no se pueden interpretar los artículos 52 y 58 [antiguos artículos 43 y 48 TCE, actuales artículos 49 y 54 TFUE] como atributivos, en favor de las sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional, de un derecho a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas”.

en diferentes normas (CC, Ccom, TRLSC), y por otro lado, su redacción tampoco resulta muy clara. Por un lado, una parte de la doctrina, se inclina por el modelo de constitución/incorporación; otra por un modelo de constitución-domicilio, y por último, hay quien defiende que el modelo español es un modelo de sede real o efectiva.

El marco jurídico de referencia del que partimos es el Código Civil, y más concretamente, el artículo que se refiere a la determinación de la Ley personal de las personas jurídicas: el primer apartado del artículo 9.11. Como ya apuntábamos anteriormente, ésta es la norma que regula cuál es el contenido de la *Lex societatis*, de forma muy amplia, dentro del ordenamiento jurídico español, y asimismo afirma que ésta viene determinada por la nacionalidad. Para el legislador español, pues, las sociedades tienen una nacionalidad y ésta determina su ley aplicable. En este artículo no se establece cuándo una sociedad tendrá o no nacionalidad española. Para ello hemos de remitirnos al artículo 28.1 CC, que afirma que: *Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código.* En dicho artículo no se determina cuál es la nacionalidad de las sociedades extranjeras, sino que de forma unilateral sólo se establece el criterio para determinar cuándo una sociedad será de nacionalidad española, esto es, cuando sean reconocidas por la ley y se encuentren domiciliadas en España. En el caso de que ni la ley, ni los estatutos, ni las reglas de fundación fijaren el domicilio de la sociedad, el artículo 41 CC establece una presunción legal, a partir de la cual se *entenderá que lo tienen* (el domicilio), *en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde se ejerzan las principales funciones del instituto.*

El concepto de domicilio

Como podemos comprobar, el ordenamiento jurídico español vincula de alguna forma la nacionalidad con el domicilio, desde un punto de vista unilateral, es decir, establece que son españolas aquellas sociedades domiciliadas en España, sin determinar cuándo serán extranjeras las sociedades, pero el problema que se plantea es ¿a qué domicilio se refiere el legislador?, ¿al estatutario-registral o al de su sede real? Pues la interpretación de uno u otro, como veremos, será un argumento determinante para entender que nuestro modelo es el de sede real o el de constitución/incorporación.

Interpretación doctrinal del modelo español

Por otro lado, si bien es cierto que en el Código Civil no encontramos solución a la determinación de la nacionalidad de las sociedades extranjeras, el artículo 15 Ccom reconoce el derecho al ejercicio del comercio, a las sociedades extranjeras respetando su *Lex societatis*, pues afirma que: *Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias.* Partiendo de la interpretación de los artículos 28 CC y 15 Ccom, hay autores que han afirmado que el ordenamiento jurídico español sigue el modelo de constitución/incorporación, en el cual se definen como sociedades españolas las que se hayan constituido conforme al Derecho español, y como sociedades extranjeras, las que se hayan constituido conforme a un ordenamiento extranjero.¹⁷⁴

Debido a la contradicción normativa existente entre el artículo 28 CC que exige el domicilio, y el artículo 15 Ccom, que parte del principio de constitución, otra parte de la doctrina (Giménez Artigues, De la Cámara Álvarez, Fernández de Rozas, Pérez Vera, Calvo Caravaca),¹⁷⁵ afirma que el modelo español sigue la tesis de "constitución-domicilio", según la cual una sociedad tiene nacionalidad española si se ha constituido conforme a la ley española y está domiciliada en España, es decir, que para tener dicha nacionalidad, debe cumplir ambas premisas.¹⁷⁶

¹⁷⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, pp. 288-292 (y referencias).

¹⁷⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, pp. 89-92.

¹⁷⁶ Para los profesores Blanco Morales y Calvo Caravaca se pueden encontrar algunos ejemplos de resoluciones del TS y de la DGRN que parecen inclinarse por la teoría de la "Constitución-domicilio": STS 10 de mayo de 1852, STS de 15 de diciembre de 1871, STS 20 de junio de 1881, STS de 12 de mayo de 1886, STS de 15 de noviembre de 1898, STS de 17 de enero de 1912, STS de 3 de noviembre de 1967, STS de 19 de febrero de 1993, RDGRN de 17 de abril de 1953, RDGRN de 25 de marzo de 1950, RDGRN DE 11 de septiembre de 1990 y RDGRN de 29 de febrero de 1992, analizadas todas ellas en Calvo Caravaca, A.L.; Blanco-Morales Limones, P. *Personas Jurídicas: especial referencia a las sociedades mercantiles en Calvo Caravaca, A.L., et*

Dicha tesis ha sido rechazada por el profesor Garcimartín Alférez,¹⁷⁷ ya que, según el autor, “en ésta se mezcla un problema conflictual (previo a la aplicación material de una determinada ley), con un problema material (ordenamiento jurídico de aplicación)”. Es decir, que la aplicación de la ley material, es posterior a la aplicación de la norma conflictual y éstas están en planos diferentes, pues sólo se aplicará la ley material española cuando la norma de conflicto determine que ésta es la *Lex societatis* o ley aplicable, es decir, que si una sociedad se constituye conforme al Derecho español pero el domicilio que designa en España no es el real, no por ello se le deja de aplicar el Derecho societario español, y en consecuencia, no por ello deja de ser una sociedad española.¹⁷⁸

Determinación de la nacionalidad de las sociedades de capital en el TRLSC

Asimismo, a parte de los artículos citados que se refieren a la ley aplicable a las personas jurídicas, y sociedades en general, hay que tener en cuenta la normativa que regula las sociedades de capital en España, y que, en realidad es la normativa material de aplicación, en el caso de que se determinara por la norma de conflicto que debe ser el ordenamiento jurídico español el aplicable a una determinada sociedad de capital. La normativa interna de referencia, desde el año 2010, tal y como ya hemos ido refiriendo con anterioridad, es el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010 de 2 de julio) cuyos artículos 8 y 9 se refieren a la nacionalidad y el domicilio de las sociedades de capital, los cuales no han variado los criterios establecidos anteriormente en la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)¹⁷⁹

al., Derecho Internacional Privado, 1ª edición, Granada, Editorial Comares, 1999, vol. II, pp. 299-301.

¹⁷⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, pp. 292-298.

¹⁷⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, p. 297.

¹⁷⁹ En el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, el artículo 5 regulaba la nacionalidad y establecía que “1. Serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido. 2. Deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas, cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio”.

Por otro lado, el artículo 6 regulaba el domicilio de las SA y establecía que: “1. La sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva

y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL),¹⁸⁰ textos derogados por la nueva legislación. En los artículos 8 y 9 TRLSC¹⁸¹ se establecen los criterios para determinar, cuándo una sociedad de capital tiene nacionalidad española, remitiéndose de nuevo, como ya veíamos en el artículo 28.1 CC, al domicilio de la sociedad, no importando el lugar de constitución. En este sentido, y debido a que en la normativa vista hasta ahora (CC y TRLSC), sólo se determina cuándo una sociedad será española, siguiendo a los profesores Calvo Caravaca y Blanco-Morales,¹⁸² será preciso acudir al ordenamiento jurídico extranjero correspondiente, para saber qué nacionalidad extranjera corresponde a la persona jurídica que no goza de la nacionalidad española. Dichos autores afirman que: “no queda pues, otro camino, que una “calificación *lege causae*” del punto de conexión de la norma de conflicto”, es decir, que la normativa interna española sólo establece cuándo una sociedad tendrá la nacionalidad española, pero para saber la nacionalidad concreta de una determinada sociedad, será el ordenamiento jurídico extranjero el que nos determinará cuándo una sociedad tiene esa determinada nacionalidad.

administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación. 2. En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería conforme al apartado anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos”.

¹⁸⁰ En la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 6 se regulaba la nacionalidad y establecía que: “1. Serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las sociedades de responsabilidad limitada que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido. 2. Deberán tener su domicilio en España las sociedades de responsabilidad limitada cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio.”

Por otro lado, el artículo 7 regulaba el domicilio de las SL y establecía que: “1. La sociedad de responsabilidad limitada fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación. 2. En caso de discordancia entre el domicilio que conste en el registro y el que correspondería conforme al apartado anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.”

¹⁸¹ Actualmente, el artículo 8 TRLSC establece que: “Serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido” y el artículo 9 establece que “1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.”

¹⁸² CALVO CARAVACA, A.L.; BLANCO-MORALES LIMONES, P. *Personas Jurídicas: especial referencia a las sociedades mercantiles* en CALVO CARAVACA, A. L., et al., *Derecho Internacional Privado*. 1ª edición, Granada, Editorial Comares, 1999, vol. II, p. 301.

Lo que también puede ocurrir es que una sociedad, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, tenga nacionalidad española, pero desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico extranjero, esa sociedad tenga la nacionalidad de ese Estado, situación a la que los autores citados denominan “doble nacionalidad patológica”, prevaleciendo la nacionalidad española por aplicación del artículo 9.9.II CC.¹⁸³

En el artículo 9 TRLSC se afirma que deberán tener su domicilio en España, las sociedades de capital que tengan el centro de su efectiva administración y dirección, o su principal establecimiento o explotación en España.

Se reconoce como españolas y sometidas al ordenamiento jurídico español, a las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho español, las cuales, en cumplimiento de las normas legales, respecto del domicilio social estatutario, deberán, al mismo tiempo, fijar este último en el mismo lugar donde tengan su principal establecimiento o explotación. Por tanto, la aplicación de la legislación española en materia de sociedades de capital, se aplicará solamente a aquellas sociedades que cumplan con el requisito de constituirse en España, y establecer dentro de nuestro territorio la sede social. Por otro lado, las sociedades extranjeras para actuar en nuestro territorio, y que puedan ser reconocidas como tales sociedades, deben cumplir con sus normas legales de constitución.

Tal y como hemos analizado, nuestro ordenamiento jurídico vincula como punto de conexión, el domicilio social con la nacionalidad de la sociedad (artículo 9.11 CC) y, por tanto, la nacionalidad de las sociedades mercantiles actúa como mecanismo de selección de las normas aplicables al contrato de sociedad, tanto en su dimensión obligatoria, como en su dimensión organizativa,¹⁸⁴ es decir, la *Lex societatis*.

¹⁸³ Establece el artículo 9.9.II CC que: “Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente.”

¹⁸⁴ PAZ-ARES, C. *Atributos y límites de la personalidad jurídica*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, Civitas, 1999, p. 536.

Los artículos 5.1, 5.2 LSA y 6.1, 6.2 LSRL

La parte de la doctrina que afirma que el modelo legislativo en España es el de sede real, esencialmente, fundamentaba su argumentación, sobre la base de los antiguos artículos 5.2 LSA y 6.2 LSRL (actualmente artículos 8 y 9 TRLSC). En este sentido, si la sociedad se ha constituido conforme a un Derecho extranjero, pero su domicilio está en España, la sociedad queda sometida a la ley española, y derivado de dicha aplicación, ésta tendrá la consideración de sociedad irregular.¹⁸⁵ Para esta parte de la doctrina, la interpretación del “domicilio”, al que se refieren los citados preceptos, debe interpretarse como el del domicilio real.¹⁸⁶ En cambio, para aquella parte de la doctrina que se inclina por la teoría de la constitución/incorporación, la base fundamental de su tesis, se encuentra precisamente en el apartado primero de los antiguos artículos 5 LSA y 6 LSRL, pues en ellos, *in fine*, se abría la puerta a este modelo, pues tras afirmar que son sociedades españolas aquellas que tengan su domicilio en España, a continuación se afirmaba que: *cualquiera que sea el lugar en el que se hubieren constituido*. Por tanto, para esta parte de la doctrina, la interpretación del domicilio, al que se referían los artículos 5.1 LSA y 6.1 LSRL, no puede ser otra que el estatutario.¹⁸⁷

¹⁸⁵ El artículo 38 TRLSC establece que: “1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad hubiera iniciado o continuado sus operaciones. 2. En caso de posterior inscripción de la sociedad no será de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior.”

El artículo 39 TRLSC establece que: “En caso de sociedad devenida irregular, cualquier socio podrá instar la disolución ante el juez de lo mercantil de lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones”. Antes de la entrada en vigor del TRLSC en fecha 1 de septiembre de 2010, el artículo 16 LSA era el que regulaba la figura de la sociedad irregular siendo el contenido igual al establecido por los actuales artículos 38 y 39 TRLSC.

¹⁸⁶ BLANCO FERNÁNDEZ, J.M. “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”. *RDM*. 1992, núms. 203/204, p. 267.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. “La nacionalidad de la sociedad anónima”. *RDS*. 1993, núm. 1, p. 46; BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, p.103.

Indefinición del modelo español

Como podemos comprobar, de la lectura del Código Civil, Código de Comercio, la antigua Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no queda totalmente claro cuál es el modelo normativo escogido por el legislador español. Esta indefinición o confusión, en cuanto al modelo normativo seguido en nuestro país, no es algo nuevo, pues desde antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, se encontraba abierto el debate doctrinal, fundamentalmente centrado, en las contradicciones existentes entre los artículos 15 Ccom y 28 CC. Para algunos autores, esta reforma supuso *la ocasión perdida para aportar criterios de racionalización y sistematización al debate*.¹⁸⁸ A pesar de esta poca transparencia normativa, basada fundamentalmente en los conceptos de nacionalidad y domicilio, para la doctrina mayoritaria española, el modelo seguido en nuestro país es el de sede real o efectiva, pues interpretan el concepto de domicilio de la sociedad, como el de la administración, la dirección central o la explotación principal.

Movilidad internacional de las sociedades mercantiles: marco jurídico actual en España

Como hemos podido comprobar, existe una gran dispersión normativa e interpretativa en el Ordenamiento jurídico español, y asimismo tampoco ha existido una coordinación normativa, que facilite llevar a cabo un proceso de internacionalización de una sociedad mercantil española.

La actual regulación en esta materia, pone a disposición de las sociedades mercantiles españolas, tres posibles mecanismos para poder llevar a cabo un traslado internacional de sede social a otro estado. En primer lugar, un mecanismo directo, como sería *strictu sensu*, la transferencia internacional de la sede social, y luego dos mecanismos indirectos que pueden llevar aparejado un traslado de la sede social: una fusión internacional y las ofertas públicas de adquisición (OPA's).

¹⁸⁸ CALVO CARAVACA, A.L.; BLANCO-MORALES LIMONES, P. *Personas Jurídicas: especial referencia a las sociedades mercantiles* en CALVO CARAVACA, A.L., *et al. Derecho Internacional Privado*. 1ª edición, Granada, Editorial Comares, 1999, vol. II, p. 298.

Debemos tener en cuenta, que a pesar de que la mayoría de Estados no permiten en su legislación un traslado de domicilio social al extranjero, y los que lo tienen, como en el caso Francés o el Italiano, no son realmente efectivos, en el caso español, y a raíz de la modificación llevada a cabo por la Ley 3/2009, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, se incluyó en sus artículos 92 y siguientes dicha posibilidad, y según algunos autores, representa un modelo digno de seguir por los demás Estados miembros, cuyo mérito ha sido reconocido internacionalmente.¹⁸⁹

La ley regula los supuestos, las condiciones y las consecuencias de un traslado transfronterizo de domicilio social en los artículos 92 a 103, estableciendo, de forma detallada, cuáles son los supuestos de traslado de domicilio social y las exigencias y las limitaciones para llevar a cabo éste. También regula el proceso de adopción del acuerdo del traslado del domicilio social de una sociedad española al extranjero, regulando, de forma minuciosa, la tutela de los socios, acreedores y trabajadores así como los mecanismos de coordinación entre los dos Registros competentes implicados. Además, la ley española admite, tanto la entrada de sociedades extranjeras, como la salida de sociedades españolas al extranjero.

Para el profesor Sequeira Martín:

El traslado de domicilio social al tener dos ámbitos de aplicación práctica distintos (el nacional y el internacional) es a su vez, según se trate de uno u otro, una modificación estatutaria y estructural. El traslado internacional del domicilio social estatutario debe considerarse una modificación estructural, en razón a la alteración que su modificación significa en el contenido objetivo de las normas imperativas y potestativas que rigen la vida societaria.¹⁹⁰

Antes de la reforma llevada a cabo en el año 2009, la regulación del traslado internacional de domicilio social se circunscribía, esencialmente, en las sociedades anónimas, en concreto en el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas del año 1989, y en las sociedades limitadas en el artículo 72.2 de la Ley de Sociedades

¹⁸⁹ ARENAS GARCÍA, R.; GORRIZ LÓPEZ, C.; MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coordinadores). *La internacionalización del Derecho de Sociedades*. Barcelona, Atelier, 2010, p.103.

¹⁹⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A. "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social", *RDS*, 2008, núm. 31, p. 83. En el mismo sentido BENAVIDES VELASCO, P. *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 168.

de Responsabilidad Limitada del año 1995.¹⁹¹ Para algunos autores, dichos artículos, habida cuenta que vinculaban la transferencia internacional del domicilio garantizando el mantenimiento de la personalidad jurídica a la firma de un Convenio Internacional, eran una norma de futuro, pues su aplicación práctica era inviable sin la firma de algún Convenio que regulara dicha materia.¹⁹² Por tanto, con la reforma del año 2009 llevada a cabo por el legislador español, se intenta dar solución a la inaplicación de la anterior legislación.

Es evidente, que la ley del año 2009, ha recibido una influencia innegable de la legislación comunitaria, en particular del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea y la propuesta de 14ª Directiva sobre la transferencia de sede social, esencialmente, en aspectos relativos a las garantías de publicidad, al proyecto de traslado, al informe elaborado por los Administradores de la sociedad, el derecho de separación de los socios, el derecho de oposición de los acreedores sociales y las garantías en materia de inscripción registral.¹⁹³

¹⁹¹ El artículo 149 LSA, antes de la derogación llevada a cabo por el apartado 1º de la Disposición Derogatoria de la Ley 3/2009 y que entró en vigor el día 4 de julio de 2009 establecía que:

“1. Salvo disposición contraria de los estatutos, el cambio de domicilio social consistente en su traslado dentro del mismo término municipal no exigirá el acuerdo de la junta general, pudiendo acordarse por los administradores de la sociedad. Dicha modificación se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo siguiente. 2. El acuerdo consistente en transferir al extranjero el domicilio de la sociedad sólo podrá adoptarse cuando exista un convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de su misma personalidad jurídica. Los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán derecho de separación en los mismos términos y con las mismas consecuencias establecidas en el artículo 147.”

Por otro lado, el artículo 72 LSRL curiosamente no fue derogado por la Ley 3/2009, quedando vigente hasta la derogación llevada a cabo con el TRLSC en el año 2010. Dicho artículo establecía, antes de su derogación que:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el órgano de administración será competente, salvo disposición contraria de los estatutos, para cambiar el domicilio social dentro del mismo término municipal. 2. El acuerdo de transferir al extranjero el domicilio de la sociedad sólo podrá adoptarse cuando exista un Convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de la misma personalidad jurídica.”

¹⁹² BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, p. 133; SÁNCHEZ CALERO, F. “La nacionalidad de la sociedad anónima”, *RDS*, 1993, núm. 1, pp. 57-59; PRETEL SERRANO, J.J. “Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima”. *AAMN*, tomo XXX (1991), p. 243; BLANCO FERNÁNDEZ, J.M. “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, *RDM*, 1992, núms. 203/204, p. 273.

¹⁹³ RODAS PAREDES, P.N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada, Editorial Comares, 2011, pp. 218 y ss.

El ámbito de aplicación personal o subjetivo de la ley, en materia de traslado internacional de domicilio, se circunscribe a las sociedades mercantiles y de nacionalidad española, estando, lógicamente, previamente inscritas en el Registro Mercantil español (para poder garantizar una adecuada publicidad del futuro traslado), y que no se encuentren en fase de liquidación o concurso de acreedores. Curiosamente, la ley no establece el requisito de que sea mercantil una sociedad extranjera establecida en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, que pretenda trasladar su domicilio social a España (se ha tenido en cuenta el antiguo artículo 48 TCE y actual artículo 54 TFUE que garantiza la libertad de establecimiento no sólo a las sociedades de capital). En cambio, la ley sí que restringe el traslado a nuestro territorio, de sociedades de terceros estados, no establecidas en el Espacio Económico Europeo, exigiendo, en este caso, que deban ser sociedades de capital y justificar con informe de experto independiente, que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social, exigido por el Derecho español.

El hecho de que la ley distinga entre las sociedades constituidas en la UE y las de terceros estados, obedece a que, en el caso de las primeras, y siguiendo la reciente jurisprudencia del TJUE, se reconoce la posibilidad de que una sociedad, constituida conforme a la legislación de un Estado miembro, pueda trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro, sin perder la personalidad jurídica que ostenta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de origen, estableciéndose que, el procedimiento de dicho traslado, debe ser regulado por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido la sociedad.¹⁹⁴ Para el TJUE, la ley que determina si una sociedad puede o no trasladar su sede real o registral a otro Estado miembro, es la ley que rige a la sociedad, en el momento inmediatamente anterior al traslado. Para los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González:

El sistema utilizado por el tribunal es la “regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas” basada en la tesis de la “extensión de los efectos” que permite que la situación legal creada en un Estado miembro deba producir en otro Estado miembro los efectos legales previstos en la Ley del Estado miembro de origen.¹⁹⁵

El artículo 93.1 de la ley condiciona, previamente a iniciar un proceso de traslado internacional de domicilio social de una sociedad mercantil española, a que el estado

¹⁹⁴ Apartado 70 de la STJUE de 5 de noviembre de 2002 (Asunto *Überseering BV*, C-208/00) y apartado 110 de la STJUE de 16 de diciembre de 2008 (Asunto *Cartesio*, C-210-2006).

¹⁹⁵ CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”. *RDS*. 2007, núm. 28, p. 64.

de destino, reconozca la personalidad jurídica de la sociedad, es decir, que garantice la continuidad de la existencia misma de la sociedad española.

Tal y como ya hemos referido anteriormente, el proceso de traslado internacional regulado por la ley, se inicia con un proyecto de traslado realizado y firmado por el órgano de administración de la sociedad, que será depositado en el Registro Mercantil, para su calificación y remisión al Registro Mercantil Central y su publicación en el *BORME* (Boletín Oficial del Registro Mercantil). El proyecto de traslado según el artículo 95 contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

- a) La denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil;
- b) El nuevo domicilio social propuesto;
- c) Los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social;
- d) El calendario previsto para el traslado;
- e) Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.

Por otro lado, los administradores están obligados a la redacción de un informe, donde expliquen y justifiquen, detalladamente, el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como, sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores (artículo 96).

Tras el depósito en el Registro Mercantil, y la calificación positiva del proyecto de traslado por parte del Registrador, establece el artículo 97, que la Junta de Socios deberá aprobar el traslado en Junta General y con los requisitos legales, según la normativa de aplicación a la sociedad objeto de traslado. La convocatoria de la Junta deberá publicarse en el *BORME* y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la Junta.

Para garantizar los derechos de los socios y acreedores, la ley en su artículo 99, establece que, los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del

domicilio social al extranjero, podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital.¹⁹⁶ Se ha de tener en cuenta que la ley, no dice nada, respecto al ejercicio del derecho de separación del socio y la dilación que dicha situación, puede conllevar en el proceso de traslado internacional del domicilio social. En primer lugar, debe llevarse a cabo todo el trámite de valoración de las participaciones sociales (en SL) o de las acciones (en SA) del socio o socios, que quieren separarse, según regulan el artículo 353 y ss. TRLSC. Por otro lado, y en aquellos supuestos en los que la Junta General de socios no autorice la adquisición por la sociedad de las participaciones o acciones de los socios afectados, efectuando el reembolso o consignando el importe de las mismas, el órgano de administración deberá proceder a otorgar una escritura de reducción del capital social. Por tanto, todos estos trámites, deberían llevarse a cabo antes de aportar la certificación registral a que se refiere el artículo 103 de la Ley 3/2009. Desafortunadamente, la ley no clarifica estos aspectos, los cuales realmente, pueden llegar a dilatar mucho la efectividad del traslado internacional del domicilio social.

Por otro lado, en el artículo 100 de la ley, se establece que los acreedores de la sociedad, cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero, tendrán el derecho de oponerse al traslado, en los términos establecidos para la oposición a la fusión. En este caso, debemos tener en cuenta, que la naturaleza jurídica del derecho de oposición y siguiendo al profesor Cortés Domínguez:

Se basa en un derecho potestativo por virtud del cual su titular queda facultado para influir sobre una situación jurídica preexistente, y cuyo ejercicio produce la consecuencia de suspender su ejecución, evitando en consecuencia la producción de sus efectos. Lo que se pretende es una tutela de la garantía patrimonial que tienen los acreedores sociales y que no puede ser perjudicada por el traslado del domicilio.¹⁹⁷

¹⁹⁶ La actual redacción del artículo 99 obedece a la modificación efectuada por el apartado trece del artículo 2 de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. El capítulo IX del TRLSC (artículos 346 a 359) regula el régimen de separación y exclusión de socios tanto en el caso de las SA como de las SL. El artículo 346.3 TRLSC hace una remisión a la Ley 3/2009 (*“En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”*).

¹⁹⁷ ESCRIBANO GAMIR, R.C. *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*. Pamplona, Aranzadi, 1998,

El derecho de crédito que ostente el acreedor, frente a la sociedad, deberá ser exigible con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado. Es parca la ley en los requisitos de forma que debe tener la oposición por parte de los acreedores (a diferencia de la separación de socios que está regulada en el TRLSC), aunque el artículo 98.3 de la Ley 3/2009, legitima a los administradores a establecer dichos requisitos formales en la convocatoria de la Junta General de socios que se publica en el *BORME*, y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia, en la que la sociedad tenga su domicilio.

Las consecuencias del ejercicio del derecho de oposición, por parte de un acreedor social, será la paralización del proceso de traslado, hasta que éste obtenga una garantía suficiente, sobre su derecho de crédito.

Finalmente, la ley establece que el traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efecto, en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio. Por otro lado, la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, tendrá lugar cuando se aporten el certificado, que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio social, y los anuncios de esa inscripción en el *BORME* y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia, en que la sociedad hubiera tenido su domicilio.

Si bien el Derecho español prevé el reconocimiento automático de las sociedades extranjeras, lo cierto es que existen algunos elementos que recoge la ley que limitan el ejercicio práctico de dicho traslado, sobre todo aspectos registrales y el hecho de que se condiciona previamente a iniciar un proceso de traslado internacional de domicilio social de una sociedad mercantil española, a que el estado de destino reconozca la personalidad jurídica de la sociedad, es decir, que garantice la continuidad de la existencia misma de la sociedad española en el Estado de destino.

p. 287; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Estudios de Derecho Mercantil*. Jaén, Edersa, 1972. Parte I, vol. 2, p. 405.

3.4. Modelo de constitución/incorporación vs. Modelo de sede real

La libertad de establecimiento: el modelo de constitución/incorporación y de sede real

Los modelos normativos analizados son los más importantes seguidos por los Estados miembros. Como hemos podido comprobar, son modelos que parten de concepciones muy diferentes, y cuyas consecuencias jurídicas, derivadas de su aplicación, también son totalmente contrapuestas.

El modelo de constitución/incorporación parte de un sistema liberal, y cuya máxima, es la de facilitar el tráfico internacional, no obstaculizando el reconocimiento de las sociedades extranjeras, mientras que, aquellos que defienden el modelo de sede real, parten de una concepción más social del sistema, en el cual, se dé una vinculación entre la sociedad y el Estado en el que se establecen aquellas sociedades. La utilización de dos modelos normativos tan diferentes, dentro del ámbito de la Unión Europea, conlleva, como hemos podido comprobar, problemas de aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea originario y más concretamente, de la libertad de establecimiento, pues tal y como ha afirmado la profesora Blanco-Morales:

Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho internacional de las sociedades revelan un concurso cuya exacta delimitación afecta al núcleo esencial de las materias que éste regula: la conexión para determinar la *Lex societatis*, el reconocimiento mutuo de sociedades y la transferencia de la sede de un Estado miembro a otro.¹⁹⁸

Transferencia de hecho y transferencia de derecho

Si nos situamos en el plano del traslado o transferencia de sede real de una sociedad, observaremos que se pueden producir cuatro posibles situaciones fácticas o de hecho, que evidencian las graves dificultades prácticas, con las que se pueden encontrar las sociedades en la Unión Europea cuando intentan realizar un cambio de localización de su sede real, es decir, establecerse en otro Estado miembro. El traslado o transferencia de sede real implicará que “entre en juego”, lógicamente, también, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, por parte del Estado de destino. Cuando una sociedad decide realizar un traslado de sede real, y,

¹⁹⁸ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, p. 167.

derivado de este cambio de localización, se produce, en aplicación de la norma de conflicto del Estado de destino, un cambio de la *Lex societatis*, a esta situación la doctrina la ha llamado *transferencia de derecho*, es decir, la modificación de la ley rectora de la sociedad.¹⁹⁹ En el supuesto que ante una transferencia de sede real no se produzca un cambio de la ley personal (ley aplicable o *Lex societatis*) de la sociedad, en estos supuestos, estamos ante *una transferencia de hecho*, pues no hay un cambio del Derecho aplicable a la sociedad, por lo tanto, se mantiene la voluntad de los socios fundadores que constituyeron la referida sociedad, y se aplica el Derecho escogido en el momento de la constitución.

La colisión de modelos normativos: transferencia de hecho y de derecho

A continuación, vamos a analizar sintéticamente las cuatro posibilidades que pueden darse en una situación de transferencia de sede real, es decir, el ejercicio de la libertad de establecimiento a título principal, pues será el establecimiento principal de la sociedad, entendido como administración central o centro de actividad principal, la localización que nos determinará en realidad la *Lex societatis*, en el caso de los modelos normativos basados en la sede real. Cuatro son las posibilidades de colisión de modelos normativos: *a)* modelo de constitución/incorporación-modelo de constitución/incorporación; *b)* modelo de constitución/incorporación-modelo de sede real; *c)* modelo de sede real-modelo de constitución/incorporación y *d)* modelo de sede real-modelo de sede real.

a) Modelo de constitución/incorporación-modelo de constitución/incorporación (transferencia de hecho)

El primer supuesto con el que nos podemos encontrar, sería aquél en el que una sociedad establecida en un Estado miembro, que sigue el modelo normativo de constitución/incorporación, quiere establecerse en otro Estado miembro, que sigue el mismo modelo normativo. En este supuesto, el Estado de destino de la sociedad, no opondría ningún problema al reconocimiento de la sociedad como válida, ya que su *Lex societatis* fue la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se constituyó la sociedad, no importando el lugar de localización de su sede real. En estas situaciones, como ya hemos referido, lo que se produce es un traslado o

¹⁹⁹ OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ LOZANO, P. *Artículo 5. Nacionalidad* en URÍA, R; MENÉNDEZ, A; OLIVENCIA, M. (Directores). *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid, Civitas, 2007, pp. 369-370.

transferencia de hecho y, por tanto, no se modifica ni el Derecho aplicable a la sociedad, ni su nacionalidad, pues ésta, viene determinada por su ley aplicable. Para la profesora Sancho Villa: “la principal ventaja de una transferencia no determinante de un cambio de ley aplicable es su flexibilidad, lo que permite que la sociedad se establezca allí donde más le convenga sin perder su nacionalidad de origen”.²⁰⁰

b) *Modelo de constitución/incorporación-modelo de sede real (transferencia de derecho)*

Un segundo supuesto, sería el caso de una sociedad con una determinada *Lex societatis*, y establecida en un Estado que sigue el modelo de constitución/incorporación, cuya ley personal podría coincidir o no con el propio Estado de localización de su sede real. Si dicha sociedad decide establecerse en otro Estado, en el cual, se sigue el modelo normativo de la sede real, en este caso, nos encontramos con una colisión de modelos normativos, y lo que ocurre es que, si la *Lex societatis* no es la del Estado de destino, dicha sociedad, no podrá ser reconocida como tal, se producirá un cambio de ley aplicable, lo cual sería calificado como un supuesto de *transferencia de derecho*.

c) *Modelo de sede real-modelo de constitución/incorporación (transferencia de hecho)*

El tercer supuesto, sería aquel en el que una sociedad, establecida en un Estado que sigue el modelo de sede real, quiere trasladarse a un Estado, donde se sigue el modelo de constitución/incorporación. En este supuesto, la sociedad, antes del traslado, necesariamente estaría constituida conforme al Derecho de dicho Estado (lugar de localización de la sede real), es decir, que su *Lex societatis* sería la del Estado de origen. Al establecerse en el nuevo territorio, el nuevo Estado, el de destino, al aplicar su norma de conflicto, deberá reconocer a la sociedad, puesto que este modelo, no toma en consideración el lugar de localización de la sede real, sino, que la ley del Estado de constitución sea correctamente aplicada, por tanto, en este supuesto la sociedad será reconocida y mantendrá la ley personal inicial. En este caso nos volvemos a encontrar con un supuesto de *transferencia de hecho*, pues no hay cambio de *Lex societatis*.

²⁰⁰ SANCHO VILLA, D. “La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional”. Boletín Económico de ICE (Información Comercial Española), Ministerio de Industria, diciembre de 2000, número 2.674, pp. 9-10 <<http://www.revistasice.com>> [Consulta 29 enero 2014].

d) Modelo de sede real-modelo de sede real (transferencia de derecho)

El último supuesto, es aquel en el que una sociedad establecida en un Estado donde se sigue el modelo de sede real, quiere establecerse en otro Estado, donde también es de aplicación dicho modelo. La consecuencia que se derivará de este supuesto, será la misma que ya apuntábamos anteriormente, en el caso de que el Estado de origen siguiera el modelo de constitución/incorporación, esto es, que el nuevo Estado, no reconocerá a la sociedad, ya que su *Lex societatis*, al proceder de un Estado que sigue el modelo de sede real, tenía que ser necesariamente coincidente con dicho Estado, y por tanto, para establecerse en el nuevo Estado deberá adaptar su ley personal, al lugar de localización de la sede real, y aquí se producirá también una transferencia de derecho.

Conclusión

Podemos afirmar, que cuando el Estado de destino sigue el modelo de sede real, se produce un cambio de ley aplicable (*transferencia de derecho*), pues la transferencia de sede real de la sociedad, solamente desplegará efectos relativos al DIPr de sociedades, desde la perspectiva de aquellos estados cuyo modelo normativo sea el de la sede real. Para aquellos modelos normativos que sigan el modelo de constitución/incorporación, la transferencia de la sede real de la sociedad, carecerá de consecuencias, puesto que dicha sede carece de relevancia, tanto en lo que se refiere a la determinación de la ley rectora de la sociedad, como en lo relativo al régimen del reconocimiento de sociedades extranjeras.²⁰¹

De las cuatro situaciones descritas vemos que dos se corresponden con una *transferencia de hecho* (supuestos *a*) y *c*)), y las otras dos con una *transferencia de derecho* (supuestos *b*) y *d*)), que implica un cambio de ley aplicable, y que es el supuesto más trascendente para la sociedad. Se dará un cambio de ley aplicable a la sociedad en aquellos supuestos en los que: *a*) la sociedad se encuentre en un Estado que sigue un modelo de constitución/incorporación y decide trasladar su sede real o establecimiento principal, a un Estado que sigue el modelo de sede real (a menos que la *Lex societatis* no coincida con el ordenamiento jurídico del nuevo Estado), y *b*) en aquellas situaciones en las que, una sociedad que se encuentre en

²⁰¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Derecho de los negocios internacionales*. 4ª edición, Madrid, Iustel, 2013, pp. 224-225.

un Estado que siga un modelo de sede real, decida trasladarse a otro, que siga dicho modelo. En ambos supuestos, el lugar de ubicación de la sede real, debe coincidir con el Derecho aplicable a la sociedad. Con lo cual, podemos concluir afirmando que, siempre que el Estado de destino sigue el modelo normativo de sede real, nos hallaremos ante un supuesto de *transferencia de derecho*, que implicará una modificación de la *Lex societatis*, mientras que cuando el Estado de destino siga el modelo de constitución/incorporación, nos encontraremos ante una *transferencia de hecho*, en donde no se modificará la ley aplicable, y lo único que habrá, será un traslado físico de la sociedad, pero no jurídico.

3.5. El artículo 54 TFUE y los modelos de constitución/incorporación y sede real

Integración normativa en el artículo 54 TFUE de los dos modelos normativos

Partiendo de la literalidad del actual artículo 54.1 TFUE, éste establece que: *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.* Como es de ver, en este primer apartado, y como ya habíamos apuntado anteriormente, lo que hace el artículo 54 TFUE es reconocer a las personas jurídicas, que adoptan la forma de sociedad, los mismos derechos reconocidos en el Capítulo 2 del Título IV del TFUE (artículos 49 a 54), esto es, el derecho de establecimiento, sin que quepan restricciones al ejercicio de dicha libertad.

El legislador europeo, en las anteriores versiones del Tratado (TCEE y TCE), y en la actualidad, tal y como contempla el artículo 54 TFUE, se refirió a la sede social (sede estatutaria), y a la administración central o centro de actividad principal como puntos de vinculación con el territorio de la Unión. Como hemos podido comprobar, al hablar de los dos modelos normativos que la doctrina ha establecido, el modelo de constitución/incorporación partía de la localización de la sede estatutaria o social, es decir, aquella que en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, coincide con el lugar de inscripción registral de la sociedad, y el cual, se ve recogido en el propio texto del artículo 54 TFUE, al referirse a la *sede social* de la sociedad. Por otro lado, el modelo de sede real o efectiva, queda reconocido, al referirse el mismo artículo, a

la *administración central o centro de actividad principal* de la sociedad, ya que como ya vimos anteriormente, al hablar del modelo de sede real o efectiva, este modelo normativo, entiende como sede real, tanto el lugar de localización de la administración o dirección central, como el centro de explotación principal de la sociedad. Vemos que en la redacción del artículo 54 TFUE, que es idéntica al antiguo artículo 48 TCE (a excepción de la referencia de “Unión” en vez de “Comunidad”), el legislador europeo siendo consciente de la diversidad normativa existente en la actual Unión Europea, optó, en su momento, por reconocer todos los posibles criterios de localización de la sociedad, determinantes de la *Lex societatis* o ley aplicable a la sociedad, incluyendo, en el texto, los dos posibles modelos normativos, tanto el de constitución/incorporación, como el de sede real o efectiva. Si bien es cierto que el legislador europeo lo que hizo, fue aglutinar en el mismo artículo el reconocimiento de los dos modelos normativos básicos, existentes en los Estados miembros europeos, no es menos cierto que, para aquella parte de la doctrina que le da una interpretación conflictual al artículo 54 TFUE, el único modelo compatible, es el de constitución/incorporación, ya que ante una colisión de modelos normativos, tal como hemos visto, éste es el único que respeta el derecho elegido por los socios fundadores de la sociedad, es decir, respeta la autonomía de la voluntad de quienes fueron parte en el contrato de sociedad inicial, respetando la ley de constitución. Por otro lado, facilita el traslado de sede social, no implicando dicho traslado, un cambio de esta ley de constitución, sino que se convierte en una *transferencia de hecho* cuya única repercusión, es el cambio de localización de la sociedad y el respeto de la ley de constitución de la misma y, por ende de, su *Lex societatis*.

Incompatibilidad del modelo de sede real con el artículo 54 TFUE

La crítica que se hace al modelo de sede real o efectiva, puesta en relación con el artículo 54 TFUE, es que este modelo, dificulta el traslado de sociedades o la movilidad dentro del ámbito de la Unión Europea, y por tanto, que es incompatible con la libertad de establecimiento reconocida en los artículos 49 a 54 TFUE, pues la aplicación del derecho de establecimiento, se supedita a la aplicación de la normativa interna del Estado, y ésta, al basarse en un modelo cuyo punto de conexión es la sede real, si ésta no coincide con el lugar de constitución, la sociedad no se reconoce y por tanto, la sociedad en cuestión, no puede ejercer libremente el derecho o libertad de establecimiento.

Todos los aspectos analizados hasta este momento en este trabajo, constatan que el legislador europeo parte de una concepción económica de la Unión Europea, lo cual, ya se plasmaba en los tratados fundacionales del TCECA, TCEE y TCEEA y asimismo que, en el antiguo TCE y actuales TUE y TFUE, se reconocen unos principios fundamentales a los individuos, de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, entre los que cabe destacar, el derecho de establecerse en cualquier Estado miembro, sin ser discriminado por ello, es decir, disfrutando de los mismos derechos que los nacionales de ese Estado. Este derecho o libertad de establecimiento se reconoce al amparo del artículo 49 TFUE, también a las sociedades mercantiles (artículo 54 TFUE), que como agentes económicos, son fundamentales para la consecución de un verdadero mercado único, entre los Estados miembros de la Unión Europea, por tanto, se les debe facilitar, jurídicamente, esta posibilidad de establecerse donde más les interese y que puedan desarrollar operaciones de internacionalización o simple movilidad societaria.

Por otro lado, al igual que en otras materias, no es fácil la unificación normativa, pues existen tradiciones jurídicas y ordenamientos jurídicos con concepciones muy diferentes dentro de la Unión Europea, que hacen complicada la unificación, o cuanto menos, la homogeneización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia societaria. Hemos podido analizar la evolución del Derecho de sociedades en la Unión Europea, y cómo el legislador europeo, a través de la integración positiva, con la utilización de directivas de armonización sobre las bases jurídicas que establecía el propio TCE, y con la aprobación de esencialmente tres reglamentos de creación supranacional de entes o tipos societarios (AEIE, SAE, SCE) y una Propuesta de SPE (todavía no aprobada), ha ido armonizando la legislación societaria en la UE. De esta forma, el legislador europeo, ha intentado limar las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros, lo cual, consideramos que resulta insuficiente para operaciones de internacionalización y movilidad de sociedades. Consideramos que no existe una posibilidad real de llevar a cabo un traslado de sede social de una sociedad sin modificar la ley aplicable a ésta, y además, jurídicamente, no todos los ordenamientos jurídicos permiten dicha operación, y aquellos que lo permiten, como el caso de España, está muy condicionado y no eximido de problemas registrales.

Se ha podido comprobar, cómo a través de la integración negativa en materia de Derecho de sociedades se ha avanzado, es decir, sobre la base de los principios esenciales del Derecho originario plasmados en los tratados fundacionales y en la actualidad, tras el Tratado de Lisboa, establecidos en el TUE y en el TFUE.

Esencialmente, se ha partido del principio de libertad de establecimiento, como pilar esencial del sistema en materia de Derecho societario en el marco de la Unión Europea.

Después de definir conceptualmente la globalización, la internacionalización y la importancia actual de estos conceptos, hemos analizado la evolución del Derecho de sociedades en la Unión Europea, se han visto cuáles son los principios fundamentales del TCE y actuales TUE y TFUE. Se ha analizado, en particular, el derecho o libertad de establecimiento, desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea. Asimismo, hemos analizado, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, los modelos normativos más importantes, existentes para la determinación de la ley aplicable a las sociedades, y la colisión que se produce entre ambos modelos y cómo ello repercute en cuestiones tan relevantes, como el traslado de sociedades de un Estado a otro. Por último, también hemos podido comprobar, que el problema fundamental que se produce, es la posible incompatibilidad en la práctica del artículo 54 TFUE, con el modelo de sede real o efectiva, según la interpretación que se le de a dicho artículo, a pesar de que en el texto del mismo se reconoce tanto este modelo como el de constitución/incorporación.

A continuación, y una vez planteadas las cuestiones jurídicas, las posiciones doctrinales y los problemas que se pueden dar en la práctica, vamos a hacer un análisis de la jurisprudencia del TJUE (actualmente TJUE), para ver qué interpretación ha hecho el Tribunal de los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), y cuál ha sido la evolución de la interpretación jurisprudencial de dichos preceptos, a lo largo de los últimos años hasta nuestros días.

PARTE II

Instrumentos jurídicos y jurisprudenciales en el marco de la Unión Europea

1. Instrumentos jurídicos que facilitan operaciones transnacionales de cooperación y reestructuración empresarial

La adopción de nuevos mecanismos de cooperación

Después de la publicación del “Informe Winter”, motivado en gran medida por los escándalos financieros acaecidos en EE.UU. con las sociedades ENRON y WORLDCOM,²⁰² la Comisión, siguiendo con algunas de las recomendaciones de dicho informe y dentro del Plan de Acción, establecido en la comunicación de 21 de mayo de 2003, dictó nuevas disposiciones en materia societaria que nos parecen de especial interés, pues con ellas lo que se buscaba era facilitar la movilidad y la cooperación entre sociedades de distintos Estados miembros. A pesar de que el “Informe Winter” y el Plan de Acción, ya previeran la creación de nuevos instrumentos jurídicos de cooperación empresarial, esta idea comenzó con el reglamento sobre la Agrupación Europea de Interés Económico de 1985, y luego en

²⁰² ENRON CORPORATION era una compañía con sede en Houston (EE.UU.). En 2001 declaró unos beneficios de 1.000 millones de dólares, pero el 2 de diciembre del mismo año se declaró en quiebra, lo cual supuso una bajada de la cotización de sus acciones de 90 a 0,42 dólares. El problema de ENRON radicó en que su contabilidad no reflejaba fielmente la realidad patrimonial de la compañía. Según el Financial Times “ENRON era una compañía virtual con beneficios virtuales” (3 de febrero de 2002). Por otro lado, la sociedad MCI WORLDCOM era la segunda compañía telefónica de larga distancia de los EE.UU. La gran demanda en dicho país del ancho de banda y una sangrienta guerra de precios, unida al auge de la telefonía móvil en los años noventa, provocó una desaceleración de los negocios de WorldCom y el comienzo de su declive. La Compañía, al igual que ENRON falseó los números de su contabilidad para aparentar unos beneficios que nunca había obtenido. Junto a los escándalos ENRON y WORLDCOM se dieron también escándalos en la empresa Global Crossing o en Tyco International donde también se detectaron irregularidades contables. El 30 de julio de 2002 se aprobó la Sarbanes Oxley Act 2002, la cual es la norma más importante dictada en EE.UU. referente a sociedades cotizadas en los mercados de valores desde la Securities Act de 1933 y la Securities Exchange Act de 1934. La reacción en Europa por los escándalos ocurridos en EE.UU. no se hizo esperar, y en abril de 2002 los servicios de la Comisión europea elaboraron el informe “Una primera respuesta al caso ENRON” (<http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/enron/ecofin_2004_04_Enrones.pdf> [Consulta: 29 enero 2014], donde se establecían cuáles debían ser las medidas para prevenir posibles escándalos en Europa. Dicho informe fue presentado en el ECOFIN (Consejo de Ministros de Economía de los Estados miembros), celebrado en Oviedo del 12 al 14 de abril de 2002. Fue precisamente en esta reunión donde salió el encargo al “Grupo de expertos”, presidido por Jaap Winter que culminaría con el “Informe Winter” de 4 de noviembre de 2002.

el año 2001 con la publicación del reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea, el cual vio definitivamente la luz después de diferentes proyectos, el primero de los cuales, se había presentado hacía cinco décadas. Tras la publicación del Plan de Acción de 2003, tres fueron los instrumentos jurídicos llevados a cabo por el legislador europeo: la Sociedad Cooperativa Europea, la directiva relativa a fusiones transfronterizas, y la todavía no aprobada directiva sobre traslado de sede social, y cuatro han sido los proyectos que todavía no han visto la luz: la Propuesta de reglamento por la que se establecía el estatuto de la asociación europea, la Propuesta de reglamento por la que se establecía el estatuto de la mutualidad europea, la Propuesta de reglamento por la que se establecía el estatuto de la fundación europea y la Propuesta de reglamento por la que se establecía el estatuto de la Sociedad Privada Europea. En cada uno de estos instrumentos jurídicos es esencial el elemento transfronterizo (o transnacional), y por tanto, su finalidad es facilitar la reestructuración empresarial de las personas jurídicas de los Estados miembros, lo cual también implica, como veremos, la movilidad intracomunitaria ejercitando plenamente la libertad de establecimiento a la que nos vamos a referir a lo largo de este trabajo.

La creación de “entes” supranacionales sobre la base del Derecho de la Unión Europea

Tal y como hemos visto el Derecho de sociedades europeo desde sus inicios hasta la actualidad, se ha ido construyendo esencialmente con la utilización de directivas de armonización legislativa (sobre la base jurídica de los antiguos artículos 44.2, 94 y 95 TCE), para eliminar las restricciones y obstáculos jurídicos y para lograr un verdadero mercado interior basado en el respeto de la libertad de establecimiento. El legislador europeo ha reservado la figura del reglamento sobre la base jurídica del artículo 308 TCE (actual artículo 352 TFUE), para la creación de tipos societarios supranacionales, que facilitan la movilidad de las sociedades a través de la constitución de dichos “entes”, que se encuentran por encima de los ordenamientos jurídicos nacionales, y que por tanto, ello implica que no se darán problemas relativos a la colisión de legislaciones (conflictos de leyes) entre Estados miembros diferentes. Ejemplos de reglamentos de este tipo lo constituyen el reglamento relativo a la AEIE aprobado en 1985, el reglamento sobre la SAE que finalmente fue aprobado en el año 2001, el reglamento sobre la SCE aprobado en el año 2003, y la propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE), el cual todavía no ha sido aprobado.

La doble finalidad del Derecho de sociedades europeo

El desarrollo del Derecho de la Unión Europea de sociedades responde a una doble finalidad: por un lado la extensión y consolidación de la libertad de establecimiento a las personas jurídicas, a la cual nos dedicaremos más adelante, y por otro lado, a la facilitación de las operaciones de concentración y cooperación empresarial, a través de directivas de armonización y de reglamentos que crean nuevos tipos societarios supranacionales.

A pesar de esta doble finalidad del Derecho societario europeo, durante los años ochenta en el marco jurídico comunitario (en el TCE), no existía una norma comunitaria concreta sobre colaboración empresarial, lo cual limitaba la actividad legislativa de derecho derivado en este sentido. Por esta razón las instituciones comunitarias conscientes de ello, hicieron patente este hecho y en este sentido, por ejemplo, el Consejo, en una declaración de 30 de marzo de 1985, ponía de manifiesto la necesidad de “crear un entorno más propicio para el estímulo de la empresa”, y asimismo la Comisión también reconocía en el Libro Blanco de junio de 1985,²⁰³ “la falta de un marco jurídico comunitario que favorezca la actividad transfronteriza de las empresas y la cooperación entre empresas de distintos Estados miembros”, y añadía que esta cooperación “sigue obstaculizada por excesivos problemas jurídicos, fiscales y administrativos”.²⁰⁴ La consecuencia de la plasmación de esta realidad fáctica por parte de las instituciones comunitarias, fue la aprobación por el Consejo del reglamento sobre la AEIE, y la activación de los proyectos sobre grupos de sociedades y SAE, donde se fijaban las fechas previsibles de aprobación.

El Reglamento como excepción a la armonización en Derecho de sociedades

El reglamento 2137/85 de 25 de julio de 1985, relativo a la AEIE y los reglamentos 2157/2001 de 8 de octubre de 2001, sobre el Estatuto de la SAE y 1495/2003 de 22 de julio de 2003 sobre el Estatuto sobre la SCE, constituyen excepciones a la política legislativa “habitual”, en el marco del Derecho societario europeo, pues por ejemplo, en el caso de la SAE ya desde los proyectos iniciales se concibió su

²⁰³ Libro Blanco de la Comisión al Consejo Europeo, junio de 1985. Segunda parte, Eliminación de las fronteras técnicas, capítulo VI. Establecimiento de condiciones que pueden facilitar la cooperación industrial. Números 133 a 144.

²⁰⁴ PAU PEDRÓN, A. “La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen”. *RCDI*. Julio-agosto1988, p. 1.193.

regulación a través de un reglamento,²⁰⁵ ya que el objetivo de ésta era ser un tipo societario supranacional, que se orientaba fundamentalmente a la resolución de los problemas prácticos, que presentaba y sigue presentando la realización de operaciones transfronterizas entre sociedades de capital, como por ejemplo las fusiones internacionales (intracomunitarias), el traslado de sede (social o efectiva), dentro de la UE y la constitución de grupos de sociedades intracomunitarios. En el caso de la AEIE, ya desde los dos proyectos iniciales de 1971 y 1978, se pensó que el instrumento jurídico más adecuado era el reglamento, por que al igual que ocurría con la SAE el objetivo era crear mecanismos de cooperación empresarial comunitario, de aplicación directa entre los Estados miembros y constituidos como entes supranacionales.

A partir de ahora vamos a ver con más detalle estos instrumentos jurídicos, a los cuales hemos hecho referencia y que tienen como objetivo la cooperación y movilidad de sociedades. En concreto nos detendremos en: la AEIE, la SAE, la SCE, la Propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE), la Directiva de fusiones transnacionales y la Propuesta de Directiva sobre traslado de sede social.

1.1. La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE)

Orígenes de la AEIE

El origen de la AEIE lo encontramos en la figura del *groupement d'intérêt économique* (Grupo de Interés Económico) de origen francés,²⁰⁶ siendo el primer proyecto sobre AEIE el de 1971, aunque posteriormente en el año 1978 fue

²⁰⁵ La Propuesta inicial fue en 1970, aunque la idea teórica o doctrinal se remonta a estudios y sugerencias de finales de los años cincuenta y sesenta (p. ej.: Proyecto Sanders de 1966). La segunda Propuesta fue presentada por la Comisión en 1975; la tercera Propuesta fue la de 25 de agosto de 1989, presentando la Comisión junto a la propuesta de SAE, la propuesta de directiva del Consejo por la que se completaba el Estatuto de la SAE en lo relativo a la posición de los trabajadores; la cuarta Propuesta y definitiva fue la de mayo de 1991, presentada por la Comisión y que estuvo paralizada durante diez años, básicamente por el enfrentamiento entre los Estados miembros por imponer uno de los dos modelos de organización interna de la SAE (modelo monista/modelo dual), y por otro lado por la implicación de los trabajadores en la SAE.

²⁰⁶ La inspiración en el Grupo de Interés Económico francés lo corroboran los propios documentos de trabajo del Consejo en Europe Documents: *note des services du Conseil Communautaire*, número 1.367, de 2 de agosto de 1985.

presentada la segunda propuesta por parte de la Comisión, la cual fue modificada durante el proceso legislativo, siendo aprobada definitivamente el 25 de julio de 1985, convirtiéndose en el Reglamento 2137/85.

Fundamentos y finalidad de la AEIE

El Reglamento sobre la AEIE, como ya hemos indicado anteriormente, fue el primer instrumento jurídico de Derecho de la Unión Europea nacido de la necesidad a mediados de los años ochenta de favorecer, no sólo la actividad transfronteriza de las empresas y la cooperación entre empresas de distintos Estados miembros, sino que tal y como establece su artículo 4 de dicho Reglamento, la cooperación también entre personas físicas y todas “las demás entidades jurídicas” de Derecho público o privado, lo cual lo configura como un instrumento muy útil dentro de la UE para llevar a cabo operaciones de cooperación o colaboración empresarial entre los agentes económicos o comerciales de los Estados miembros.²⁰⁷ Asimismo, tal y como afirma el artículo 3 del Reglamento, la finalidad de la AEIE es facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, y mejorar o acrecentar los resultados de esta actividad, por lo que debe vincularse a ésta, permitiéndoles el desarrollo de su propia actividad económica, y el aumento de su propio beneficio, gracias a la puesta en común de actividades, de recursos o de servicios. Según se establece en el quinto considerando del Reglamento *la agrupación se distingue de una sociedad principalmente por su objetivo, que es únicamente el de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros para permitirles mejorar sus propios resultados....*

En el primer considerando del Reglamento, el legislador europeo justifica que para que haya un desarrollo económico es necesario un verdadero mercado común (con condiciones análogas a las de un mercado nacional), y que para ello se hace necesario la creación de un marco jurídico, que facilite la actividad y cooperación económica a las personas físicas, jurídicas y demás entes jurídicos. En el segundo considerando el legislador es consciente de las dificultades jurídicas, fiscales o

²⁰⁷ En nuestro ordenamiento jurídico esta figura jurídica se conoce como Sociedad Colectiva Especial según VICENT CHULIÀ F. *Introducción al Derecho Mercantil*. 21ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 708. Aunque algunos autores como MENÉNDEZ, A. (Dir.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 4ª edición, Madrid, Civitas, 2006, p. 524, sólo le reconocen valor de unión consorcial.

psicológicas que pueden encontrarse los operadores económicos, y afirma que por ello es necesario un instrumento de cooperación como es la AEIE.²⁰⁸

Por tanto, podemos observar que ya desde el principio del Reglamento, el legislador europeo justifica a éste como un elemento necesario para el desarrollo y evolución del mercado interior por ser un mecanismo supranacional comunitario, que da cabida a estas necesidades, por ello se configura, como veremos, como un instrumento mucho más flexible que, por ejemplo, la SAE. Esta flexibilidad de la AEIE se puede comprobar en primer lugar, en el modo de financiar sus actividades, que puede ser exigiendo tanto aportaciones en dinero, como en especie o en industria (la posibilidad de no constituir un capital es una de las características que distingue a la AEIE de la sociedad mercantil, en la que las aportaciones en dinero efectivo o en especie son siempre obligatorias), y en segundo lugar porque no hay una restricción, en cuanto al sector objeto de actividad de la AEIE (ámbito de la agricultura, del comercio, la industria, la artesanía, de los servicios..., etc.).

Naturaleza jurídica

Mucho se ha discutido en Derecho comparado sobre la naturaleza jurídica de la AEIE.²⁰⁹ Así, por ejemplo, la doctrina alemana de los años ochenta, representada por los profesores Gleichmann K. y Ganske J., sostenía criterios diferentes. Afirmaba el primero que el fin de la agrupación estaba orientado a la mejora, la facilitación, el desarrollo o el incremento de la actividad económica de los miembros, por tanto, para este autor la agrupación era un medio, a través del cual, se desarrollaba la cooperación. Por otro lado, el profesor Ganske afirmaba que la Agrupación Europea

²⁰⁸ “Considerando que un desarrollo armonioso de las actividades económicas y una expansión continua y equilibrada en el conjunto de la Comunidad, dependen del establecimiento y del buen funcionamiento de un mercado común que ofrezca condiciones análogas a las de un mercado nacional; que la realización de este mercado único y el refuerzo de su unidad, hacen deseable en particular, la creación, para las personas físicas, sociedades y demás entes jurídicos, de un marco jurídico que facilite la adaptación de sus actividades a las condiciones económicas de la Comunidad; que es necesario, a tal fin, que estas personas físicas, sociedades y demás entes jurídicos, puedan cooperar efectivamente más allá de las fronteras” (primer considerando); “Considerando que tal cooperación puede encontrar dificultades de orden jurídico, fiscal o psicológico; que la creación de un instrumento jurídico apropiado a nivel comunitario bajo la forma de una agrupación europea de interés económico, contribuye a la realización de los objetivos antes citados y es por lo tanto necesaria” (segundo considerando).

²⁰⁹ PAU PEDRÓN, A. “La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen”. *RCDI*. julio-agosto, 1988, pp. 1.181-1.192.

de Interés Económico puede calificarse, desde la perspectiva alemana, como “sociedades colectivas con organicismo de terceros”. Para la doctrina francesa esta figura está muy próxima a la sociedad cooperativa,²¹⁰ lo cual también lo confirma que el título en los proyectos iniciales del Reglamento, era el de *groupement européen de coopération*. Finalmente entre la doctrina italiana el profesor V. Proto sitúa la AEIE en un punto intermedio entre las sociedades personalistas y el consorcio. Podemos entender por tanto la AEIE, siguiendo al profesor Pau Pedrón²¹¹ “como la forma de agrupación más general puesta por el ordenamiento jurídico a disposición de los particulares con el propósito de que puedan realizarse fines de carácter común a través de la cooperación o colaboración de varias personas”.

Capacidad jurídica

A pesar de que el artículo 1.2 del Reglamento establece que a partir de su inscripción en el registro la AEIE tendrá la capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo otros contratos jurídicos, e incluso de litigar, en el artículo 1.3, el legislador europeo deja que sea cada Estado miembro, el que determine si una AEIE que tenga su sede en su territorio tendrá o no personalidad jurídica.²¹²

El contrato de agrupación: la autonomía de la voluntad

El Reglamento proclama la libertad contractual de los miembros de la AEIE, en el sentido de que podrán, en gran medida definir libremente sus relaciones contractuales, así como las modalidades internas de organización de la agrupación a través del contrato de constitución. El acceso a una AEIE no significa la pérdida de la independencia jurídica o económica de las empresas, pues la agrupación sólo es una estructura para la coordinación de la propia actividad, con el objetivo de incrementar los resultados y la capacidad competitiva de cada empresa. Para crear, por tanto, la agrupación es necesario que los miembros firmen un contrato de

²¹⁰ J. DE PUIFERRAT, S. ISRAËL, J. GUYENOT, M. GALIMARD, P. WOODLAND, autores citados en PAU PEDRÓN, A. “La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen”. *RCDI*. Julio-agosto, 1988, p. 1.185.

²¹¹ PAU PEDRÓN, A. “La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen”. *RCDI*. Julio-agosto, 1988, p. 1.187.

²¹² Según el artículo 22.1 de la Ley 12/1991 de 29 de abril que regula la AIE española, aquellas AEIE que tengan su domicilio en España tendrán personalidad jurídica propia.

agrupación, y posteriormente lo inscriban en el registro público correspondiente (artículo 1).

En cuanto al contenido mínimo del contrato por el cual se constituye una AEIE, se encuentra regulado en el artículo 5 del Reglamento, donde se establece que en el contrato deberá constar como mínimo: la denominación de la agrupación (precedida o seguida de las palabras “Agrupación Europea de Interés Económico” o las siglas “AEIE”; la sede de la agrupación; el objeto de la agrupación; el nombre, razón o denominación social, la forma jurídica, el domicilio o sede social y, en su caso, el número y el lugar de registro de cada uno de los miembros de la agrupación, y finalmente también debe constar la duración de la agrupación, cuando no sea indefinida. Después de su formalización a través de la firma del contrato, en el cual a parte de los requisitos mínimos del artículo 5, se pueden hacer constar todos aquellos extremos que se consideren oportunos por parte de los socios, siempre que no sean contrarios al Reglamento, debe procederse a su inscripción, la cual se realizará en el Estado miembro en el que se vaya a localizar la sede de la AEIE.

La sede social

La sede de la agrupación es un elemento importante, pues además de constituir uno de los requisitos esenciales del contrato, sin el cual éste no puede inscribirse en el Registro, la sede de la AEIE va a determinar el lugar de inscripción, tal y como acabamos de ver (artículo 6). Por otro lado, el lugar de localización de la sede determina también la ley aplicable al contrato (excepto en las cuestiones relativas al estado y capacidad de las personas jurídicas), y al funcionamiento interno de la agrupación, pues ésta será la ley del Estado miembro, en el cual se localice dicha sede (artículo 2). Asimismo cuando el Reglamento se remite a la legislación interna de los Estados miembros,²¹³ esta remisión se entiende hecha al ordenamiento jurídico del Estado miembro,²¹⁴ donde se encuentre la sede (en realidad también cuando el Reglamento hace referencia a la ley del lugar de inscripción, se está refiriendo de forma indirecta al Estado miembro donde se localice la sede, por aplicación del artículo 6). Establece el artículo 12 que la sede deberá fijarse en el

²¹³ Artículos 14.4, 19.2, 28.1, 32.3, 35.2, 38, 39.1 y 39.3 del reglamento.

²¹⁴ En el caso español el artículo 22.1 de la Ley 12/1991 establece que las remisiones hechas a la ley interna en el reglamento sobre la AEIE, en el caso del Estado español, se entenderán hechas al artículo 22 de la Ley 12/1991, así como los artículos 23, 24, 25 y 26 (relativos a los aspectos fiscales), que por remisión del artículo 30 de esta ley serán aplicables a la AEIE con sede en territorio español.

lugar en el que la AEIE tiene su administración central, o bien en el lugar en que uno de los miembros de la agrupación tiene su administración central o, cuando se trata de una persona física, su actividad principal, siempre que la agrupación tenga ahí una actividad real. El Reglamento recoge la posibilidad de transferencia de la sede, la cual puede ser de dos tipos: que no implique un cambio de ley aplicable, o que sí se dé una modificación de ésta. En el caso de que la transferencia de sede no implique un cambio de ley aplicable, es decir, que se dé una transferencia dentro de un mismo Estado, la decisión podrá ser tomada por los órganos de administración según se hubiera acordado en el contrato de agrupación (artículo 13). Mientras que si la transferencia de sede implica un cambio de ley aplicable será de aplicación el proceso seguido en el artículo 14, el cual es más complejo, ya que se parte de la elaboración de un proyecto de transferencia.

Estructura y organización interna

En cuanto a la organización interna de la AEIE (artículos 16 y ss.), hay que decir que no difiere mucho de la AIE de nuestro ordenamiento jurídico, regulada por la ley 12/1991, pues su estructura interna se basa en una asamblea de socios u órgano colegiado integrado, por todos los miembros de la agrupación, y unos administradores, aunque el Reglamento prevé la constitución de otros órganos, cuyas facultades deberán determinarse en el contrato de agrupación. Cada miembro dispondrá de un voto según el Reglamento, aunque este extremo puede ser modificado por el contrato. En el artículo 17.2 se establecen las decisiones que deberán tomarse por unanimidad,²¹⁵ pudiendo tomarse el resto de decisiones por el quórum que se establezca en el propio contrato.

Disolución y liquidación

La disolución de la agrupación se podrá dar por decisión de sus miembros por unanimidad, salvo disposición en contrario establecida en el propio contrato, o por

²¹⁵ Establece el artículo 17.2 que “los miembros sólo podrán decidir por unanimidad: a) modificar el objeto de la agrupación; b) modificar el número de votos atribuido a cada uno de ellos; c) modificar las condiciones de la toma de decisiones; d) prorrogar la duración de la agrupación más allá del período establecido en el contrato de agrupación; e) modificar la cuota de contribución de cada uno de los miembros, o de algunos de ellos a la financiación de la agrupación; f) modificar cualquier otra obligación de un miembro, excepto si el contrato de agrupación prevé otra cosa; g) cualquier modificación del contrato de agrupación no prevista en éste, excepto si este contrato prevé otra cosa”.

decisión judicial a instancia de uno de los miembros. El Reglamento contempla en el artículo 32.3 la posibilidad de que un Estado miembro, pueda prever que el juez a petición de una autoridad competente, declare la disolución de una agrupación que tenga su sede en el Estado del que depende esa autoridad, en aquellos casos en que la agrupación con su actividad se oponga al interés público. La disolución de la agrupación implica su liquidación, la cual se regirá por el derecho nacional según establece el artículo 35 del Reglamento.

Como hemos podido comprobar, la AEIE fue el primer instrumento jurídico de origen comunitario, que se creó para facilitar la colaboración o cooperación entre personas físicas, sociedades y demás entes jurídicos, muy diferente a una sociedad mercantil, esencialmente en cuanto al objetivo, pues en el caso de la agrupación, éste es facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, para permitirles mejorar sus propios resultados. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea en materia de sociedades, la AEIE representó un paso hacia delante cualitativamente muy significativo. Tras el Reglamento de la AEIE en el año 1985, parecía que la aprobación del Reglamento sobre la SAE iba a ser inmediato, pero no fue así, pues tras su aplicación a partir del 1 de julio de 1989, no se volvió a crear un instrumento supranacional comunitario, hasta precisamente la aprobación del Reglamento sobre la SAE el 8 de octubre de 2001, cuya singularidad e importancia merece especial atención, no sólo porque fue aprobado después de 40 años de proyectos y modificaciones, sino por lo que significa dentro de la regulación del Derecho societario europeo, por ello, ahora vamos a destacar las características más importantes de este nuevo tipo societario supranacional europeo.

1.2. La Sociedad Anónima Europea (SAE)

Consideraciones previas: Excesiva remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales

La SAE fue uno de los primeros instrumentos que se proyectaron para superar los obstáculos con los que en la práctica se encontraba la libertad de establecimiento de las personas jurídicas (que analizaremos con detenimiento más adelante). Según algunos autores, los antecedentes de la Sociedad Anónima Europea (SAE) se

remontan al período anterior a la fundación de las Comunidades Europeas, en el seno del Consejo de Europa.²¹⁶

Para algunos autores si la coordinación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros funcionase como es debido, la figura de la SAE sería innecesaria.²¹⁷ Si bien la idea fundamental de la SAE, inicialmente era que el Reglamento regulara todos los aspectos relativos a la misma, sin recurrir a los ordenamientos nacionales, finalmente el último proyecto (1991),²¹⁸ el cual fue aprobado gracias al impulso político, llevado a cabo en los acuerdos intergubernamentales de Niza en diciembre de 2000, tuvo como finalidad satisfacer las necesidades de las grandes empresas europeas, que a la postre eran las destinatarias del último proyecto.²¹⁹ A pesar de ello, dicho proyecto dista mucho de la idea inicial, pues el reglamento de la SAE se ha convertido en un híbrido entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea o en palabras del profesor Garcimartín Alférez, “en una sociedad nacional con vestido europeo”,²²⁰ pues hay

²¹⁶ 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”. *RDS*. 2002, núm. 19, p. 33.

²¹⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “El reglamento de la SAE: una primera lectura”. *GJUE*. 2002, enero-febrero, p. 7.

²¹⁸ Durante el año 1991 se presentaron dos propuestas que tenían por objeto la creación de dos tipos sociales supranacionales: la Propuesta de reglamento por la que se establecía el estatuto de la asociación europea (COM [1991] 273, publicado en el *DO C* 99 de 21 de abril de 1992, p. 1) y la Propuesta de Reglamento por la que se establecía el estatuto de la mutualidad europea (COM [1991] 273, publicado en el *DO C* 99 de 21 de abril de 1992, p. 40), asimismo junto a estas iniciativas legislativas se acompañaban la propuesta de directiva Europea, por la que se completaba el Estatuto de la asociación europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores (COM [1991] 273, publicada en el *DO C* 99 de 21 de abril de 1992, p. 14) y la propuesta de directiva Europea, por la que se completaba el Estatuto de la mutualidad europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores (COM [1991] 273, publicada en el *DO C* 99 de 21 de abril de 1992, p. 57). Las cuatro iniciativas legislativas, junto a muchas presentadas por la Comisión, finalmente han sido retiradas por ser incompatibles con los criterios de Lisboa y de mejora de la legislación, por no tener posibilidades de avanzar en el proceso legislativo o por quedar obsoletas por razones objetivas (*DO C* de 17 de marzo de 2006, pp. 3-10). Si pensamos que la SAE tardó cuarenta años en ser aprobada, nos inclinamos a pensar que en el caso de estas cuatro iniciativas, el motivo de su retirada fue la imposibilidad de avanzar en el proceso legislativo.

²¹⁹ CERIONI, L. “The approved version of the European Company Statute in comparison with the 1991 draft: some first remarks from the General Provisions and from the Directive on employees’ involvement (Part I)”. *TCL*. vol. 25 (2004), núm. 8, p. 228.

²²⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “El reglamento de la SAE: una primera lectura”. *GJUE*. 2002, enero-febrero, p. 9; ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”. *RDS*. 2001, núm. 16, p. 144 (...se ha creado una “marca comunitaria” con diversos “modelos de carácter

una constante remisión a los ordenamientos nacionales en todo aquello no regulado por el reglamento (artículo 9),²²¹ y por tanto, según afirma el mismo autor, el nuevo Reglamento no crea un auténtico tipo societario europeo (supranacional), sino veinticinco tipos diferentes (ahora veintiocho), uno por cada Estado miembro. A pesar de ello, el legislador europeo en el considerando 7 del Reglamento, nos presenta un instrumento jurídico que parece eliminar los problemas derivados de la concurrencia de los diferentes ordenamientos jurídicos.²²² Por otro lado, el Reglamento tampoco regula aquellas materias relativas al Derecho fiscal, Derecho de competencia, Derecho sobre propiedad intelectual y Derecho concursal (considerando 20) pues también se remite a la legislación nacional y en cuanto a la disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos el artículo 63 remite nuevamente a los ordenamientos jurídicos nacionales. Vemos que el Reglamento no cumple con los objetivos que preconiza el considerando 3 donde se afirma *que la realización de operaciones de reestructuración y de cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropieza con dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico...* Parece ser que la SAE está llamada para resolver dichos problemas (no los psicológicos), pero en realidad lo único que regula el Reglamento es la constitución, el modelo de dirección y el traslado del domicilio (no todos los aspectos), siendo el resto de materias reguladas por el Derecho nacional. Para algunos autores,²²³ también el régimen fiscal subyacente del Reglamento es poco atractivo e incluso penaliza el uso de este tipo societario, pues

nacional”); TEICHMANN, C. “La Societas Europea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”. *NUE*. 2006, núm. 252, p. 115 (...se ha convertido la SE, en última instancia, en una forma jurídica “híbrida”). En el mismo sentido EMBID IRUJO, J.M. en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.). *La sociedad Anónima Europea domiciliada en España*. Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 25; ESTEBAN VELASCO, G.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores). *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 28.

²²¹ El artículo 9 establece la jerarquía normativa de aplicación, siendo uno de los artículos más importantes del reglamento, a pesar de ello para Christoph Teichmann no hubiera sido necesario dicho artículo, pues “el precepto describe casi exclusivamente reglas de aplicación jurídica que serían evidentes incluso sin regulación expresa” (TEICHMANN, C. “La Societas Europea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, *NUE*, 2006, núm. 252, p. 121).

²²² Establece el considerando 7 del reglamento que “Las disposiciones de un Reglamento de este tipo permitirán la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones”.

²²³ ANSÓN PEIRONCELY, R.; GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea, análisis del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*. Barcelona, Editorial Bosch, 2004, pp. 289 y ss.

el régimen fiscal de aplicación será el mismo que el de una SA nacional, lo cual es insuficiente para garantizar la agilización de operaciones de reestructuración internacional de sociedades, ya que a mayor abundamiento la SAE se encuentra excluida de las pocas directivas sobre armonización fiscal (siendo la única excepción la Directiva 90/495 que fue modificada por la Directiva 2003/123 de 22 de diciembre para incluir la SAE y la SCE en el anexo adjunto). Por tanto, si la SAE no puede resolver los problemas jurídicos ni los problemas fiscales, en las operaciones transfronterizas o intracomunitarias, habrá que ver si transcurrido un tiempo prudencial tras su entrada en vigor (que fue el 8 de octubre de 2004), tiene una aplicación práctica entre los agentes económico-empresariales de la UE, pues consideramos que *a priori*, ni solventa los problemas jurídicos ni los fiscales que teóricamente tenía que resolver.

La Directiva 2001/86 de acompañamiento al reglamento

Junto al Reglamento 2157/2001 de 8 de octubre de 2001, el legislador europeo aprobó la Directiva 2001/86, que lo completa en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, materia que junto al debate entre establecer una SAE con administración monista o dualista fue el motivo, entre otros, por el cual el proyecto de 1991 estuvo diez años paralizado, dándose el impulso final en Niza, y resolviendo la situación con la adopción de la citada directiva. En el considerando 19 del Reglamento se afirma que dicha Directiva *establece las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SAE, y dichas disposiciones, por consiguiente constituyen un complemento indisoluble al presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente.*

La SAE como alternativa a las SA nacionales

El Reglamento SAE nace como un instrumento jurídico más, junto a los tradicionales instrumentos de Derecho nacional, que tienen las sociedades para realizar más fácilmente operaciones empresariales. Las sociedades de capital podrán optar, en el momento de llevar a cabo una operación de carácter transfronterizo dentro de la Unión Europea, entre la utilización de los medios jurídicos existentes hasta este momento (derechos nacionales), o la utilización del Derecho de la Unión Europea a través de la creación de una SAE, siempre y cuando se cumplan los restrictivos requisitos del artículo 2, y se sigan las formas de constitución reguladas en los artículos 17 a 37 (fusión, *holding*, filial común y transformación de SA en SAE). Como ya hemos reiterado anteriormente, debemos tener en cuenta que en todo

aquello no regulado por el Reglamento deberemos remitirnos al ordenamiento jurídico del Estado miembro, en el cual tenga su sede social, pues al amparo del artículo 2, la SAE será considerada como una SA en dicho Estado, por tanto, será de aplicación la legislación de las SA del lugar de localización de la sede social, que asimismo debe coincidir con el de la administración central.

La sede social

En general el domicilio o sede social de una sociedad cumple funciones procesales (registro, notificaciones, competencia judicial internacional)²²⁴ pero en el Reglamento SAE también cumple funciones materiales, pues será el punto de conexión que determinará el ordenamiento jurídico “subsidiario” de aplicación a la SAE. El artículo 7 establece *que el domicilio social deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central.*²²⁵ El legislador europeo ha optado por la utilización del modelo de sede real (modelo que analizaremos con detalle en este trabajo, en la parte dedicada a la libertad de establecimiento y el DIPr), que fundamentalmente se basa en la localización en el mismo lugar del domicilio social y la administración central de la sociedad (considerando 27). En caso de no coincidir la sede social y la administración central, el artículo 64 da potestad al Estado miembro, del lugar del domicilio social para adoptar las medidas apropiadas, incluso la liquidación de la SAE. El artículo 69a) abre la posibilidad de que el criterio de sede real del artículo 7, pueda ser modificado a través de la

²²⁴ Artículo 2 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil; artículo 2 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el artículo 4.2 del nuevo convenio de La Haya adoptado el 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección del foro, establece que en el caso de las personas jurídicas, se entiende que tienen su residencia en el Estado: donde tengan su sede estatutaria, bajo cuya ley fueran constituidas, el de su administración central, o de su establecimiento principal.

²²⁵ Para algunos autores como GARCIMARTÍN ALFÉREZ o FERNÁNDEZ DEL POZO el concepto de administración central puede asimilarse al concepto de “centro de intereses principales”, definido en el considerando 13 del Reglamento 1346/2000 de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, como el lugar donde la sociedad lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que puede ser averiguado por terceros” (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “El reglamento de la SAE: una primera lectura”, *GJUE*, 2002, enero-febrero, p. 15; FERNÁNDEZ del Pozo, L. “El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea (Societas Europea)”, *RDM*, 2003, núm. 250, p. 1.544.

preceptiva revisión del Reglamento por parte de la Comisión, antes de los cinco años posteriores a la entrada en vigor del Reglamento.

Al amparo del artículo 8 del Reglamento, el domicilio social puede ser trasladado de un Estado miembro a otro, siendo la novedad más significativa, que dicho traslado no implica la disolución ni la pérdida de personalidad jurídica de la SAE (artículo 8.1), lo que sí ocurre en muchas ocasiones, como veremos a lo largo de este trabajo, en el caso de que una sociedad decida trasladarse a otro Estado miembro, por aplicación de los derechos nacionales. En el Reglamento no se regula el traslado dentro del mismo Estado, por lo que nuevamente en este caso deberemos aplicar la legislación nacional. Como hemos referido anteriormente, el traslado de sede implica un cambio de ley aplicable (ordenamiento jurídico subsidiario), por tanto, ello supone que se tengan que dar ciertas garantías a los agentes afectados por el traslado (accionistas, trabajadores, acreedores), que serán llevadas a cabo a través de la legislación nacional. A pesar de que el artículo 8 es muy minucioso en la regulación del traslado, en dicho artículo hay una constante remisión a la legislación nacional (formas de publicidad [8.2], tutela de los accionistas [8.5], intereses de acreedores y terceros [8.7], posible oposición por interés público [8.14], así como aspectos concretos de registro, determinación de autoridades competentes para el control..., etc.), lo cual ha sido criticado por algunos autores por no facilitar la operación de traslado de sede (piedra angular de la SAE).²²⁶

Adecuación legislativa de los ordenamientos nacionales al reglamento

No queremos extendernos en las explicaciones relativas a la SAE, pero nos ha parecido oportuno mencionar ciertos aspectos de dicha figura, alguno de los cuales coinciden con la SCE, por la importancia que ha tenido dentro del Derecho societario europeo, pues es un proyecto que vio finalmente la luz después de cuatro décadas, y de cuatro propuestas legislativas, aunque quizás no de la forma que posiblemente hubieran querido aquellos que lo proyectaron inicialmente. Habrá que esperar un tiempo prudencial, para ver si este nuevo tipo societario es utilizado como forma de reestructuración empresarial, pues recordemos que su entrada en vigor fue tres años más tarde de su aprobación, y asimismo hay que tener en cuenta que para la efectiva aplicación del Reglamento los Estados miembros, debían también

²²⁶ MENJUCQ, M. "La société européenne: en fin l'aboutissement". *LD*. 2001, núm. 13, p. 1.090; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "El reglamento de la SAE: una primera lectura". *GJUE*. 2002, enero-febrero, p. 17.

transponer la Directiva 2001/86, así como modificar la legislación interna para adecuarla al nuevo Reglamento, sobre todo en aquellos aspectos relativos al sistema de administración (monista o dualista), lo cual se produjo, en el caso de España, por ejemplo, después de más de un año de la entrada en vigor del Reglamento.²²⁷ Debemos tener en cuenta que en los tres primeros años desde la entrada en vigor del Reglamento de la SAE, sólo se constituyeron 100 SAEs²²⁸ y se esgrimieron como causas de esta pobre efectividad, la ausencia de un régimen legal verdaderamente unificado, la falta de armonización en muchas áreas del Derecho en relación con la SAE, los largos y complejos procesos de negociación de la participación de los trabajadores, la falta de incentivos fiscales, entre otros.²²⁹

1.3. La Sociedad Cooperativa Europea (SCE)

Introducción

Las cooperativas, en particular, y la economía social, en general, han ido adquiriendo cada vez más importancia en el ámbito de la Unión Europea y eso explica que, como afirma el Preámbulo de la Ley española de Economía Social de 2011, se presentasen en su día tres Propuestas de Reglamento de Estatutos de la Asociación Europea, de la Cooperativa Europea y de la Mutualidad Europea, de las cuales solo llegó a buen término la Sociedad Cooperativa Europea.²³⁰

Por otro lado, la Carta de principios de la Economía Social de 2002, de la Conferencia Europea de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones, antecesora de la actual Asociación Europea de Economía Social, logró introducir en

²²⁷ El legislador español adecuó la legislación interna a través de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre (BOE de 15 de noviembre de 2005), por la cual se modificaba la ya derogada LSA. La Directiva 2001/86 finalmente, después de un año de retraso respecto a lo establecido en el artículo 14 de la Directiva, fue transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico junto a la Directiva 2003/72, relativa a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea, a través de la Ley 31/2006 de 18 de octubre sobre implicación de los trabajadores, en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE núm. 250 de 19 de octubre de 2006).

²²⁸ Comission Staff working document SEC (2007), 1707 <http://ec.europa.eu/prelex/detail_do_s_s_ier_real.cfm?CL=es&DosId=196523> [Consulta: 29 enero 2014].

²²⁹ SKOIE MORKVE, C. "The European Company in Scandinavia: Nordea's transformation to a SE". *EBLR*, vol. 16, 2 (2005), pp. 353-358.

²³⁰ Los otros dos proyectos, el de la Asociación Europea y el de Mutualidad Europea, fueron retirados por la Comisión en el año 2006 por discrepancias con el Consejo.

el “acervo comunitario” principios como la primacía de la persona y del objeto social sobre el capital, la adhesión voluntaria y abierta, el control democrático de sus integrantes, la conjunción de intereses de los usuarios y del interés general, la defensa del principio de solidaridad y responsabilidad, la autonomía de gestión y independencia de los poderes públicos y el destino de los excedentes a la consecución de objetivos en favor del desarrollo sostenible, del interés de los servicios a sus integrantes y del interés social. Todo ello ha tenido reflejo en el Informe sobre Economía social del Parlamento Europeo de 26 de enero de 2009²³¹ o en distintos Dictámenes del Consejo Económico y Social del año 2000 (Economía Social y Mercado Único)²³² y de 2009 (Distintos Tipos de Empresas)²³³. Por otro lado, en la Ley española de Economía Social de 2011²³⁴ se recogen, de forma muy destacada estos principios²³⁵.

²³¹ Informe del Parlamento Europeo sobre Economía Social 2008/2250 INI. Ponente: Patrizia Toia.

²³² CES 242/2000, de 3 de marzo de 2000.

²³³ 2009/C 318/05, de 1 de octubre de 2009.

²³⁴ Sobre esta novedosa Ley, pueden consultarse, por ejemplo: ALFONSO SÁNCHEZ, ROSALÍA y EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *Economía social y economía sostenible*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011; FAJARDO GARCÍA, ISABEL GEMMA, “El fomento de la Economía Social en la legislación española”, *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, n.º 107 (2012), pp. 58-97; PADILLA RUIZ, PEDRO. “Comentarios a la Ley 5/2011, de Economía Social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3 (2011), pp. 129-137; PANIAGUA ZURERA, MANUEL, *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011; PAZ CANALEJO, NARCISO, *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; PEDREÑO FRUTOS, JUAN ANTONIO, “La Ley de Economía Social: un reconocimiento jurídico e institucional a la Economía Social Española”, *Noticias de la Economía pública social y cooperativa*, n.º 54 (2010), pp. 59-62; PEDREÑO FRUTOS, JUAN ANTONIO, “La Ley española de economía social, un referente”, *Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, n.º 68 (enero de 2012), pp. 44-45; VV.AA. *Informe para la elaboración de una ley de fomento de la economía social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2010.

²³⁵ En su artículo 2 se define la economía social como el conjunto de las actividades económicas y empresariales que en el ámbito privado llevan a cabo entidades que persiguen o bien el interés colectivo de sus integrantes, o bien el interés general económico o bien ambos. Y en su artículo 4 se recogen los principios orientadores de la actuación de las entidades de economía social: a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en la gestión autónoma, transparente, democrática y participativa, lo que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y de sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social; b) Aplicación de los resultados obtenidos en la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y del servicio o actividad realizada por los socios o por sus miembros, y en su caso, al fin social objeto de la entidad; c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la

En la Comunicación de la Comisión Europea sobre fomento de las cooperativas en Europa²³⁶ se afirmaba que las cooperativas no necesitan un trato de favor sino una normativa que las sitúe en un plano de igualdad, en el sentido de que les permita actuar sin restricciones ni obligaciones basadas en objetivos de política nacional a las que no están sujetas otras fórmulas empresariales con las que las cooperativas compiten en las economías modernas de mercado.²³⁷

Tal y como afirma el profesor Santiago Larrázabal²³⁸, las cooperativas tienen una especial vinculación con las comunidades locales, en las que están especialmente arraigadas, son básicas para mantener la cohesión social, permiten la participación más completa en el desarrollo económico y social de toda la población y juegan un papel muy importante en territorios menos desarrollados o con importantes necesidades de reconversión. Pero al mismo tiempo, son capaces de desarrollar sus actividades más allá de sus países de origen, en el ámbito de la Unión Europea y

cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad; d) Independencia respecto de los poderes públicos. Finalmente, el artículo 8 de la Ley, se ocupa del fomento y difusión de la economía social y establece que los poderes públicos tendrán como objetivos de sus políticas de promoción de economía social, entre otros: a) Remover o eliminar los obstáculos que impidan el inicio y el desarrollo de una actividad económica de las entidades de economía social, prestándose especial atención a la simplificación de los trámites administrativos para la creación de entidades de economía social; b) Facilitar las diversas iniciativas de economía social; c) Promover los principios y valores de la economía social; d) Promocionar la formación y readaptación profesional en el ámbito de las entidades de economía social; e) Facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa a los emprendedores de las entidades de economía social; f) Crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social; g) Involucrar a las entidades de la economía social en las políticas activas de empleo, especialmente en favor de los sectores más afectados por el desempleo, las mujeres, los jóvenes y los parados de larga duración; h) Introducir referencias a la economía social en los planes de estudio de las diferentes etapas educativas; i) Fomentar el desarrollo de la economía social en áreas como el desarrollo rural, la dependencia y la integración social.

²³⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el fomento de las cooperativas en Europa, 23.2. 2004. COM (2004) 18 final, página 8.

²³⁷ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S. "Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 46/2012, pp. 167-169.

²³⁸ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S. "Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 46/2012, pp. 170-171.

más allá de las fronteras de la Unión, incluso a través de grupos formados por empresas cooperativas, lo que les permite afrontar los retos de la globalización y resultar competitivas. Pero además, tienen un gran «potencial» para desarrollar la cooperación entre las pequeñas y medianas empresas y mejorar su posición en el mercado y para prestar servicios de calidad a los clientes que son miembros de la cooperativa, en ámbitos básicos para la cohesión social como son la sanidad, la educación, la protección social y la asistencia social. De hecho, el modelo cooperativo no solo es eficaz para avanzar en la integración económica europea sino también en su integración social.

Como ha puesto de manifiesto la Comisión, el modelo cooperativo ha resultado muy eficaz para integrar objetivos sociales y en algunos países miembros se han adoptado fórmulas jurídicas cooperativas específicas para facilitar estas actividades.²³⁹

Entre los países de la Unión que pertenecen a Europa Occidental, las cooperativas tienen una larga tradición y un gran prestigio y si bien es cierto que en algunos países miembros de la Unión pertenecientes a la Europa Central que formaron parte en su día al bloque soviético y tuvieron economías planificadas, eran la forma de empresa más libre autorizada por los regímenes de planificación centralizada y desde entonces y en ocasiones “... padecen el estigma de estar identificadas con aquellos...” es importante recordar al respecto que las cooperativas pueden contribuir al desarrollo equilibrado de las economías y sociedades de los nuevos Estados miembros y países candidatos. En la actualidad, y en el ámbito de la Unión Europea, existen unas 250.000 empresas cooperativas, de las que son socios 163 millones de ciudadanos (es decir, casi uno de cada tres ciudadanos de la Unión) y que emplean a 5,4 millones de personas.²⁴⁰

Regulación

El proceso para la aprobación del Reglamento no fue fácil y siempre fue a remolque de la promulgación del Reglamento relativo a la Sociedad Anónima Europea. Además, fue objeto de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia por parte

²³⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa, 415.º Pleno (9-10 de marzo de 2005), *Diario Oficial* (en adelante, *DO*) 2005/C 234/01, de 22 de septiembre, epígrafes 5.3.2. y 6.2.

²⁴⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el fomento de las cooperativas en Europa, 23.2. 2004. Documento COM (2004) 18 final, apartados 2.1.2.

del Parlamento Europeo que impugnaba la base jurídica en la que se justificaba la aprobación de dicho reglamento, pues consideraba que ésta debía ser el antiguo artículo 95 TCE (relativo a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros) y no aquella en la que se fundamenta el Reglamento, es decir, el antiguo artículo 308 TCE (que era la base jurídica a la que se podía recurrir cuando ninguna otra disposición del Tratado confería a las instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptarlo)²⁴¹.

El Reglamento 1495/2003 de 22 de julio²⁴², relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, el cual al igual que la SAE se aprobó junto con una Directiva sobre implicación de trabajadores, la Directiva 2003/72 de 22 de julio,²⁴³ por la que se completa el Estatuto de la SCE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, son los dos instrumentos jurídicos que regulan la SCE.

²⁴¹ El TJUE, en su Sentencia de 2 de mayo de 2006 (Asunto Parlamento Europeo/ Consejo UE, C-436/03, apartados 43-46) entendió que el Reglamento, que deja intactas las distintas normativas nacionales existentes en materia de cooperativas, no tiene por objeto aproximar las legislaciones de los Estados miembros aplicables a las sociedades cooperativas, sino "crear una nueva forma de sociedad cooperativa que se superpone a las nacionales". Y el hecho de que no fije de manera exhaustiva el conjunto de normas aplicables a las sociedades cooperativas europeas y remita, en algunos extremos, al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio social la Sociedad Cooperativa Europea, no desvirtúa la afirmación anterior, pues esa remisión tiene carácter subsidiario. El Tribunal rechazó el recurso de anulación y confirmó que el fundamento jurídico del Reglamento era correcto, es decir, el antiguo artículo 308 TCE y no el antiguo artículo 95 TCE.

²⁴² El legislador español dictó la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España, ya que el Reglamento Europeo remite en varios aspectos al desarrollo de los Estados miembros en lo relativo a la legislación aplicable para garantizar la aplicación efectiva de dicho Reglamento (artículo 78). En el caso español, y dada la competencia del Estado en materia de legislación mercantil (artículo 149.1.6 de la Constitución), el Estado Central regula a través de esta Ley promulgada, la regulación, inscripción y publicación de actos, traslado, oposición fusión, transformación y disolución de la SCE con domicilio en España, siempre sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas españolas en materia de cooperativas.

²⁴³ Esta Directiva fue transpuesta junto a la Directiva 2001/86 sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 31/2006, de 18 de octubre.

Falta de armonización legislativa en materia de cooperativas

Mientras que en Derecho de sociedades, como hemos visto, el legislador europeo ha ido aproximando, a través de directivas de armonización, la legislación de los Estados miembros, las sociedades cooperativas han quedado al margen de esta armonización, a pesar de que el artículo 44.2g) TFUE (antiguo artículo 54.2g TCE) no las excluyera, ni tampoco el Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de 18 de diciembre de 1961, pues no era ésta la intención inicial del legislador europeo.²⁴⁴

Por tanto, el Reglamento sobre la SCE no se articula en base a un proceso de armonización de legislaciones a través de directivas, sino que se fundamenta en la regulación de una persona jurídica supranacional en el ámbito europeo, pues debido a la complejidad en la armonización legislativa en materia de cooperativas, motivado esencialmente por la diferencia en el tratamiento de esta figura en el conjunto de Estados miembros,²⁴⁵ el legislador europeo se ha visto obligado a la creación de un ente supranacional (al igual que ocurría con la SAE), pero en este caso ha prescindido de buscar una aproximación legislativa a través de la armonización con directivas.

Excesiva remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales

El problema es que del mismo modo que sucedía con el Reglamento de la SAE, el Reglamento de la SCE hace una constante remisión a la legislación de los Estados miembros, que recordemos que al no haber sido armonizada por el legislador europeo, es muy diferente de un Estado miembro a otro. Por otro lado, los legisladores nacionales al amparo del artículo 78 del Reglamento, deben adaptar

²⁴⁴ En el punto 21 del informe de la Comisión de 6 de junio de 1965, citado por FAJARDO GARCÍA, G. *La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea*, en AA.VV. *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanc, 1995, tomo I, p. 1.145, queda clara la intención de la Comisión de dedicarse a los problemas relativos a las sociedades cooperativas, al finalizar con los trabajos relativos a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

²⁴⁵ Básicamente esta diferencia entre ordenamientos se concreta en las dos distintas estructuras orgánicas, en las que se puede organizar una sociedad cooperativa (igual que ocurría con las sociedades mercantiles), en organización monista y dual, las cuales, finalmente han sido recogidas en los artículos 36 y ss. del reglamento, quedando a elección de los socios la organización, siguiendo uno u otro sistema (decisión que se hará constar en los Estatutos de la cooperativa [artículo 36b]).

también su legislación interna al propio Reglamento, lo cual supone que no se configure una única SCE, sino tantas como Estados miembros, de igual forma que ocurría con la SAE, pero en el caso de la SCE las diferencias entre los tipos que se creen, según el Estado miembro donde se localice el domicilio social de la misma, todavía serán más acentuados por la falta de armonización legislativa en materia de cooperativas entre los Estados miembros de la UE.

Necesidad del Reglamento de SCE

El Reglamento se configura (ya desde las propuestas iniciales de 1983 y 1987), como una institución supranacional, para el fomento de la actividad cooperativa. En este sentido el legislador europeo, en los considerandos del Reglamento, justifica la necesidad de crear un Reglamento que recoja esta figura, pues ni el Reglamento de la SAE ni de la AEIE, satisfacen las necesidades específicas de las cooperativas (considerandos 4 y 5). Por otro lado, se justifica la creación del Reglamento de SCE, al igual que ocurría con el Reglamento de SAE, por las dificultades de orden jurídico y administrativo, que obstaculizan el tráfico jurídico que conviene eliminar en un mercado sin fronteras (considerando 11). Ha sido criticado dicho Reglamento por no haberse tenido en cuenta en el mismo los principios cooperativos y que son la base del derecho de cooperativas.²⁴⁶

Finalidad y ámbito de aplicación del reglamento

El legislador europeo define las cooperativas en el considerando 7 del Reglamento, como agrupaciones de personas o entidades jurídicas, que se rigen por principios de funcionamiento específicos (estructura y gestión democráticas, y distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero),²⁴⁷ siendo su objetivo principal

²⁴⁶ EMBID IRUJO, J.M. *Aproximación al significado jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea*, en ALFONSO SÁNCHEZ, R. (Dir.), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*. Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 34-36; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B.; BENAVIDES VELASCO, P. "La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico". *RDS*. 2006, p. 281; RODRÍGUEZ ABELENDA, P. "La sociedad cooperativa europea y su adecuación a los principios de la ACI". *RJES Coop*. 2004, núm. 15, p. 129.

²⁴⁷ En el ordenamiento jurídico español encontramos una definición legal de sociedad cooperativa en el artículo 1 de la Ley 27/1999 de 16 de julio, de cooperativas en donde se establece que "La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento

la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios (artículo 1.3). Podemos afirmar que la finalidad esencial del Reglamento, es crear la calificación de SCE, con personalidad jurídica y facultades para actuar en Estados miembros, que pueda beneficiarse de la libertad de establecimiento y del derecho de establecimiento, sin perder su especificidad. En cuanto a la actividad de la SCE el Reglamento no se ocupa, con lo cual serán los distintos tipos de cooperativas de los Estados miembros los que deberán ocuparse de llenar este vacío normativo. Dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, se excluyen ámbitos legislativos como la fiscalidad, la competencia, la propiedad intelectual y la insolvencia (considerando 16), por tanto, también en estas materias deberá aplicarse la legislación del Estado miembro, donde tenga su domicilio social la SCE.

Características generales

El párrafo 10 del Preámbulo del Reglamento establece que el objetivo de la SCE debe ser la satisfacción de las necesidades de sus socios o el desarrollo de sus actividades económicas o sociales, respetando, entre otros, los principios siguientes:

- a) Sus actividades han de tener por objeto el beneficio mutuo de los socios;
- b) Sus socios han de ser además, clientes, trabajadores o proveedores o estar implicados de alguna forma en las actividades de la SCE;
- c) El control debe estar repartido equitativamente entre los socios, aunque puede admitirse la ponderación de votos para reflejar la aportación de cada socio a la SCE;
- d) La remuneración del capital tomado en préstamo y de las participaciones debe ser limitada;
- e) Los beneficios han de distribuirse en función de las actividades realizadas con la SCE o utilizarse para satisfacer las necesidades de los socios;
- f) No deben existir obstáculos artificiales a la adhesión;
- g) El activo neto y las reservas se adjudicarán, en caso de disolución, con arreglo al principio de adjudicación desinteresada, es decir, a otra entidad cooperativa que persiga objetivos similares o fines de interés general.

El Reglamento establece que podrán constituirse sociedades cooperativas en el territorio de la Comunidad Económica Europea (actualmente Unión Europea) en la forma de una Sociedad Cooperativa Europea (SCE) en las condiciones y modalidades establecidas en el propio Reglamento. Como características principales de la SCE podemos destacar las siguientes: el capital suscrito estará dividido en

democrático, conforme a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, en los términos resultantes de la presente ley”.

participaciones, el número de socios y el capital serán variables, cada socio responderá hasta el límite del capital que haya suscrito, salvo que los estatutos de la Sociedad dispongan otra cosa. Por otro lado, la Sociedad tendrá por objeto principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios, en particular mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza o haga ejercer la Sociedad. Asimismo podrá tener por objeto la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento de su participación en actividades económicas, en una o más sociedades cooperativas europeas o en sociedades cooperativas nacionales y podrá llevar a cabo sus actividades a través de una filial. No podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones (salvo disposición en contrario de sus Estatutos) y tendrá personalidad jurídica.

El artículo 2 del Reglamento regula las formas de constitución de la SCE, afirmando que podrá constituirse por: a) Un mínimo de cinco personas físicas que residan al menos en dos Estados miembros; b) Un mínimo de cinco personas físicas y sociedades, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro que residan o estén reguladas por el ordenamiento de al menos dos Estados miembros; c) Por sociedades y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros; e) Por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; f) Por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años. Finalmente, también prevé que los Estados miembros podrán disponer que una entidad jurídica que no tenga su administración central en la Comunidad (Unión actualmente) pueda participar en la constitución de una SCE, siempre y cuando tal entidad jurídica esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro.

Los artículos 3 y 4 del Reglamento se ocupan del capital de la SCE: el capital suscrito no podrá ser inferior a 30.000 euros, si bien la legislación de un Estado miembro podrá fijar un capital suscrito superior para entidades que ejerzan determinados tipos de actividad, legislación que se aplicará a las SCE domiciliadas en dicho Estado miembro. El capital social podrá aumentarse o reducirse y ello no requerirá la modificación de los estatutos. El capital suscrito estará representado por las participaciones de los socios expresadas en moneda nacional y los estatutos podrán prever que las distintas categorías de participaciones confieran distintos derechos de en lo que respecta a la distribución de resultados y el capital sólo podrá constituirse con activos susceptibles de valoración económica y deberán ser nominativas. Los Estatutos de la SCE se regulan en el artículo 3 del Reglamento.

La jerarquía de fuentes y la sede social

Al igual que ocurría con el artículo 9 del Reglamento de la SAE, el artículo 8 del Reglamento de la SCE, designa una jerarquía de fuentes que establece que en primer lugar se deberá aplicar el propio Reglamento, en segundo lugar los Estatutos de la SCE, y por último la legislación nacional del Estado miembro, en el cual se localice su domicilio social (que deberá coincidir con el de su administración central, según establece el artículo 6). Por tanto, podemos comprobar que en el Reglamento SCE también es determinante la localización del domicilio social de la SCE, pues éste nos va a condicionar la aplicación de la legislación supletoria, en aquellos casos en los que el Reglamento haga un reenvío a la legislación nacional de los Estados miembros. Por otro lado, en el artículo 7, se regula el traslado del domicilio social, que igual que ocurría con la SAE, no supondrá la disolución de la SCE ni tampoco la creación de una nueva persona jurídica.²⁴⁸

Revisión y entrada en vigor

Finalmente, otro aspecto que debemos destacar de este Reglamento es su entrada en vigor y su revisión. El artículo 80 distingue entre entrada en vigor (21 de agosto de 2003), y aplicación (a partir del 18 de agosto de 2006). Algún autor considera que ello demuestra que el legislador europeo estableció de forma intencionada una *vacatio legis* de tres años, porque era consciente de la desarmonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y así dar tiempo a que las

²⁴⁸ MENJUCQ, M. "La société européenne: en fin l'aboutissement". *LD*. 2001, núm. 13, p. 1.090; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "El reglamento de la SAE: una primera lectura". *GJUE*. 2002, enero-febrero, p. 17.

condiciones de aplicabilidad del Reglamento fueran reales.²⁴⁹ Por otro lado, el propio Reglamento en el artículo 79 prevé la revisión, sobre su aplicación en un plazo de cinco años, desde la entrada en vigor del mismo,²⁵⁰ al igual que ya establecía el artículo 70 del Reglamento de la SAE.

1.4. La Propuesta de Reglamento por la que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE)

Antecedentes a la Propuesta

El Estatuto de la Sociedad Privada Europea²⁵¹ fue desarrollado inicialmente por círculos empresariales y académicos en la década de los noventa y, con el tiempo, fue ganando apoyo por parte de las organizaciones profesionales y del Comité Económico y Social Europeo. Fue incluido como una de las posibles medidas en el plan de acción 2003-2009, relativo a la modernización del Derecho de sociedades y la mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea.

En junio de 2006, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, celebró una audiencia pública sobre la SPE, y elaboró un informe de propia iniciativa y una resolución en la que instaba a la Comisión Europea a presentar una propuesta sobre la SPE, antes de que finalizara el año 2007. El Parlamento, por su parte, reiteró su apoyo y su firme compromiso con respecto a dicha iniciativa, en una resolución de

²⁴⁹ LAMBEA RUEDA, A. "La Sociedad Cooperativa Europea: El Reglamento 1435/2003, de 22 de julio". *RDP*. 2004, mayo-junio, p. 308.

²⁵⁰ En el Reglamento SAE la entrada en vigor establecida en el artículo 70, queda diferida al 8 de octubre de 2004, con lo cual la revisión del reglamento establecida en el artículo 69, será hecha con una vigencia de la normativa de cinco años, lo que no ocurre con la SCE, pues el artículo 80 establece la entrada en vigor a los tres días de su publicación (21 de agosto de 2003), por consiguiente, según lo establecido en el artículo 79, la revisión será de cinco años desde la entrada en vigor, a diferencia de la SAE, el legislador europeo revisará el texto, sólo después de dos años de su aplicación, lo que no deja de sorprendernos, pues lo más lógico hubiera sido seguir con el criterio del reglamento SAE, y revisarlo después de los cinco años de su efectiva aplicación, es decir, a partir del 18 de agosto de 2006, que es el criterio seguido también en la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones transfronterizas, en la que en su artículo 18 se establece un plazo de revisión de 5 años pero desde la entrada en vigor "efectiva", es decir, desde la transposición de la misma a los ordenamientos nacionales (15 de diciembre de 2007).

²⁵¹ En el artículo 1 de la Propuesta de Reglamento se define la Sociedad Privada Europea como "*Societas Privata Europaea*" (SPE).

25 de octubre de 2007. En julio de 2007, la Dirección General de Mercado Interior y Servicios abrió una consulta pública específica acerca de la SPE. Además, se realizó una encuesta entre las empresas de los 27 Estados miembros a través del Panel de Consulta de las Empresas Europeas (EBTP). El 10 de marzo de 2008, la Comisión celebró una conferencia sobre la SPE. El Grupo de Expertos no Gubernamentales en Gobernanza Empresarial y Derecho de Sociedades de la Comisión Europea, proporcionó información en relación con la evaluación de impacto y asesoramiento en cuanto al fondo del Estatuto de la SPE.²⁵²

Objetivos de la Propuesta de Reglamento

El resultado del proceso anteriormente referido, conllevó a la aprobación por parte de la Comisión Europea de la Propuesta de Reglamento de la Sociedad Privada Europea (SPE),²⁵³ el 25 de junio de 2008. El objetivo de dicha Propuesta, por tanto, es la creación de una nueva figura jurídica de ámbito comunitario y así, al igual que ocurría con los reglamentos de la AEIE, SAE y SCE anteriormente analizados, crear un ente supranacional y bajo la regulación de un Reglamento Europeo (con eficacia directa), que no dependiera de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. A pesar de ello, y al igual que ha ocurrido con la SAE y la SCE, en la Propuesta se prevé una reiterada remisión a la legislación, que regule la sociedad de responsabilidad limitada del Estado miembro donde la SPE tenga su domicilio social, en todas aquellas materias no reguladas por el propio Reglamento, o cuando éste remita a aquélla.²⁵⁴ Dicha remisión a los ordenamientos jurídicos de los Estados

²⁵² Apartado 5 de la Propuesta titulada “Consulta de las partes interesadas”.

²⁵³ Documento COM (2008) 396/3 de 25 de junio de 2008, Propuesta de Reglamento del Consejo de 25 de junio de 2008 relativa al Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/mi0007es.htm

[Consulta 29 enero 2014].

²⁵⁴ En el apartado 7 de la Propuesta de Reglamento se afirma que “*Las disposiciones del Reglamento y la lista de materias, contenida en el anexo I, que deben regularse en la escritura de constitución conforman el ámbito de las normas comunitarias. La propuesta no contiene disposiciones por defecto que se apliquen en el supuesto de que la escritura de constitución no regule las materias enumeradas en el anexo I. Sin embargo, la legislación nacional debe fijar las sanciones que corresponderán a tal omisión o a cualquier otra infracción del Reglamento. Aquellos aspectos que no se contemplen en el Reglamento o la escritura de constitución de la SPE, según lo indicado en el anexo I, se regirán por la legislación nacional. Éste es el caso, en particular, de las materias no mencionadas en el anexo I o que pertenezcan a ámbitos distintos del Derecho de sociedades propiamente dicho (por ejemplo, Derecho laboral, fiscal o concursal). La legislación aplicable será la del Estado miembro en que la SPE esté domiciliada y a la que estén sujetas las*

miembros ha sido criticada por parte de la doctrina, pues, al igual que ha ocurrido con la SAE, ésta se convertirá en una sociedad europea sólo en el nombre.²⁵⁵

Tal y como se establece en los objetivos de la Propuesta²⁵⁶, “a través de esta iniciativa, se crea una nueva forma jurídica europea, con vistas a facilitar el establecimiento y la actividad de las PYME en el mercado único, y promover así su competitividad. Al mismo tiempo, el Estatuto podría beneficiar a empresas más grandes y grupos. La propuesta de Estatuto de la SPE, se adapta a las necesidades específicas de las PYME. Permite a los empresarios constituir una SPE, con arreglo a unas normas de Derecho de sociedades sencillas, flexibles e idénticas en todos los Estados miembros. La propuesta pretende también reducir los costes de cumplimiento de la normativa, en la creación y explotación de empresas, que se derivan de las disparidades entre normas nacionales, tanto en lo referente a la constitución como al funcionamiento de las sociedades. La Propuesta no regula los aspectos relacionados con el Derecho laboral o fiscal, la contabilidad o la insolvencia de la SPE, ni tampoco se ocupa de los derechos y obligaciones contractuales de la SPE o de sus socios, salvo aquellos que se deriven de su escritura de constitución. Estos aspectos seguirán rigiéndose por el Derecho nacional y, en su caso, los instrumentos legales comunitarios vigentes”.

Por tanto, la propuesta tiene como finalidad incrementar la accesibilidad del mercado único para las PYME, dotándolas de un instrumento jurídico más, que facilite la expansión de sus actividades económicas en otros Estados miembros. La creación de una SPE no se supedita a ningún requisito transfronterizo (como, por ejemplo,

sociedades de responsabilidad limitada. Los Estados miembros notificarán la denominación de la correspondiente forma de sociedad a la Comisión”.

Asimismo en el artículo 4 de la Propuesta de Reglamento se establece que “La SPE se regirá por lo dispuesto en el presente Reglamento y, asimismo, en lo referente a las materias enumeradas en el anexo I, por su escritura de constitución. No obstante, cuando una materia no se contemple en los artículos del presente Reglamento ni en su anexo I, la SPE se regirá por la legislación, incluidas las disposiciones de incorporación del Derecho comunitario, que se aplique a las sociedades de responsabilidad limitada en el Estado miembro en el que la SPE tenga su domicilio social, en lo sucesivo denominada ‘legislación nacional aplicable’.

²⁵⁵ DRURY, R. “The European private company”. *EBOLR*. vol. 9 (2008), p. 131.

²⁵⁶ Apartado 2 de la Exposición de Motivos del Documento COM (2008) 396/3 de 25 de junio de 2008, Propuesta de Reglamento del Consejo de 25 de junio de 2008 relativa al Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/mi0007es.htm

[Consulta 29 enero 2014].

que haya socios de distintos Estados miembros, o se aporten pruebas de una actividad transfronteriza).

Constitución, capital social y aportaciones

En cuanto a la constitución de la SPE, no existe restricción alguna, pues puede ser creada por uno (sociedad unipersonal), o más socios, que pueden ser personas físicas o sociedades que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 54 TFUE, pudiendo también participar en la constitución de una SPE, una SAE, una SCE, una AEIE u otra SPE. Como se puede comprobar, en cuanto a la constitución, una de las diferencias fundamentales de la SPE respecto a la SAE, es que el socio o socios fundadores pueden ser personas físicas, y que las formas de constitución pueden ser por la creación *ex novo*, o bien por transformación, fusión o escisión de una sociedad anteriormente ya existente, y que pretenda esta nueva forma jurídica.

La Propuesta de Reglamento configura la SPE, como una sociedad mercantil de capital (dividido éste en participaciones sociales), que cuenta con personalidad jurídica propia. Se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, en el sentido de que sus socios sólo responden de las deudas sociales por el importe del capital que hayan suscrito. Se configura como una sociedad mercantil “cerrada”, por lo tanto, el capital social no puede ser objeto de oferta o negociación pública. A fin de facilitar la puesta en marcha de empresas, el Reglamento fija el capital mínimo obligatorio en 1 euro. En este sentido, la propuesta se aparta del planteamiento tradicional, según el cual el requisito legal de un capital mínimo elevado es una forma de protección de los acreedores.

Por otro lado, no se restringe el derecho de los socios fundadores a decidir qué tipo de aportación habrá de realizarse a cambio de las participaciones, en el momento de la creación de una SPE, o de un aumento de capital. En consecuencia, la escritura de constitución deberá determinar si los fundadores, realizarán aportaciones dinerarias o en especie, pudiendo fijar libremente qué bienes, derechos, prestaciones, etc., se aceptarán como aportación social y en qué momento deberán proveerse.

Asimismo, la escritura de constitución fijará la necesidad o no de someter a valoración pericial, la aportación en especie. Los socios responderán dentro de los límites de su aportación, de conformidad con las disposiciones legales nacionales.

Organización interna de la SPE

Los socios de la SPE disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar la organización interna de la sociedad. El artículo 27 de la Propuesta recoge una lista con las decisiones que deberán tomar los socios.²⁵⁷

La escritura de constitución debe fijar la mayoría y el quórum requeridos en las votaciones, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27, con arreglo al cual algunas de estas decisiones requieren una mayoría cualificada (es decir, al menos dos tercios de los derechos de voto de la SPE, si bien la escritura de constitución puede exigir una mayoría más amplia, por ejemplo, de tres cuartos).

No hay obligación alguna de celebrar materialmente juntas generales. El método con arreglo al cual los socios tomarán las decisiones, habrá de establecerse en la escritura de constitución. Los socios disfrutan de amplios derechos de información acerca de los asuntos de la SPE. Su derecho a impugnar las resoluciones colectivas, queda sujeto a lo dispuesto por la legislación nacional.

La Propuesta de Reglamento garantiza dos derechos de minoría específicos a favor de los socios: el derecho a exigir una resolución de los socios, y el derecho a solicitar al tribunal competente o a la autoridad administrativa, que designe a un experto independiente (en particular, un auditor independiente). Cualquier decisión que no figure entre las enumeradas en el Reglamento o en la escritura de constitución, será competencia del órgano de administración de la SPE, que se encargue de la gestión de la empresa. La escritura de constitución definirá la estructura administrativa de la SPE (un solo administrador o varios, sistema dual o

²⁵⁷ Establece el artículo 27 de la Propuesta de Reglamento que “Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2, las siguientes materias, como mínimo, serán decididas mediante resolución de los socios adoptada por la mayoría definida en la escritura de constitución de la SPE: (a) modificación de los derechos vinculados a las participaciones; (b) expulsión de un socio; (c) retirada de un socio; (d) aprobación de las cuentas anuales; (e) distribución a los socios; (f) adquisición de participaciones propias; (g) rescate de participaciones; (h) aumento del capital social; (i) reducción del capital social; (j) nombramiento y revocación de administradores y duración de su mandato; (k) cuando la SPE cuente con un auditor, nombramiento y revocación del mismo; (l) traslado del domicilio social de la SPE a otro Estado miembro; (m) transformación de la SPE; (n) fusiones y escisiones; (o) disolución; (p) modificaciones de la escritura de constitución que no se refieran a las materias mencionadas en las letras a) a o)”.

monista). No obstante, si está prevista la participación de los trabajadores en la SPE, la estructura de administración elegida deberá permitir el ejercicio de este derecho.

El nombramiento y la revocación de los administradores serán decididos por los socios. La escritura de constitución especificará la duración del mandato de los administradores, y cualesquiera criterios de elegibilidad. La Propuesta de Reglamento prohíbe a cualquier persona que esté inhabilitada, para ocupar un cargo directivo en algún Estado miembro ser administrador de una SPE. Finalmente, en cuanto a la participación de los trabajadores, se establece una remisión a la legislación del Estado miembro, en que tenga su domicilio social.

El domicilio social y su traslado

El artículo 7 de la Propuesta establece que la SPE tendrá su domicilio social, y su administración central o centro de actividad principal en la Comunidad (actualmente Unión Europea). Por otro lado, también permite, siguiendo con jurisprudencia sentada por la sentencia *Centros*²⁵⁸ del TJUE, que la SPE pueda constituirse con domicilio social y administración central o centro de actividad principal, en distintos Estados miembros, es decir, que no hay obligación de que coincida el centro principal de actividad, en el mismo Estado donde tenga la sede social o registral.

La Propuesta establece en su artículo 35 la posibilidad de que la SPE traslade su domicilio social a otro Estado miembro, sin perder su personalidad jurídica, y sin necesidad de previa liquidación a través del proyecto de traslado que regula el artículo 36.²⁵⁹ A fin de proteger los intereses de terceros, no se permite el traslado

²⁵⁸ STJUE de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, C-212/97).

²⁵⁹ Establece el artículo 35 de la Propuesta de Reglamento que:

“1. Se podrá trasladar el domicilio social de la SPE a otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo. El traslado del domicilio social de una SPE no dará lugar a la liquidación de la misma ni a la interrupción o pérdida de su personalidad jurídica, ni afectará a los derechos u obligaciones que se deriven de cualquier contrato celebrado por la SPE y que esté vigente antes del traslado.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a las SPE que se hallen incursas en un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia o suspensión de pagos, o en relación con las cuales las autoridades competentes hayan adoptado medidas preventivas para evitar la incoación de dichos procedimientos.

3. El traslado surtirá efecto en la fecha de inscripción de la SPE en el Estado miembro de acogida. A partir de esa fecha, y por lo que respecta a las materias a que se refiere el artículo 4, párrafo segundo, la SPE se registrará por la legislación del Estado miembro de acogida.

del domicilio social de la SPE en el transcurso de un procedimiento de disolución, liquidación u otro procedimiento similar. El procedimiento de traslado se basa esencialmente en el artículo 8 del Reglamento de la SAE, aunque difiere en el apartado segundo, en relación al derecho de información de los socios, pues la Propuesta de Reglamento, no contempla la obligación de dar a conocer a los socios y/o terceros, los recursos previstos para la protección de sus intereses, lo cual ha

4. A efectos de los procedimientos judiciales o administrativos iniciados antes del traslado del domicilio social, y con posterioridad a la inscripción a que se refiere el apartado 3, se considerará que la SPE tiene su domicilio social en el Estado miembro de origen.”

Establece el artículo 36 de la Propuesta de Reglamento que:

“1. El órgano de administración de una SPE que proyecte un traslado formulará una propuesta de traslado, en la que constarán, como mínimo, los siguientes datos: (a) la denominación de la SPE y la dirección de su domicilio social en el Estado miembro de origen; (b) la denominación de la SPE y la dirección de su domicilio social propuesto en el Estado miembro de acogida; (c) la escritura de constitución propuesta para la SPE en el Estado miembro de acogida; (d) el calendario propuesto para el traslado; (e) la fecha a partir de la cual se propone que las operaciones de la SPE se consideren realizadas, a efectos contables, en el Estado miembro de acogida; (f) las consecuencias del traslado para los trabajadores y las medidas propuestas al respecto; (g) cuando proceda, información detallada sobre el traslado de la administración central o del centro de actividad principal de la SPE.

2. Como mínimo un mes antes de que se adopte la resolución de los socios a que se refiere el apartado 4, el órgano de administración: (a) presentará la propuesta de traslado para examen a los socios y a los representantes de los trabajadores o, cuando no existan tales representantes, a los trabajadores de la SPE, y la pondrá a disposición de los acreedores para consulta; (b) hará pública la propuesta de traslado.

3. El órgano de administración de la SPE redactará un informe para los socios en el que se expliquen y motiven los aspectos jurídicos y económicos del traslado propuesto y se expongan las consecuencias de dicho traslado para los socios, los acreedores y los trabajadores. El informe se presentará a los socios y a los representantes de los trabajadores o, cuando no existan tales representantes, a los propios trabajadores, junto con la propuesta de traslado. Si el órgano de administración recibe a tiempo el dictamen de los representantes de los trabajadores sobre el traslado, dicho dictamen se presentará a los socios.

4. La propuesta de traslado se presentará a los socios para aprobación de conformidad con las reglas de la escritura de constitución de la SPE relativas a la modificación de dicha escritura.

5. Cuando la SPE esté sujeta a un régimen de participación de los trabajadores, los socios podrán reservarse el derecho de subordinar la realización del traslado a su ratificación expresa de las modalidades de participación de los trabajadores en el Estado miembro de acogida.

6. La protección de cualesquiera socios minoritarios que se opongan al traslado y de los acreedores de la SPE se regirá por la legislación del Estado miembro de origen.”

sido criticado por parte de la doctrina.²⁶⁰ Por otro lado, se establece un régimen especial en el supuesto de que una SPE en la que esté prevista la participación de los trabajadores, traslade su domicilio social a otro Estado miembro, en el que los derechos de participación de los trabajadores no se reconozcan o se reconozcan en menor medida, o en el que no se otorgue a los trabajadores de establecimientos de la SPE situados en otros Estados miembros, los mismos derechos de participación de que disfrutasen antes del traslado. En tales casos, si al menos una tercera parte de los trabajadores de la SPE están empleados en el Estado miembro de origen, deben entablarse negociaciones entre el órgano de administración y los representantes de los trabajadores, para poder alcanzar un acuerdo con respecto a la participación de estos últimos. De no haber acuerdo, prevalecerá lo que esté previsto en materia de participación en el Estado miembro de origen.

Situación actual de la Propuesta de Reglamento

En la actualidad la Propuesta de Reglamento sigue en fase legislativa, sin que se haya llevado a cabo su aprobación. El 10 de marzo de 2009 el Parlamento Europeo aprobó su dictamen sobre la Propuesta, y el 4 de diciembre del mismo año, el Consejo de Competitividad debatió las cuestiones pendientes sobre la base de un texto transaccional de la Presidencia. Sin embargo, al existir posturas divergentes, el Consejo no pudo llegar a un acuerdo político, y por tanto, se prosiguió con el análisis y debate de la Propuesta. Los escollos ante los cuales todavía no se ha logrado un acuerdo, son aquellos aspectos relativos a la sede social, el requisito de capital mínimo y la participación de los trabajadores en la SPE. Si finalmente se logra su aprobación, éste será un útil instrumento jurídico que de alguna forma servirá como mecanismo, para facilitar la internacionalización intracomunitaria, entre las pequeñas y medianas empresas en el territorio de la Unión Europea. A pesar de ello, seguimos siendo escépticos, pues al final la aplicación de dicho instrumento normativo depende en gran medida, si no se modifica la actual Propuesta, de la legislación interna de los Estados miembros, al igual que ocurre con la SAE y la SCE, por lo que deberemos esperar a su aprobación y entrada en vigor, y dar un margen prudencial y temporal para ver su aplicación práctica y si realmente se configura como un instrumento eficaz, y que facilite la puesta en funcionamiento y la movilidad internacional de las sociedades europeas.

²⁶⁰ VAN DEN BRAAK, S. *Transferring the registered office* en ZAMAN, D.; SCHWARZ, C. *et altri* (eds.). *The European Private Company (SPE): A critical analysis of the EU draft Statute*. Intersentia, Antwerp, 2009, p. 189.

1.5. La Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital

El concepto de fusión y la 10ª Directiva

En cuanto a la Directiva sobre fusiones transfronterizas (10ª Directiva de Derecho de sociedades), hay que decir que fue adoptada finalmente el 26 de octubre de 2005 a través de la Directiva 2005/56, publicada el 25 de noviembre en el Diario Oficial de la Unión Europea. Lo primero que tenemos que tener en cuenta es que una fusión se configura como una causa de disolución de una sociedad, sin la consecuente apertura de la liquidación, es decir, que una sociedad fusionada con otra (o absorbida por la sociedad absorbente), se disuelve pero su patrimonio activo y pasivo se traspassa a otra sociedad, creada *ad hoc* (fusión por constitución), o a una sociedad ya existente (fusión por absorción). Para hablar de fusión en sentido estricto deben darse tres requisitos necesariamente: a) extinción, sin liquidación previa; b) transmisión en bloque de los respectivos patrimonios a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente, que los adquiere por sucesión universal, y c) integración de los socios de las sociedades que se fusionan en la nueva sociedad o en la sociedad absorbente.²⁶¹

A pesar de que en la antigua Ley de Sociedades Anónimas española no existía una definición legal de fusión (sí de escisión en el artículo 252), ya que sólo se determinaba las consecuencias de ésta (artículo 233), sí que encontramos una definición legal en el artículo 2 de la Directiva 2005/56. En dicha Directiva esencialmente se describe la fusión como aquella operación, en la cual una sociedad o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente (absorción), o constituida por ellas (constitución), como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social o una compensación en dinero o cuando una sociedad en la misma situación descrita, transfiere el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a aquella sociedad, que posee la totalidad de los títulos representativos de su capital social.

²⁶¹ EMBID IRUJO, J.M. "La fusión de sociedades". *NUE*. 1997, núm. 152, p. 87; KEUTGEN G. *Le nouveau régime des directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées* en AA. VV. *Tendances actuelles en droit des affaires*. Bruselas, 1988, pp. 91-92.

Actualmente el concepto legal de fusión en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que fue la ley que transpuso a nuestro ordenamiento jurídico precisamente la Directiva sobre fusiones transfronterizas en sus artículos 54 a 67. En su artículo 2 afirma que: “En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad, mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.” Por otro lado, al hablar de las fusiones intracomunitarias, el artículo 54 de la Ley afirma que: *Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital, constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo, y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.*

La armonización en materia de fusiones

Podemos afirmar que la Directiva sobre fusiones transfronterizas, armonizó la legislación de los Estados miembros en materia de fusiones internacionales, dentro del marco de la UE. El marco jurídico comunitario existente hasta la aprobación de la Directiva 2005/56, en materia de fusiones, era la Directiva 1978/855 de 9 de octubre,²⁶² relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, la Directiva 1982/891, de 17 de diciembre,²⁶³ relativa a la escisión de sociedades anónimas y la Directiva 1990/494, de 23 de julio,²⁶⁴ relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Esta legislación comunitaria, lo que había supuesto era la homogeneización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en dichas materias, y de esta forma que una operación de fusión en cada Estado miembro, se pudiera llevar a cabo a través de un procedimiento similar, y con las mismas garantías para accionistas, acreedores y trabajadores, pues como afirmaba el profesor Embid Irujo que: “una de las finalidades esenciales

²⁶² 3ª Directiva (DO L 295 de 20 de octubre de 1978).

²⁶³ 6ª Directiva (DO L 378 de 31 de diciembre de 1982).

²⁶⁴ DO L 225 de 20 de agosto de 1990.

del régimen comunitario de la fusión es la de mejorar sensiblemente la protección de los accionistas de las sociedades que en ellas participan”.²⁶⁵

Fusiones intracomunitarias antes de la aprobación de la 10ª Directiva

Hasta la aprobación de la 10ª Directiva, una operación de fusión internacional, había estado sometida a la legislación nacional de cada Estado miembro, ya que las directivas anteriormente citadas armonizaron las legislaciones, relativas a fusiones internas (dentro de cada Estado miembro, por ejemplo, entre dos sociedades españolas), pero no fusiones internacionales o intracomunitarias, esto es, entre sociedades de diferentes Estados, con lo cual, hasta la aprobación de la nueva Directiva, para llevar a cabo un proceso de fusión internacional, debían tenerse en cuenta cada una de las legislaciones de las sociedades implicadas. En este sentido, por ejemplo, nuestra legislación en materia de Derecho Internacional Privado (Derecho Autónomo), establece en el segundo apartado del artículo 9.11 CC que: *En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas Leyes personales.* Este precepto, en nuestro ordenamiento jurídico, constituye la norma de conflicto que nos determina, que en un proceso de fusión internacional cada una de las sociedades debe regirse por su ley personal, esto es, por la ley de su nacionalidad (*Lex societatis*) o ley de constitución. Con lo cual, en base al artículo 9.11 CC, para la realización de una fusión internacional, cada una de las sociedades implicadas en el proceso deberá someterse al procedimiento que se regule en su ordenamiento nacional. El problema que puede darse, es que si los procedimientos regulados en los Estados implicados en la fusión, no están homogeneizados (armonizados y sincronizados), en todo aquello relativo a las garantías de publicidad, información, registro, tutela de socios, accionistas, acreedores y terceros en general, difícilmente podrá llevarse a cabo una fusión internacional, pues cada autoridad competente de cada uno de los Estados implicados, deberá ver que en el otro Estado hay unas mínimas garantías, que se asemejen a las del propio Estado. Si las legislaciones son muy diferentes, no serán compatibles ambos ordenamientos y, como hemos dicho, no se podrá llevar a cabo dicha fusión.²⁶⁶

²⁶⁵ EMBID IRUJO, J.M. “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Fusión, escisión y otros procedimientos similares)” en ABADESA, P.; ROJO, A. “Il diritto delle società per azioni: problema, esperienze, progetti”. *RivS.* 1993, p. 693.

²⁶⁶ En nuestro país un ejemplo de fusión internacional (intracomunitaria), fue la fusión por absorción de Sarrió SA por Reno de Medici SpA en 1998, siendo éste el primer caso en el que una SA cotizada española era absorbida por una SpA cotizada extranjera, lo cual difícilmente hubiera

Ámbito de aplicación de la 10ª Directiva

El ámbito de aplicación de la directiva es la fusión de sociedades de capital, constituidas según la legislación de un Estado miembro, y que además tengan su domicilio social, centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Comunidad, siempre que al menos dos de las sociedades que participen, estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes. Queda a manos de los Estados miembros determinar la inaplicación de la Directiva a las sociedades cooperativas²⁶⁷ (artículo 3.2). En el artículo 4.1b), se establece la remisión a la ley personal, de cada una de las sociedades integrantes del proceso de fusión intracomunitario (legislación nacional a la que esté sujeta cada sociedad), por tanto, la Directiva adopta igual solución que el segundo apartado del artículo 9.11 CC, para las fusiones internacionales (intracomunitarias o no).

El procedimiento de fusión transfronteriza

Con la Directiva 2005/56, el legislador europeo lo que pretendió es facilitar las operaciones de reestructuración empresarial, basadas en una fusión intracomunitaria, entre sociedades de distintos Estados miembros, y que ello no conllevara problemas de colisión de ordenamientos jurídicos diferentes. El legislador europeo se refería a este tipo de operaciones, como “fusiones transfronterizas”, aunque quizás el concepto debiera ser el de “fusiones intracomunitarias”, como

ocurrido si la legislación de ambos Estados no hubiera estado armonizada, pues ello supone que ambas legislaciones serán similares.

²⁶⁷ A pesar de que el artículo 67 de la Ley 27/1999 de cooperativas, reconoce la posible participación de una cooperativa en un proceso de fusión nacional, y que en el artículo 19 y ss. del reglamento de la SCE, se establece el procedimiento de constitución de una SCE, mediante fusión (por absorción o por constitución de una nueva persona jurídica), el artículo 56 de la Ley 3/2009, excluye expresamente la fusión transfronteriza a las sociedades cooperativas. En el apartado segundo se afirma que: “*Tampoco se aplicará lo dispuesto en el presente Capítulo a las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y su funcionamiento esté sometido al principio de reparto de los riesgos, cuyas participaciones, a petición del tenedor de las mismas, se readquieran o se rescaten, directa o indirectamente, con cargo a los activos de dicha sociedad. A tales adquisiciones y reembolsos se equipara el hecho de que dicha sociedad de inversión colectiva actúe de manera que el valor de sus participaciones en bolsa no se aparte sensiblemente del valor de su inventario neto.*”

propone el profesor Sánchez Calero²⁶⁸ para referirse a fusiones internacionales en el ámbito de la UE, pues en el antiguo artículo 14.2 TCE, se afirmaba que *el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores...*,²⁶⁹ y el término de “transfronterizas”, no responde a la idea de un espacio sin fronteras. En el considerando 1 de la Directiva, el legislador se refería a la necesidad que tienen las sociedades de capital, de cooperar y reagruparse, siendo dicha Directiva un instrumento para facilitar dichas operaciones, es decir, para garantizar la realización y el funcionamiento del mercado interior. Con la transposición de la Directiva los Estados miembros gozan en su legislación interna, de la posibilidad de llevar a cabo una fusión internacional, entre sociedades de capital del mismo Estado (como ya ocurría hasta ahora en aquellos Estados miembros, donde se recoge la figura de la fusión), y sociedades de otro Estado miembro, pues sus legislaciones actualmente lo regulan y, en principio, de esta forma, no se deben producir problemas técnico-jurídicos como los que se podían producir hasta este momento.

Tanto la Directiva como la Ley 3/2009, son sólo aplicables si se dan ciertos requisitos. En primer lugar la fusión debe implicar a sociedades de capital, constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la UE. Por otro lado, al menos dos de las sociedades fusionadas deben estar sujetas a la Ley de Estados miembros diferentes y en el caso español, que al menos una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española (artículo 54.1 de la Ley 3/2009).

La Directiva establece las condiciones para una fusión transfronteriza de sociedades de capital que según la profesora Serena Crespi: “Son una combinación de *normas de conflicto* y de *normas materiales*.”²⁷⁰ Debemos tener en cuenta que las fusiones transfronterizas, sólo pueden tener lugar entre tipos de sociedades que tengan derecho a fusionarse, con arreglo a la legislación nacional de los Estados miembros de que se trate. Las sociedades de capital, sujetas a la legislación española que

²⁶⁸ SÁNCHEZ CALERO, F. “La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su incidencia en las posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al Derecho español”. *NUE*. 1989, núms. 55-56, p. 62.

²⁶⁹ MARTÍ MOYA, V. “Aproximación a la Propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”. *NUE*. 2006, núm. 252, p. 89.

²⁷⁰ CRESPI, S. “Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio”. *RDIPP*. 2009, pp. 869-890.

pueden participar en fusiones transfronterizas, son las sociedades anónimas, comanditarias por acciones, y las de responsabilidad limitada (recordemos que el legislador español ha excluido dicha posibilidad a las sociedades cooperativas. Asimismo, cada sociedad que participa en la fusión transfronteriza, debe cumplir con lo establecido en la “ley nacional” a la que esté sujeta (*Lex societatis*). En cuanto a los aspectos formales, debe elaborarse un “proyecto común de fusión transfronteriza”, que será objeto de publicidad, así como un “informe de los órganos de dirección o administración”, de cada una de las sociedades, objeto de fusión cuyo destinatario serán los socios de dichas sociedades implicadas en el proceso. Por otro lado, la Junta General de cada una de las sociedades implicadas en la fusión, debe aprobar dicho proyecto. El control de la legalidad de todo este proceso será llevado a cabo por un tribunal, notario u otra autoridad estatal.²⁷¹ Esta autoridad pública controlará la legalidad de la fusión transfronteriza, en lo relativo a la parte del procedimiento, relativa a cada una de las sociedades que se fusionen y que estén sujetas a su legislación nacional, y en lo relativo a la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza, y a la constitución de una nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza, cuando esta nueva sociedad resultante de dicha fusión esté sujeta a su legislación nacional.

Como podemos comprobar, en líneas generales, el proceso de fusión no difiere mucho de una fusión nacional, de una fusión internacional intracomunitaria en cuanto al procedimiento, y a los efectos derivados de la misma, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 14 de la Directiva.²⁷²

²⁷¹ Los artículos 65 a 67 de la Ley 3/2009 regulan el control de legalidad, la publicidad y los derechos de los trabajadores en las fusiones en que intervenga una sociedad española.

²⁷² Establece el artículo 14 de la Directiva que “*la fusión transfronteriza por absorción producirá los siguientes efectos: a) la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida se transferirá a la sociedad absorbente; b) los socios de la sociedad absorbida se convertirán en socios de la sociedad absorbente; c) la sociedad absorbida dejará de existir. Y la fusión transfronteriza por constitución producirá los siguientes efectos: a) la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida se transferirá a la nueva sociedad; b) los socios de las sociedades que se fusionen se convertirán en socios de la nueva sociedad; c) las sociedades que se fusionen dejarán de existir*”. Por otro lado, en el apartado 5 del artículo 14, se puede apreciar un error de traducción en la versión española, pues establece dicho apartado que: “*No se intercambiarán participaciones de la sociedad absorbente por participaciones de la sociedad absorbida en poder de: a) la propia sociedad absorbente o a través de una persona que actúe en su nombre pero por cuenta propia; b) la propia sociedad absorbida o a través de una persona que actúe en su nombre pero por cuenta propia.*” Parece ser que esta traducción crea la figura de la persona que actúa en nombre ajeno, pero por cuenta propia. Si comparamos este texto con los

Consideraciones finales

El legislador europeo, después del fracaso que supuso la primera Propuesta de 10ª Directiva que junto a la 5ª Directiva evidenciaron las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y motivaron el cambio de estrategia legislativa a finales de los años ochenta, dando cierta autonomía a las legislaciones nacionales, vemos como después de un proceso de veinte años, finalmente se pudo aprobar el nuevo texto, que particularmente, consideramos de vital trascendencia para el buen funcionamiento del mercado interior por las consecuencias prácticas que ello implica, al armonizar definitivamente la legislación en materia de fusiones, entre los Estados miembros, y en concreto en lo relativo a fusiones intracomunitarias entre sociedades de distintos Estados miembros. Tendremos que esperar todavía un tiempo, hasta que se vean los resultados efectivos del texto legal, pues hay que tener en cuenta que la transposición de la Directiva en los diferentes Estados miembros hace relativamente poco tiempo que se ha llevado a cabo y es preciso el paso del tiempo para poder hacer una análisis y valoración de las consecuencias prácticas de dicha Directiva.

1.6. La Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social

Dos de los proyectos más importantes, llevados a cabo en los últimos años por el legislador europeo, han sido sin duda, el relativo a fusiones transfronterizas y el relativo al traslado de sede social. El primero como hemos podido comprobar, vio la luz en noviembre de 2005, mientras que el segundo ha fracasado. Ambos instrumentos de alguna forma tenían que favorecer la movilidad entre empresas, y facilitar las decisiones de reestructuración empresarial, sin tener que soportar costes añadidos o dificultades técnico-jurídicas. Mientras que la SAE intenta resolver los problemas jurídicos y fiscales, derivados de la colisión de los diferentes ordenamientos jurídicos, pero desde un plano de Derecho de la Unión Europea (a pesar de que como hemos visto en principio, no resuelve ni las dificultades jurídicas ni fiscales que debería resolver, por la constante remisión a la ley nacional), la Directiva de fusiones transfronterizas, y la todavía no nata Directiva sobre traslado de sede social, implican la armonización legislativa por parte de los Estados

textos oficiales en inglés, alemán y francés, veremos que dicen lo contrario que la versión española. En ellos se habla de la persona que actúa en nombre propio, pero por cuenta de la sociedad que es lo deseable.

miembros, y por tanto, facilita que se puedan llevar a cabo estas operaciones, a través de la utilización de la legislación nacional y no comunitaria (a través de mecanismos supranacionales como la SAE), pues el objetivo esencial es que haya una homogeneización legislativa, que no impida estas operaciones internacionales de ámbito intracomunitario.

La Propuesta de Directiva sobre traslado de sede social (14ª Directiva en materia de sociedades),²⁷³ finalmente no prosperó. Dicha Propuesta fue presentada por la Comisión en el año 1997, con el objetivo de permitir el traslado de domicilio social, con cambio de la ley aplicable. En los considerandos de la Propuesta de Directiva se destacaba, que el objetivo era hacer posible el traslado de la sede, sin que los criterios de vinculación establecidos por las legislaciones nacionales se vieran 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.

El ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva venía establecido en el artículo 1 que afirmaba 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". Dicho artículo no especificaba qué tipos o formas societarias tenían la posibilidad de llevar a cabo una operación de este tipo.²⁷⁴

La Propuesta de Directiva define la "sede social", *como el lugar en el que esté registrada la sociedad*, mientras que por "sede real", se refiere *al lugar en el que tenga su administración central y esté registrada una sociedad*. A pesar de esta mala redacción, parece ser que la intención era tener en cuenta los dos sistemas de determinación de la *Lex societatis* (que analizaremos a lo largo de este trabajo), 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

²⁷³ El texto completo de la Propuesta de Directiva se puede consultar en *RDS*, n.º 9, 1997, pp. 457-459.

²⁷⁴ RODAS PAREDES, P.N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada, Editorial Comares, 2011, p. 64.

los Estados miembros, pese a haber sido la conexión mayoritariamente retenida en los ordenamientos jurídicos nacionales.²⁷⁵

Según la Propuesta de Directiva, el traslado de sede social se llevaría a cabo sin que la sociedad sujeta de dicho traslado perdiera su personalidad jurídica aunque supondría un cambio de *Lex societatis*. El proceso de traslado se encontraba regulado en el artículo 4 y siguientes, el cual se iniciaría con la redacción de un proyecto de traslado, por parte del órgano de dirección o administración, que debía incluir obligatoriamente la sede y los estatutos propuestos, la forma de participación de los trabajadores, en los casos en los que la legislación de origen previera representación de los mismos en los órganos de la sociedad, y la fecha prevista para el traslado. El proyecto de traslado debía publicarse según la legislación del Estado miembro de origen, y los órganos de administración o de dirección de la sociedad debían “explicar y justificar los aspectos jurídicos del traslado... y las consecuencias del mismo para los socios y los trabajadores” en un informe. La Propuesta establecía también algunos mecanismos de protección de socios, acreedores y trabajadores, como el derecho a estudiar la documentación del traslado en un plazo determinado, o la fijación de un período de 2 meses de “reflexión” para poder adoptar la decisión de traslado. Debían ser los Estados miembros los encargados de legislar sobre la tutela de los socios no conformes con el traslado.²⁷⁶

Por otro lado, en cuanto a la protección de los acreedores, cuyos derechos se hubieran originado con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, la Propuesta de Directiva, establecía la obligación de constituir garantías adecuadas en su favor. Como mecanismo de control de toda la operación de traslado, se establecía la obligación de que se emitiera 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 certificado. La efectividad del traslado venía condicionada por el registro del nuevo domicilio social, que era un requisito previo cuyo incumplimiento hacía imposible la eliminación del registro en la sede anterior, pues sólo desde la fecha del nuevo registro, se tenía por realizado éste.

²⁷⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, p. 71; RODAS PAREDES, P.N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada, Editorial Comares, 2011, p. 36.

²⁷⁶ Establecía el artículo 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”.

La Propuesta de Directiva sobre traslado de sede social, aunque fue un avance en relación a la movilidad de las sociedades dentro de la UE, no hubiera dado solución a los problemas derivados de la colisión de los sistemas normativos, en materia societaria como son el modelo de sede real y el modelo de constitución, modelos que a lo largo de este trabajo, tendremos oportunidad de analizar en profundidad. Afirmamos que no hubiera dado soluciones porque según la redacción del artículo 11.2, se implementaba la teoría de la sede real, y planteaba el problema de la aplicación del modelo de sede real a sociedades constituidas conforme al modelo de 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, consideramos que aunque se hubiese llegado a adoptar, la Directiva según la redacción de la Propuesta presentada, no hubiese solucionado plenamente el problema de la movilidad transfronteriza de sociedades.

A pesar de que se hicieron distintas consultas públicas a iniciativa de la Comisión y con apoyo del Parlamento Europeo (años 2003, 2004 y 2005),²⁷⁷ para impulsar la Propuesta de Directiva en el año 2007, la Comisión decidió abandonar la Propuesta.²⁷⁸ Parece ser que la decisión de la Comisión vino motivada por valoración de impacto realizada en el año 2007.²⁷⁹ Se analizaron los problemas que conlleva la falta de instrumentos normativos en el ámbito de la UE, en materia de transferencia transfronteriza de domicilio social, intentando buscar posibilidades legales para dar una solución al respecto. El informe llegó a la conclusión de que tanto la implementación de la SAE y de la Directiva sobre fusiones transfronterizas, como la jurisprudencia del TJUE 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 14ª Directiva.

En el año 2007, como hemos mencionado, se retiró definitivamente la Propuesta, y por tanto, fracasó dicha iniciativa para intentar dar solución al problema de la

²⁷⁷ En el año 2003, se hizo una consulta pública sobre el Plan de Acción para el Derecho de Sociedades y Gobernanza Corporativa. Por otro lado, en el año 2004, se llevó a cabo una consulta sobre la adopción de Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social, y en el año 2005 se realizó una consulta sobre futuras prioridades del Plan de Acción.

²⁷⁸ VOSSESTEIN G.J. "Transfer of the registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal". *ULR*. vol. 4 (marzo 2008), núm. 1, p. 53.

²⁷⁹ Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office (COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Parte 1, SEC (2007) 1707, pp. 29 y s.) <http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm> [Consulta 29 enero 2014].

movilidad transfronteriza, en el marco de la UE. A pesar de ello, tres años más tarde, en el año 2010 se nombró a 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 mismo,²⁸⁰ y el hecho de que recientemente se haya aprobado en el seno del Parlamento Europeo una resolución recomendando a la Comisión la elaboración de una nueva propuesta de Directiva,²⁸¹ hace pensar que por parte de la Comisión, se vuelva a retomar de nuevo la Propuesta de 14ª Directiva, lo cual puede ser un avance importante, siempre que se modifiquen algunos aspectos respecto de la Propuesta del año 1997. A pesar de ello, hay quienes manifiestan que la Propuesta de Directiva nunca fue seriamente debatida, siguiendo la jurisprudencia del TJUE en relación a los antiguos artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), retrasándose un profundo debate sobre la cuestión quizás confiando en que con la jurisprudencia del Tribunal no sería necesaria la aprobación de la Directiva.²⁸² Por otro lado, y siguiendo al profesor Wymeersch E.:

La movilidad societaria va más allá de la mera migración de facto, debiendo distinguirse la importancia de ésta (que no necesariamente conlleva el cambio de ley aplicable al estatuto societario) con respecto a la transferencia del domicilio social que precisa la modificación del estatuto societario, y que es, en definitiva, el verdadero instrumento de movilidad societaria que debería desarrollarse a nivel comunitario.²⁸³

²⁸⁰ Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report.en.pdf>

[Consulta 29 enero 2014].

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.

²⁸¹ Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 (A6-0040/2009).

²⁸² WOOLDRIDGE, F. "Überseering: freedom of establishment of companies affirmed". *EBLR*. vol. 14, Issue 3 (2003), p. 235.

²⁸³ WYMEERSCH, E. "Is a Directive on corporate mobility needed?". *EBOLR*. vol. 8 (2007), p. 166.

2. Jurisprudencia del TJUE en relación a los artículos 49 y 54 TFUE

El TJUE como órgano integrador a través de la interpretación jurídica

Diferentes e importantes sentencias del TJCE (actual TJUE) han interpretado los antiguos artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), habida cuenta que, como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, el derecho originario de la Unión Europea, no proporciona criterios lo suficientemente precisos para su interpretación, ni existe derecho derivado que desarrolle, interprete o ejecute dichos artículos. Por ello, para poder lograr una verdadera comprensión de dichos preceptos, se hace necesario consultar aquellas decisiones jurisprudenciales que han sido dictadas por el máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea, esto es, el actual TJUE anteriormente TJCE y que sí han interpretado el verdadero alcance y ejercicio de la libertad de establecimiento.

Breve referencia a las sentencias más importantes dictadas por el TJUE

Analizaremos, a continuación, aquellas sentencias que han sido especialmente trascendentes para la interpretación de la libertad de establecimiento como principio fundamental del TCE y del actual TFUE. En este análisis, nos detendremos en especial, en la sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Asunto *Daily Mail*, C-81/87), la cual marca el inicio del debate doctrinal sobre la compatibilidad del modelo de sede real o efectiva con el antiguo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE). Tal y como veremos en esta resolución, el TJUE decidió que dicho modelo normativo era totalmente compatible con el texto del TCE, pues consideró que el reconocimiento de sociedades, quedaba excluido del artículo 48 TCE y, por tanto, que debían ser los Estados miembros, quienes a través de sus legislaciones, hasta que no hubiera algún Convenio al respecto (sobre la base del antiguo artículo 293 TCE, ya derogado), llevaran a cabo el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades.

La segunda de las sentencias importantes, en la que nos vamos a detener, es la de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, C-212/97), en la que tras 11 años el TJUE cambia el criterio jurisprudencial seguido en la sentencia *Daily Mail*, y decide que el único modelo compatible con el artículo 48 TCE es el modelo de constitución / incorporación. Afirma el Tribunal, que la libertad de establecimiento lleva implícita,

en sí misma, el reconocimiento de sociedades, y que el artículo 48 TCE tiene alcance conflictual, y que por tanto, el ejercicio de la libertad de establecimiento, por parte de las sociedades descritas en dicho artículo, no puede estar condicionado por la legislación del Estado miembro de destino, ni por obstaculizaciones por parte del Estado miembro de origen.

Tres años después de dictarse la sentencia *Centros*, el TJUE dictó otra destacada sentencia, la de 5 de noviembre de 2002 (Asunto *Überseering BV*, C-208/00), en la cual, como veremos al analizarla, se confirma la línea jurisprudencial seguida por la sentencia *Centros*, abandonándose los argumentos utilizados en la sentencia *Daily Mail*, pues el TJUE, en esta nueva sentencia, confirma la incompatibilidad del modelo de la *Sitztehorie* con el artículo 48 TCE, y por tanto, de forma indirecta atribuye carácter conflictual a dicho artículo, consagrando como único modelo normativo compatible el de la *Gründungstheorie*.

La cuarta sentencia, a la que nos dedicaremos con atención, es la de 30 de septiembre de 2003 (Asunto *Inspire Art*, C-167/01), la cual, consolida la línea jurisprudencial anterior (sentencias *Centros* y *Überseering BV*) y, tal y como comprobaremos, parecía que el Tribunal se inclinaba hacia permitir, con el marco jurídico actual, la movilidad de las sociedades en el marco de la UE.

La quinta sentencia, en la que nos vamos a detener, es la Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2006 (Asunto *Cadbury Schweppes plc.*).

Finalmente nos detendremos en la última de las sentencias dictadas por el actual TJUE, la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2008 (Asunto *Cartesio*, C-210-06), que rechaza la línea jurisprudencial establecida con *Inspire Art*, y las sentencias anteriores en cuanto a la movilidad de sociedades.

Al margen de las sentencias referidas, nos detendremos en menor detalle en algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal y que menos trascendencia jurídica han tenido, dictadas a caballo entre las sentencias más importantes y que también consideramos de interés para el objeto de este trabajo y que.

Con el análisis de estas resoluciones y el análisis jurídico llevado a cabo en los anteriores capítulos, tendremos elementos suficientes para poder extraer ciertas consideraciones sobre la situación actual, y los problemas que se pueden plantear en el futuro en materia de sociedades, en particular en aquellas operaciones de

internacionalización y movilidad de sociedades en un marco internacional dentro de la Unión Europea.

2.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades

2.1.1. APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO DE ORIGEN Y DE DESTINO

Nuestro objeto de estudio, a través de la jurisprudencia, como ya hemos avanzado, va a ser la interpretación por parte del TJUE de los artículos 49 y 54 TFUE (antiguos artículos 43 y 48 TCE). A pesar de que han habido sentencias importantes, desde los años sesenta, relacionadas con la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento,²⁸⁴ el análisis jurisprudencial lo empezaremos a partir del año 1988, pues es el año en el cual se dicta la sentencia *Daily Mail*, una de las sentencias más importantes de los últimos 25 años en materia de Derecho de Sociedades en el ámbito de la Unión Europea. Hasta el año 1999, fecha en la cual se dictó la segunda sentencia relevante (sentencia *Centros*), la sentencia de 1988 marcó la línea jurisprudencial del TJUE, y en especial la interpretación de la libertad de establecimiento, en relación con las dos teorías analizadas en este trabajo: la teoría de la constitución/incorporación y la teoría de la sede real. Dicha sentencia ha sido valorada de diferente forma, pues para aquellos defensores de la teoría de la sede real, la resolución significa que el TCE mantiene un marco jurídico compatible con la teoría de la sede real, y que, por tanto, el actual artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE) no tiene una consideración conflictual. Por otro lado, los defensores de la teoría de la constitución/incorporación, consideran la sentencia como un error en la interpretación por parte del Tribunal, por no ir más allá, e interpretar el alcance conflictual del artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE), y entender que el modelo seguido por el TCE (actual TFUE), es totalmente incompatible con el modelo de sede real.

La sentencia *Daily Mail* ha sido considerada, para los partidarios de la teoría de la constitución/incorporación, como un paso atrás, en cuanto a libertades de la Unión

²⁸⁴ Sentencia de 5 de febrero de 1963 (Asunto *Van Gend & Loos / Administración financiera holandesa*); Sentencia de 12 de febrero de 1974 (Asunto *Sotgiu*, C-152/73); Sentencia de 21 de junio de 1974 (Asunto *Reyners*, C-2/74); Sentencia de 28 abril de 1977 (Asunto *Thieffry*, C-71/76); Sentencia de 9 de marzo de 1978 (Asunto *Administración financiera estatal / S. p. S Simmenthal*); Sentencia de 28 de enero de 1986 (Asunto *Comisión/Francia*, C-270/83); Sentencia de 11 de julio de 1989 (Asunto *Schraeder*, C-265/87).

Europea se refiere, pues de la misma se concluye, como veremos, que una sociedad, para trasladar su sede de un Estado miembro a otro, no tiene otra opción que disolver, liquidar y volver a constituir una nueva sociedad en el nuevo Estado, pues según el Tribunal, la libertad de establecimiento se encuentra condicionada a la aplicación del ordenamiento jurídico del Estado de origen y de destino, al cual se encuentre sometido la sociedad que pretenda un traslado de sede social. Por tanto, el reconocimiento de sociedades extranjeras, partiendo de la interpretación dada por esta sentencia a los artículos 43 y siguientes (actuales artículos 49 y siguientes del TFUE) del TCE, quedaba sujeto al DIPr de cada Estado miembro, es decir, aplicando sus criterios normativos (sede real o constitución/incorporación), y sólo pudiéndose invocar por las sociedades la libertad de establecimiento, una vez fuese reconocida ésta por el Estado miembro a través de la aplicación del “filtro”, llevado a cabo con la legislación interna del propio Estado.²⁸⁵ Por estos aspectos, y otros a los cuales nos vamos a referir, esta sentencia constituye nuestro punto de partida en el análisis que vamos a llevar a cabo a partir de este momento.

En la sentencia *Daily Mail*, la situación fáctica que originó que el TJUE conociera y resolviera el recurso prejudicial, fueron los siguientes: Una sociedad británica *holding* de inversión, denominada Daily Mail and General Trust PLC, constituida conforme al Derecho inglés, y con domicilio en el Reino Unido, pretendía trasladar su sede de administración y dirección a los Países Bajos para celebrar las reuniones de su Consejo de Administración, así como arrendar locales para instalar su administración. Detrás de dicha operación habían motivos fiscales, pues al establecer la sede de administración en ese Estado, el gravamen de las plusvalías, quedaba sujeto al Derecho de éste, y no al Derecho inglés, y tal y como indica el apartado 7 de la sentencia: *Una vez establecida su sede de dirección en los Países Bajos, la demandante estaría sujeta al Impuesto neerlandés de Sociedades, pero las operaciones proyectadas sólo darían lugar a tributación por las plusvalías eventualmente generadas después del traslado de su residencia a efectos fiscales.*

La operación no comportaba un cambio de ley aplicable o *Lex societatis* de la sociedad, pues en ambos Estados, tanto en el Reino Unido como en los Países Bajos, rige el modelo de constitución/incorporación, por tanto, se trataría de un traslado de sede social de hecho y secundario (ya que el objeto de la sociedad era abrir un nuevo establecimiento donde establecer la sede de dirección). En este caso,

²⁸⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJUE”. *NUE*. 2006, núm. 252, p.134.

tampoco supondría ni la disolución de la sociedad, ni la pérdida de la personalidad jurídica de la misma, pues como hemos visto, al hablar de la colisión entre dos ordenamientos que siguen este modelo, no se produce un cambio de ley aplicable por el cambio de establecimiento, sino, que hay un reconocimiento por parte del Estado miembro de destino, de la personalidad jurídica de la sociedad.

El problema con el que se encontró la sociedad Daily Mail, fue que al tener su domicilio en el Reino Unido, estaba sometida a la Ley británica de 1970 de Impuestos sobre la Renta y sobre sociedades, cuyo artículo 482.1a), prohibía que las sociedades, con residencia a efectos fiscales en el Reino Unido, cesaran de residir en dicho país, sin la autorización de la Hacienda Pública británica. La sociedad Daily Mail decidió, sin esperar a obtener la preceptiva autorización, proceder a la apertura de una oficina de gestión de inversiones en los Países Bajos, con la finalidad de prestar servicios a terceros. Después de un largo período de negociaciones con la Hacienda Pública, que propuso a la sociedad vender al menos una parte de los títulos que integraban su activo, antes de trasladar su residencia a efectos fiscales fuera del Reino Unido, la sociedad Daily Mail presentó un recurso ante la High Court of Justice, Queen's Bench Division, por considerar que los artículos 52 y 58 TCE (posteriores artículos 43 y 48 del TCE y actuales artículos 49 y 54 TFUE), le conferían el derecho a trasladar su sede de dirección, a otro Estado miembro, sin ninguna autorización previa, o, con carácter subsidiario, el derecho a obtener dicha autorización sin sujetarla a condiciones.

La cuestión prejudicial planteada ante el TJUE

El órgano jurisdiccional británico suspendió el procedimiento, y planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE con las siguientes cuestiones:

1) Los artículos 52 a 58 del Tratado CEE, ¿se oponen a que un Estado miembro prohíba a una persona jurídica, que tenga su sede de dirección en dicho Estado miembro, trasladar, sin autorización previa ni aprobación dicha sede a otro Estado miembro, en uno y/u otro de los siguientes supuestos:

a) cuando dicha sociedad puede eludir el pago del impuesto sobre ganancias y beneficios ya obtenidos,

b) cuando dicha sociedad, al trasladar su sede de dirección, evitaría el pago de un impuesto al que estaría eventualmente sujeta si mantuviera su sede de dirección en el Estado miembro en cuestión?

2) La Directiva 73/148/CEE,²⁸⁶ ¿confiere a una sociedad que tenga su sede de dirección en un Estado miembro el derecho a trasladar esa dirección central a otro Estado miembro sin autorización previa ni aprobación, en los supuestos enunciados en la cuestión 1)? Si la respuesta es afirmativa, ¿son directamente aplicables en el caso de que se trata las disposiciones previstas en la materia?

3) Si dicha autorización o aprobación puede ser lícitamente impuesta, ¿puede un Estado miembro denegarla por los motivos indicados en la cuestión 1)?

4) ¿Tiene alguna consecuencia, y en su caso, cuál es, el hecho de que la legislación del Estado miembro de que se trata sobre dicha materia no impone una autorización en caso de traslado de residencia a otro Estado miembro de una persona física o de una empresa?

El objeto de análisis por parte del TJUE

Como vemos, las cuestiones que se plantearon por parte del tribunal británico son de especial interés, y era ésta una buena oportunidad para que el TJUE diera una interpretación de los antiguos artículos 52 y 58 TCE, que supusiera un paso más hacia la consolidación de la libertad de establecimiento en materia de sociedades. Como veremos, no fue así, pues el Tribunal sólo dio respuesta al primer apartado de la primera pregunta y a la segunda pregunta, no entrando ni en el apartado b) de la primera cuestión, ni en la tercera y cuarta cuestiones planteadas por el tribunal *a quo*. En esencia, lo que el TJUE tenía que hacer, era interpretar si dichos artículos conferían a una sociedad constituida de conformidad con un Estado miembro, en el cual se encontraba su sede estatutaria, el derecho a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro, cuestionándose, asimismo, si el Estado de origen podía someter ese derecho a una autorización de la Hacienda pública nacional.

²⁸⁶ Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la residencia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172 de 28 de junio de 1973).

Argumentos jurídicos del Reino Unido y de la Comisión

Al analizar con detenimiento los argumentos jurídicos de la sentencia, nos encontramos en primer lugar con los planteamientos del Gobierno del Reino Unido, y de la Comisión Europea (apartados 13 y 14). En cuanto al primero, defendía la tesis de que las disposiciones del TCE, no conferirían a las sociedades un derecho general a desplazar su sede de dirección de un Estado miembro a otro.²⁸⁷ Por otro lado, afirmaba la Comisión, tal y como recoge la sentencia que: *...en el estado actual del Derecho comunitario, los requisitos para que una sociedad pueda trasladar su sede de dirección de un Estado miembro a otro siguen estando regidos por el Derecho nacional del Estado en el que aquélla fue constituida y por el Derecho del Estado de acogida* y que: *“...en los casos en que el traslado de la sede de dirección es posible, según la legislación nacional, el derecho a trasladar esa sede a otro Estado miembro está protegido por el artículo 52 del TCE.”*²⁸⁸

Consideraciones jurídicas del TJUE, apartados 17, 21 y 22 de la sentencia

El tribunal argumentó (apartado 17), que la disposición británica controvertida no restringía ni el derecho de establecimiento de las sociedades, reconocido en el artículo 52 TCE (antiguo artículo 43 TCE y actual artículo 49 TFUE), ejercido, por regla general, mediante la creación de agencias, de sucursales o de filiales, o también a través de la participación en la constitución de una sociedad en otro Estado miembro, siendo garantizado por el artículo 221 TCE en lo que respecta a su participación financiera en el capital de esta nueva sociedad. Por otro lado, el TJUE hacía suyos los argumentos aducidos por la Comisión Europea en el sentido de que *...al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, y, en el estado actual del Derecho comunitario, en virtud de un ordenamiento jurídico nacional. Sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y funcionamiento.* También el TJUE volvía a utilizar los argumentos utilizados por la Comisión, y consideraba que el TCE tuvo en cuenta, en el artículo 58 (posterior artículo 48 TCE y actual artículo 54 TFUE), la disparidad de las legislaciones nacionales en cuanto al vínculo de conexión se refiere (sede social, administración central y centro de actividad principal), y que en el artículo 220 (antiguo artículo 293 TCE, actualmente derogado por el Tratado de Lisboa de 2009) se contempló expresamente la

²⁸⁷ Apartado 13.

²⁸⁸ Apartado 14.

posibilidad de celebrar convenios entre los Estados miembros a fin de asegurar el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de sede de un Estado miembro a otro.²⁸⁹

La ratio decidendi de la sentencia: apartados 23 y 24

Los dos apartados más importantes de la sentencia son el 23 y 24, los cuales constituyen la *ratio decidendi* de la misma, que fue considerada por la doctrina dominante en aquel momento, tal y como dijimos con anterioridad, como la confirmación de la compatibilidad entre el modelo de sede real y el TCE. En dichos apartados el Tribunal afirmaba que: *...el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que sin embargo no han llegado a término* y que *“en estas circunstancias, no se pueden interpretar los artículos 52 y 58 del Tratado como atributivos, en favor de las sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional, de un derecho a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas.*

Como podemos observar, el TJUE, con estos argumentos, se inclinó por considerar que el reconocimiento de sociedades quedaba excluido del artículo 58 TCE (posterior artículo 48 TCE y actual artículo 54 TFUE) y por tanto, que debían ser los Estados miembros quienes, a través de sus legislaciones, hasta que no hubiera algún Convenio al respecto, llevaran a cabo el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades.

En este sentido, afirma la profesora Sancho Villa que:

Lo que el TJUE quería al resolver las cuestiones planteadas en la sentencia, era que la realización de la libertad de establecimiento principal, no se realizara a costa de la armonización fiscal comunitaria que por otro lado en aquel momento era inexistente o muy precaria; por este motivo el Tribunal de Justicia quería darle la razón al fisco inglés,

²⁸⁹ Apartados 21 y 22.

reconociendo la compatibilidad con el Derecho comunitario (actual Derecho de la Unión Europea) de la norma inglesa, que exigía una autorización para que la sociedad pudiera emigrar.²⁹⁰

Como hemos visto el TJUE, en los apartados 21 a 24 de la sentencia, resolvió la primera (y más importante) de las cuestiones planteadas, manifestando que habida cuenta de la respuesta dada a la primera de las preguntas, no hacía falta entrar a responder la segunda parte de la primera cuestión (apartado 26).

La segunda cuestión planteada: la Directiva 73/148

En cuanto a la segunda cuestión planteada, relativa a la Directiva 73/148, como era de esperar, el Tribunal de Justicia no consideró de aplicación por analogía dicha norma comunitaria a las personas jurídicas, y esta respuesta la fundamentaba en dos aspectos: la denominación de la propia directiva, la cual iba dirigida a las personas físicas, y en segundo lugar al propio contenido de la misma, es decir, a su texto. Finalmente el TJUE no entró a resolver, como ya hemos referido, las cuestiones tercera y cuarta planteadas por el tribunal británico.²⁹¹

2.1.2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO FISCAL DE LAS SUCURSALES (CONTINUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA *DAILY MAIL*)

Después de la sentencia *Daily Mail* las sentencias más importantes que ha resuelto el TJUE, relativas a la interpretación de los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), han sido la sentencia de 13 de julio de 1993 (Asunto *Kraus*, C-330/91), la de 5 de octubre de 1994 (Asunto *TV10*, C-23/93), la de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Gebhard*, C-55/94), la de 12 de diciembre de 1996 (Asunto *Reisebüro Broede*, C-3/95), la de 15 de mayo de 1997 (Asunto *Futura Participations*

²⁹⁰ SANCHO VILLA, D. *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, Eurolex editorial, 2001, p. 177.

²⁹¹ Apartados 28, 29 y 30: “A este respecto, basta observar que la directiva antes citada, según su denominación y su texto, sólo tiene por objeto el desplazamiento y la residencia de las personas físicas, y que, por su contenido, las disposiciones de la directiva no son aptas para ser aplicadas por analogía a las personas jurídicas” (apartado 28); “Procede pues responder a la segunda cuestión que la Directiva 73/148/CEE debe ser interpretada en el sentido de que sus disposiciones no confieren a una sociedad el derecho a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro” (apartado 29); “Habida cuenta de las respuestas dadas a las dos primeras cuestiones del órgano jurisdiccional nacional, no ha lugar a responder a las cuestiones tercera y cuarta” (apartado 30).

y *Singer*, C-250/95) y la de 12 de mayo de 1998 (Asunto *Kefalas*, C-367/1996).²⁹² De todas estas sentencias nos parece oportuno centrarnos en las que consideramos las tres más importantes: la sentencia *Kraus*, la sentencia *TV10* y la sentencia *Gebhard*, de las cuales vamos a destacar, sintéticamente, aquellos argumentos más relevantes para nuestro objeto de estudio.

Destacamos, en primer lugar, la sentencia *Kraus*, en la que el TJUE se pronunció sobre el tratamiento fiscal de las sucursales, la vigencia y extensión del principio de igualdad, y la incidencia de los convenios sobre doble imposición. El TJUE subrayó que los Estados miembros, donde radican los establecimientos de las sociedades comunitarias, no pueden privar de contenido a los artículos 52 y 58 TCE (posteriores artículos 43 y 48 TCE y actualmente artículos 49 y 54 TFUE), aplicando un trato diferente por el solo hecho de que el domicilio de una sociedad, se encuentre en otro Estado miembro. Por ello, consideró que hacer depender de la residencia fiscal, en el territorio nacional, la concesión de un eventual complemento de la devolución de impuestos, podía operar en perjuicio de las sociedades cuyo domicilio social se encontrara en otro Estado miembro,²⁹³ concluyendo, en los apartados 13 y 14, siguiendo la jurisprudencia de la sentencia de 28 de enero de 1986 (Asunto *Comisión/Francia* C-270/83), que las normas sobre igualdad de trato, no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, o el domicilio social por lo que respecta a las sociedades, sino también, cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

2.1.3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL ESTADO DE “DESTINO” COMO “LEY DE ORIGEN”

Otra de las interpretaciones realizadas por el TJUE es la que se plasmó en la sentencia *TV10*²⁹⁴, en ella el Alto Tribunal partió de argumentos jurídicos a tenor de los cuales se permitía la aplicación de la ley del Estado de “destino” como “ley de

²⁹² Todas estas sentencias han sido citadas en notas al pie a lo largo de la primera parte del trabajo, pues hemos destacado de ellas esencialmente aquellas consideraciones realizadas por el TJUE, consistentes en establecer la diferencia entre la libertad de establecimiento y la prestación de servicios, y los requisitos que debían tener aquellas medidas establecidas por un Estado miembro que limitan el derecho de establecimiento fundamentadas en el interés general.

²⁹³ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, pp. 157-158.

²⁹⁴ STJUE de 5 de octubre de 1994 (Asunto *TV10*, C-23/93).

origen”. Así, en el apartado 21 de la misma, afirmaba que *...un Estado miembro puede considerar como organismo nacional de radiodifusión a un organismo de radio y de televisión que se instale en otro Estado miembro con el fin de prestar en éste servicios destinados a su territorio, ya que dicha medida tiene por objeto impedir que, amparándose en el ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado, los organismos que se instalen en otro Estado miembro puedan eludir de forma abusiva las obligaciones que derivan de la legislación nacional, en el presente asunto las relativas al contenido pluralista y no comercial de los programas*. Esta línea jurisprudencial, como veremos al analizar la sentencia *Centros* de 1999, fue utilizada por el profesor Sánchez Lorenzo para defender la tesis de que en casos en los que como en *Centros*, una sociedad constituida conforme a la ley de un Estado miembro, creaba una sucursal para eludir la legislación de otro Estado miembro (el de destino), y crear de esta forma una sociedad ficticia (*pseudoforeign Corporation*), es preferible aplicar la legislación del Estado de destino como ocurrió en la sentencia *TV10*, aunque la ley aplicable a la sociedad sea la ley de constitución, es decir, la del Estado de origen.

2.1.4. CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LAS RESTRICCIONES BASADAS EN EL “INTERÉS GENERAL”

Por último, de la sentencia *Gebhard*, nos parece interesante destacar los apartados 23 a 27, en los que el TJUE, siguiendo la jurisprudencia *Reyners* (Asunto 2/74, apartado 21), sienta los argumentos esenciales sobre la distinción entre el concepto de establecimiento y de libre prestación de servicios (repetidos un año más tarde en los apartados 20 y 21 de la sentencia *Resebüro Broede*), afirmando que: *el concepto de establecimiento es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de modo permanente y continuo, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y que se beneficie de ello*.

En la misma sentencia *Gebhard*, en el apartado 37, el TJUE estableció los criterios o requisitos que debían tener aquellas medidas establecidas por un Estado miembro, que limitaran el derecho de establecimiento, fundamentadas en el “interés general”, afirmando que: *un Estado miembro podrá imponer una medida nacional basada en la protección del ‘interés general’ siempre que ésta cumpla los siguientes requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de ‘interés general’, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar*

dicho objetivo (citada en el apartado 26 de la sentencia *Futura Participations y Singer* de 1997).

2.1.5. MANTENIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA *GEBHARD*

La sentencia de 11 de diciembre de 2003 (Asunto *Schnitzer*, C-215/01), cuyo objeto era la interpretación de la prestación de servicios, y más concretamente, la interpretación de los artículos 49, 50, 54 y 55 TCE, merece nuestra atención por constituir un ejemplo más en el cual el TJUE, siguió manteniendo los argumentos temporales establecidos en la sentencia *Gebhard* (apartado 27), para distinguir entre lo que es la prestación de servicios y la libertad de establecimiento, en dicha resolución también se refiere el TJUE, a la naturaleza del concepto de “servicio” (apartados 28-32).

En cuanto a la sentencia de 11 de marzo de 2004 (Asunto *de Lasteyrie du Saillant*, C-9/02), ésta tenía por objeto la interpretación del artículo 52 TCE (actual artículo 49 TFUE), en el marco de un litigio acerca de la tributación por unas plusvalías mobiliarias, aún no realizadas, devengada en caso de traslado del domicilio fiscal de un contribuyente fuera de Francia. El TJUE acaba respondiendo que: “...la libertad de establecimiento [...] se opone a que un Estado miembro establezca, a fin de prevenir un riesgo de evasión fiscal, un régimen de imposición de las plusvalías latentes como el previsto en el artículo 167 bis del CGI [*code général des impôts*], en caso de traslado del domicilio fiscal de un contribuyente fuera de un Estado”. El TJUE fundamenta su fallo esencialmente en los argumentos del apartado 42, en donde recuerda que las obstaculizaciones a la libertad de establecimiento, no pueden ser producidas por el Estado de origen (siguiendo de esta forma la jurisprudencia iniciada, con los argumentos de la sentencia *Comisión/Francia* de 1986 y que utilizó, como ya hemos visto con la sentencia *Baars* [párrafo 128]) y en los argumentos del apartado 44, en donde afirma que “...la prohibición para los Estados miembros de establecer restricciones a la libertad de establecimiento se aplica igualmente a las disposiciones fiscales”.

2.2. El modelo de constitución/ incorporación: compatibilidad con el artículo 54 TFUE

2.2.1. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES

Como ya indicábamos con anterioridad, otra de las sentencias que merece especial consideración, para nuestro objeto de estudio, es la sentencia de 9 de marzo de 1999, la denominada sentencia *Centros*, pues en ella, nos encontramos ante una inversión de la jurisprudencia iniciada con la sentencia *Daily Mail* de 1988. Tal y como hemos visto, en aquella sentencia, la decisión fue reconocer la diversidad legislativa europea y, partiendo de ésta, interpretar que la libertad de establecimiento, para las sociedades reconocidas en los antiguos artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), estaba condicionada al reconocimiento previo de la sociedad que pretendía el ejercicio de este derecho, por parte del Estado miembro de destino, a través de su legislación. En cambio, con la sentencia *Centros*, la interpretación de los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), implicaba que la libertad de establecimiento llevaba implícita, en sí misma, el reconocimiento de sociedades y, por tanto, que el artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE) tenía alcance conflictual, y que el ejercicio de la libertad de establecimiento, por parte de las sociedades descritas en dicho artículo, no podía estar condicionado por la legislación del Estado miembro de destino, ni por obstaculizaciones de ninguna clase por parte del Estado miembro de origen. Por lo tanto, un Estado, no puede denegar a una determinada sociedad que fije su establecimiento principal o secundario (con el centro de actividades principales), en su territorio, si se ha constituido conforme al Derecho de otro Estado miembro. Estas consideraciones han sido realizadas por la mayor parte de la doctrina, a pesar de ello, hay algunos autores que dudaron del alcance conflictual de la sentencia *Centros*, y afirmaron que ésta, no se oponía a la sentencia *Daily Mail*.²⁹⁵

Del mismo modo que hemos hecho al referirnos a la sentencia *Daily Mail*, vamos a ocuparnos de la sentencia *Centros*, exponiendo, en primer lugar, cuáles fueron los hechos de la misma, para luego detenernos en los aspectos jurídicos más relevantes de la resolución, y que han conllevado el enfrentamiento doctrinal, entre aquellos que justificaban la compatibilidad del modelo de sede real con el TCE y actual TFUE,

²⁹⁵ Entre la doctrina española el máximo exponente es el profesor SÁNCHEZ LORENZO, quien afirma que el único modelo compatible en el ámbito comunitario es una "teoría de la sede real en clave material" (SÁNCHEZ LORENZO, S. "El Derecho Europeo de sociedades y la sentencia *Centros*: La relevancia de la 'sede real' en el ámbito comunitario". *AEDIPr.* tomo 0 (2000), pp. 142 y ss.).

en base a la resolución de 1988, y aquellos que criticaban dicha sentencia y, ahora, tenían además argumentos jurisprudenciales, para defender el modelo de constitución/incorporación como único modelo compatible con el TCE y TFUE.

Supuesto fáctico de la sentencia

Los hechos que dieron lugar a la decisión del TJUE fueron los siguientes: Un matrimonio de nacionalidad danesa, y que residía en Dinamarca, decidió crear una sociedad inglesa (*Private Limited Company*), denominada Centros Ltd. y operar como tal en Dinamarca, con la finalidad de evitar, de esta forma, la aplicación de las exigentes normas sobre capital mínimo establecidas en el ordenamiento jurídico danés. El matrimonio creó dicha sociedad en base al Derecho inglés, constando marido y mujer como únicos socios de la mercantil y dividiéndose, por tanto, entre ambos, las participaciones de la misma. El domicilio social fue constituido en el Reino Unido (en el domicilio de un amigo del marido), pero desplazando la dirección efectiva de la sociedad, así como las actividades principales a Dinamarca a través de la creación de una sucursal. Desde su creación la sociedad no llevó a cabo ninguna actividad, y por otro lado, la legislación del Reino Unido, no sometía a las sociedades de responsabilidad limitada a ninguna exigencia, con respecto a la constitución y al desembolso de un capital social mínimo, con lo cual, éste no fue desembolsado, ni puesto a disposición de la sociedad.

Establecía el artículo 117 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada danesa (*anpartsselskabslov*) que *Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades con forma jurídica análoga extranjeras que estén domiciliadas en un Estado miembro de las Comunidades Europeas podrán ejercer actividades en Dinamarca mediante una sucursal*, y en base a ello Centros Ltd. solicitó durante el verano de 1992 la inscripción de la sucursal en Dinamarca, pero el problema con el que se encontró el matrimonio danés fue que las autoridades de inscripción danesas, la Dirección General de Comercio y Sociedades (*Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), dependiente del Ministerio de Comercio, denegaron la inscripción de la sucursal, pues alegaron que la sociedad tenía su centro de actividades económicas en Dinamarca, además que no realizaba ninguna actividad económica en el Reino Unido y que su única finalidad era, en realidad, constituir en el Estado danés no una sucursal, sino, un establecimiento principal, eludiendo de este modo las normas nacionales relativas al desembolso de un capital mínimo.

La cuestión prejudicial planteada ante el TJUE

La denegación por parte de las autoridades registrales danesas fue recurrida por Centros Ltd. ante los tribunales (Østre Landsret Højesteret). Debido a que el tribunal, en su sentencia de 8 de septiembre de 1995, estimó los argumentos de las autoridades registrales, Centros Ltd. interpuso un recurso ante el Højesteret, el cual suspendió el procedimiento y planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 52, 56 y 58 TCE (posteriores artículos 43, 46 y 48 TCE y actuales artículos 49, 52 y 54 TFUE) la siguiente cuestión:

¿Es compatible con el artículo 52, en relación con los artículos 56 y 58 del Tratado CE, denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tiene su domicilio social en otro Estado miembro y que, con un capital social de 100 UKL (aproximadamente 1.000 DKR), fue constituida legalmente y existe de conformidad con la legislación de dicho Estado miembro, cuando la referida sociedad no ejerce, ella misma, ninguna actividad comercial, pero se crea dicha sucursal con la finalidad de ejercer toda su actividad en el país en el que tal sucursal se establezca, y cuando cabe considerar que el método utilizado pretende evitar la constitución de una sociedad en este último Estado miembro para eludir la obligación de desembolsar una cantidad mínima de 200.000 DKR (actualmente 125.000 DKR) en concepto de capital social?

Consideraciones preliminares: apartado 15 de la sentencia

Antes de entrar en el análisis jurídico del supuesto fáctico planteado por el tribunal *a quo*, el TJUE en el apartado 15 de la sentencia, de forma preliminar, dejaba claro que el tribunal danés no negaba que cualquier sociedad, que tuviera su domicilio social en otro Estado miembro, pudiera ejercer una actividad en Dinamarca por medio de una sucursal y que aceptaba, por regla general, la inscripción en Dinamarca, de una sucursal de una sociedad, constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro.

Las sociedades, de forma directa, tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro (apartado 20)

Mientras que para el gobierno danés, el artículo 52 TCE (actualmente 49 TFUE) resultaba aplicable al caso planteado, porque éste no tenía elemento de

extranjería,²⁹⁶ el TJUE en los apartados 19 y 20, dejaba sentado en primer lugar que: *la libertad de establecimiento reconocida por el artículo 52 del Tratado a los nacionales comunitarios comprende el derecho a acceder a las actividades no asalariadas y a ejercerlas, así como a administrar y constituir empresas en las mismas condiciones que las definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales. Además, el artículo 58 del Tratado equipara las personas físicas, nacionales de los Estados miembros, a 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 Comunidad* (apartado 19), y en segundo lugar, argumentaba que *“De aquí se desprende de forma directa que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una agencia, sucursal o filial, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro...* (apartado 20).

En el último de los apartados citados, es donde podemos comprobar que el TJUE con la expresión “de forma directa”, parecía rechazar el argumento que establecía la sentencia *Daily Mail*, en base al cual, el reconocimiento de las sociedades debía ser llevada a cabo de conformidad con la ley de los Estados miembros de forma previa al ejercicio de la libertad de establecimiento. Con la nueva interpretación del artículo 58 TCE (posterior artículo 48 TCE y actual artículo 54 TFUE) el reconocimiento de las sociedades estaba implícito o era un requisito inherente al ejercicio de la libertad de establecimiento.²⁹⁷ En el apartado 20 *in fine*, el TJUE afirmaba que el punto de conexión o el criterio que fija la sujeción a un ordenamiento jurídico de una sociedad viene determinado por la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal (artículo 48 TCE, actual artículo 54 TFUE),

²⁹⁶ Apartado 16: “En tales circunstancias, la creación por los nacionales de un Estado miembro de una sociedad en otro Estado miembro no tiene el elemento de extranjería pertinente con relación al Derecho comunitario y, en particular, a la libertad de establecimiento”, afirma también el TJUE en el apartado 23 que: “No obstante, según las autoridades danesas, los esposos Bryde no pueden invocar dichas disposiciones (artículos 52 y 58 TCE), ya que la estructura de sociedades que proyectan tiene como único objetivo eludir la aplicación del Derecho nacional que rige la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y constituye por ello un uso abusivo del derecho de establecimiento. Por consiguiente, el Reino de Dinamarca tiene derecho a adoptar medidas para oponerse a tal abuso denegando la inscripción de la sucursal.”

²⁹⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La sentencia Centros: el status quaestionis un año después”. *NUE*. 2001, núm. 195, pp. 86-87.

es decir, que la nacionalidad de una sociedad es la del Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico regula la vida de dicha sociedad (su ley personal o *Lex societatis*).²⁹⁸

El establecimiento de una sucursal en otro Estado miembro no constituye un uso abusivo de los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE)

Para el TJUE, a diferencia de los argumentos esgrimidos por el gobierno danés, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad, elija constituir la en otro Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico sea menos riguroso, y quiera establecerse a través de una sucursal (ejercicio del derecho de establecimiento a título secundario), en otro Estado miembro, no puede constituir por sí solo un uso abusivo o fraudulento del derecho de establecimiento, reconocido en los antiguos artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE).²⁹⁹ Por consiguiente, la denegación de la inscripción de la sucursal de Centros Ltd. por no ejercer ninguna actividad en el Estado miembro en el que tenía su domicilio social (Reino Unido), y desarrollar sus actividades únicamente en el Estado miembro de su sucursal (Dinamarca), sería una obstaculización a la libertad de establecimiento totalmente injustificada y por tanto, contraria al TCE. Es decir, que el TJUE consideró que el comportamiento de la sociedad Centros Ltd. no era suficiente para revelar un comportamiento abusivo o fraudulento que supusiera la adopción de esas medidas.

La falta de armonización legislativa no puede ser un obstáculo al ejercicio de la libertad de establecimiento (apartado 28)

Si nos detenemos en el apartado 28 de la sentencia, en él podemos comprobar un cambio significativo respecto al criterio interpretativo utilizado en 1988 con la sentencia *Daily Mail*. Afirma en 1999 el TJUE que: *...no tiene relevancia que el Derecho de sociedades no haya sido armonizado por completo en la Comunidad; además, el Consejo, en todo momento, puede completar dicha armonización sobre la base de las facultades que le otorga la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CE*, argumento totalmente contradictorio con el establecido en el apartado 21 de la sentencia *Daily Mail*, en el que, como veíamos, el TJUE se amparaba en la

²⁹⁸ ARENAS GARCÍA, R. *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*. Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 13.

²⁹⁹ Apartado 27.

falta de armonización comunitaria (*disparidad legislativa*), para justificar que el ejercicio de la libertad de establecimiento estaba supeditado a la aplicación del ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Si bien es cierto que durante los años noventa se dictaron algunas directivas de armonización legislativa en materia de sociedades,³⁰⁰ el TJUE era consciente que en 1999 seguía existiendo una importante diversidad legislativa entre los Estados miembros y asimismo era evidente el fracaso del antiguo artículo 293.3 TCE, pues todavía no se había firmado ningún convenio relativo al reconocimiento recíproco de sociedades.³⁰¹ Por todo ello, entendemos que con buen criterio el TJUE, consideró que no se podía supeditar la libertad de establecimiento a la armonización legislativa de los Estados miembros, ya que esto suponía restringir la movilidad de las sociedades dentro de la UE a través de la libertad de establecimiento y, por tanto, obstaculizar la consecución de un verdadero mercado interior.

No existe ni amparo legal que justifique las restricciones ni uso abusivo del TCE para la adopción de medidas de “interés general”

El TJUE en el apartado 34 siguiendo los argumentos de las sentencias *Kraus*, de 31 de marzo de 1993 (Asunto C-19/92) y “*Gehbard*”, de 30 de noviembre de 1995

³⁰⁰ Directiva 90/434 de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros; Directiva 90/435 de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes; Directiva 92/49 de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las directivas 73/239 y 88/357 (3.ª Directiva de seguros distintos del seguro de vida); Directiva 92/96 de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las directivas 79/267 y 90/619 (3.ª Directiva de seguros de vida); Directiva 93/6 de 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito; Directiva 93/22 de 10 de mayo de 1993 relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables y Directiva 98/78 de 27 de octubre de 1998 relativa a la supervisión adicional de las empresas se seguros que formen parte de un grupo de seguros.

³⁰¹ Tampoco se ha firmado entre los Estados miembros ningún Convenio relativo a la fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes, posibilidad contemplada también en el artículo 293.3 *in fine*, pues la firma de dicho Convenio se ha sustituido, tal y como analizamos en la primera parte de este trabajo, por la Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

(Asunto C-55/94), estableció los requisitos en los que debe ampararse una medida restrictiva de la libertad de establecimiento al amparo del artículo 46 TCE (actualmente artículo 52 TFUE), afirmando que *las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.*

Por otro lado, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del TJUE, un Estado miembro estaría facultado para adoptar medidas restrictivas en supuestos en los que algunos de sus nacionales intentaran evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional, aprovechando las posibilidades creadas por el TCE,³⁰² tal y como ocurría en el supuesto fáctico planteado en esta sentencia, aunque en este caso el Tribunal de Justicia interpretó que no había un uso abusivo del TCE. En este sentido, en el apartado 38, el TJUE afirmaba que el Estado de destino, en este caso Dinamarca, a pesar de no poder denegar la inscripción de la sucursal, esto no excluía la posibilidad de adoptar medidas de “interés general” para prevenir o sancionar fraudes (contra la propia sociedad o contra terceros o acreedores establecidos en el territorio de dicho Estado miembro).³⁰³ A pesar de ello hay que tener en cuenta que con carácter general, tal y como hemos analizado en este trabajo al hablar de las restricciones a la libertad de establecimiento, cualquier limitación u obstaculización a la libertad de establecimiento por parte de los Estados miembros, tanto del Estado de origen como del Estado de destino, está prohibida por el artículo 49.1 TFUE,

³⁰² STJUE de 7 de febrero de 1979 (Asunto *Knoors*, C-115/1978), apartado 25; STJUE de 3 de octubre de 1990 (Asunto *Bouchoucha*, C-61/1989), apartado 14 y STJUE de 12 de mayo de 1998 (Asunto *Kefalas*, C-367/1996), apartado 20.

³⁰³ Se afirma en el apartado 38 que “...el hecho de que un Estado miembro no pueda denegar 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 no excluye que aquel primer Estado pueda adoptar cualquier medida apropiada para prevenir o sancionar fraudes, ya sea con relación a la propia sociedad, en su caso en cooperación con el Estado miembro en el que esté constituida, ya sea con respecto a los socios con relación a los cuales se haya demostrado que en realidad lo que pretenden, mediante la constitución de una sociedad, es eludir sus obligaciones para con los acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado. En cualquier caso, la lucha contra el fraude no puede justificar una práctica consistente en denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tenga su domicilio social en otro Estado miembro”.

pudiendo alegar los Estados miembros sólo aquellas excepciones establecidas en los artículos 51 y 52 TFUE.

La parte dispositiva de la sentencia

Finalmente, el TJUE sobre la cuestión planteada, en su parte dispositiva afirmaba que *la denegación por un Estado miembro de la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida con arreglo al Derecho nacional de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social sobre la base de que la sucursal está destinada a permitirle el ejercicio de toda su actividad económica en el Estado de acogida, con la consecuencia de que el establecimiento secundario eludiría las normas nacionales relativas a la constitución y desembolso de un capital mínimo, es incompatible con los artículos 52 y 58 del Tratado, en la medida en que obstaculiza la aplicación del derecho de establecimiento secundario cuya observancia pretenden asegurar precisamente los artículos 52 y 58*. Por lo tanto, el TJUE reconoce de forma expresa lo que ya afirmaba el artículo 43.1 TCE, y sigue expresando el actual artículo 49.1 TFUE, es decir, que quedan prohibidas las actuaciones llevadas a cabo por los Estados miembros (tanto del Estado de origen como del de destino), que supongan una restricción al derecho de establecimiento ejercido por las sociedades a título principal o secundario. Por lo tanto, un Estado miembro no puede denegar a una determinada sociedad que fije su establecimiento principal o secundario en su territorio si se ha constituido conforme al Derecho de otro Estado miembro, aunque el establecimiento secundario (por ejemplo una sucursal), en realidad sea utilizado como establecimiento principal (por tener el centro de actividades económicas en el mismo).

La interpretación conflictual del artículo 54 TFUE

Como podemos comprobar, la sentencia *Centros* modificó la jurisprudencia asentada por la sentencia *Daily Mail*, pues mientras esta última interpretaba el antiguo artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE) sin atribuirle contenido conflictual y dejando que fueran los ordenamientos de los Estados miembros los que se ocuparan de este aspecto, es decir, de si se reconocía o no previamente a una sociedad en su territorio, con la nueva sentencia el Tribunal, consideramos que sí le atribuyó contenido o alcance conflictual, a pesar de que cierto sector de la doctrina ha sido escéptico en este punto. Para esta parte de la doctrina el TJUE no se ocupó expresamente de los aspectos conflictuales, ya que en la Sentencia *Centros*, ambos Estados seguían el mismo modelo normativo (el modelo de constitución/

incorporación), por ello, las autoridades danesas no rechazaron el reconocimiento de dicha sociedad, sino únicamente la inscripción de su establecimiento en Dinamarca. Partir de la interpretación conflictual del artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE), supone admitir que el Estado de destino, a pesar de seguir un modelo de sede real, admite la inscripción de un establecimiento secundario de una sociedad constituida válidamente y con sede social en otro Estado miembro (Estado de origen), a pesar de que la actividad principal se lleve a cabo en el Estado de destino, es decir, en el establecimiento secundario creado *ad hoc* para dicha finalidad.³⁰⁴

La competencia entre ordenamientos jurídicos tras la sentencia Centros

Como podemos observar mientras en 1988 el TJUE parecía apostar por una interpretación compatible con el modelo de sede real, de los argumentos jurídicos vistos en la sentencia de 1999, y de las consideraciones extraídas, parece que el único modelo compatible con el TCE y actualmente con el TFUE es el modelo de constitución/incorporación. Es por ello que algunos autores han considerado que con la sentencia *Centros*, por establecer ésta la incompatibilidad entre el modelo normativo de sede real y el TCE y TFUE, y al ser el único modelo compatible el de constitución/incorporación (modelo mucho más liberal), se podría llegar a una situación de *race to the bottom* (competencia entre ordenamientos jurídicos). En dicho escenario los Estados competirían “a la baja”, y esto podría derivar en una situación en la que no exista ningún tipo de vinculación entre el Estado de constitución y el Estado de localización de la sede real, y se den situaciones de más inseguridad jurídica para los terceros y proliferación de sociedades ficticias (*pseudoforeign corporations*),³⁰⁵ cuyo paradigma sería, por ejemplo, el caso *Centros*. Es decir, una sociedad creada en un Estado miembro y con sede social en el mismo,

³⁰⁴ En este sentido, LOOJESTIJN-CLEAIRE afirmaba, a raíz de la sentencia *Centros*, que: “la cuestión que nos debemos plantear es cómo determinar cuándo una sociedad está realmente establecida en un Estado miembro, pues, ¿debemos considerar que el simple hecho de constituir y registrar una sociedad en un Estado miembro (como en el caso *Centros*), sin realizar ningún tipo de actividad económica supone que una sociedad se puede beneficiar del derecho de establecimiento secundario, y por tanto, beneficiarse de la libertad de establecimiento del TCE?” en LOOJESTIJN-CLEAIRE, A. “Centros Ltd.- a complete u-turn in the right of establishment for companies?”. *JCLQ*. vol. 49 (2000), pp. 626-627.

³⁰⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, pp. 52-55; SÁNCHEZ LORENZO, S. “El Derecho Europeo de sociedades y la sentencia Centros: La relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”. *AEDIPr*. tomo 0 (2000), pp. 115-116, 122; SANCHO VILLA, D. *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, Eurolex editorial, 2001, p. 173.

pero cuyo centro de actividades económicas principales se encuentra localizado en otro Estado miembro, con el cual no tiene ningún tipo de vinculación y en el que ha situado un establecimiento secundario (agencia, sucursal o filial)³⁰⁶ para llevar a cabo dichas operaciones comerciales, y el cual, deberá ser reconocido e inscrito por este Estado de destino (según se desprende de la jurisprudencia *Centros*).³⁰⁷ Por otro lado, para el profesor Embid Irujo:

El peligro de competencia entre ordenamientos y la “deslocalización” societaria en la Unión Europea, obligará a un mejor conocimiento del Derecho de sociedades de los Estados miembros, tanto de los más relevantes como de los menos significativos. También afirma que la posible existencia de un *Delaware* europeo no resulta evidente,³⁰⁸ si se tienen en cuenta las significativas diferencias entre la integración jurídica propia de los Estados Unidos y la que caracteriza a la Unión Europea, esencialmente por dos motivos: por la armonización alcanzada en Derecho de sociedades hasta la fecha (sobre todo en Sociedad Anónima), y en segundo lugar, por la alta valoración que merecen al mercado las buenas prácticas en materia de Corporate Governance, que incluso pueden llegar a ser un relevante estímulo para el fenómeno contrario, es decir, una *race to the top*.³⁰⁹

La aplicación de la ley del Estado de “destino” como “ley de origen” para evitar supuestos fraudulentos

A pesar del cierto escepticismo del profesor Embid Irujo sobre una futura *race to the bottom* dentro de la Unión Europea, lo cierto es, que con la sentencia *Centros*, y como veremos cuando analicemos la jurisprudencia posterior, los Estados miembros en la actualidad tienen menos margen de maniobra respecto de las sociedades establecidas en su territorio y constituidas con arreglo al Derecho de otro Estado

³⁰⁶ En este sentido afirma el profesor SÁNCHEZ LORENZO que “el auténtico objeto de la sentencia es el derecho de establecimiento secundario de las “sociedades ficticias” en SÁNCHEZ LORENZO, S. *El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario* en AA.VV, *Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 2002, vol. I, p. 452.

³⁰⁷ Propone el profesor MENJUCQ, M., como una interesante solución ante una futura perspectiva de law shopping en la UE, derivada de la sentencia *Centros*, la creación de un “Registro comunitario de sociedades” (“Registre communautaire des sociétés”) en MENJUCQ, M. “Liberté d’établissement et fraude en droit communautaire”. *LD jurisprudente*. 1999, p. 556.

³⁰⁸ Esta opinión es compartida por MARC LAUTERFELD quien considera también que la teoría de la sede real debe seguir manteniéndose dentro del Derecho europeo en LAUTERFELD, M. “Centros and the EC Regulation”. *EBLR*. vol. 12 (2001), p. 85.

³⁰⁹ EMBID IRUJO, J.M. “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”. *NUE*. 2006, núm. 252, pp. 7-9.

miembro, lo cual provoca situaciones que para una parte de la doctrina, como ya hemos indicado, pueden ser calificadas como fraudulentas. En este sentido, una posible solución jurídica a estos supuestos calificados como de “fraude”, como el del caso *Centros*, la ofrece el profesor Sánchez Lorenzo,³¹⁰ quien afirma que: “el TJUE en alguna ocasión ha partido de argumentos jurídicos, a tenor de los cuales en casos como estos se permite la aplicación de la ley del Estado de ‘destino’ como ley de origen”.³¹¹ El ejemplo referido por el profesor Sánchez Lorenzo es la sentencia *TV10* en la que tal y como ya hemos hecho referencia al hablar de dicha resolución, el TJUE consideró ajustada a derecho la aplicación de la ley del Estado de destino, como ley de origen afirmando que *...un Estado miembro puede considerar como organismo nacional de radiodifusión a un organismo de radio y de televisión que se instale en otro Estado miembro con el fin de prestar en éste servicios destinados a su territorio, ya que dicha medida tiene por objeto impedir que, amparándose en el ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado, los organismos que se instalen en otro Estado miembro puedan eludir de forma abusiva las obligaciones que derivan de la legislación nacional, en el presente asunto las relativas al contenido pluralista y no comercial de los programas.*³¹² Los argumentos utilizados parten de que el concepto de “establecimiento principal” no es equivalente, en Derecho de la Unión Europea, a la “sede real”, sino al “establecimiento original o primero”, es decir, el lugar donde la sociedad tiene su sede social y conforme a cuya ley se ha constituido. Si dicho establecimiento es ficticio y en fraude de ley, y la sociedad va a abrir un “establecimiento secundario” en otro Estado miembro para dirigir la actividad comercial de la sociedad, de forma exclusiva o abiertamente principal, la solución que propone el Derecho de la Unión Europea no es considerar, como ocurrió en el caso *Centros*, que el establecimiento principal está en el segundo Estado, sino todo lo contrario. Por esta razón, si se aplicara el argumento defendido por el profesor Sánchez Lorenzo, por ejemplo en el caso *Centros*, la ley del Estado de destino como ley de origen, supondría que podría considerarse la “ley de destino” (ley de Dinamarca por ser el lugar de localización del establecimiento secundario), como “ley de origen”, y por tanto, se aplicaría el ordenamiento jurídico danés sin que fuera necesaria su justificación por el “interés general”, obligando incluso a una

³¹⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S. “El Derecho Europeo de sociedades y la sentencia *Centros*: La relevancia de la ‘sede real’ en el ámbito comunitario”. *AEDIPr.* tomo 0 (2000), pp. 152-156 y *El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario* en AA.VV, *Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 2002, vol. I, pp. 463-479.

³¹¹ STJUE de 5 de octubre de 1994 (Asunto *TV10*, C-23/93).

³¹² Apartado 21.

reconstitución de la sociedad conforme a la ley del foro, en los casos en los que el Estado que inicialmente era de “destino”, siguiera el modelo de la sede real.

2.2.2. MANTENIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA *CENTROS*

Nos ocuparemos ahora muy sintéticamente de tres sentencias dictadas entre 1999 y 2002: la sentencia *Royal Bank of Scotland Plc.* de 29 de abril de 1999 (Asunto C-311/97), la sentencia *X e Y* de 18 de noviembre de 1999 y la sentencia *Baars*, de 14 de octubre de 1999 (Asunto C-251/98). Como podremos comprobar las tres resoluciones se refieren a supuestos fácticos relativos a restricciones de la libertad de establecimiento pero en el marco del Derecho tributario.

La fiscalidad directa y el Derecho de la Unión Europea

En primer lugar en el caso *Royal Bank of Scotland Plc.* el TJUE resolvió la cuestión prejudicial planteada por un tribunal griego, en relación a la interpretación de los antiguos artículos 7 y 52 TCE, en un supuesto relativo a una discriminación fiscal, realizada a la sucursal griega de una sociedad británica denominada Royal Bank of Scotland, cuyo establecimiento principal se encontraba en el Reino Unido. En este caso, el TJUE parte del hecho de que los Estados miembros deben abstenerse de toda discriminación basada en la nacionalidad, pues a pesar de que estos tengan la competencia sobre la fiscalidad directa, la deben ejercer respetando el Derecho comunitario (apartado 19), y no aplicar un trato diferente a las sociedades establecidas en su territorio (a través de una sucursal), por el mero hecho de que el domicilio (establecimiento principal) se halle en otro Estado miembro. Por tanto, en el apartado 30 el Tribunal de Justicia concluye que una distinción que permita justificar, en el marco de la misma tributación, una diferencia de trato entre los dos grupos de sociedades y que, por otra parte, establezca una diferencia de trato en lo relativo al tipo impositivo sobre la renta, crea una discriminación en detrimento de las sociedades cuyo domicilio se encuentre en otro Estado miembro. El TJUE resolvió el recurso afirmando que los artículos 52 y 58 TCE (posteriores artículos 43 y 48 TCE y actuales artículos 49 y 54 TFUE) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro como la legislación fiscal que se cuestiona en el asunto principal, que, para las sociedades que tengan su domicilio en otro Estado miembro, y que ejerzan actividades en el primer Estado por mediación de un establecimiento permanente situado en él, excluye la posibilidad, reconocida sólo a las sociedades que tengan su domicilio en el primer Estado miembro, de ser

gravadas con un tipo impositivo inferior sobre los beneficios, puesto que no existe ninguna diferencia de situación objetiva, entre estos dos grupos de sociedades que permita justificar tal diferencia de trato.

Restricciones a la libertad de establecimiento en el ámbito tributario

El segundo caso que merece ser destacado es el resuelto en la sentencia X e Y, el cual tenía por objeto una decisión prejudicial sobre la interpretación de los antiguos artículos 43, 46, 48, 56 y 58 TCE, en el marco de un supuesto de restricciones a la libertad de establecimiento en el ámbito tributario. El TJUE parte del hecho de que en el supuesto fáctico planteado, existe desigualdad de trato y que por tanto, ello constituye una restricción de la libertad de establecimiento. En el apartado 42 el TJUE, invocando el apartado 25 de la sentencia *Centros*, afirmaba que si bien los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario (actualmente Derecho de la Unión Europea) invocadas, al apreciar este comportamiento deben tomar en consideración igualmente los objetivos perseguidos por las disposiciones comunitarias controvertidas, no siendo éste el caso en el supuesto planteado. El TJUE afirmaba que la necesidad de preservar la coherencia de un régimen tributario, la lucha contra la evasión fiscal y la eficacia de los controles fiscales constituyen razones imperiosas de "interés general", que pueden justificar normativas que puedan restringir las libertades fundamentales garantizadas por el TCE, pero que estos requisitos no se dan en el caso analizado. Acaba resolviendo la cuestión planteada relativa a los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE) en el sentido de que dichos artículos se oponen a una normativa nacional como aquella de que se trata en el procedimiento principal que, en el supuesto de la transmisión de acciones de sociedades a muy bajo precio, deniega al cedente la tributación diferida de las plusvalías realizadas sobre estas acciones cuando la transmisión se realiza a favor de una persona jurídica extranjera en la cual participa directa o indirectamente el cedente -siempre que esta participación le confiera una influencia real en las decisiones de dicha persona jurídica extranjera y le permita determinar las actividades de ésta- o a favor de una sociedad anónima sueca filial de dicha persona jurídica extranjera.

Diferencia de trato entre sujetos pasivos (de un impuesto), basada en el criterio del domicilio social de las sociedades de las que son accionistas

Finalmente, en la sentencia *Baars* el TJUE volvió de nuevo a resolver una cuestión prejudicial, cuyo objeto principal eran las restricciones a la libertad de establecimiento utilizadas por parte de los Estados miembros dentro del ámbito del Derecho tributario. En la sentencia el TJUE interpreta el artículo 43 TCE (actualmente artículo 49 TFUE), en el sentido de que un Estado miembro no puede establecer una diferencia de trato entre sujetos pasivos (de un impuesto), basada en el criterio del domicilio social de las sociedades de las que son accionistas dichos sujetos pasivos, para ello el TJUE afirmaba en los apartados 28 y 29 (haciendo referencia al apartado 16 de la sentencia *Daily Mail* y al apartado 26 de la sentencia *X e Y*), que el artículo 43 TCE (actual artículo 54 TFUE) se opone a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales, y a que un Estado miembro obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de los nacionales de los Estados miembros que residan en su territorio.

2.2.3. LA SENTENCIA *ÜBERSEERING*: CONFIRMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA *CENTROS*

Otra de las sentencias que debemos analizar con más detenimiento es la sentencia de 5 de noviembre de 2002, la cual como veremos, confirma la línea jurisprudencial seguida por la sentencia *Centros*, y abandona los argumentos utilizados en la sentencia *Daily Mail*. En esta sentencia el TJUE resuelve claramente un supuesto en el que hay una colisión entre el modelo seguido en Alemania, como máximo exponente de la teoría de la sede real, con el artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE), pues es una sentencia paradigmática en la que aquellos Estados interesados en el mantenimiento de la compatibilidad entre el TCE y este modelo normativo conflictual, se posicionan al lado de la demandada, la sociedad NCC GmbH y los defensores de la teoría de la constitución/incorporación o la incompatibilidad de aquel modelo se posicionan defendiendo los intereses de la actora, la sociedad *Überseering BV* .

Supuesto fáctico de la sentencia

El supuesto de hecho que se plantea ante el TJUE es el siguiente: En octubre de 1990, la sociedad holandesa *Überseering BV* adquirió un terreno situado en

Düsseldorf (Alemania), que utilizó con fines empresariales. El 27 de noviembre de 1992, encargó a la sociedad alemana NCC GmbH las obras de renovación de un garaje y de un motel construidos en dicho terreno. Tras la ejecución de éstas, Überseering BV alegó la existencia de vicios en la ejecución de las obras de pintura. Paralelamente, en diciembre de 1994, dos nacionales alemanes residentes en Düsseldorf adquirieron todas las participaciones sociales de Überseering BV, lo cual supuso que la sociedad seguía siendo holandesa, pero su administración se localizaba ahora en Alemania. Tras no llegar a un acuerdo con la sociedad NCC GmbH para que subsanara los vicios detectados en la ejecución de las obras, la sociedad Überseering BV (con la administración localizada en Alemania), presentó una demanda contra NCC GmbH ante el Landgericht Düsseldorf solicitando la condena por los gastos de la subsanación de los vicios alegados, así como los daños y perjuicios.

Aplicación del modelo de sede real en la argumentación jurídica del tribunal a quo

El tribunal de primera instancia, en su sentencia, desestimó la demanda, y el de segunda instancia, en apelación, la confirmó, pues argumentó que la sociedad Überseering BV era una sociedad holandesa, pero con domicilio social efectivo en Alemania, y que por tanto, no tenía capacidad jurídica y carecía de capacidad procesal. Por otro lado, y de forma paralela a este procedimiento, Überseering BV fue demandada ante otro órgano jurisdiccional alemán, el cual, estimó la demanda y la condenó, por tanto, en este caso, un tribunal sí reconoció su capacidad para ser parte en el proceso y su capacidad jurídica. Lo que hizo el tribunal alemán, en el primer supuesto, es aplicar aquella línea jurisprudencial del Tribunal Supremo alemán,³¹³ que para determinar cuál es la ley aplicable a una sociedad, sigue el modelo normativo de la sede real, por el cual, como ya hemos visto en este trabajo, la ley que rige una sociedad es la ley del Estado en cuyo territorio se localice la

³¹³ En el apartado 4 de la sentencia se afirma que: “Según reiterada jurisprudencia del Bundesgerichtshof, cuyas tesis son compartidas por la doctrina alemana mayoritaria, la capacidad jurídica de una sociedad se aprecia con arreglo al Derecho aplicable en el lugar en el que se encuentra su domicilio social efectivo (*Sitztheorie* o teoría del domicilio social), frente a la *Gründungstheorie* o teoría de la constitución, según la cual la capacidad jurídica se determina con arreglo al Derecho del Estado en el que se ha constituido la sociedad. Esta norma también se aplica cuando una sociedad ha sido válidamente constituida en otro Estado y ha trasladado posteriormente a Alemania su domicilio social efectivo”.

administración central de dicha sociedad. Debido a que la sociedad demandante se constituyó según la ley holandesa, y en ese momento, tenía su sede de administración central en Alemania, el tribunal, al no reconocerla como tal sociedad, no le reconoció capacidad jurídica, y por lo tanto, tampoco le podía reconocer capacidad procesal.

La cuestión prejudicial planteada ante el TJUE

Ante la resolución que desestimaba la demanda por falta de capacidad procesal, la sociedad Überseering BV, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo alemán (BGH o Bundesgerichtshof), el cual, vista la situación jurídica de fondo, y la jurisprudencia contradictoria del TJUE, básicamente entre la sentencia *Daily Mail* y la *Centros*, decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE con las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Deben interpretarse los artículos 43 y 48 TCE en el sentido de que es contrario a la libertad de establecimiento de las sociedades que la capacidad jurídica y la capacidad procesal de una sociedad válidamente constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro se aprecien con arreglo al Derecho del Estado al que ha trasladado su domicilio social efectivo, cuando, en virtud de ese Derecho, no puede invocar derechos derivados de un contrato ante los órganos jurisdiccionales del Estado de establecimiento?

- 2) En caso de respuesta afirmativa: ¿Exige la libertad de establecimiento de las sociedades (artículos 43 y 48 TCE) que la capacidad jurídica y la capacidad procesal se aprecien con arreglo al Derecho del Estado de constitución?

Consideraciones previas: Argumentos jurídicos utilizados para fundamentar la aplicación del modelo de la sede real

En primer lugar, debemos analizar cuáles son los argumentos jurídicos, utilizados por la jurisprudencia alemana, que fundamentan la aplicación de la teoría de la sede real o efectiva, en el supuesto de hecho planteado. Afirma el TJUE, en el apartado 13 de la sentencia, que el Bundesgerichtshof alemán "*considera preferible, en el estado actual del Derecho comunitario y del Derecho de sociedades en la Unión Europea, seguir aplicándola (esta jurisprudencia) por diversas razones*". Las razones se exponen en los apartados 14 y siguientes de la sentencia. En primer lugar, el Bundesgerichtshof estima que debería descartarse toda solución consistente en

apreciar la situación jurídica de una sociedad, mediante la aplicación de diferentes puntos de conexión, con arreglo a varios ordenamientos jurídicos, pues ello entraña inseguridad jurídica (apartado 14), y que el punto de conexión del lugar del domicilio social efectivo (sede real o efectiva) permite, a diferencia del punto de conexión del lugar de constitución, evitar que, mediante la constitución de una sociedad en el extranjero, se eludan las disposiciones del Derecho de sociedades del Estado en el que se encuentra el domicilio social efectivo, relativas a la protección de determinados intereses primordiales (de los acreedores de la sociedad, las sociedades dependientes y sus socios minoritarios en los casos de relaciones entre empresas, y por último, la protección de los trabajadores) (apartado 16). A pesar de estas argumentaciones por parte del alto Tribunal alemán, tal y como el TJUE refiere en el apartado 17, vista la jurisprudencia del TJUE, en particular las sentencias *Daily Mail* y *Centros*, éste se cuestiona si, en caso de traslado transfronterizo del domicilio social efectivo, la libertad de establecimiento garantizada por los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), no se opone a la conexión de la situación jurídica de la sociedad al Derecho del Estado miembro, en el que se encuentra su domicilio social efectivo.

La sentencia Überseering como paradigma de la colisión de los dos modelos normativos

Como acabamos de ver, la sentencia *Überseering* empieza refiriéndose a los argumentos jurídicos, utilizados por los tribunales alemanes, para justificar la aplicación de la norma de conflicto, basada en el modelo de sede real o efectiva. Por otro lado, desde sus primeras consideraciones jurídicas, esta sentencia se nos presenta como un paradigma de la colisión de los dos modelos normativos conflictuales. Se pueden analizar, a través de las alegaciones realizadas por los Estados que presentaron informes (España, Italia, Alemania, Reino Unido y los Países Bajos), las sociedades que fueron parte en el procedimiento principal seguido en Alemania, *Überseering BV* y *NCC GMBH*, y por último, la Comisión europea y el órgano de vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), los argumentos jurídicos, en defensa de cada uno de los modelos normativos imperantes en el Derecho europeo de Sociedades. Unos Estados parten del argumento de que antes de la aplicación del derecho de establecimiento, se debe reconocer la personalidad jurídica (para estos el reconocimiento de la personalidad jurídica es una cuestión previa al ejercicio del derecho de establecimiento), mientras que los otros, parten del principio de que el ejercicio de la libertad de establecimiento

lleva aparejado el reconocimiento de la sociedad, para estos el artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE) tiene alcance conflictual.

A favor de la teoría de la sede real se encontraban España, Italia, Alemania y la sociedad NCC GmbH, por otro lado, a favor de la teoría de la constitución/incorporación se encontraban Los Países Bajos, Reino Unido, la sociedad Überseering BV, la Comisión europea y el órgano de vigilancia de la AELC.

Argumentos a favor de la compatibilidad del modelo de sede real con el artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE)

Para los defensores de la teoría de la compatibilidad entre el modelo de sede real y el TCE, los argumentos fueron esencialmente la invocación del derogado artículo 293 TCE; la interpretación del artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE), en el sentido de que en él se recogen tres puntos de conexión (domicilio estatutario, administración central y centro de actividad principal), y que en base a ellos, cada Estado miembro puede aplicar sus normas de DIPr; por último, la invocación en primer lugar de la sentencia *Daily Mail*, como aplicable al supuesto fáctico planteado, y en segundo lugar, el “Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de 1961”.³¹⁴ Vamos ahora a concretar cuáles fueron los argumentos jurídicos planteados por los Estados, que defendían la compatibilidad del modelo de sede real, con el artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE).

Argumentos jurídicos del Gobierno alemán, italiano y español (apartados 30 a 35)

En primer lugar, afirmaba el Gobierno alemán (apartado 30), que cuando una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro, ejerce su derecho de establecimiento en otro Estado miembro, al transferir todas sus participaciones sociales a nacionales de dicho Estado que residen en él, la cuestión de si, en el Estado miembro de destino, el Derecho aplicable con arreglo a las normas de conflicto, permite o no que dicha sociedad siga existiendo, no estaba comprendida en las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento. Para el Gobierno italiano (apartado 31), los criterios para determinar la personalidad de

³¹⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”. *RDM*. 2003, núm. 248, pp. 668-671.

las sociedades, no estaban comprendidos en el ejercicio del derecho de establecimiento, con lo cual afirmaron los representantes de dicho Estado, que las normas relativas a la libertad de establecimiento no podían invocarse para armonizar los puntos de conexión, cuya determinación correspondía exclusivamente, en el estado actual del Derecho comunitario, a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Finalmente, para el Gobierno español (apartados 32-35), no era incompatible con el artículo 48 TCE (actual artículo 54 TFUE), exigir que una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, tuviera en él, su domicilio social efectivo, para poder ser considerada, en otro Estado miembro, como una sociedad que pudiera disfrutar, eventualmente, de la libertad de establecimiento. Asimismo afirmaba que, aunque el Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, adoptado en Bruselas el 18 de diciembre de 1961, sólo previera la aplicación del criterio de la vinculación efectiva y continua, respecto al ejercicio de la libertad de constituir un establecimiento secundario, dicho criterio, también debía aplicarse cuando se trataba del establecimiento principal, a fin de que las condiciones de vinculación exigidas para disfrutar del derecho de establecimiento, fueran homogéneas.

Argumentos jurídicos en contra de la compatibilidad del modelo de sede real con el artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE)

Con argumentos antagónicos, los defensores de la incompatibilidad del modelo de sede real o efectiva con el TCE y defensores, por tanto, de la teoría de la constitución/incorporación expusieron según se aprecia en los apartados 36 a 51, de la sentencia esencialmente los siguientes argumentos jurídicos:

En primer lugar, en el apartado 36 se deja claro que los gobiernos de Los Países Bajos y Reino Unido, Überseering BV, la Comisión y el órgano de vigilancia de la AELC “consideran que los artículos 43 CE y 48 CE, interpretados conjuntamente, se oponen a que, cuando, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, el domicilio social efectivo, de una sociedad válidamente constituida, con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, se considera trasladado al primer Estado, las normas de conflicto aplicables en éste establezcan que la capacidad jurídica y la capacidad procesal de dicha sociedad, deben determinarse conforme al Derecho del primer Estado miembro. Éste es el caso cuando, en virtud del Derecho del primer Estado miembro, no se reconoce a dicha sociedad posibilidad alguna de invocar ante los órganos jurisdiccionales, los derechos derivados de un contrato celebrado con una sociedad establecida en dicho Estado”. Para la defensa de esta tesis básicamente

afirmaban: a) que el artículo 293 TCE (en la actualidad derogado por el Tratado de Lisboa de 2007), sólo prevé que se entablen negociaciones para resolver las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales sobre reconocimiento de sociedades extranjeras “en tanto sea necesario”, pues si hubiera existido jurisprudencia en la materia en 1968, no habría sido necesario recurrir al artículo 293 TCE (Comisión, apartado 37); b) que la sentencia *Daily Mail* sólo se aplica a la relación entre el Estado miembro de constitución, y la sociedad que quiere abandonar dicho Estado, manteniendo la personalidad jurídica que le ha conferido su legislación. Dado que las sociedades son creaciones del Derecho nacional, deben seguir respetando las exigencias previstas por la legislación de su Estado de constitución, y por tanto, debe tenerse en cuenta la sentencia *Centros*, y no la sentencia *Daily Mail*.

Posicionamiento jurídico del TJUE: La incompatibilidad del modelo de sede real

Vistas las alegaciones de los defensores de cada uno de los modelos normativos, el TJUE, ya desde el principio (apartado 52), afirmaba que: “contrariamente a lo que han sostenido tanto NCC como los Gobiernos alemán, español e italiano, procede precisar que, cuando, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, el domicilio social efectivo de una sociedad válidamente constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio estatutario se considera trasladado al primer Estado miembro a raíz de la cesión de todas sus participaciones sociales a personas nacionales del primer Estado que residen en él, las normas que este primer Estado miembro aplica a dicha sociedad no están excluidas, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la libertad de establecimiento”.

Ya desde el principio de las manifestaciones hechas por el TJUE, se puede apreciar cuál va a ser el sentido de su argumentación, el cual no es otro, que invalidar los argumentos efectuados por aquellos que defendían la compatibilidad del modelo de sede real con el TCE. El Tribunal, como veremos, para demostrar que la sociedad *Überseering BV* tenía derecho a invocar la libertad de establecimiento, para oponerse a la negativa del Derecho alemán a considerarla como una persona jurídica con capacidad procesal, lo que hace es desvirtuar cada uno de los argumentos que sustentan la tesis defendida por el Gobierno español, italiano y alemán y de la sociedad *NCC GmbH*.

La libertad de establecimiento lleva implícito el reconocimiento de la sociedad por parte del Estado de destino

El TJUE se acoge a lo manifestado por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones generales³¹⁵ para desestimar, en primer lugar, los argumentos basados en el artículo 293 TCE (apartados 53-55). En segundo lugar, en el apartado 58 el TJUE, se acoge a la jurisprudencia *Centros* (y no a la *Daily Mail*), y cita los razonamientos jurídicos de los apartados 19 y 20 de dicha sentencia, afirmando en el apartado 59 que “el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse”, es decir, que tal y como afirma el profesor Garcimartín Alférez:³¹⁶ “si la cuestión previa quedase a los Derechos nacionales, sería sencillísimo obstaculizar las libertades que garantiza el TCE”, con lo cual el ejercicio de la libertad de establecimiento no puede quedar en manos de los Estados, por tanto, el reconocimiento debe ser inherente a dicha libertad.

Por otro lado, para no acogerse a la línea jurisprudencial de *Daily Mail*, el TJUE lo que hace es afirmar que son supuestos fácticos distintos, y distingue el supuesto de hecho de la sentencia *Daily Mail* del supuesto que está resolviendo, pues en el primero “se refería a las relaciones entre una sociedad y el Estado miembro conforme a cuya legislación se ha constituido, en el caso en el que la sociedad desee trasladar su domicilio social efectivo, a otro Estado miembro, manteniendo la personalidad jurídica de la que disfruta en su Estado de constitución”, mientras que en la sentencia *Überseering*, afirma el TJUE, que “versa sobre el reconocimiento por un Estado miembro, de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, cuando el primer Estado miembro niega por completo la capacidad jurídica a dicha sociedad, porque considera que ha trasladado su domicilio social efectivo a su territorio, sin que tenga pertinencia a este respecto que la sociedad

³¹⁵ En el apartado 42 de las conclusiones generales afirma que: “...el artículo 293 CE no es equiparable a una verdadera reserva de legislación, y se asemeja más bien a una admonición dirigida a los Estados miembros, para que allanen los inevitables problemas que han de surgir de la disparidad de legislaciones en materia de reconocimiento recíproco de las sociedades, de mantenimiento de su personalidad jurídica para el caso de traslado transfronterizo de sede y de fusión. Como tal admonición no puede oponerse a la virtualidad de una de las libertades fundamentales”.

³¹⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”. *RDM*. 2003, núm. 248, p. 671.

haya querido realmente trasladar su domicilio social”.³¹⁷ Como ya indicamos al referirnos a la sentencia *Daily Mail*, en este supuesto, tanto el Estado de origen (Reino Unido), como el de destino (Países Bajos), seguían el modelo normativo o teoría de la constitución/incorporación, y por lo tanto, en ningún caso se discutió, ni podría discutirse, sobre la personalidad jurídica de la sociedad constituida en el Reino Unido. En el asunto *Daily Mail*, técnicamente lo que se planteaba era un traslado o transferencia de sede social de facto o de hecho, sin cambio en la personalidad jurídica de la sociedad ni modificación de la *Lex societatis*, mientras que en el caso *Überseering*, nos encontramos ante un supuesto de cambio de ley personal por aplicación de la norma de conflicto alemana, basada en la teoría de la sede real o efectiva y cuya consecuencia comporta una falta de reconocimiento de la personalidad jurídica de dicha sociedad, lo que evidentemente colisiona con el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, para el profesor Sánchez Lorenzo:

La discusión sobre si hubo o no cambio de sede real es intrascendente, al igual que lo es, en realidad la ley aplicable. Lo único que importa, desde el punto de vista comunitario, es que un juez alemán considere a una sociedad protegida por el artículo 48 TCE, como un ente sin capacidad procesal, que no puede beneficiarse del derecho de establecimiento. Si la razón de ello estriba en una norma de conflicto que gira en torno a un determinado concepto de sede real, la consecuencia elemental es considerar que dicha norma contradice el Derecho Comunitario. Por otro lado, las restricciones que se imponían en el supuesto de *Daily Mail*, eran impuestas por el Estado de origen (Reino Unido), y las motivaciones eran fiscales, mientras que en *Überseering* las restricciones proceden del Estado de destino (Alemania), y las motivaciones son de Derecho societario conflictual.³¹⁸

La desestimación de la alegación referida al Programa general de 1961 (apartado 75)

En último lugar, el TJUE en el apartado 75, desestima la alegación referida al Programa general de 1961, invocando los razonamientos jurídicos del apartado 19 de la sentencia *Centros*, según los cuales “el artículo 58 del Tratado, equipara las personas físicas, nacionales de los Estados miembros, a 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 Comunidad”.

³¹⁷ Apartado 62.

³¹⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S. “Nota a la sentencia *Überseering*”. *REDI*. vol. LIV (2002), p. 927.

Posibles restricciones a la libertad de establecimiento

Del apartado 78 hasta el final de la sentencia el TJUE, lo que hace es analizar si ha existido o no una restricción a la libertad de establecimiento, pues en la primera parte de sus argumentaciones, lo que hace, es desvirtuar aquellas alegaciones que entienden que la sociedad *Überseering BV*, no tiene derecho a invocar la libertad de establecimiento, y que por tanto, la decisión del tribunal alemán se ajusta a derecho. Una vez fundamentado el derecho de la demandante a invocar la libertad de establecimiento, se analiza, si ha existido o no, restricción a la libertad de establecimiento por parte del tribunal alemán, al no reconocer capacidad jurídica a la sociedad *Überseering BV*. Con este objetivo, el TJUE, en el apartado 80, parte del hecho de que la sociedad tenía personalidad jurídica en los Países Bajos, pues a pesar de que todo su capital fuera adquirido por nacionales alemanes, residentes en Alemania, nunca había perdido su personalidad jurídica en el Estado de origen (Países Bajos).

Bajo nuestro punto de vista, consideramos que el TJUE con buen criterio afirma que tener que reconstituir una sociedad en otro Estado miembro, en este caso, Alemania, “equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento” (apartado 81 *in fine*), y por último, entiende el Tribunal que tampoco existe una justificación de “interés general” en la aplicación de la teoría del domicilio social (de la sede real o efectiva), porque si bien es cierto que existen razones imperiosas de “interés general”, como la protección de los intereses de los acreedores, los socios minoritarios, los trabajadores e incluso la Hacienda Pública, que puedan justificar, en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos, restricciones a la libertad de establecimiento, tales objetivos no pueden justificar que se niegue la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social estatutario, pues ello equivale a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 49 y 54 TFUE (antiguos artículos 43 y 48 TCE).³¹⁹

La parte dispositiva de la sentencia

Después de todos los argumentos aportados por el TJUE, la sentencia termina en el apartado 94, respondiendo a la primera cuestión en el sentido de que: *los artículos*

³¹⁹ Apartados 92 y 93 de la sentencia.

43 TCE y 48 TCE se oponen a que, cuando se considera, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, que una sociedad, constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario, ha trasladado su domicilio social efectivo al primer Estado, éste deniegue a dicha sociedad la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal ante sus órganos jurisdiccionales nacionales, para invocar los derechos derivados de un contrato celebrado con una sociedad establecida en dicho Estado miembro”, y en el apartado 95, afirma que: “De la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial se deriva que cuando una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro, los artículos 43 TCE y 48 TCE obligan a este último a reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución.

Atribución de carácter conflictual al artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE): incompatibilidad con el modelo de la sede real

Como hemos podido comprobar, en la sentencia *Überseering*, el TJUE se adhiere a la línea jurisprudencial de *Centros*, es decir, que de forma clara, en esta nueva sentencia, el TJUE es partidario de la incompatibilidad del modelo de la *Sitztehorie* con el artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE), y por tanto, de forma indirecta atribuye carácter conflictual a dicho artículo, siendo el único modelo compatible el de la *Gründungstheorie*. Mientras que en los apartados 21 a 24 de la sentencia *Daily Mail*, el TJUE afirmaba que el artículo 54 TFUE (antiguo artículo 48 TCE), lo que hacía era reconocer la diversidad de los Derechos nacionales, en cuanto al criterio de determinación de la *Lex societatis*, en la sentencia *Centros*, como vimos, el TJUE daba a dicho artículo alcance conflictual, pues afirmaba que el reconocimiento de una sociedad constituida en otro Estado miembro, era algo inherente a la libertad de establecimiento. Con la última sentencia analizada, el TJUE confirma este último argumento y consolida la línea jurisprudencial iniciada en 1999, con la sentencia *Centros* y además deja claro como afirma el profesor Werner F. Ebke, a raíz de la sentencia *Überseering* y posteriormente, como veremos, en la sentencia *Inspire Art*, que:

La teoría de la sede real no puede ser aplicada por los tribunales de ningún Estado miembro para determinar la personalidad jurídica de una sociedad incorporada en otro Estado miembro, pues ésta debe ser determinada por la ley del Estado de constitución de la

sociedad, y asimismo que las relaciones internas de la sociedad, también deben estar reguladas por el mismo ordenamiento jurídico.³²⁰

2.2.4. EL RECONOCIMIENTO DE LA MOVILIDAD DE LAS SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA

Debemos detenernos ahora en otra sentencia *Inspire Art*, dictada el 30 de septiembre de 2003, la cual, como podremos comprobar, consolida la línea jurisprudencial iniciada en 1999. Esta sentencia resuelve sobre una cuestión prejudicial, planteada por el Kantongerecht te Amsterdam que trae causa de un litigio, entre la Cámara de Comercio e Industria de Ámsterdam (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Ámsterdam), y la sociedad inglesa Inspire Art Ltd, relativo a las obligaciones impuestas a la sucursal de esta sociedad en los Países Bajos, de inscribirse en el Registro Mercantil de dicho Estado con la mención “sociedad formalmente extranjera”, y de utilizar esta mención en el tráfico mercantil. Dichas obligaciones venían establecidas en la Ley sobre sociedades formalmente extranjeras (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, en lo sucesivo WFBV), de 17 de diciembre de 1997 de dicho Estado.

El supuesto fáctico de la sentencia

Inspire Art Ltd. fue constituida como sociedad inglesa de responsabilidad limitada (private company limited by shares), el 28 de julio de 2000, con domicilio social en Reino Unido y con una sucursal en Ámsterdam. Su único administrador, domiciliado en La Haya (Países Bajos), estaba facultado para actuar en solitario y autónomamente en nombre de la sociedad.

Inspire Art Ltd. se encontraba inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam, sin que se mencionara que se trataba de una “sociedad formalmente extranjera”, en el sentido del artículo 1 de la WFBV, sin embargo, la Cámara de Comercio, por estimar que tal mención era obligatoria dado que Inspire Art Ltd sólo ejercía sus actividades comerciales en los Países Bajos, solicitó el 30 de octubre de 2000 al Kantongerecht te Amsterdam que ordenase completar la inscripción en el Registro Mercantil, con la mención de que dicha sociedad se trataba de una “sociedad formalmente extranjera”, con arreglo al artículo 1 de la WFBV, lo que llevaría consigo las demás

³²⁰ WERNER F. EBKE. “The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond”. *EBLR*. vol. 16, 2005, pp. 26-27, 41.

obligaciones previstas por la Ley.³²¹ Con carácter principal, Inspire Art Ltd. negó que su inscripción hubiera sido incompleta, aduciendo que no reunía los requisitos del artículo 1 de la WFBV. Con carácter subsidiario, para el supuesto de que el Kantongerecht te Amsterdam decidiera que sí reunía dichos requisitos, alegó que la WFBV era contraria al Derecho comunitario (actual Derecho de la Unión Europea), y en particular a los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE).

La cuestión prejudicial planteada ante el TJUE

Mediante resolución de 5 de febrero de 2001, finalmente el Kantongerecht te Amsterdam declaró que Inspire Art Ltd. era una “sociedad formalmente extranjera”, en el sentido del artículo 1 de la WFBV y en relación con la compatibilidad de la WFBV con el Derecho comunitario (artículos 43 y 48 TCE, actuales artículos 49 y 54 TFUE), decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Deben interpretarse los artículos 43 TCE y 48 TCE en el sentido de que prohíben que los Países Bajos, basándose en la WFBV, de 17 de diciembre de 1997, sometan a requisitos adicionales, como los contenidos en los artículos 2 a 5 de dicha Ley, la creación en los Países Bajos de un establecimiento secundario de una sociedad constituida en el Reino Unido con la única finalidad de obtener determinadas ventajas en relación con las sociedades constituidas según el Derecho de los Países Bajos, el cual impone requisitos más estrictos que el Derecho inglés en materia de constitución de la sociedad y de desembolso de las acciones, finalidad que la ley neerlandesa infiere de la circunstancia de que la sociedad ejerce sus actividades total o casi totalmente en los Países Bajos y no tiene un vínculo real con el Estado donde rige el Derecho con arreglo al cual fue constituida?

³²¹ En los apartados 22 a 33 de la sentencia, el TJUE analiza la normativa establecida en el WFBV. La “sociedad formalmente extranjera”, según el artículo 1 de la WFBV es “una sociedad de capital, con personalidad jurídica, constituida de conformidad con una legislación distinta de la neerlandesa y que desarrolle sus actividades total o casi totalmente en los Países Bajos y que, además, no tenga un vínculo real con el Estado donde rige la legislación con arreglo a la cual fue constituida”. Por otro lado, los artículos 2 a 5 de la WFBV imponen a las “sociedades formalmente extranjeras”, obligaciones relativas a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, a la indicación de esta calificación en sus documentos, al capital mínimo y a la elaboración, realización y publicación de los documentos anuales. La WFBV también establece sanciones en caso de infracción de estas disposiciones.

2) En caso de que estas disposiciones deban interpretarse en el sentido de que lo dispuesto en la WFBV es incompatible con los referidos artículos, ¿debe interpretarse el artículo 46 TCE en el sentido de que lo dispuesto en los artículos 43 TCE y 48 TCE no obsta a la aplicabilidad del régimen neerlandés de la WFBV por contener éstas disposiciones que están justificadas por las razones aducidas por el legislador neerlandés?

Consideraciones previas del TJUE sobre las cuestiones planteadas

En primer lugar el TJUE lo que hace es analizar si las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, son pertinentes para la solución del litigio (apartado 48), pues la Cámara de Comercio, el Gobierno de los Países Bajos y la Comisión europea consideraban que el órgano jurisdiccional remitente, había formulado las cuestiones prejudiciales de una manera demasiado amplia, y por ello, proponían excluir del examen por el TJUE los artículos 3 a 6 de la WFBV, en su totalidad, así como determinadas partes de los artículos 2, 4 y 5 de dicha Ley. El TJUE después de hacer referencia a distintas sentencias (apartados 42 a 47), en el apartado 51 acaba concluyendo que: *Para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional, a efectos de la jurisprudencia citada, ha de examinarse, por consiguiente, la totalidad de dichas disposiciones a la luz de la libertad de establecimiento, tal como la garantizan el Tratado CE y las directivas sobre Derecho de sociedades.*

Análisis de las medidas de publicidad establecidas en la Directiva 89/666 y en la WFBV

Después de resolver las cuestiones previas planteadas por la Cámara de Comercio, el Gobierno de los Países Bajos y la Comisión Europea, el TJUE a partir de este momento se centra en las cuestiones prejudiciales planteadas, y en este sentido lo que hace en primer lugar es partir de la Directiva 89/666 de 21 de diciembre de 1989 (11ª Directiva), relativa a las exigencias de publicidad de sucursales de sociedades de otro Estado miembro, y después de un análisis exhaustivo en los apartados 52 a 70, acaba considerando que las medidas de publicidad establecidas en la WFBV y enumeradas en el apartado 65 de la sentencia,³²² son contrarias a dicha Directiva (apartado 71).

³²² El apartado 65 establece que “Por el contrario, en la lista prevista en el artículo 2 de la Undécima Directiva no figuran las demás obligaciones en materia de publicidad impuestas por la WFBV, a saber, la indicación en el Registro Mercantil de que la sociedad es formalmente

El TJUE considera que las normas relativas al capital mínimo exigido, tanto en el momento de la inscripción como durante la vida de la “sociedad formalmente extranjera”, así como las relativas a la sanción en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la WFBV, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la 11ª Directiva analizada en los apartados anteriores, por tanto, estas disposiciones deben examinarse, según el Tribunal *a la luz de los artículos 43 TCE y 48 TCE*, con lo cual a partir del apartado 73 de la sentencia, el objeto de análisis por parte del TJUE, es considerar si en el supuesto fáctico que se analiza ha existido un obstáculo a la libertad de establecimiento, es decir, una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento. Concluye finalmente el Tribunal que las disposiciones de la WFBV relativas al capital mínimo (tanto en el momento de constitución como durante la vida de la sociedad), y la responsabilidad de los administradores sí constituyen restricciones a la libertad de establecimiento, garantizada por los artículos 49 y 54 TFUE (antiguos artículos 43 y 48 TCE.).

La segunda cuestión prejudicial: las restricciones a la libertad de establecimiento

En la parte final de la sentencia (apartados 106 y ss.), el TJUE se dedica a responder a la segunda cuestión planteada por el tribunal *a quo*. Partiendo del hecho de que realmente existe una restricción a la libertad de establecimiento, el TJUE lo que hace es analizar si hay causas que justifiquen dicha obstaculización, esto es, si hay alguna causa que pueda justificarse por alguno de los motivos enumerados en el artículo 46 TCE (actualmente artículo 52 TFUE) o, de no ser así, por una razón imperiosa de interés general. En este sentido, los motivos alegados por el Gobierno de los Países Bajos en el procedimiento ante el TJUE se basaban en la protección de los acreedores, la lucha contra el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento, y la defensa tanto de la eficacia de los controles tributarios, como de la lealtad en las transacciones comerciales.

extranjera (artículos 1 y 2, apartado 1, de la WFBV), la indicación en el registro mercantil del Estado de acogida de la fecha de la primera inscripción en el registro mercantil extranjero y de la información relativa al socio único (artículo 2, apartado 1, de la WFBV), así como el depósito obligatorio de un informe de auditoría de cuentas en el que se indique que la sociedad cumple los requisitos relativos al capital mínimo, suscrito y desembolsado, y a los fondos propios (artículo 4, apartado 3, de la WFBV). Análogamente, tampoco figura en el artículo 6 de la Undécima Directiva la mención de la calificación de ‘sociedad formalmente extranjera’ en todos los documentos procedentes de dicha sociedad (artículo 3 de la WFBV)”.

Requisitos jurisprudenciales para justificar una medida de restricción al ejercicio de las libertades fundamentales

En primer lugar, lo que hace el TJUE es partir de los requisitos jurisprudenciales que deben reunir las medidas nacionales, para justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho originario. Según la jurisprudencia del propio Tribunal, y tal y como ya hemos podido comprobar al referirnos a las sentencias *Gebhard*, *Centros*, *X e Y* y *Überseering*, estos requisitos son los siguientes:

- a) que las medidas se apliquen de manera no discriminatoria;
- b) que se encuentren justificadas por razones imperiosas de “interés general”;
- c) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen;
- d) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.³²³

En segundo lugar, el TJUE parte del hecho de que es inherente a la libertad de establecimiento, dentro de un mercado único, que un nacional de un Estado miembro, que quiere crear una sociedad, elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan menos rigurosas y abra, posteriormente, sucursales en otros Estados miembros. Argumenta también el Tribunal que el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social, y desarrolle sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal, no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento, que permita a este último Estado miembro, denegar a dicha sociedad la aplicación de las disposiciones legales de la Unión Europea, relativas al derecho de establecimiento, con lo cual una sociedad tiene derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, por medio de una sucursal, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. Por todo lo expuesto el TJUE, acaba

³²³ Apartado 133 en el cual se hace referencia a las sentencias de 31 de marzo de 1993 (Asunto *Kraus*, C-19/92), apartado 32; de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Gebhard*, C-55/94), apartado 37, y de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, C-212/97), apartado 34.

concluyendo en el apartado 142 que *ni el artículo 46 TCE, ni la protección de los acreedores, ni la lucha contra el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento, ni la defensa tanto de la lealtad en las transacciones comerciales como de la eficacia de los controles tributarios permiten justificar el obstáculo a la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado que resulta de disposiciones de una normativa nacional, como la que aquí se examina, relativas al capital mínimo y a la responsabilidad personal y solidaria de los administradores.*

Como vemos la sentencia *Inspire Art* sigue el camino iniciado por la sentencia *Centros*, y continuado, posteriormente, por la sentencia *Überseering*. En la argumentación jurídica de esta sentencia, se siguen los razonamientos de las dos sentencias anteriores, por ello, hay autores, que han considerado que la novedad de la sentencia, no radica en la argumentación utilizada por el Tribunal, sino, en el carácter de las normas, cuya aplicación ha sido declarada incompatible con la libertad de establecimiento, y por otro lado, que a partir de esta sentencia, muchas de las consecuencias jurídicas que los ordenamientos estatales asocian al no reconocimiento de una sociedad extranjera, podrán ser consideradas como incompatibles con la libertad de establecimiento. Por tanto podemos afirmar que a partir de la sentencia *Inspire Art*, se abre la puerta a la movilidad de las sociedades. Siguiendo al profesor Esteban de la Rosa,³²⁴ nos planteamos si es conveniente a partir de ahora, sustituir el proceso iniciado en 1968, con la armonización directa del Derecho de sociedades por una armonización indirecta basada en la competencia entre ordenamientos (*race to the bottom*). Afirmaba el profesor Gerald Spindler³²⁵ que: “la sentencia del tribunal ha revuelto por completo el Derecho Internacional de sociedades, y abre *de facto* la competencia entre ordenamientos jurídicos”, la cual según el autor no tendría porque llegar a darse,³²⁶ ya que las recomendaciones del “Grupo de expertos” (Informe “Winter”), y el plan de acción de la Comisión son una primera señal, de que cuando dominan formas sociales que provienen de ordenamientos jurídicos que contravienen la tradición jurídica de una gran mayoría, crece la presión política para la armonización.

³²⁴ ESTEBAN DE LA ROSA, F. “Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: La sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto C-167/01: *INSPIRE ART*)”. *RLL*. 2003, núm. 5.924, pp. 2.074-2.077.

³²⁵ SPINDLER, G. “El Derecho de sociedades después de *Inspire Art* y *Golden Shares*”. *RDS*. 2004, núm. 23, pp. 71-79.

³²⁶ En el mismo sentido, LAUTERFELD, M. “Centros and the EC Regulation”. *EBLR*. vol. 12 (2001), p. 85.

2.2.5. LA FUSIÓN INTERNACIONAL TRANSFRONTERIZA COMO MODO DE EJERCER LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Tal y como hemos podido analizar en este trabajo, al hablar de las distintas formas de ejercer la libertad de establecimiento, la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2005 (Asunto *SEVIC Systems*, C-411/03), reconoció que otra de las formas de ejercer el Derecho de establecimiento a través de las sociedades, es en operaciones societarias de fusión internacional transfronteriza. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia, estableció como modalidad particular del ejercicio de la libertad de establecimiento una fusión transfronteriza. Al haber sido analizada exhaustivamente esta sentencia en otro apartado de este trabajo, no vamos a extendernos innecesariamente.

En dicha sentencia, el Tribunal hizo suyos los argumentos del Abogado General en el punto 30 de sus conclusiones, y afirmó que *el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso que se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado, haciendo posible la participación efectiva de los operadores económicos interesados en la vida económica del referido Estado miembro, en las mismas condiciones que las aplicables a los operadores nacionales.*

Por otro lado, el TJUE afirmó que las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes y por tanto constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento.

El Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, afirmaba que una fusión como de la que se trata en el litigio principal constituye un medio eficaz de transformación de las sociedades, pues permite, mediante una sola operación, comenzar a ejercer una actividad dada sin solución de continuidad, reduciendo, por consiguiente, las complicaciones, demoras y costes resultantes de otras formas de agrupación de las sociedades, tales como los que entrañan, por ejemplo, la disolución de una sociedad con liquidación de su patrimonio y la constitución de una nueva sociedad con transmisión de los elementos del patrimonio a ésta. Por su parte el tribunal afirmaba que en la medida en que, con arreglo a las normas nacionales, el recurso a tal medio de transformación de las sociedades no es posible cuando una

de éstas tiene su domicilio social en un Estado miembro que no sea la República Federal de Alemania, el Derecho alemán establece una diferencia de trato entre sociedades según la naturaleza interna o transfronteriza de la fusión, que puede disuadirles de ejercer la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado. Por tanto concluye el Tribunal que una diferencia de trato de este tipo constituye una restricción en el sentido de los artículos 43 TCE y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE), que es contraria al derecho de establecimiento y que sólo puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general.

Finalmente el TJUE concluye que en una operación de fusión transfronteriza son de aplicación los artículos 43 y 48 TCE (actuales artículos 49 y 54 TFUE) pues la libertad de establecimiento comprende para las sociedades mencionadas, en el apartado segundo del artículo 48 TCE, la constitución y gestión de dichas sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del Estado de establecimiento (Alemania), para sus propias sociedades.

2.2.6. EL “FRAUDE” O “ABUSO DE DERECHO” COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

La sentencia *Cadbury Schweppes plc.* de fecha 12 de septiembre de 2006 ha establecido como único límite al ejercicio de la libertad de establecimiento el fraude o el abuso de derecho por parte de las sociedades. La sentencia trae causa de un litigio entre Cadbury Schweppes plc. y Cadbury Schweppes Overseas Ltd., por un lado y los Commissioners of Inland Revenue, por otro lado, relativo a la tributación de esta última sociedad sobre los beneficios obtenidos en 1996 por Cadbury Schweppes Treasury International, filial del grupo Cadbury Schweppes constituida en el seno del International Financial Services Center (Centro de Servicios Financieros Internacionales, de Dublín).

El objeto de la controversia, versaba sobre la compatibilidad entre el Derecho de la UE y una normativa nacional, como la legislación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, relativa a las “sociedades extranjeras controladas”.

Cadbury era una sociedad residente en el Reino Unido, sociedad matriz de un grupo de sociedades integrado por filiales constituidas en dicho Estado y en otros Estados miembros así como en países terceros, a la cabeza de las cuales se encontraba

CSO. El grupo comprendía dos filiales indirectas, al 100% de Cadbury, Cadbury Schweppes Treasury Services y Cadbury Schweppes Treasury International, constituida en el seno del Centro Internacional de Servicios Financieros (International Financial Services Centre) de Dublín.

La consulta efectuada por el órgano jurisdiccional estatal al TJUE era determinar si la legislación del Reino Unido, sobre las SEC, era compatible con la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales.

Los argumentos jurídicos del Abogado General

Según afirmaba el Abogado General en sus Conclusiones: *El Tribunal de Justicia ha hecho prevalecer la finalidad del derecho de establecimiento conferido por el Tratado. Así, en la sentencia Centros, antes citada, indicó que el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. El Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituirlo en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del derecho de establecimiento [...].*³²⁷ Para el Abogado General confirma este análisis una jurisprudencia reiterada, según la cual, un Estado miembro, no puede impedir que una sociedad ejerza su derecho de establecimiento en otro Estado miembro, basándose en que dicha operación, le ocasionaría una pérdida fiscal por lo que respecta a los impuestos que hubieran sido exigibles, debido a una actividad futura, si la sociedad hubiese ejercido dicha actividad, en su Estado de origen.

Según la jurisprudencia del TJUE tal y como hemos analizado, la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario en otro Estado miembro, no puede fundar una presunción general de fraude o de evasión fiscales y justificar una medida que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado.³²⁸ Dichos argumentos también fueron utilizados por parte del Tribunal para fundamentar la sentencia (Apartado 50 de la Sentencia).

³²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger (apartado 46).

³²⁸ Apartados 52-53 de las Conclusiones del Abogado General.

Por otro lado, el Abogado General afirmaba que *el concepto de establecimiento en el sentido de los artículos 43 CE y siguientes del Tratado, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica en el Estado de acogida. Si la filial ejerce efectivamente tal actividad en dicho Estado y, en este marco, proporciona a su sociedad matriz prestaciones reales y efectivas, no puede considerarse que esta situación constituya, en sí misma, un fraude o una evasión fiscal, ni siquiera cuando el pago de dichas prestaciones se traduzca en una disminución de los beneficios imponibles de la sociedad matriz en el Estado de origen. Por lo que respecta al objetivo de la libertad de establecimiento, dado que la filial ejerce una actividad económica real en el Estado de acogida, no existe diferencia entre la prestación de servicios a terceros y la prestación de esos mismos servicios a sociedades que pertenezcan al mismo grupo que la filial.*

Concluía el Abogado General afirmando que los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una SEC establecida en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional. Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad.

El fallo del TJUE

El fallo de la sentencia del TJUE no compartió el resultado de las argumentaciones del Abogado General y afirmó que los artículos 43 TCE y 48 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una SEC en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a

pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada SEC está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas.

Al respecto de la sentencia *Cadbury Schweppes plc.* los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González afirman que:

La libertad de establecimiento de sociedades en la UE sólo tiene el límite del “fraude” o “abuso de derecho” cuando se comprueba que la sociedad o sucursal establecida en otro país no existe realmente o se ha llevado a cabo un montaje en cuya virtud se le imputan actividades económicas o cifras de negocios falsas que realmente no existen. Por lo demás, las sociedades son libres de constituir filiales y sucursales en cualquier lugar de la UE y a los efectos que estimen convenientes, en que pueda exigírseles un “cambio en la ley aplicable” a tales sociedades y cualquiera que sea el lugar donde tales sociedades dispongan de su explotación principal o sede de dirección o cualquier otro dato.³²⁹

2.2.7. LA MOVILIDAD SOCIETARIA TRANSNACIONAL DENTRO DE LA UE SIN PÉRDIDA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El TJUE, a través de la sentencia *Cartesio* de fecha 16 de diciembre de 2008, respondió a una cuestión prejudicial en el sentido de que las sociedades no tienen, en virtud de la libertad de establecimiento, derecho a trasladar su sede real (el lugar donde tienen su dirección o administración efectiva), manteniendo inalterada la ley aplicable. Es decir, que una sociedad húngara (inscrita en el Registro Mercantil de Hungría y de "nacionalidad" húngara), no puede pretender modificar sus estatutos inscribiéndolos en el Registro Mercantil y haciendo constar en ellos que traslada su domicilio o sede real a Italia.

El supuesto fáctico de la sentencia

Cartesio era una sociedad comanditaria húngara que solicitó el traslado de su domicilio social a Italia pero quería conservar su “nacionalidad”. El Bács-Kiskun Megyei Biróság desestimó la petición al considerar que el Derecho húngaro no permite que una sociedad traslade su domicilio al extranjero y siga rigiéndose por el ordenamiento magiar. Apelada la decisión, el Szegedi Ítéltábla planteó cuatro

³²⁹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid, Editorial Colex, 2012, p. 419.

cuestiones prejudiciales, versando la última de ellas sobre la compatibilidad del Derecho húngaro con los arts. 43 y 48 TCE.

Los argumentos jurídicos de la sentencia

El Tribunal de Justicia se pronunció en sentido afirmativo, apartándose de las conclusiones del Abogado General y recuperando la doctrina *Daily Mail*. El TJUE recuerda en esta sentencia que las sociedades sólo existen en virtud de los ordenamientos de los Estados miembros; que éstos establecen criterios diversos para fijar la conexión entre sus sociedades y el territorio nacional; y que los artículos 43 y 48 TCE no han incidido en esos cánones, sino que equiparan el domicilio estatutario, la administración central y el establecimiento principal.

El TJUE argumenta su sentencia en la idea de que la libertad de establecimiento no se ve afectada en el caso, habida cuenta que se trataba de una cuestión nacional porque la sociedad *Cartesio* no pretendía modificar su "nacionalidad" (la ley aplicable a la persona jurídica y a sus relaciones internas) ya que pretendía mantener "su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro según cuya legislación hubiera sido constituida". El supuesto fáctico difiere del de la sentencia *Überseering* analizada anteriormente, en la que, una sociedad de Derecho holandés que había trasladado su sede real a Alemania (sin modificar la sede estatutaria) no era reconocida como persona jurídica por el Derecho alemán.

En la sentencia *Cartesio* parece que el TJUE no estaba dispuesto a afirmar definitivamente que la doctrina de la sede real es contraria al Derecho de la Unión Europea y a la libertad de establecimiento, sino sólo en la medida en que interfiera con la "movilidad" de sociedades dentro de Europa. Así, en esta sentencia, el TJUE recuerda que los ordenamientos europeos utilizan la sede real y la incorporación como criterios para determinar la ley aplicable a una sociedad y que:

... la divergencia entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere tanto al criterio de conexión exigido para las sociedades regidas por dichas legislaciones como a la posibilidad y, en su caso, al procedimiento para el traslado del domicilio, estatutario o real, de una sociedad de Derecho nacional de un Estado miembro a otro como una dificultad no resuelta por las normas sobre el Derecho de establecimiento, pero que debe serlo por medio de trabajos legislativos o convencionales, los cuales aún no han culminado (véanse, en este sentido, las

*citadas sentencias Daily Mail and General Trust, apartados 21 a 23, y Überseering, apartado 69).*³³⁰

En el apartado 109 de la sentencia el TJUE afirmaba que *con arreglo al artículo 48 TCE, 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 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 se plantea la cuestión de si tal sociedad se enfrenta a una restricción de dicha libertad en el sentido del artículo 43.*

El TJUE distingue el caso enjuiciado de los casos anteriores afirmando que los Estados tienen plenas facultades para definir el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerársela constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. Por tanto, también para decidir que se pierda la "nacionalidad" si se traslada la sede real al extranjero. Aunque el TJUE considera que existe infracción de la libertad de establecimiento si ese mismo Derecho nacional impide a la sociedad cambiar de nacionalidad.

Para el TJUE, el traslado de domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro, sin cambio del Derecho por el que se rige, debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho nacional aplicable, transformándose la sociedad en una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado miembro al que se traslada, es decir, distingue claramente un traslado de hecho de un traslado de derecho. Para el Tribunal en tal caso, la libertad de establecimiento impide justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se

³³⁰ Apartado 108 de la sentencia.

transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita.³³¹

Finalmente el TJUE responde a la cuarta de las preguntas planteadas por el Tribunal remitente (y que por el objeto del presente trabajo merece considerar), que en el estado actual del Derecho comunitario, los artículos 43 TCE y 48 TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fue constituida.

Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia ha abierto una “ingeniosa”³³² posibilidad de movilidad societaria transfronteriza vía traslado de domicilio social dentro de la UE, que antes de dicha sentencia 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” desde el punto de vista de algunos autores, y viciosa en opinión de otros,³³³ ha sido sobre todo sorprendente, dado que lo que se esperaba de ella era de que el TJUE ratificara 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.

Deberemos ver qué nos depararán las próximas sentencias del TJUE que intentarán como han estado haciendo durante todos estos años interpretar, integrar y facilitar la aplicación de la libertad de establecimiento para las personas jurídicas que necesariamente consideramos requiere de un desarrollo normativo a través de derecho derivado o a través de figuras societarias supranacionales cuyo único derecho aplicable sea el de la Unión Europea. Quizás con la aprobación de la

³³¹ Apartado 110 de la sentencia.

³³² PARLEANI, G., “L’ arrêt Cartesio, ou l’ ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés”, *Revue des sociétés*, 2009, núm. 1, p. 160 citado por RODAS PAREDES, P. N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada, Editorial Comares, 2011, p. 79.

³³³ GENER-BEUERLE, C.; SCHILLIG, M. “The mysteries of freedom of establishment after Cartesio”. *ICLQ*. vol. 59 (2010), núm. 2 (accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1340964>), p. 14.

14ª Directiva sobre traslado de sede social y la aprobación del Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, con algunas modificaciones, se pueden integrar algunos de los argumentos del TJUE en las últimas resoluciones y quizás solventar el problema existente en la actualidad en la UE relativo a la movilidad intracomunitaria de las sociedades lo cual perjudica enormemente la verdadera consecución de un mercado interior tal y como hemos podido comprobar en este trabajo.

PARTE III

Propuesta de soluciones a los problemas jurídicos detectados

1. Urgente desarrollo legislativo sobre la libertad de establecimiento

Tal y como hemos analizado al principio de este trabajo uno de los principales problemas con el que nos encontramos en la Unión Europea desde un punto de vista jurídico, son las importantes diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, en derecho societario y en muchos aspectos de Derecho Internacional Privado, lo cual limita y obstaculiza el ejercicio de la libertad de establecimiento y por tanto, la ejecución de operaciones de internacionalización dentro de la Unión Europea por parte de los operadores económicos, en particular, las sociedades mercantiles.

Tras el análisis efectuado en la primera parte de este trabajo, consideramos que los actuales artículos 49 a 55 TFUE y los anteriores artículos del TCE regulan y regulaban de forma insuficiente el ejercicio de la libertad de establecimiento, la cual se configura como pieza fundamental de la movilidad intracomunitaria para las personas jurídicas. El legislador europeo no aprovechó la ocasión para mejorar el texto o desarrollar de forma más precisa en el texto convencional dicha regulación tras la modificación llevada a cabo con el Tratado de Lisboa en diciembre de 2007. Durante años ese insuficiente marco jurídico, lo ha estado supliendo el propio texto Convencional, antes el TCE y ahora el TFUE, delegando en los propios Estados miembros la posibilidad de ejercicio de la libertad de establecimiento estableciendo que éstos deberán adecuar sus legislaciones nacionales en esta materia, para garantizar a las sociedades mercantiles organizadas bajo sus legislaciones, el llevar a cabo procesos de movilidad que amparan los artículos 49 a 55 TFUE.

El actual artículo 49 TFUE reconoce el derecho o libertad de establecimiento haciéndolo extensivo a las personas jurídicas, prohibiéndose incluso cualquier tipo de restricción a la apertura de establecimientos secundarios, es decir, agencias, sucursales o filiales, distinguiéndose, en cuanto a los sujetos con potestad para el ejercicio de este derecho, entre personas físicas, sociedades y demás personas jurídicas. Tal y como se ha visto, la libertad de establecimiento, en el caso de las sociedades, se realiza en la práctica esencialmente a través del traslado de sede a título principal (establecimiento primario), o a título secundario, y de forma más residual, a través de la participación en la constitución, y gestión de empresas ya constituidas y en fusiones internacionales intracomunitarias.

Alcanzar la plena libertad de establecimiento es la primera condición para lograr que las empresas elijan libremente la sede efectiva de ésta, sin más condicionantes que los de índole económica. Con el reconocimiento de la libertad de establecimiento, se pretende asegurar a los operadores económicos, la posibilidad de elegir dónde ejercer su actividad, tomando en cuenta los factores de producción, las infraestructuras y los demás elementos necesarios para la misma, pero sin que entren en consideración restricciones jurídicas vinculadas a su nacionalidad.

Consideramos que el problema no radica en el reconocimiento que el TFUE otorga a las personas jurídicas y en concreto a las sociedades a poder ejercer libremente dicha libertad, el problema de fondo es que el TFUE “otorga la llave” para permitir dicho ejercicio a los Estados miembros, delegando en su regulación interna los mecanismos de ejercicio de dicha libertad, lo cual, teniendo en cuenta la diversidad normativa en materia societaria y los intereses nacionales que hay en juego, crea inseguridad y problemas jurídicos que limitan dicho ejercicio. Cada Estado miembro fija las condiciones de acceso a actividades económicas, independientes en su territorio del modo que considera más pertinente. De esta forma, es evidente que existen divergencias desde un punto de vista jurídico de acceso a las actividades económicas independientes entre los Estados miembros, desde la exigencia de titulaciones oficiales para el ejercicio profesional, como requisitos específicos para el simple alquiler de un local de negocio, donde ejercer una actividad comercial. Si bien es cierto que al amparo del artículo 50 TFUE³³⁴ el legislador europeo prevé la

³³⁴ Artículo 50 (antiguo artículo 44 TCE): “1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social.

2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular:

a) ocupándose, en general, con prioridad, de las actividades en las que la libertad de establecimiento contribuya de manera especialmente útil al desarrollo de la producción y de los intercambios;

b) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales competentes a fin de conocer las situaciones particulares, dentro de la Unión, de las distintas actividades afectadas;

c) eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento;

d) velando por que los trabajadores asalariados de uno de los Estados miembros, empleados en el territorio de otro Estado miembro, puedan permanecer en dicho territorio para emprender una actividad no asalariada, cuando cumplan las condiciones que les serían exigibles si entraran en el citado Estado en el momento de querer iniciar dicha actividad;

posibilidad de intervenir a través del Parlamento Europeo y del Consejo en el desarrollo legislativo de la libertad de establecimiento, lo cierto es que dicho desarrollo se circunscribe a los aspectos que el propio artículo 50.2 TFUE establece y para una concreta actividad. Asimismo, en dicho artículo hay una limitación en cuanto al mecanismo legislativo, pues sólo se permite la aprobación de directivas a través del proceso legislativo ordinario y no a través de reglamentos. Por otro lado, esta limitación también se constata en el artículo 52 TFUE donde se establece que: “1. Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones.”

Por tanto, a pesar de los esfuerzos realizados por el legislador europeo para armonizar la legislación de los Estados miembros y facilitar, entre otros aspectos, el ejercicio de la libertad de establecimiento y por tanto la movilidad dentro del espacio de la UE, consideramos que éstos han resultado insuficientes, habida cuenta que no han resuelto los problemas jurídicos vinculados a la movilidad dentro del territorio de la Unión. Las fricciones entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho de la Unión Europea son todavía una realidad que tanto el legislador europeo como el propio TJUE han intentado ir solucionando sin que hasta ahora se haya dado una solución integral a los problemas vinculados al ejercicio de la libertad de establecimiento.

Consideramos que la solución actualmente ya no pasa por seguir legislando con directivas de armonización legislativa como se ha venido desarrollando hasta hace

e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 39;

f) aplicando la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas;

g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros;

h) asegurándose de que las condiciones para el establecimiento no resultan falseadas mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros.”

unos años, sino que se hace necesario llevar a cabo una profunda revisión y modificación legislativa que regule con precisión el alcance y el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las personas jurídicas, regulada en los actuales artículos 49 y ss. TFUE, pues tal y como se ha visto, es la base para la verdadera consecución de un verdadero mercado interior y para que exista una verdadera movilidad de acuerdo a las disposiciones de los Tratados.

Habida cuenta que el motor económico del mercado interior son las empresas y los profesionales, la falta de seguridad jurídica vinculada a los problemas de movilidad en el ámbito de las sociedades, está perjudicando la economía de la UE, pues, el aumento de la actividad internacional de dichos agentes económicos, ampliando los mercados en los que actúan incitan a un aumento de la inversión y del crecimiento económico, del cual se benefician los trabajadores, pues se crean más puestos de trabajo y también los consumidores, porque tienen mayor oferta de bienes y servicios a precios más competitivos, gracias a la reducción de costes. Por tanto, se hace necesario un desarrollo legislativo a través de un reglamento de los artículos 49 a 55 TFUE que regule con precisión todos los aspectos del ejercicio de la libertad de establecimiento, fijando la base jurídica con la previa modificación de los artículos 49 a 55 TFUE y en particular, tal y como hemos referido de los artículos 50 y 52 TFUE.

Se hace necesario regular en el marco de la UE a través de un instrumento normativo directo, como el reglamento y no a través de directivas, los aspectos que hasta ahora cada Estado miembro ha ido aplicando, a veces de forma arbitraria o contraria con la propia jurisprudencia del TJUE. Es necesario incorporar la doctrina del Alto Tribunal de la Unión Europea relativa a la libertad de establecimiento en la nueva regulación propuesta derivada de las sentencias *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* y *SEVIC Systems*. Para ello habría que modificar previamente los artículos 50 y 50.2 TFUE y permitir al legislador europeo el desarrollo de la libertad de establecimiento, no sólo en una única actividad y la coordinación de las disposiciones que regulan dicha libertad, sino de forma general a través de reglamentos y no sólo a través de directivas de armonización.

Consideramos que debe ser incorporada en la nueva regulación que proponemos la interpretación extensiva del actual artículo 49 y 54 TFUE establecida en la sentencia *Centros* en la que, tal y como hemos visto, el TJUE reconoce que el ejercicio de la libertad de establecimiento lleva implícita, en sí misma, el reconocimiento de sociedades y, reconociéndose el alcance conflictual del artículo 54 TFUE. En este

sentido, el ejercicio de la libertad de establecimiento, por parte de las sociedades descritas en dicho artículo, no puede estar condicionado por la legislación del Estado miembro de destino, ni por obstaculizaciones de ninguna clase por parte del Estado miembro de origen. Por lo tanto, siguiendo con esta doctrina, un Estado, no puede denegar a una determinada sociedad que fije su establecimiento principal o secundario (con el centro de actividades principales), en su territorio, si se ha constituido conforme al Derecho de otro Estado miembro. De esta forma, quedarán prohibidas las actuaciones llevadas a cabo por los Estados miembros (tanto del Estado de origen como del de destino), que supongan una restricción al derecho de establecimiento ejercido por las sociedades a título principal o secundario. Consecuencia de ello será que un Estado miembro no podrá denegar a una determinada sociedad que fije su establecimiento principal o secundario en su territorio, si se ha constituido conforme al Derecho de otro Estado miembro, aunque el establecimiento secundario (por ejemplo una sucursal), en realidad sea utilizado como establecimiento principal (por tener el centro de actividades económicas en el mismo).

Asimismo también consideramos que debe ser incorporada la doctrina establecida en las sentencias *Überseering*, *Inspire Art* y *SEVIC Systems*, habida cuenta que siguiendo con la doctrina de la sentencia *Centros*, en dichas sentencias se reconoce la incompatibilidad del modelo de sede real con el artículo 54 TFUE, siendo el único modelo compatible el de constitución/incorporación.³³⁵ Por otro lado, se restringe la presunción de comportamiento abusivo y fraudulento en aquellos supuestos en los que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social, y desarrolle sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal, lo cual no justifica la no aplicación de las disposiciones legales de la Unión Europea relativas a la libertad de establecimiento.³³⁶ Por tanto, una sociedad tendrá derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, por medio de una sucursal, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su

³³⁵ WERNER F. EBKE. "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: *Überseering*, *Inspire Art* and Beyond". *EBLR*, vol. 16, 2005, pp. 26-27, 41.

³³⁶ Apartado 142 de la STJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto *Inspire Art*, C-167/01): "...ni el artículo 46 TCE, ni la protección de los acreedores, ni la lucha contra el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento, ni la defensa tanto de la lealtad en las transacciones comerciales como de la eficacia de los controles tributarios permiten justificar el obstáculo a la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado que resulta de disposiciones de una normativa nacional, como la que aquí se examina, relativas al capital mínimo y a la responsabilidad personal y solidaria de los administradores."

administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

Consideramos que con un mecanismo legislativo directo como un reglamento, con la incorporación de la doctrina jurisprudencial referida, que regulara de forma integral todos los aspectos para el ejercicio de la libertad de establecimiento (sin remisiones a la legislación de los Estados miembros), sería más efectivo para la realización de dicha libertad. Ello supondría la no discriminación de sociedades extranjeras (de la Unión Europea), por parte de los Estados miembros, pues no se producirían restricciones al ejercicio de la libertad de establecimiento, amparadas en el “interés general”, o en aplicación de normas discriminatorias para las sociedades extranjeras, y que perturbaran el libre ejercicio de la libertad de establecimiento.³³⁷

La jurisprudencia del TJUE se ha encargado de matizar e incluso ampliar la restricción fundada sobre “el interés general”, siempre que la medida restrictiva que establezcan los Estados miembros sea “indistintamente aplicable”, tanto a los nacionales como a los no nacionales. Un Estado miembro podrá imponer una medida nacional, basada en la protección del “interés general”,³³⁸ siempre que ésta se produzca en un ámbito no armonizado, que no sea discriminatoria, y por último, que sea objetivamente necesaria y proporcionada al fin que persigue.³³⁹ En este sentido debería ser desarrollado ampliamente a través de un instrumento normativo como el reglamento el alcance y las limitaciones de las restricciones fundadas en el “interés general” o razones de orden público, seguridad y salud pública, incorporando además las interpretaciones derivadas de estos aspectos por parte de la jurisprudencia del Alto Tribunal de la UE.

³³⁷ De la jurisprudencia del TJUE se desprende que las normas sobre igualdad de trato, no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, o el domicilio social por lo que respecta a las sociedades, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (STJUE de 12 de febrero de 1974 (Asunto *Sotgiu*, C-152/73), STJUE de 13 de julio de 1993 (Asunto *Kraus*, C-330/91).

³³⁸ STJUE de 25 de julio de 1991 (Asunto *Comisión/Países Bajos*, C-353/89), en cuyo apartado 18 se recoge una lista de justificaciones objetivas, admitidas por el TJUE en cuanto a la libre prestación de servicios, equiparable también a la libertad de establecimiento.

³³⁹ STJUE de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Gebhard*, C-55/94), apartado 37.

2. Modificación de los reglamentos sobre la SAE y la SCE

Consideramos que se hace necesaria la modificación del reglamento relativo a la Sociedad Anónima Europea (SAE) del año 2001 y el reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) del año 2003.

Tal y como se ha visto, la aprobación de estos reglamentos en base al antiguo artículo 308 TCE (actualmente artículo 352 TFUE) que han supuesto la creación de estas entidades jurídicas supranacionales, como solución a los problemas de armonización legislativa llevados a cabo con anterioridad en materia societaria y de movilidad societaria intracomunitaria, han resultado ser insuficientes, entre otros motivos, por la constante remisión de dichos reglamentos a la legislación nacional de los Estados miembros y por tanto no han solucionado el problema de fondo, es decir, crear mecanismos adecuados que faciliten la movilidad de las sociedades y el respeto del ejercicio de la libertad de establecimiento. Resultado del fracaso de dicha solución es la poca constitución de este tipo de entidades desde la entrada en vigor de ambos reglamentos tal y como a continuación veremos.

Consideramos que la regulación material establecida en dichos reglamentos ha sido de mínimos, y al estar vinculada a la aplicación de la legislación nacional del estado en el que se encuentre el domicilio social de la entidad, supone la creación de una entidad jurídica de carácter europeo pero según la normativa material de cada Estado y por tanto, más bien supone la existencia de 28 entidades diferentes, una por cada Estado miembro, tal y como han apuntado algunos autores³⁴⁰ o incluso la propia Comisión Europea en el informe de fecha 17 de noviembre de 2010³⁴¹ que

³⁴⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "El reglamento de la SAE: una primera lectura". *GJUE*. 2002, enero-febrero, p. 9; ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea". *RDS*. 2001, núm. 16, p. 144 (...se ha creado una "marca comunitaria" con diversos "modelos de carácter nacional"); TEICHMANN, C. "La Societas Europea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo". *NUE*. 2006, núm. 252, p. 115 (...se ha convertido la SE, en última instancia, en una forma jurídica "híbrida"). En el mismo sentido EMBID IRUJO, J.M. en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.). *La sociedad Anónima Europea domiciliada en España*. Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 25; ESTEBAN VELASCO, G.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores). *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 28.

³⁴¹ Documento COM (2010) 676, "Aplicación del 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)".

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:ES:PDF>>

[Consulta: 4 mayo 2013].

seguidamente analizaremos al hablar del reglamento de la Sociedad Anónima Europea.

La remisión a la legislación de los propios Estados miembros crea un auténtico “*forum shopping*”³⁴² a la hora de constituir alguno de estos entes jurídicos y por tanto, evidencia la falta de armonización legislativa en esta materia todavía entre los Estados miembros. Es preciso que dichos instrumentos normativos regulen con precisión todos y cada uno de los aspectos societarios de la entidad jurídica que crean y para ello se hace imprescindible facilitar la creación de dichos entes jurídicos sin los condicionantes existentes actualmente para poder constituirlos. Es muy reducido el número de estas entidades constituidas hasta el día de hoy, por diversos motivos que analizaremos a continuación para cada una de ambas entidades jurídicas.

La Sociedad Anónima Europea

En el caso de la Sociedad Anónima Europea, un aspecto a tener en cuenta y que habíamos apuntado anteriormente en este trabajo, es el referido a la remisión constante del reglamento a las legislaciones nacionales. En relación a ello, y de forma genérica, el artículo 9 del reglamento establece que las SAE se registrarán en primer lugar por lo dispuesto en el propio reglamento. En segundo lugar, cuando éste lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la sociedad y finalmente, respecto de las materias no reguladas por el reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por éste: a) por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las Sociedades Anónimas

³⁴² Según el número 57 del Boletín Terminológico y Normativo de 3 de abril de 2003 publicado por el Parlamento Europeo, el término “*supervision Shopping*” y otras construcciones similares se forman a partir de “*forum shopping*”. En un manual electrónico de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá de Henares del profesor José María Espinar Vicente, se encuentra el concepto “búsqueda de un foro de conveniencia” como equivalente de *forum shopping*. Se trata de una fuente especialmente sólida porque la expresión se recoge de un auto de la Sala primera del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000. “*Búsqueda de un foro de conveniencia*” no figura en el texto como traducción directa, propuesta por el autor, de *forum shopping*, pero se infiere con facilidad que la expresión en español reproduce el concepto del término inglés. El autor y el Tribunal Supremo hablan de “búsqueda/busca fraudulenta de un foro de conveniencia”.

<http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/celter/bol57.htm>

[Consulta: 4 febrero 2014].

Europeas; b) 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 Sociedad Anónima Europea tenga su domicilio social y c) por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Anónima Europea tenga su domicilio social.

Esta remisión genérica establecida en el artículo 9, se hace casi constante a lo largo de todo el reglamento. En particular, analizado el mismo con detenimiento, se puede comprobar cómo en los siguientes artículos existe una remisión expresa a la regulación del Estado miembro en el que se encuentre el domicilio social de la SAE o permite que dicho Estado pueda regular como lo considere adecuado el aspecto concreto al que remite el reglamento:

En el Título I que regula las Disposiciones Generales: Artículos 5, 7, 8.2, 8.5, 8.7 *in fine*, 8.14, 9.3 y 12 *in fine*.³⁴³

³⁴³ Artículo 5: “Salvo lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 4, el capital de la SE, su mantenimiento y sus modificaciones, así como sus acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, estarán regulados por las disposiciones que se aplicarían a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la SE.”

Artículo 7: “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.”

Artículo 8.2: “El órgano de dirección o de administración deberá elaborar un proyecto de traslado, que se dará a conocer conforme a lo dispuesto en el artículo 13, sin perjuicio de otras formas de publicidad previstas por el Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social. Este proyecto mencionará la denominación social, el domicilio social y el número actuales de la SE e incluirá:

- a) el domicilio social propuesto para la SE;
- b) los estatutos propuestos para la SE, incluida, en su caso, la nueva denominación social;
- c) cualquier repercusión que pueda tener el traslado en la implicación de los trabajadores en la SE;
- d) las fechas propuestas para el traslado;
- e) todo tipo de derechos previstos para la protección de accionistas y/o acreedores.”

Artículo 8.5: “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.”

Artículo 8.7: “Antes de que la autoridad competente expida el certificado a que se refiere el apartado 8, la SE deberá demostrar que, por lo que respecta a cualquier obligación contraída con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, los intereses de acreedores y titulares de otros derechos en relación con la SE (incluidos los de organismos públicos) han quedado

En el Título II que regula la constitución de la SAE: Artículos 15.1, 18, 19, 24, 25.1, 25.3, 29.3, 29.4, 32.4, 33.3, 34, 36, 37.5, 37.8 y 37.9.³⁴⁴

debidamente protegidos de conformidad con lo estipulado por el Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social antes del traslado. Los Estados miembros podrán hacer extensiva la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero a las obligaciones que hubiesen nacido (o que hubiesen podido nacer) antes del traslado. 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.”

Artículo 8.14: *“La legislación de un Estado miembro podrá establecer, en lo que respecta a las SE registradas en su territorio, que un traslado de domicilio que suponga un cambio de la legislación aplicable no surtirá efecto si, en el plazo de dos meses contemplado en el apartado 6, la autoridad competente de dicho Estado miembro se opusiere a ello. Sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público. Cuando una SE sea supervisada por una autoridad nacional financiera de control con arreglo a directivas comunitarias, el derecho de oponerse al cambio de domicilio se aplicará asimismo a dicha autoridad. Podrá recurrirse contra dicha oposición ante la autoridad judicial competente.”*

Artículo 9.3: *“Si el carácter de la actividad que desarrolle una SE estuviere regulado por disposiciones específicas de leyes nacionales, dichas leyes serán plenamente aplicables a la SE.”*

Artículo 12 *in fine*: *“En ese caso, los Estados miembros podrán disponer que el órgano de dirección o el órgano de administración de la SE esté facultado para modificar los estatutos sin nuevo acuerdo de la junta general de accionistas.”*

³⁴⁴ Artículo 15.1: *“Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social.”*

Artículo 18: *“Para las materias no reguladas en la presente sección o, cuando una materia lo esté parcialmente, para los aspectos no cubiertos por ella, toda sociedad que participe en la constitución de una SE por medio de fusión estará sometida a las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que dependa que sean aplicables a las fusiones de sociedades anónimas de conformidad con la Directiva 78/855/CEE.”*

Artículo 19: *“En la legislación de los Estados miembros se podrá establecer que una sociedad sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate no podrá participar en la constitución de una SE por medio de fusión en caso de que una autoridad competente de dicho Estado miembro se oponga a ello antes de la expedición del certificado a que se refiere el apartado 2 del artículo 25. Sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público. Podrá recurrirse contra dicha oposición por vía judicial.”*

Artículo 24.1: *“El ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté registrada cada una de las sociedades que se fusionen se aplicará, como en los casos de fusión de sociedades anónimas, habida cuenta del carácter transfronterizo de la fusión, en lo que se refiere a la protección de los intereses de:*

- a) los acreedores de las sociedades que se fusionen;*
- b) los obligacionistas de las sociedades que se fusionen;*
- c) los tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionen.”*

Artículo 24.2: “Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión.”

Artículo 25.1: “Para la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad que se fusione, el control de la legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio.”

Artículo 25.3: “Cuando el ordenamiento jurídico del Estado miembro al que esté sujeta una sociedad que se fusione establezca un procedimiento para controlar y modificar la relación de canje de las acciones o un procedimiento para compensar a los accionistas minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión, tales procedimientos sólo se aplicarán cuando las demás sociedades participantes en la fusión, situadas en Estados miembros que no prevean tales procedimientos, acepten explícitamente, al aprobar el proyecto de fusión de conformidad con el apartado 1 del artículo 23, la posibilidad de que los accionistas de dicha empresa que se fusiona recurran a tal procedimiento. En esos casos, el tribunal, notario u otra autoridad competente del Estado miembro del futuro domicilio de la SE podrá expedir el certificado a que se refiere el apartado 2, aun cuando ya haya dado comienzo un procedimiento de este tipo. No obstante, en el certificado se indicará que está en curso el procedimiento. La decisión a que se llegue en el procedimiento será vinculante para la empresa absorbente y para todos sus accionistas.”

Artículo 29.3: “Cuando la legislación de un Estado miembro imponga en la fusión de sociedades anónimas trámites especiales para que la transmisión de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados bien por las sociedades que se fusionen, bien por la SE a partir del día en que tenga lugar su inscripción.”

Artículo 29.4: “Los derechos y obligaciones de las sociedades participantes en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha del registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SE en el momento de su registro.”

Artículo 32.4: “Uno o más peritos independientes de las sociedades que promuevan la operación, designados o autorizados por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa cada sociedad con arreglo a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva 78/855/CEE, examinarán el proyecto de constitución establecido de conformidad con el apartado 2 y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas de cada una de las sociedades. Previo acuerdo de las sociedades que promuevan la operación, uno o más peritos independientes, designados o autorizados por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del domicilio de las sociedades que promuevan la operación o la futura SE con arreglo a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva 78/855/CEE, podrán elaborar un informe escrito para los accionistas del conjunto de las sociedades.”

Artículo 33.3: “Si, de conformidad con el apartado 2, se cumplen todas las condiciones para la constitución de la SE, ello será objeto de publicación por parte de cada una de las sociedades promotoras, con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional del domicilio de cada sociedad que se hayan adoptado de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE.”

En el Título III que regula la estructura de la SAE: Artículos 39, 40.3, 43.1, 43.2, 43.4, 47, 48, 49, 50.3, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59.1 y 59.2.³⁴⁵

Artículo 34: “Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades promotoras de la operación, disposiciones destinadas a garantizar la protección de los accionistas minoritarios que se opongan a la operación, de los acreedores y de los trabajadores.”

Artículo 36: “Serán aplicables a las sociedades, empresas u otras entidades jurídicas que participen en la operación las disposiciones de Derecho nacional que regulen su participación en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima.”

Artículo 37.5: “El proyecto de transformación se hará público según las modalidades previstas en la legislación de cada uno de los Estados miembros, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, al menos un mes antes del día en que la junta general deba pronunciarse sobre la transformación.”

Artículo 37.8: “Los Estados miembros podrán condicionar la transformación a una votación favorable, por mayoría cualificada o por unanimidad, celebrada en el órgano de la sociedad que debe transformarse en el que esté organizada la participación de los trabajadores.”

Artículo 37.9: “Los derechos y obligaciones de la sociedad que vaya a transformarse en SE en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes el día de la inscripción, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SE.”

³⁴⁵ Artículo 39: “1. El órgano de dirección será responsable de la gestión de la SE. Todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio. 2. El miembro o los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control. No obstante, un Estado miembro podrá establecer o permitir que los estatutos puedan disponer que el miembro o los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la junta general en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio. 3. No podrá ejercerse simultáneamente la función de miembro del órgano de dirección y del órgano de control de la misma SE. No obstante, el órgano de vigilancia podrá, en caso de vacante, designar a uno de sus miembros para ejercer las funciones de miembro del órgano de dirección. Durante este período, las funciones del interesado en calidad de miembro del órgano de control quedarán en suspenso. Los Estados miembros podrán establecer una limitación temporal de este período. 4. Los estatutos de la SE fijarán el número de miembros del órgano de dirección o las normas para su determinación. No obstante, los Estados miembros podrán establecer un número mínimo, máximo o ambos. 5. Cuando en un Estado miembro no esté previsto el sistema dual con relación a las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio, dicho Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas en relación con la SE.”

Artículo 40.3: “Los estatutos determinarán el número de miembros del órgano de control o las normas para su determinación. No obstante, los Estados miembros podrán fijar el número de miembros del órgano de control para las SE que se estén registradas en su territorio, o un número mínimo, máximo, o ambos.”

Artículo 43.1: “El órgano de administración asumirá la gestión de la SE. Todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros

delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio.”

Artículo 43.2: “Los estatutos de la SE fijarán el número de miembros del órgano de administración o las normas para su determinación. No obstante, cada Estado miembro podrá fijar un número mínimo y, en su caso, un número máximo de miembros.”

Artículo 43.4: “Cuando no se establezca ninguna disposición sobre un sistema monista en relación con sociedades anónimas que tengan su domicilio social dentro del territorio de un Estado miembro, dicho Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas en relación con las SE.”

Artículo 47: “1. Los estatutos de la SE podrán estipular que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario.

La sociedad u otra entidad jurídica deberá designar a un representante, persona física, para el ejercicio de los poderes en el órgano de que se trate. 2. No podrán ser miembros de un órgano determinado de la SE, ni representantes de un miembro tal como se definen en el apartado 1, las personas que:

a) de acuerdo con la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE, no puedan formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro,

b) no puedan formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro en virtud de resolución judicial o administrativa dictada en un Estado miembro. 3. De conformidad con la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE con respecto a las sociedades anónimas, los estatutos de la SE podrán fijar condiciones particulares para ser elegido miembro en representación de los accionistas. 4. El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones nacionales que concedan a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades el derecho de nombrar a una parte de los miembros de los órganos.”

Artículo 48: “1. Los estatutos de la SE enumerarán las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista. No obstante, los Estados miembros podrán disponer que, en el sistema dual, el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones. 2. Los Estados miembros podrán determinar las categorías de operaciones que deban como mínimo figurar en los estatutos de las SE que estén registradas en su territorio.”

Artículo 49: “Los miembros de los órganos de una SE estarán obligados a no divulgar, incluso después del cese en sus funciones, las informaciones de que dispongan sobre la SE cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para los intereses de la sociedad, con excepción de los supuestos en que dicha divulgación sea exigida o esté permitida por las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las sociedades anónimas, o por causa de interés público.”

Artículo 50.3: “Cuando la participación de los trabajadores esté organizada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/86/CE, los Estados miembros podrán disponer que el quórum y la toma de decisiones del órgano de control queden sujetos, no obstante lo dispuesto en los

apartados 1 y 2, a las normas aplicables, en las mismas condiciones, a las sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate.”

Artículo 51: “Los miembros del órgano de dirección, de control o de administración responderán, según las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas, del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones.”

Artículo 52: “La junta general decidirá en aquellos asuntos respecto a los cuales le confieren competencias específicas:

a) el presente Reglamento;

b) las disposiciones de la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social la SE, adoptadas en aplicación de la Directiva 2001/86/CE. La junta general decidirá asimismo en aquellos asuntos respecto de los cuales se confiera competencia a la junta general de una sociedad anónima a la que se aplique el Derecho del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la SE, ya sea en virtud de la legislación de dicho Estado miembro, ya sea con arreglo a estatutos conformes a ésta.”

Artículo 53: “Sin perjuicio de las normas previstas en la presente sección, la organización y desarrollo de la junta general, así como sus procedimientos de votación, se regirán por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE.”

Artículo 54: “1. La junta general se reunirá al menos una vez cada año civil, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, excepto en el caso de que la legislación del Estado miembro del domicilio social aplicable a las sociedades anónimas que ejerzan el mismo tipo de actividad que la SE establezca una frecuencia mayor. No obstante, los Estados miembros podrán disponer que la primera junta general pueda reunirse dentro de los dieciocho meses siguientes a la constitución de la SE. 2. La junta general podrá ser convocada en todo momento por el órgano de dirección, el órgano de administración, el órgano de control, o cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE.

Artículo 55: “1. La convocatoria de la junta general y la fijación del orden del día podrán ser solicitadas por uno o más accionistas que dispongan, en conjunto, de acciones que representen como mínimo el 10 % del capital suscrito. Los estatutos o la legislación nacional podrán fijar un porcentaje inferior en las mismas condiciones aplicables a las sociedades anónimas. 2. La solicitud de convocatoria deberá precisar los puntos que deban figurar en el orden del día. 3. Si, formulada la solicitud con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1, la junta general no se reuniera a su debido tiempo y, en cualquier caso dentro de un plazo máximo de dos meses, la autoridad judicial o administrativa competente del domicilio social de la SE podrá ordenar la convocatoria dentro de un plazo determinado o conceder autorización para convocarla a los accionistas que hayan formulado la solicitud o a un mandatario de éstos, sin perjuicio de las disposiciones nacionales que puedan establecer la posibilidad de que los propios accionistas convoquen la junta general.”

Artículo 56: “Uno o más accionistas que posean, en conjunto, como mínimo el 10 % del capital suscrito de una SE podrán solicitar la inclusión de uno o más nuevos puntos en el orden del día de una junta general. Los procedimientos y plazos aplicables a dicha solicitud se fijarán con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro del domicilio social de la SE o, en su defecto, con

En el Título IV que regula las Cuentas Anuales y Cuentas Consolidadas: Artículos 61 y 62.³⁴⁶

En el Título V que regula la disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos: Artículos 63, 64.2, 64.3, 65, 66.1 y 66.6.³⁴⁷

arreglo a los estatutos de la SE. La legislación del Estado miembro del domicilio social o los estatutos de la SE podrán determinar un porcentaje inferior al anteriormente indicado, en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas.”

Artículo 57: “Los acuerdos de la junta general se tomarán por mayoría de votos válidos emitidos, salvo que el presente Reglamento o, en su defecto, la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE requieran una mayoría más amplia.”

Artículo 59.1: “La modificación de los estatutos requerirá un acuerdo de la junta general adoptado por una mayoría que no podrá ser inferior a dos tercios de los votos emitidos, salvo que la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE prevea o permita una mayoría más amplia. 2. No obstante, un Estado miembro podrá disponer que, cuando esté representada la mitad por lo menos del capital suscrito, sea suficiente la mayoría simple de los votos indicados en el apartado 1.”

³⁴⁶ *Artículo 61: “Salvo lo dispuesto en el artículo 62, en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de dichas cuentas, la SE se regirá por las normas aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social.”*

Artículo 62: “1. Las SE que sean entidades de crédito o entidades financieras se regirán, en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de dichas cuentas, por las normas establecidas en el Derecho nacional del Estado miembro en que tengan su domicilio social, en aplicación de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. 2. Las SE que sean compañías de seguros se regirán, en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de dichas cuentas, por las normas establecidas en el Derecho nacional del Estado miembro en que tengan su domicilio social, en aplicación de la Directiva 91/674/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros.”

³⁴⁷ *Artículo 63: “En lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, la SE estará sometida a las disposiciones legales aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la SE, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la junta general.”*

Artículo 64.2: “El Estado miembro del domicilio social adoptará las medidas necesarias para garantizar que se proceda a liquidar aquellas SE que no regularicen su situación de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.”

Por tanto, como puede comprobarse, de los 70 artículos que componen el reglamento, más de la mitad de éstos, en este caso 37, se ven afectados por la remisión legislativa que hace el reglamento de forma expresa a la legislación del Estado miembro, donde se encuentre domiciliada la SAE, o le da la opción a dicho Estado, para poder regular sobre la materia concreta a que se refiere.

Para poder hacer una valoración de la aplicación del reglamento en estos años, se hace necesario analizar, cuál ha sido la valoración que las propias instituciones europeas han realizado de la aplicación del mismo. En este sentido, siguiendo el mandato establecido en el artículo 69 del propio reglamento,³⁴⁸ la Comisión Europea

Artículo 64.3: *“El Estado miembro del domicilio social de la SE establecerá la posibilidad de recurso jurisdiccional contra cualquier acto de infracción del artículo 7. Dicho recurso tendrá un efecto suspensivo sobre los procedimientos previstos en los apartados 1 y 2.”*

Artículo 65: *“La apertura de un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia o suspensión de pagos, así como el cierre del mismo y la decisión de continuación de la actividad, se publicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 13, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional que impongan medidas adicionales de publicidad.”*

Artículo 66.1: *“La SE podrá transformarse en sociedad anónima sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de su domicilio social. La decisión relativa a la transformación no podrá adoptarse antes de que hayan transcurrido dos años desde su inscripción en el registro ni antes de que hayan sido aprobadas las dos primeras cuentas anuales.”*

Artículo 66.6: *“La junta general de la SE aprobará el proyecto de transformación, así como los estatutos de la sociedad anónima. La decisión de la junta general deberá tomarse con arreglo a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales conformes al artículo 7 de la Directiva 78/855/CEE.”*

³⁴⁸ Artículo 69: *“A más tardar cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento, junto con propuestas de modificación, si procede. En particular, el informe analizará la conveniencia de:*

- a) permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados miembros;*
- b) ampliar el concepto de fusión contemplado en el apartado 2 del artículo 17 para incluir también otros tipos de fusión distintos de los que se definen en el apartado 1 del artículo 3 y el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 78/855/CEE;*
- c) revisar la cláusula relativa a la competencia a que se refiere el apartado 16 del artículo 8, a la vista de las disposiciones que hayan podido insertarse en el Convenio de Bruselas de 1968 o en textos adoptados por los Estados miembros o por el Consejo para sustituir a dicho Convenio;*
- d) permitir disposiciones en los estatutos de la SE adoptadas por un Estado miembro en ejecución de las autorizaciones conferidas a los Estados miembros por el presente Reglamento o leyes adoptadas para velar por la efectiva aplicación del mismo respecto de la SE, que se aparten de*

presentó el día 17 de noviembre de 2010 el informe sobre la aplicación del reglamento 2157/2001 ante el Parlamento Europeo y el Consejo para evaluar la aplicación de dicho reglamento y en su caso proponer modificaciones al mismo.³⁴⁹ A pesar de que el informe intenta justificar el éxito de la aplicación del reglamento desde su entrada en vigor en el año 2004 hasta la fecha del informe, lo cierto es que en los 6 años de vigencia analizados por la Comisión, se habían creado poco más de 500 SAE en toda Europa, de las cuales el 70 % en la República Checa y Alemania. La mayor parte de las sociedades constituidas, tal y como refiere el informe de la Comisión eran “durmientes”, es decir, constituidas para posteriormente ser vendidas a empresas con la finalidad de ahorrar tiempo y dinero y evitar procedimientos de constitución complejos e inciertos, pues las SAE “durmientes” posibilitan la creación de una sociedad anónima europea, sin necesidad de cumplir rigurosos requisitos transfronterizos, o de celebrar negociaciones sobre la participación de los trabajadores (requisitos que exige el proceso de constitución de la SAE).³⁵⁰ En el informe también se hace mención a la gravosas condiciones para llevar a cabo la constitución y los costes de establecimiento, la lentitud y complejidad de los procedimientos y la inseguridad jurídica del proceso de constitución como algunos de los obstáculos más importantes que disuaden a las empresas de crear una SAE y que ha motivado el fracaso de la aplicación del reglamento.³⁵¹

En el informe, se califica como de incentivo esencial el hecho de poder trasladar el domicilio social a otro Estado miembro, así como una ventaja comparativa real de las SAE, frente a las empresas nacionales.³⁵² Si bien es cierto que la posibilidad de traslado de la sociedad sin cambio de ley aplicable (por ser el marco jurídico de aplicación el propio reglamento), solventa *a priori* los problemas de movilidad societaria, lo cierto es que, en realidad, al haber un punto de conexión como el del domicilio social para la aplicación de la ley nacional, y una constante remisión a dicha legislación, al final, en realidad sí que existe un cambio de ley aplicable, pues

dichas leyes o las complementen, aun en los casos en que tales disposiciones no se autorizarían en los estatutos de una sociedad anónima con domicilio social en el Estado miembro.”

³⁴⁹ Documento COM (2010) 676 final, “Aplicación del 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)”.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:ES:PDF>

[Consulta: 4 mayo 2013].

³⁵⁰ Páginas 9-10 del informe.

³⁵¹ Página 7 del informe.

³⁵² Página 4 del informe.

se aplicará la legislación del nuevo Estado en aquellas materias en las que el reglamento remite a dicha legislación y que como hemos analizado son muchas (disposiciones generales, constitución, estructura, disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y cuentas anuales) a excepción de las disposiciones complementarias transitorias y finales.

La propia Comisión al respecto de la remisión a la legislación nacional afirmaba que: *La experiencia adquirida con el Reglamento SE a lo largo de seis años ha puesto de manifiesto que la aplicación del Estatuto de la SE plantea en la práctica una serie de problemas. El Estatuto no establece para estas sociedades una forma jurídica uniforme en toda la Unión Europea, sino, antes bien, 27 tipos diferentes de SE. Contiene también numerosas remisiones a los ordenamientos jurídicos nacionales, y hay incertidumbre sobre el efecto jurídico de la normativa directamente aplicable y su relación con la legislación nacional.*

Por otro lado, en el propio informe de la Comisión, al hacer referencia a algunas de las respuestas recibidas en la consulta pública realizada, en las que se basó el informe, se mencionaban una serie de problemas prácticos, derivados de las diferencias que presenta la regulación nacional, del proceso de traslado del domicilio social de las SAE, así como, de la complejidad, o la falta de claridad de las normas que rigen la organización interna de esas sociedades. En el informe, se afirmaba que los participantes en la conferencia, sugirieron que el Estatuto de SAE debía ofrecer a los fundadores y a los accionistas, más flexibilidad en esa materia, incluso aunque no exista tal flexibilidad para las empresas nacionales del Estado miembro donde esté registrada la SAE. Ello reduciría además el número de remisiones a las legislaciones nacionales. Sin embargo, la Comisión afirmaba que: *dado que, de procederse así, las SAE entrarían en competencia directa con las formas jurídicas nacionales, se expresan dudas sobre las posibilidades reales de avanzar políticamente en esta cuestión.* Lo cierto es que tan sólo 49 SAE a fecha 25 de junio de 2010 habían realizado un traslado de sede social.³⁵³ Por tanto, podemos afirmar que en realidad la regulación establecida en el artículo 8 del reglamento junto a la constante remisión a la legislación nacional, hace el proceso de traslado de domicilio una operación compleja y que conlleva mucha inseguridad jurídica para los operadores empresariales. Consideramos un error la valoración realizada por la Comisión en relación a la posible competencia que la SAE pudiera realizar sobre las formas jurídicas societarias de ámbito nacional, pues ello muestra el fracaso de la

³⁵³ Página 4 del informe.

aplicación del reglamento y más al afirmar que ve difícil avanzar políticamente en dicho aspecto.

Por otro lado, algunas de las críticas realizadas al reglamento, han sido la dificultad de aplicar el principio de la sede real, que establece el reglamento, habida cuenta de la dificultad de determinar la localización de la sede central de una empresa internacional, o el lugar donde se toman sus decisiones estratégicas. Tal y como afirma la Comisión en su informe, el principio según el cual el Derecho de sociedades aplicable viene determinado por la legislación del país donde se encuentre el domicilio social de la SAE, resulta simple y fácil de aplicar. A pesar de ello, consideramos, al igual que afirmaba también la Comisión, que la posibilidad de separar el domicilio social y la sede central de las SAE, podría convertirse en un instrumento atractivo para simplificar la estructura de los grupos de empresas y contribuir a una mayor coincidencia de sus unidades económicas y jurídicas en la UE³⁵⁴. Por tanto, no partir del principio de sede real en el reglamento e intentar buscar un punto intermedio, incluyendo el concepto de sede central como lugar de toma de decisiones y, desvincularlo del domicilio social, le daría una vertiente más internacional y se haría más atractiva la forma jurídica de la SAE para algunas empresas.

Finalmente, también se ha criticado el elevado coste económico que conlleva la constitución de una SAE. Se refiere la Comisión en su informe, a modo de ejemplo, a los casos de las sociedades anónimas europeas Allianz y BASF, cuyos costes de reestructuración para convertirse en SAE se elevaron a 95 millones y a 5 millones de euros, respectivamente.³⁵⁵

La inclusión de otras formas de llevar a cabo la constitución de una SAE, como por ejemplo la constitución *ex novo* y por tanto, que la constitución no implicara un proceso de fusión, la creación de una SAE Holding, la constitución de filiales o la transformación de una SA en una SAE (únicas formas según el reglamento para constituir una SAE) también sería un incentivo para operadores económicos que pretenden la creación desde el inicio de una SAE y se evitaría el alto número de sociedades “durmientes” constituidas con el único fin de ser vendidas a empresarios que pretenden evitar el inicio de dichos procesos costosos, largos y complejos. Además, el coste de constitución se vería reducido notablemente, habida cuenta que

³⁵⁴ Páginas 8 a 9 del informe.

³⁵⁵ Página 5 del informe.

las formas de constitución actuales implican operaciones societarias complejas y muy gravosas desde le punto de vista económico.

Para que realmente los agentes económicos, en este caso las empresas, utilicen este tipo de instrumentos normativos para llevar a cabo su actividad económica y por tanto también, procesos de internacionalización, se hace necesario, o bien llevar a cabo un proceso de armonización en profundidad en materia societaria, en todos los Estados miembros, para que las remisiones que realiza el reglamento de la SAE no supongan la existencia de 28 SAE diferentes, lo cual es muy complejo, y a día de hoy, improbable, o modificar en este caso el Reglamento sobre la SAE, incluyendo una regulación global sin remisiones a legislaciones estatales, en aspectos de Derecho societario, Derecho fiscal, Derecho de competencia, Derecho sobre propiedad intelectual y Derecho concursal e insolvencia, así como en los procesos de disolución y liquidación, y buscar aquellos mecanismos o incentivos de tipo fiscal o de coste laboral que hagan más atractiva la constitución de estos entes jurídicos. Lógicamente también se hace necesario modificar y simplificar el proceso de traslado de domicilio social regulado en el artículo 8 e impedir que ese traslado implique una cambio de legislación societaria, en este caso, la ley del Estado de destino. Asimismo, debe establecerse un mecanismo más adecuado de protección a socios, acreedores y trabajadores que fije la aplicación imperativa de la ley del estado de origen y en aquellos aspectos más favorables para estos, pueda ser aplicada la ley del Estado de destino.

Por otro lado, deberían simplificarse los obstáculos y gravámenes inherentes a la constitución de una SAE, pues éste, junto a los referidos aspectos, es uno de los factores que ha conllevado al actual fracaso de la aplicación del reglamento.

Por todo ello, consideramos que la inclusión de las modificaciones referidas junto a elementos de persuasión o incentivo para las empresas, conllevaría a la utilización de la forma jurídica de SAE para algunas sociedades o empresarios que se plantean el inicio de una actividad económica de ámbito multinacional en territorio europeo y por otro lado, también supondría un único marco jurídico de referencia en estas concretas materias entre los Estados miembros, lo cual, en cualquier caso, siempre sería más fácil de alcanzar que una armonización integral del derecho societario.

Finalmente, no debemos pasar por alto, el hecho de que haría falta también una inversión importante por parte de la UE para dar a conocer entre los sectores empresariales, o los ciudadanos en general, la existencia y ventajas de esta forma

societaria, pues habida cuenta de los resultados después de 10 años desde la entrada en vigor del texto legislativo, la conclusión a la que podemos llegar es que ha sido un fracaso la implantación de dicha forma jurídica societaria. En este sentido también afirmaba la Comisión en su informe de valoración que: *“De acuerdo con la información recabada, el insuficiente conocimiento de las SE que tiene la comunidad empresarial dentro y fuera de la UE representa el problema más importante para el funcionamiento de esas sociedades. Es frecuente que, al anunciarse en una empresa la adopción de esa forma jurídica, la dirección tenga que invertir tiempo y dinero en explicar la naturaleza de las SE a todos los que se relacionan con la empresa (clientes, proveedores, bancos, etc.), y a los empleados”*.³⁵⁶

A pesar de que la Comisión en su informe³⁵⁷ afirmaba que en el año 2012 se presentarían las propuestas surgidas del periodo de reflexión iniciado a partir de dicho informe, lo cierto es que a día de hoy todavía no se han presentado dichas propuestas, lo cual, desde nuestro punto de vista es un error, teniendo en cuenta que la implantación de la SAE en la UE ha sido un fracaso y que el reglamento requiere de profundas modificaciones para poder resolver los problemas inherentes a la movilidad de sociedades. Por tanto, creemos que urge que políticamente se tomen las decisiones oportunas para modificar en profundidad el Reglamento sobre la SAE y así resolver los problemas detectados para que esta forma societaria de ámbito europeo sea una auténtica realidad y sea un mecanismo jurídico que facilite realmente la movilidad de sociedades en la UE.

³⁵⁶ Página 5 del informe.

³⁵⁷ Afirmaba la Comisión a modo de conclusión en la página 11 de su informe que *“La desigual distribución de las SAE en el territorio de la Unión muestra que el Estatuto no se adapta bien a la situación de las empresas de todos los Estados miembros. Toda modificación que se pretenda introducir en el Estatuto de la SAE para resolver los problemas prácticos que han identificado diversos interesados deberá tener en cuenta que ese Estatuto fue el resultado del delicado compromiso al que se llegó tras largas negociaciones. La Comisión está realizando hoy un ejercicio de reflexión sobre las posibles modificaciones del Estatuto a fin de presentar, en su caso, en 2012 las propuestas que sean oportunas. Tales modificaciones, caso de prosperar, tendrían que efectuarse paralelamente a la posible revisión de la Directiva SAE, que, de conformidad con el artículo 154 del Tratado, estaría sujeta a la consulta de los interlocutores sociales. En general, toda medida que la Comisión pudiera proponer como seguimiento del presente Informe debería quedar sujeta a los principios de mejora de la legislación, incluida la realización de una evaluación de impacto.”*

La Sociedad Cooperativa Europea

A pesar de que entre los Estados de la Unión Europea que pertenecen a Europa Occidental, las cooperativas tienen una larga tradición y un gran prestigio y por parte de las instituciones europeas se ha manifestado la importancia de éstas, y que supuso el impulso de la aprobación del Reglamento sobre la SCE, lo cierto es que no podemos afirmar que desde su aprobación éste haya sido un éxito, a pesar de que algunos autores como el profesor Santiago Larrazábal encuentren algunos elementos positivos:

La falta de éxito de la SCE se achacó, no sin cierta razón, a la complejidad de las disposiciones reguladoras de su Estatuto. Sin embargo, también hay que decir que dicha regulación introduce notables elementos positivos: el capital mínimo, la obligatoriedad de que el domicilio social esté situado en el mismo Estado miembro que su administración central, la clarificación en cuanto a la ley aplicable (la ley del domicilio social), la posibilidad de que, además de la asamblea general, exista o bien un órgano de administración (sistema monista) o bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual); el refuerzo de la seguridad jurídica al establecerse la obligación de registrar toda SCE en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas, etc. En relación con la Directiva, los expertos indicaron que su transposición había tenido un impacto positivo en el Derecho del Trabajo y en la legislación de cooperativas, que había servido de incentivo para el trabajo y las actividades conjuntas entre los sindicatos y las organizaciones representativas de las cooperativas tanto a nivel nacional como europeo.³⁵⁸

El principal objetivo de la SCE es facilitar las actividades transnacionales de las cooperativas, pero como la SCE es un instrumento facultativo, de tal manera que las cooperativas en sus actividades u operaciones transnacionales pueden elegir entre adoptar la forma jurídica de una SCE o de una cooperativa nacional, la gran mayoría de cooperativas han optado claramente por la constitución de una cooperativa de forma nacional y no por la transnacional.³⁵⁹

De conformidad con el artículo 79 del Reglamento sobre la SCE, la Comisión Europea debía presentar un informe sobre la aplicación del reglamento a más tardar

³⁵⁸ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S. "Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 46/2012, p. 178.

³⁵⁹ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S. "Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 46/2012, p. 179.

cinco años después de su entrada en vigor. Dicho informe debía ir acompañado, si procediera, de propuestas de modificación del reglamento. En 2010 se analizó la aplicación de la Directiva, que establecía disposiciones para la implicación de los trabajadores en la SCE y que fue aprobada junto al reglamento. A fin de recabar los datos necesarios para la elaboración del informe de la Comisión, la Dirección General de Empresa e Industria de la Comisión Europea (DG ENTR) encargó un estudio externo, que fue entregado en septiembre de 2010. En abril de 2011, la DG ENTR puso en marcha una consulta pública sobre los resultados y recomendaciones de dicho estudio. La Comisión, en su Comunicación sobre la iniciativa en favor del emprendimiento social (adoptada el 25 de octubre de 2011),³⁶⁰ afirmó que, a tenor de los resultados de la consulta pública, podría presentar una propuesta de simplificación del Reglamento sobre la SCE, a fin de reforzar su autonomía con respecto a las legislaciones nacionales y facilitar su utilización para la creación de cooperativas sociales, la cual a día de hoy todavía no ha sucedido, pues dicha propuesta no ha sido presentada.

Tal y como ocurría con el Reglamento sobre la SAE, el Reglamento sobre la SCE adolece del mismo defecto, esto es, la constante remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales. En el artículo 8 del reglamento sobre la SCE se establece la legislación aplicable a la SCE afirmando que se registrarán: *a)* por lo dispuesto en el reglamento; *b)* cuando el reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SCE; *c)* respecto de las materias no reguladas por el reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el reglamento: *a)* por la legislación que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SCE, *b)* por las leyes de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social, *c)* por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social. Finalmente en el apartado segundo de dicho artículo se afirma que si las leyes nacionales dispusieran reglas o restricciones

³⁶⁰ Documento COM (2011) 682 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales” de 25 de octubre de 2011.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0682:FIN:ES:PDF>

[Consulta: 1 junio 2013].

específicas relacionadas con el carácter de la actividad que realice una SCE, o mecanismos de control a cargo de una autoridad supervisora, dichas leyes serán plenamente aplicables a la SCE.

Esta remisión genérica establecida en el artículo 8, se hace también casi constante a lo largo de todo el reglamento, habida cuenta que el Reglamento sobre la SCE se basó esencialmente en el Reglamento sobre la SAE. Al igual que hicimos al analizar el Reglamento sobre la SAE vamos a ver cuáles son las remisiones a la legislación nacional establecidas en el Reglamento sobre la SCE:

En el Capítulo I que regula las Disposiciones Generales: Artículos 5.3, 11.4, 11.5, 12.2 y 14.1.³⁶¹

³⁶¹ Artículo 5.3: *“La legislación en materia de control preventivo aplicable en los Estados miembros donde la SCE tenga su domicilio social a las sociedades anónimas durante la fase de constitución se aplicará mutatis mutandis al control de la constitución de la SCE.”*

Artículo 11.4: *“Los estatutos de las SCE en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Cuando en virtud de la Directiva 2003/72/CE se determinen nuevas disposiciones en materia de implicación que sean contrarias a los estatutos existentes, éstos habrán de ser modificados en la medida necesaria. En ese caso, los Estados miembros podrán disponer que el órgano de dirección o el órgano de administración de la SCE esté facultado para modificar los estatutos sin nuevo acuerdo de la asamblea general.”*

Artículo 11.5: *“La legislación aplicable a las sociedades anónimas en materia de publicidad de los actos y datos se aplicará mutatis mutandis a las SCE.”*

Artículo 12.2: *“Las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva 89/666/CEE se aplicarán a las sucursales de la SCE creadas en un Estado miembro distinto del de su domicilio social. No obstante, los Estados miembros podrán establecer excepciones a las disposiciones nacionales de desarrollo de dicha Directiva a fin de reflejar las particularidades de las cooperativas.”*

Artículo 14.1: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 33, la adquisición de la condición de socio de la SCE estará sujeta a la aprobación del órgano de dirección o de administración. Las decisiones de denegación podrán recurrirse ante la asamblea general siguiente a la solicitud de admisión. Cuando la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permita, los estatutos podrán prever la admisión, en calidad de socios inversores (no usuarios), de personas que no tengan intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE. En este caso, la adquisición de la condición de socio estará sujeta a una votación de la asamblea general o de cualquier otro órgano en el que la asamblea general o los estatutos hayan delegado este cometido. Se considerará que los socios que sean entidades jurídicas tienen la condición de usuarios por representar a sus propios socios, siempre que aquellos de sus socios que sean personas físicas sean usuarios. Salvo en los casos en que los estatutos dispongan lo contrario, la condición de socio de una SCE podrá ser adquirida por personas físicas o por entidades jurídicas.”*

En el Capítulo II que regula la constitución de la SCE: Artículos 17.1, 20, 21, 22.3, 24.1, 26.3, 28, 29, 30, 32, 33.3, 35.4, 35.5, 35.7 y 35.8.³⁶²

³⁶² Artículo 17.1: “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SCE se regirá por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado en que la SCE fije su domicilio social.”

Artículo 20: “Para las materias no reguladas en la presente sección o, cuando una materia lo esté parcialmente, para los aspectos no cubiertos por ella, toda cooperativa que participe en la constitución de una SCE mediante fusión se regirá por las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro a que esté sujeta que sean aplicables a las fusiones de cooperativas y, en su defecto, a las disposiciones aplicables a las fusiones internas de sociedades anónimas sujetas al ordenamiento jurídico de dicho Estado.”

Artículo 21: “En la legislación de los Estados miembros se podrá establecer que una cooperativa sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate no podrá participar en la constitución de una SCE por medio de fusión en caso de que una autoridad competente de dicho Estado miembro se oponga a ello antes de la expedición del certificado a que se refiere el apartado 2 del artículo 29. Sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público. Podrá recurrirse contra dicha oposición por vía judicial.”

Artículo 22.3: “La legislación aplicable a las sociedades anónimas en materia de proyectos de fusión se aplicará mutatis mutandis a la fusión transfronteriza de cooperativas para la creación de una SCE.”

Artículo 24.1: “La legislación aplicable a las sociedades anónimas sobre la publicidad de los proyectos de fusión se aplicará mutatis mutandis a cada cooperativa que se fusione, sin perjuicio de los requisitos adicionales impuestos por el Estado miembro al que ésta esté sujeta.”

Artículo 26.3: “La legislación aplicable a las fusiones de sociedades anónimas en relación con los derechos y obligaciones de los expertos se aplicará mutatis mutandis a las fusiones de cooperativas.”

Artículo 28: “1. El ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté registrada cada una de las cooperativas que se fusionen se aplicará como en los casos de fusión de sociedades anónimas, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, en lo que se refiere a la protección de los intereses de:

- los acreedores de las cooperativas que se fusionen,
- los obligacionistas de las cooperativas que se fusionen.

2. Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las cooperativas participantes en una fusión constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios que se hayan pronunciado en contra de la fusión.”

Artículo 29: “1. Para la parte del procedimiento correspondiente a cada cooperativa que se fusione, el control de la legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación aplicable a la fusión de cooperativas del Estado miembro al que esté sujeta la cooperativa que se fusiona y, en su defecto, con arreglo a las disposiciones aplicables a las fusiones internas de sociedades anónimas sujetas al ordenamiento jurídico de dicho Estado. 2. En cada Estado miembro implicado un tribunal, un notario u otra autoridad competente expedirá un certificado que acredite el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión. 3. Cuando el ordenamiento jurídico del

Estado miembro al que esté sujeta una cooperativa que se fusione establezca un procedimiento para controlar y modificar la relación de canje de las participaciones o un procedimiento para compensar a los socios minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión, tales procedimientos sólo se aplicarán si las demás cooperativas participantes en la fusión, situadas en Estados miembros que no prevean tales procedimientos, aceptan explícitamente, al aprobar el proyecto de fusión de conformidad con el apartado 1 del artículo 27, la posibilidad de que los socios de dicha cooperativa que se fusiona recurran a tal procedimiento. En esos casos, el tribunal, notario u otra autoridad competente podrá expedir el certificado a que se refiere el apartado 2, aun cuando ya haya dado comienzo un procedimiento de este tipo. No obstante, en el certificado se indicará que está en curso el procedimiento. La decisión a que se llegue en el procedimiento será vinculante para la cooperativa absorbente y para todos sus socios.”

Artículo 30: “1. Para la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SCE, el control de la legalidad de la fusión deberá ser efectuado por un tribunal, un notario u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de la SCE competente en materia de control de este aspecto de la legalidad de la fusión de cooperativas y, en su defecto, de la fusión de sociedades anónimas. 2. A tal fin, cada cooperativa que se fusione remitirá a dicha autoridad el certificado mencionado en el apartado 2 del artículo 29, en el plazo de seis meses a partir de su expedición, y una copia del proyecto de fusión aprobado por la cooperativa. 3. La autoridad a que se refiere el apartado 1 controlará en particular que las cooperativas que se fusionen hayan aprobado un proyecto de fusión en los mismos términos, y que se hayan establecido las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores con arreglo a la Directiva 2003/72/CE. 4. Dicha autoridad también comprobará que la constitución de la SCE se ajuste a las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro del domicilio social.”

Artículo 32: “La realización de la fusión se hará pública, respecto de cada una de las cooperativas que se fusionen, por los procedimientos que prevea la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con la legislación que regula las fusiones de sociedades anónimas.”

Artículo 33.3: “Cuando la legislación de un Estado miembro imponga en la fusión de cooperativas trámites especiales para que la transmisión de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las cooperativas que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados bien por las cooperativas que se fusionen, bien por la SCE a partir del día en que tenga lugar su inscripción.”

Artículo 35.4: “El proyecto de transformación se hará público según las modalidades previstas en la legislación de cada Estado miembro al menos un mes antes del día en que la asamblea general deba pronunciarse sobre la transformación.”

Artículo 35.5: “Antes de la celebración de la asamblea general indicada en el apartado 6, uno o más peritos independientes designados o autorizados, con arreglo a las disposiciones nacionales, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro a cuya legislación esté sujeta la cooperativa que se transforma en SCE certificarán que se respeta, mutatis mutandis, lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 22.”

Artículo 35.7: “Los Estados miembros podrán condicionar la transformación a una votación favorable, por mayoría cualificada o por unanimidad, celebrada en el órgano que controle la cooperativa que debe transformarse en el que esté organizada la participación de los trabajadores.”

En el Capítulo III que regula la estructura de la SCE: Artículos 37.4, 37.5, 39.4, 40.3, 42.2, 42.4, 46.1, 46.3, 47.2, 47.4, 48.3, 49, 50.3, 52b) *in fine*, 53, 54.2, 56.3, 59, 61.3 y 61.4.³⁶³

Artículo 35.8: “Los derechos y obligaciones de la cooperativa que vaya a transformarse en SCE en materia de condiciones de empleo, tanto de carácter individual como colectivo que se deriven de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes el día de la inscripción, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SCE.”

³⁶³ - Artículo 37.4: “Los estatutos de la SCE fijarán el número de miembros del órgano de dirección o las normas para su determinación. No obstante, los Estados miembros podrán establecer un número mínimo, máximo o ambos.”

Artículo 37.5: “Los Estados miembros cuya legislación no contemple el sistema dual en relación con las cooperativas con domicilio social en su territorio podrán adoptar las medidas oportunas en relación con las SCE.”

Artículo 39.4: “Los estatutos establecerán el número de miembros del órgano de control o las normas para su determinación. No obstante, los Estados miembros podrán fijar el número de miembros o la composición del órgano de control de las SCE con domicilio social en su territorio, o bien un número mínimo, máximo, o ambos.”

Artículo 40.3: “El órgano de control podrá exigir al órgano de dirección la presentación de todo tipo de información que precise para ejercer la función de control con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 39. Los Estados miembros podrán disponer que cada uno de los miembros del órgano de control goce también de esta atribución.”

Artículo 42.2: “Los estatutos de la SCE establecerán el número de miembros del órgano de administración o las normas para su determinación. No obstante, cada Estado miembro podrá fijar un número mínimo y, en su caso, un número máximo de miembros. Sólo un cuarto como máximo de los puestos del órgano de administración podrá estar integrado por socios no usuarios. No obstante, este órgano deberá constar de un mínimo de tres miembros cuando la participación de los trabajadores en la SCE esté organizada de conformidad con la Directiva 2003/72/CE.”

Artículo 42.4: “Los Estados miembros cuya legislación no contemple el sistema monista en relación con las cooperativas con domicilio social en su territorio podrán adoptar las medidas oportunas en relación con las SCE.”

Artículo 46.1: “Los estatutos de la SCE podrán establecer que una sociedad en el sentido del artículo 48 del Tratado pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro donde esté domiciliada la SCE disponga lo contrario. Dicha sociedad deberá designar a una persona física como representante para el ejercicio de sus funciones en el órgano de que se trate. El representante estará sometido a las mismas condiciones y obligaciones que si fuera miembro de este órgano a título personal.”

Artículo 46.3: “De conformidad con la legislación del Estado miembro con respecto a las cooperativas, los estatutos de la SCE podrán fijar condiciones particulares para poder ser elegido miembro del órgano de administración.”

Artículo 47.2: “La SCE quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, aun cuando tales actos no se correspondan con el objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos constituyan una extralimitación de los poderes que la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE confiere o permite conferir a dichos órganos. No

obstante, los Estados miembros podrán establecer que la SCE no quede obligada cuando tales actos sobrepasen los límites del objeto social de la SCE, si ésta prueba que el tercero sabía que el acto sobrepasaba dicho objeto o, habida cuenta de las circunstancias, no podía ignorarlo, quedando entendido que la publicación de los estatutos no constituirá, por sí sola, una prueba.”

Artículo 47.4: “Los Estados miembros podrán estipular que el poder de representación de la SCE pueda ser atribuido por disposición estatutaria a una sola persona o a varias personas que actúen conjuntamente. Dicha legislación podrá establecer la oponibilidad frente a terceros de esta disposición de los estatutos, a condición de que ésta se refiera al poder general de representación. La oponibilidad frente a terceros de dicha disposición se regirá por lo dispuesto en el artículo 12.”

Artículo 48.3: “No obstante, los Estados miembros podrán determinar las categorías de operaciones supeditadas a autorización y el órgano a quien corresponde otorgarla que deban figurar, como mínimo, en los estatutos de las SCE registradas en su territorio, y establecer, en el sistema dual, que el propio órgano de control pueda determinar las categorías de operaciones que requieran autorización.”

Artículo 49: “Los miembros de los órganos de una SCE estarán obligados a no divulgar, incluso después del cese en sus funciones, las informaciones de que dispongan sobre la SCE cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para los intereses de la cooperativa o los de sus socios, con excepción de los supuestos en que dicha divulgación sea exigida o esté permitida por las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las cooperativas o sociedades, o por causa de interés público.”

Artículo 50.3: “Cuando la participación de los trabajadores esté organizada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2003/72/CE, los Estados miembros podrán disponer que el quórum y la toma de decisiones del órgano de control queden sujetos, no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, a las normas aplicables, en las mismas condiciones, a las cooperativas constituidas con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate.”

Artículo 52b) in fine: “La asamblea general decidirá asimismo en aquellos asuntos respecto de los cuales se confiera competencia a la asamblea general de una cooperativa a la que se aplique el Derecho del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la SCE, ya sea en virtud de la legislación de dicho Estado miembro, ya sea con arreglo a estatutos conformes a ésta.”

Artículo 53: “Sin perjuicio de las normas previstas en la presente sección, la organización y desarrollo de la asamblea general, así como sus procedimientos de votación, se regirán por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro del domicilio social de la SCE.”

Artículo 54.2: “La asamblea general podrá ser convocada en todo momento por el órgano de dirección o de administración, el órgano de control o cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las cooperativas del Estado miembro del domicilio de la SCE. El órgano de dirección deberá convocar una asamblea general cuando así lo solicite el órgano de control.”

Artículo 56.3: “Entre la fecha de envío de la convocatoria contemplada en el apartado 1 y la fecha de la primera reunión de la asamblea general deberá mediar un plazo mínimo de 30 días. No obstante, el plazo podrá reducirse a 15 días en caso de urgencia. En caso de que sea aplicable lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 61 en relación con las normas de quórum, podrá reducirse el tiempo que deberá transcurrir entre la primera y la segunda convocatoria de asamblea con el

mismo orden del día de conformidad con la legislación del Estado miembro en que la SCE tenga su domicilio social.”

Artículo 59: “1. Cada socio de la SCE dispondrá de un voto, independientemente del número de participaciones que posea. 2. Si lo permite la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social, los estatutos podrán estipular que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa por medios distintos de la aportación de capital. Los votos así atribuidos no podrán exceder de cinco por socio ni representar más del 30 % del total de derechos de voto. Si lo permite la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social, los estatutos de las SCE que realicen actividades financieras o de seguros podrán estipular que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa, incluida su participación en el capital de la SCE. Los votos así atribuidos no podrán exceder de cinco ni representar más del 20 % del total de derechos de voto. En el caso de las SCE cuyos socios sean mayoritariamente cooperativas, los estatutos podrán disponer, si lo permite la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social, que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa, incluida su participación en el capital de la SCE, o por el número de socios de cada entidad participante, o bien por ambos factores. 3. Por lo que respecta a los derechos de voto que los estatutos puedan atribuir a los socios no usuarios (inversores), la SCE estará regulada por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio. No obstante, los derechos de voto del conjunto de los socios no usuarios (inversores) no podrán exceder del 25 % del total de los derechos de voto. 4. Si, en el momento de la entrada en vigor del presente Reglamento, la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permite, los estatutos de la SCE podrán prever la participación de los representantes de los trabajadores en las asambleas generales, sectoriales o de sección, siempre que los representantes de los trabajadores no controlen, en conjunto, más del 15 % del total de los derechos de voto. Esos derechos dejarán de aplicarse en el momento en que la SCE traslade su domicilio social a un Estado miembro cuya legislación no contemple tal participación.”

Artículo 61.3: “Los estatutos fijarán las normas de quórum y de mayoría aplicables a las asambleas generales. Si los Estatutos contemplan la posibilidad de que una SCE admita socios inversores (no usuarios), o conceda derechos de voto con arreglo al capital aportado a una SCE dedicada a actividades financieras o aseguradoras, deberán estipular también normas especiales de quórum respecto de los socios distintos de aquellos, o de los miembros que tengan derecho de voto con arreglo al capital aportado a una SCE dedicada a actividades financieras o aseguradoras. Los Estados miembros podrán fijar libremente los requisitos mínimos de esas normas especiales de quórum para las SCE con domicilio social en su territorio.”

Artículo 61.4: “La asamblea general que deba pronunciarse sobre una modificación de los estatutos en primera convocatoria únicamente deliberará de forma válida si los socios presentes o representados constituyen como mínimo la mitad del número total de socios inscritos en la fecha de la convocatoria; en segunda convocatoria, con el mismo orden del día, no será necesario ningún quórum especial. En los casos contemplados en el párrafo primero, la asamblea general decidirá por mayoría de dos tercios de los votos válidos emitidos, salvo que la legislación aplicable a las sociedades cooperativas en el Estado miembro de domicilio social de la SCE exija una mayoría más elevada.”

En el Capítulo V que regula la aplicación de resultados de la SCE: Artículo 65.1.³⁶⁴

En el Capítulo VI que regula las Cuentas Anuales y Cuentas Consolidadas: Artículos 68.1, 68.2, 69, 70 y 71.³⁶⁵

En el Capítulo VII que regula la disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos: Artículos 72, 73.3, 74, 75, 76.1, 76.4, 76.5 y 76.6.³⁶⁶

³⁶⁴ Artículo 65.1: *“Sin perjuicio de las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales, los estatutos determinarán las reglas para el reparto de los excedentes del balance de fin de ejercicio.”*

³⁶⁵ Artículo 68.1: *“En lo que se refiere a la elaboración de las cuentas anuales y, en su caso, consolidadas, incluido el informe de gestión anejo a las mismas, y a su control y publicidad, la SCE estará sujeta a las disposiciones de la legislación del Estado miembro de su domicilio adoptadas en aplicación de las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE. No obstante, los Estados miembros podrán prever modificaciones de las disposiciones nacionales de desarrollo de estas Directivas a fin de reflejar las particularidades de las cooperativas.”*

Artículo 68.2: *“Cuando la legislación del Estado miembro del domicilio de la SCE no imponga a las cooperativas una obligación de publicidad análoga a la prevista en el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, la SCE deberá, como mínimo, tener los documentos relativos a las cuentas anuales en su domicilio, a disposición del público. Para obtener copia de estos documentos bastará una petición. El precio de dicha copia no podrá ser superior a su coste administrativo.”*

Artículo 69: *“1. Las SCE que sean entidades de crédito o entidades financieras se registrarán, en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas y el control y la publicidad de dichas cuentas, por las normas establecidas en el Derecho nacional del Estado miembro en que tengan su domicilio social, en aplicación de las Directivas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. 2. Las SCE que sean compañías de seguros se registrarán, en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas y el control y la publicidad de dichas cuentas, por las normas establecidas en el Derecho nacional del Estado miembro en que tengan su domicilio social, en aplicación de las Directivas comunitarias.”*

Artículo 70: *“La auditoría de las cuentas anuales y, en su caso, consolidadas de la SCE será efectuado por una o varias personas habilitadas al efecto en el Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio, de conformidad con las disposiciones adoptadas por dicho Estado en aplicación de las Directivas 84/253/CEE y 89/48/CEE.”*

Artículo 71: *“Cuando el Derecho de un Estado miembro exija a todas las sociedades cooperativas, o a ciertos tipos de sociedades cooperativas, reguladas por el Derecho de dicho Estado que se adhieran a un órgano externo autorizado y se sometan a una forma específica de auditoría, ejercida por dicho órgano, las disposiciones serán jurídicamente aplicables a las SCE con domicilio en dicho Estado miembro, siempre que dicho órgano se ajuste a los requisitos de la Directiva 84/253/CEE.”*

En el Capítulo VIII sobre disposiciones adicionales y transitorias: Artículo 77.³⁶⁷

³⁶⁶ Artículo 72: *“En lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, la SCE estará sometida a las disposiciones legales aplicables a las cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la SCE, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la asamblea general.”*

Artículo 73.2: *“Cuando una SCE deje de cumplir la obligación a que se refiere el artículo 6, el Estado miembro en que tenga su domicilio social la SCE adoptará las medidas apropiadas para obligar a esta última a regularizar la situación en un plazo determinado:*

- bien restableciendo su administración central en el Estado miembro del domicilio, bien
- trasladando el domicilio social mediante el procedimiento previsto en el artículo 7.”

Artículo 73.3: *“El Estado miembro del domicilio social de la SCE adoptará las medidas necesarias para garantizar que se proceda a liquidar aquellas SCE que no regularicen su situación de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2.”*

Artículo 74: *“La apertura de un procedimiento de disolución, incluidas la disolución voluntaria, la liquidación, la insolvencia o la suspensión de pagos, así como el cierre del mismo y la decisión de continuación de la actividad, se publicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 12, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional que impongan medidas adicionales de publicidad.”*

Artículo 75: *“El activo neto se adjudicará con arreglo al principio de adjudicación desinteresada o, cuando lo permita la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE, por un sistema alternativo estipulado en los estatutos de la SCE. A los efectos del presente artículo, se entiende por activo neto el activo que quede tras el pago de todos los importes adeudados a los acreedores y el reembolso de las aportaciones dinerarias de los socios.”*

Artículo 76.1: *La SCE podrá transformarse en cooperativa sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de su domicilio social. La decisión relativa a la transformación no podrá adoptarse antes de que hayan transcurrido dos años desde su inscripción en el registro ni antes de que hayan sido aprobadas las dos primeras cuentas anuales.”*

Artículo 76.4: *“El proyecto de transformación se hará público de conformidad con las modalidades previstas por la legislación de cada Estado miembro, por lo menos un mes antes de la fecha en la que se reúna la asamblea general convocada para pronunciarse sobre la transformación.”*

Artículo 76.5: *“Antes de que se celebre la asamblea general indicada en el apartado 6, uno o varios expertos independientes designados o autorizados, con arreglo a las disposiciones nacionales, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa la SCE que se transforme en cooperativa, certificarán que la misma dispone de activos correspondientes por lo menos al capital.”*

Artículo 76.6: *“La asamblea general de la SCE aprobará el proyecto de transformación, así como los estatutos de la cooperativa. La decisión de la asamblea general deberá tomarse en las condiciones que establezca la legislación nacional.”*

³⁶⁷ Artículo 77: *“1. Cada Estado miembro, en tanto no le sea aplicable la tercera fase de la unión económica y monetaria (UEM), podrá aplicar a las SCE con domicilio social en su territorio las mismas disposiciones que se apliquen a las sociedades anónimas sometidas a su ordenamiento jurídico por lo que se refiere a la denominación de su capital. En cualquier caso, la SCE también podrá expresar su capital en euros. En tal caso, el tipo de cambio entre la moneda nacional y el*

Como puede comprobarse, de los 80 artículos que componen el reglamento, 41 se ven afectados por la remisión legislativa que hace el reglamento de forma expresa a la legislación del Estado miembro donde se encuentre domiciliada la SCE o le da la opción a dicho Estado para poder regular sobre una determinada materia, lo cual pone de manifiesto las limitaciones de dicho instrumento normativo, habida cuenta de las excesivas remisiones a las legislaciones nacionales.

Por otro lado, en su informe de 23 de febrero de 2012,³⁶⁸ la Comisión identificó, entre otros, algunos problemas concretos en la aplicación del reglamento, los cuales compartimos, en lo relativo al procedimiento de negociación transnacional, al uso indebido de los procedimientos previstos en ella y a los problemas transversales comunes a las diferentes Directivas sobre implicación de los trabajadores. Debemos tener en cuenta el poco número de SCE constituidas desde la entrada en vigor del reglamento. En noviembre de 2011, en los treinta Estados miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo había veinticuatro sociedades cooperativas europeas registradas: cinco en Italia; siete en Eslovaquia; una en Francia, Liechtenstein, Países Bajos, España y Suecia; tres en Hungría; dos en Alemania y dos en Bélgica. El Reglamento sobre la SCE tenía que haber entrado en vigor en 2006, pero la gran mayoría de los Estados miembros incumplió este plazo. En diciembre de 2011, tres

euro será el del último día del mes anterior a la constitución de la SCE. 2. Si en el Estado miembro del domicilio social de la SCE, no se aplica la tercera fase de la UEM o hasta tanto esta no se aplique, la SCE podrá, no obstante, confeccionar y publicar sus cuentas anuales y, en su caso, consolidadas en euros. El Estado miembro podrá disponer que las cuentas anuales y, en su caso, las cuentas consolidadas de la SCE se elaboren y se publiquen en moneda nacional, en las mismas condiciones que fije para las cooperativas y sociedades anónimas sujetas a su ordenamiento interno. Ello no afectará a la posibilidad adicional de que una SCE publique sus cuentas anuales y, en su caso, sus cuentas consolidadas en euros, de conformidad con la Directiva 90/604/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, sobre las cuentas anuales y las cuentas consolidadas respectivamente, en lo relativo a las excepciones en favor de las pequeñas y medianas sociedades, así como a la publicación de las cuentas anuales en ecus.”

³⁶⁸ Documento COM (2012) 72 final, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ES/1-2012-72-ES-F1-1.Pdf>

[Consulta: 1 junio 2013].

Estados miembros todavía no habían adoptado las medidas necesarias para garantizar la aplicación efectiva del reglamento.

Según afirma el informe de la Comisión, a la hora de decidir si se constituye una cooperativa nacional o una SCE o al valorar cuál es el mejor Estado para registrar una SCE, una de las principales cuestiones que deben tenerse en cuenta es la fiscalidad, cuestión exenta de regulación en el reglamento y que remite al Estado en el que la SCE tenga su sede social. Consideramos éste un aspecto importante y que lógicamente los agentes económicos interesados en este tipo de formas jurídicas analizan con detalle, y que en este sentido la figura de la SCE no beneficia en nada, pues es materia que no regula.

Otros de los aspectos negativos en que incidía el informe de la Comisión eran los requisitos del Derecho nacional en materia de trabajo y la complejidad y el grado de rigidez de la legislación nacional sobre cooperativas. A la hora de decidir dónde constituir y registrar una cooperativa, los empresarios habían manifestado sus preferencias por un país con buenas redes de comunicación y un entorno administrativo favorable para las empresas. Desafortunadamente no son estas cuestiones que dependan del propio reglamento.

Según la Comisión la mayoría de las partes interesadas no ven el carácter supranacional de una SCE como una posible ventaja a la hora de realizar cambios estructurales transfronterizos en una agrupación. Sólo las grandes cooperativas financieras y las mutuas de seguros parecen interesadas en esa característica de la SCE y la consideran útil para la reorganización y la simplificación de su estructura de grupo. A pesar de ello, en diciembre de 2011 no se había creado ninguna SCE de este tipo.

Por otro lado, la posibilidad de trasladar el domicilio social a otro Estado miembro no se considera ni un incentivo esencial, ni una ventaja comparativa real de la SCE frente a las empresas nacionales (en diciembre de 2011 ninguna SCE había trasladado su domicilio social).

De la consulta efectuada y en que se basó el informe de la Comisión, todos los intervinientes manifestaron que la complejidad del instrumento normativo era un obstáculo importante para el éxito de la SCE. Este hecho junto a las múltiples referencias a la legislación nacional, no sólo disuade a las cooperativas, sino también a otro tipo de empresas que, de otro modo, pudieran estar interesadas en

organizar sus actividades a través de una SCE. Por ello, consideramos que se hace necesario, tal y como afirmaba la Comisión, una simplificación de la regulación que la haga menos compleja, pues debido a sus numerosas referencias a la legislación nacional, la actual regulación de la SCE no ofrece ninguna ventaja real a las cooperativas que pretendan ejercer sus actividades de forma transnacional.

Consideramos que del reglamento, hay algunas cuestiones que deberían ser modificadas, por ejemplo, en relación con la libertad de establecimiento, ya que en algunos Estados miembros está prohibido desarrollar en régimen de cooperativas algunas actividades (lo cual el reglamento mantiene en su art. 8.2), lo que no se hace incompatible con el ejercicio de la libertad de establecimiento reconocida por el TFUE. Por otro lado, en relación a los aspectos fiscales, obstáculo puesto de manifiesto por la Comisión en su informe, consideramos que es un argumento de peso y que en este sentido, debe haber una armonización fiscal por parte de los Estados miembros, al menos en este aspecto, para que éstos concedan incentivos fiscales a las cooperativas, según su utilidad social o su contribución al desarrollo regional, bajo el control del respeto a los principios y valores cooperativos, es decir, el principio democrático y la solidaridad, así como la asunción directa de las funciones empresariales por parte de los socios, bien sean trabajadores o consumidores.³⁶⁹

Tal y como ocurría con la SAE, otro de los aspectos negativos sobre la falta de implantación de la SCE en la Unión Europea, ha sido la falta de conocimiento de ésta por las empresas, los costes de creación y la complejidad del procedimiento a seguir para constituir una SCE. Además, por un lado, una gran parte de las cooperativas son pequeñas empresas que operan en el interior de un país y conocen mejor su legislación nacional, que suele ser más sencilla y flexible que la regulación de la Unión Europea, por lo que no le ven a la fórmula de la SCE una especial ventaja. Y por otro lado, y en el caso de las grandes agrupaciones cooperativas que pretenden operar a nivel europeo, ninguna de ellas ha recurrido a la SCE hasta ahora. Por tanto, se hace necesario un proceso de carácter institucional por parte de la Comisión dirigido a empresarios y ciudadanos en general para dar a conocer en mayor medida las ventajas de una Cooperativa transnacional como la SCE.

³⁶⁹ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S. "Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 46/2012, p. 179.

Por todo ello, consideramos que las conclusiones realizadas por la Comisión Europea de llevar a cabo un proceso de simplificación del reglamento de alguna forma puede favorecer la mayor implantación de la SCE en la Unión Europea. A pesar de ello, consideramos que el reglamento no sólo requiere de un proceso de simplificación, sino que, al igual que ocurría con la SAE, requiere de una regulación no a la baja o de mínimos, sino una regulación integral, en la que se limiten las remisiones a las legislaciones de los Estados miembros, pues ello crea 28 SCE con 28 leyes aplicables diferentes. Para que la SCE se implante realmente, ésta debe hacerse atractiva a los agentes económicos interesados en su utilización, como forma de llevar a cabo sus actividades cooperativistas. Debemos tener en cuenta que al ser la SCE un instrumento facultativo, de tal manera que las cooperativas pueden adoptar la fórmula jurídica o bien de una SCE o bien de una cooperativa nacional, la gran mayoría de las cooperativas han optado por la fórmula que les era más próxima y conocida, es decir, la cooperativa nacional, que por otro lado puede constituirse *ex novo*, es decir, sin necesidad de fusión o transformación. Por otro lado, al no encontrar ninguna ventaja fiscal en optar por una SCE y las constantes remisiones a la legislación nacional por parte de la SCE, han hecho que se acuda directamente a constituir cooperativas nacionales en vez de cooperativas transnacionales. Tampoco la SCE ha supuesto hasta ahora grandes ventajas a la hora de realizar cambios estructurales transfronterizos en una agrupación, por lo que éste es otro aspecto que debería ser tratado en la futura modificación legislativa por parte de la Comisión.

Consideramos necesaria la inclusión en el reglamento de otro mecanismo de constitución, la creación de la SCE, *ex novo*, y no sólo a través de las dos formas existentes ahora, a través de un proceso de fusión o transformación de una sociedad cooperativa nacional. Bajo nuestro punto de vista, también esto sería un incentivo para operadores económicos que pretenden la creación desde el inicio de una SCE y se evitarían los elevados costes que implica una operación de fusión o transformación societaria.

Asimismo en relación al proceso de traslado del domicilio social regulado en el artículo 7 del reglamento, consideramos que debe establecerse un mecanismo más adecuado de protección a socios, acreedores y trabajadores que fije la aplicación imperativa de la ley del estado de origen, y en aquellos aspectos más favorables para estos, pueda ser aplicada la ley del Estado de destino. Por otro lado, el traslado de domicilio social no debe implicar, al margen de lo referido, un cambio de ley aplicable a la SCE, en este caso, la del estado de destino, tal y como actualmente

establece el reglamento que vincula la ley nacional al lugar de ubicación del domicilio o sede social.

Finalmente, y tal y como afirmábamos en relación a la SAE, haría falta también una inversión importante, por parte de la UE, para dar a conocer entre los sectores implicados o los ciudadanos en general, la existencia y ventajas de esta forma jurídica societaria, pues habida cuenta de los resultados después de su entrada en vigor, a la conclusión a la que podemos llegar es que la SCE no ha tenido el éxito esperado y que requiere de algunas mejoras en su regulación más allá de una simplificación de ésta como parece ser el camino escogido por la Comisión Europea.

3. Modificación y aprobación de la Propuesta de Reglamento del Estatuto sobre la Sociedad Privada Europea (SPE)

Tal y como hemos visto en este trabajo, el objetivo de la Propuesta de Reglamento del Estatuto sobre la Sociedad Privada Europea, aprobada por parte de la Comisión Europea el 25 de junio de 2008, era la creación de una nueva figura jurídica de ámbito europeo y así, crear un ente supranacional y bajo la regulación de un Reglamento Europeo (con eficacia directa), que no dependiera de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. La finalidad por tanto, era facilitar el establecimiento y la actividad de las PYMES en el mercado único, y promover así su competitividad. La propuesta pretendía reducir los costes de cumplimiento de la normativa, en la creación y explotación de empresas, que se derivan de las disparidades entre normas nacionales, tanto en lo referente a la constitución como al funcionamiento de las sociedades.

En la actualidad la Propuesta de Reglamento sigue en fase legislativa, sin que se haya llevado a cabo su aprobación por existir al parecer todavía posturas divergentes en aquellos aspectos relativos a la sede social, el requisito de capital mínimo y la participación de los trabajadores en la SPE.

Consideramos que se hace necesario dar un impulso legislativo a dicha propuesta para que finalmente sea aprobada y sirva como un mecanismo jurídico más de ámbito europeo al que se puedan acoger los operadores económicos, pero modificando algunos aspectos a los que a continuación nos vamos a referir, pues consideramos que el texto propuesto no cumple con los objetivos que se propone el legislador.

Tal y como ya referíamos en este trabajo cuando analizábamos la propuesta de reglamento planteada y parte de la doctrina criticaba, ésta adolece, al igual que ya ocurría con la SAE y la SCE, de una excesiva remisión a la legislación nacional de los Estados, lo cual quiebra o frustra las expectativas y grandes objetivos que la propia propuesta plantea en su exposición de motivos, es decir, la creación de una forma societaria que no dependa de las legislaciones nacionales y cuya regulación se base en un Reglamento Europeo (con eficacia directa). El objetivo, con el texto propuesto y no modificado, no se cumple, habida cuenta que muchos aspectos de su regulación se remiten precisamente a la legislación nacional del Estado en el que

se encuentre el domicilio social de la SPE o deja en manos de estos el desarrollo legislativo pertinente en la materia concreta a la que remite.

Al realizar un examen en detalle de la Propuesta de Reglamento, comprobamos como 18 de los 46 artículos hacen referencia o remiten directamente a la legislación nacional, en concreto: Artículos 9.1, 11.1, 13, 20.3, 23.6, 25, 27.4, 27.7, 30.3, 30.4, 31.5, 32, 34, 35.4, 37.1, 39, 40.2, 40.3, 41, 42.2.³⁷⁰

³⁷⁰ Artículo 9.1: “Toda SPE será inscrita, en el Estado miembro en que tenga su domicilio social, en un registro designado por la legislación nacional aplicable de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE.”

Artículo 11.1: “La publicación de los datos y documentos relativos a una SPE que deban hacerse públicos en virtud del presente Reglamento se llevará a cabo de conformidad con la legislación nacional aplicable que dé cumplimiento al artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE.”

Artículo 13: “Las sucursales de una SPE se registrarán por la legislación del Estado miembro en que estén ubicadas, incluyendo las correspondientes disposiciones por las que se dé cumplimiento a la Directiva 89/666/CEE del Consejo.”

Artículo 20.3: “Sin perjuicio de lo previsto en los apartados 1 y 2, la responsabilidad de los socios por la aportación realizada se regirá por la legislación nacional aplicable.”

Artículo 23.6: “Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 5 y de la escritura de constitución de la SPE, la amortización de participaciones se regirá por la legislación nacional aplicable.”

Artículo 25: “1. La SPE estará sujeta a los requisitos impuestos por la legislación nacional aplicable en materia de formulación, depósito, auditoría y publicación de cuentas. 2. El órgano de administración llevará la contabilidad de la SPE. La contabilidad de la SPE se regirá por la legislación nacional aplicable.”

Artículo 27.4: “Las resoluciones de los socios se ajustarán a lo dispuesto en el presente Reglamento y en la escritura de constitución de la SPE. El derecho de los socios de impugnar las resoluciones se regirá por la legislación nacional aplicable.”

Artículo 27.7: “Las resoluciones serán oponibles:

(a) en lo que respecta a los socios y al órgano de administración de la SPE, así como su órgano de supervisión, en su caso, en la fecha en que se adopten;

(b) en lo que respecta a terceros, de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional aplicable que dé cumplimiento al artículo 3, apartados 5, 6 y 7, de la Directiva 68/151/CEE.”

Artículo 30.3: “Ninguna persona que, en virtud de la legislación nacional, esté inhabilitada para ocupar el cargo de administrador de una sociedad por decisión judicial o administrativa de un Estado miembro podrá ser administrador de una SPE o desempeñar sus funciones.”

Artículo 30.4: “La inhabilitación de una persona que ocupe el cargo de administrador de la SPE se regirá por la legislación nacional aplicable.”

Artículo 31.5: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Reglamento, la responsabilidad de los administradores se regirá por la legislación nacional aplicable.”

Artículo 32: “Las transacciones con partes vinculadas se registrarán por la legislación nacional aplicable por la que se dé cumplimiento a las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.”

El propio artículo 4 de la propuesta establece cuáles son las fuentes de aplicación, siguiendo esencialmente la remisión que hacía el artículo 9 del Reglamento sobre la SAE y el artículo 8 del Reglamento de la SCE. Establece el artículo 4 de la propuesta que: *La SPE se registrará por lo dispuesto en el reglamento y, asimismo, en lo referente a las materias enumeradas en el anexo I, por su escritura de constitución. No obstante, cuando una materia no se contemple en los artículos del presente Reglamento ni en su anexo I, la SPE se registrará por la legislación, incluidas las disposiciones de incorporación del Derecho comunitario, que se aplique a las sociedades de responsabilidad limitada en el Estado miembro en el que la SPE tenga su domicilio social, en lo sucesivo denominada “legislación nacional aplicable”.*

Artículo 34: *”1. La SPE estará sujeta a las normas sobre participación de los trabajadores que, en su caso, sean de aplicación en el Estado miembro en el que tenga su domicilio social, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo. 2. En caso de traslado del domicilio social de una SPE se aplicará el artículo 38. 3. En caso de fusión transfronteriza de una SPE con una SPE u otra sociedad inscrita en otro Estado miembro, serán de aplicación las disposiciones legales de los Estados miembros por las que se dé cumplimiento a la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.”*

Artículo 35.4: *“A efectos de los procedimientos judiciales o administrativos iniciados antes del traslado del domicilio social, y con posterioridad a la inscripción a que se refiere el apartado 3, se considerará que la SPE tiene su domicilio social en el Estado miembro de origen.”*

Artículo 37.1: *“Cada Estado miembro designará a la autoridad competente para controlar la legalidad del traslado mediante la verificación del cumplimiento del procedimiento de traslado establecido en el artículo 36.”*

Artículo 39: *“La transformación, la fusión y la escisión de la SPE se registrarán por la legislación nacional aplicable.”*

Artículo 40.2: *“La disolución se registrará por la legislación nacional aplicable.”*

Artículo 40.3: *“Los procedimientos de liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos similares se registrarán por la legislación nacional aplicable y por el Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo.”*

Artículo 41: *“La nulidad de la SPE se registrará por las disposiciones de la legislación nacional aplicable por las que se dé cumplimiento al artículo 11, apartado 1 y apartado 2, letras a), b), c) y e), con la salvedad de la referencia contenida en la letra c) al objeto social, y al artículo 12 de la Directiva 68/151/CEE.”*

Artículo 42.2: *“Las SPE podrán elaborar y publicar sus cuentas anuales y, en su caso, consolidadas en euros en aquellos Estados miembros que no se hayan incorporado a la tercera fase de la unión económica y monetaria (UEM). No obstante, estos Estados miembros podrán también exigir que las SPE elaboren y publiquen sus cuentas anuales y, en su caso, consolidadas en la moneda nacional, de conformidad con la legislación nacional aplicable.”*

Como vemos, con el texto propuesto en su día, al final la aplicación de dicho instrumento normativo depende en gran medida, si no se modifica la actual propuesta, de la legislación interna de los Estados miembros. Al igual que ocurre con la SAE y la SCE consideramos necesario para que la Sociedad Privada Europea se configure como un instrumento eficaz, y que facilite la puesta en funcionamiento y la movilidad internacional de las PYMES europeas, a través de esta nueva forma societaria, que la regulación en el futuro reglamento sea integral, es decir, que no dependa de la aplicación de la legislación de los Estados miembros.

Habida cuenta que la propuesta no regula los aspectos relacionados con el Derecho laboral o fiscal, la contabilidad o la insolvencia de la SPE, consideramos que sería conveniente incorporar una regulación global sin remisiones a legislaciones estatales, en esos aspectos de contabilidad, así como en Derecho societario, Derecho de competencia, Derecho sobre propiedad intelectual y Derecho concursal, y en los procesos de disolución y liquidación. Asimismo, se deben buscar aquellos mecanismos o incentivos de tipo fiscal o de coste laboral que hagan más atractiva la constitución de este ente jurídico.

En relación al traslado de domicilio social regulado en los artículos 35 a 38, consideramos que éste no debe suponer un cambio de *Lex societatis* (ley aplicable) de la sociedad. Debe establecerse un mecanismo más adecuado de protección a socios, acreedores y trabajadores, que fije la aplicación imperativa de la ley del estado de origen, y en aquellos aspectos más favorables para éstos, pueda ser aplicada la ley del Estado de destino.

Por otro lado, y para que no suceda lo mismo que con el fracaso en la aplicación de la SAE, se hace necesaria la inclusión de las modificaciones referidas junto a elementos de persuasión o incentivo para las PYMES, pues ello podría conllevar la utilización de esta forma jurídica para aquellas pequeñas empresas que se plantean el inicio de una actividad económica de ámbito multinacional en territorio europeo.

Finalmente, y al igual que ocurría con la SAE y con la SCE, institucionalmente por parte de la UE se debería llevar a cabo un proceso de publicidad para dar a conocer entre los sectores empresariales o los ciudadanos en general la existencia y ventajas de esta forma societaria para que no fracasase su implantación en el caso de que el proceso legislativo avance hasta su definitiva aprobación.

4. Modificación y aprobación de la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social

Tal y como hemos visto en este trabajo a pesar de la importancia de la Propuesta de 14ª Directiva sobre traslado de sede social presentada por la Comisión en el año 1997 finalmente no prosperó. El objetivo de la propuesta era permitir el traslado transnacional de domicilio social, sin que los criterios de vinculación establecidos (modelos conflictuales sobre determinación de la *Lex societatis*) por las legislaciones nacionales se vieran afectados, es decir, que no se perdiera la personalidad jurídica de las sociedades al realizarse un traslado internacional de sede social. No se establecía en la propuesta ningún mecanismo que permitiera el mantenimiento de la propia *Lex societatis*, pues no se partía de un planteamiento que siguiera el modelo de constitución/incorporación. En la propuesta presentada en su día se intentaba englobar los dos sistemas vistos de determinación de la ley aplicable a las sociedades, pero habida cuenta que no se definía con precisión qué es lo que se entendía por *Administración central* y no se solucionaba la controversia generada por las profundas diferencias que existen entre los Estados miembros que siguen los modelos normativos de sede real o efectiva y el modelo de constitución/incorporación, dicha propuesta no resolvía el problema de fondo.³⁷¹

Consideramos que, de forma urgente, la Comisión debería volver a retomar el proyecto de Directiva sobre traslado de sede social, pero revisando el texto propuesto en su día, en relación a la definición del concepto y alcance de *Administración central* establecido en el artículo 11.2 de la Propuesta de Directiva. Tal y como ya afirmaba el Parlamento Europeo en la resolución de fecha 2 de febrero de 2012: "*Su ámbito de aplicación debe prever una solución apropiada a la cuestión de la separación del domicilio registral y la sede administrativa de una sociedad.*"³⁷²

³⁷¹ BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997, p. 71; RODAS PAREDES, P.N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada, Editorial Comares, 2011, p. 36.

³⁷² Recomendación nº 1 de la 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, p. 1.

Por otro lado, la revisión que proponemos también debería dejar claro que las sociedades que lleven a cabo un proceso de traslado de sede social no perderán su personalidad jurídica ni deberán ser disueltas para ser reconocidas en el Estado de destino, sino que debe constar un procedimiento claro en el que la sociedad trasladada no cambie su *Lex societatis*, para ello se hace necesario que el modelo que siga la nueva propuesta de directiva sea esencialmente el modelo de constitución/incorporación. En la referida resolución del Parlamento Europeo, éste en sus recomendaciones, defendía un cambio de ley aplicable a la sociedad trasladada aplicando la ley del Estado de destino, lo cual no podemos compartir, pues ello implica un cambio de ley aplicable y eso consideramos no favorece la movilidad societaria y crea inseguridad jurídica.

Asimismo consideramos que en el nuevo texto de la Propuesta debería constar expresamente que el traslado no debe afectar a las relaciones jurídicas de la sociedad con terceros, y por tanto establecer medidas para proteger los intereses de trabajadores, acreedores, accionistas en general y accionistas minoritarios en particular con mecanismos, en este último caso, que permitan su separación de la sociedad en caso oponerse al acuerdo del traslado internacional.

Por otro lado, el traslado de sede social debe ser neutro desde el punto de vista fiscal y por tanto no comportar un gravamen de este tipo que de alguna forma limitaría operaciones de traslado y que en definitiva serían un obstáculo más para la movilidad societaria transnacional en el marco de la UE y por ende del ejercicio de la libertad de establecimiento.

Consideramos también que el proceso de traslado de sede social transnacional debería regularse más detalladamente y debería incluirse la obligatoriedad de elaboración de un informe y un plan de traslado por parte del órgano de administración de la sociedad que pretende el traslado, en el que se justifiquen los aspectos económicos, legales y sociales de dicha operación y las consecuencias para los accionistas, trabajadores y acreedores. Asimismo dicho informe debería trasladarse a los trabajadores o representantes de éstos de la sociedad para su puesta en conocimiento de forma previa a tomarse la decisión definitiva.

Por todo ello, consideramos que por parte de la Comisión Europea se debe volver a retomar el proyecto de 14ª Directiva pero revisando el texto propuesto en su momento, el cual adolece, desde nuestro punto de vista, de elementos que puedan resolver el problema de fondo que restringe desde un punto de vista jurídico la

movilidad de las sociedades en la Unión Europea. Una modificación de los aspectos referidos y por tanto la aprobación de una Directiva basada en el modelo de constitución/incorporación supondría una posibilidad real de movilidad de las sociedades en el territorio europeo sin pérdida de la personalidad jurídica y sin modificación de la *Lex Societatis*. Una Directiva basada en el modelo de sede real como la propuesta en su día y con imprecisiones a la hora de definir el concepto de *Administración central*, no resuelve el problema de fondo jurídico inherente a la movilidad de las sociedades dentro de la Unión Europea: la incompatibilidad y conflicto entre los modelos de determinación de la *Lex Societatis* por parte de los Estados miembros (modelo de sede real o efectiva y el modelo de constitución/incorporación) y el encaje de estos modelos normativos con el Derecho societario de la Unión Europea y el ejercicio sin limitaciones de la libertad de establecimiento.

Consideramos que una regulación basada en el modelo de constitución/incorporación con mecanismos que garanticen los derechos de trabajadores, acreedores y accionistas, facilitaría un *favor recognitionis*, lo cual permitiría la movilidad de sociedades entre Estados miembros y por tanto la actividad transnacional. Debemos tener en cuenta que una regulación en este sentido facilitaría el tráfico económico internacional, y por otro lado, al no haber un cambio de ley aplicable a la sociedad y poderse determinar fácilmente ésta, se garantizaría también la seguridad jurídica.³⁷³

Una propuesta basada en el modelo de sede real a pesar de que *a priori* parece resultar más proteccionista en relación a los derechos e intereses de todos los sujetos intervinientes (por coincidir la localización de la sede real de la sociedad con la ley aplicable a ésta),³⁷⁴ siempre que se diera una operación de traslado de sede social transnacional, ello implicaría irremediablemente un cambio de ley aplicable, si el estado de destino también sigue el modelo de sede real, lo cual consideramos es contrario al ejercicio de la libertad de establecimiento y además crea inseguridad jurídica en los operadores económicos.

³⁷³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, pp. 52-54.

³⁷⁴ WERNER F. EBKE. "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond". *EBLR*, vol. 16, 2005; LAUTERFELD, M. "Centros and the EC Regulation", *EBLR*, vol. 12 (2001), p. 79.

En nuestro planteamiento partimos del modelo de constitución/incorporación pero incluyendo aquellos matices para garantizar los intereses de los sujetos directamente implicados o con intereses en una operación de traslado de sede social de ámbito transnacional, y por tanto, que dicha operación, no supusiera un quebrantamiento de la autonomía de la voluntad de los socios fundadores que, en su día, constituyeron la sociedad, al amparo de una determinada legislación. Por tanto, consideramos que no sólo debe mantenerse la personalidad jurídica de la sociedad, trasladada en el Estado de destino, sino que debe ser respetada la *Lex societatis*, es decir, la ley que regula la sociedad, y que, en este caso, debería ser la del Estado de origen y que se garanticen los intereses de los agentes intervinientes. Sugerimos una nueva propuesta de Directiva basada en un modelo de constitución/incorporación en el que se estableciera como mecanismo de protección la aplicación de la ley más favorable (entre el Estado de origen o el de destino), a los intereses de acreedores, socios y trabajadores, evitándose, de esta forma, un posible *forum shopping* a la hora de llevar a cabo un proceso de este tipo, por parte de las sociedades, esto es, un proceso de especulación para elegir aquel destino que menos protección jurídica ofrezca a estos interesados. Un mecanismo de este tipo permitiría tener la seguridad jurídica y, cuanto menos, la garantía de que los derechos e intereses de los sujetos implicados estarían salvaguardados o protegidos como mínimo según la legislación del Estado de origen y en aquellos supuestos en los que la ley del estado de destino fuera más favorable para la protección de dichos intereses, como si se trataran de normas de policía o internacionalmente imperativas, pudieran ser aplicadas éstas. De este modo encontraríamos un equilibrio, entre la autonomía de la voluntad en su día manifestada por los socios de la sociedad, y el ejercicio de dicha autonomía, a la hora de llevar a cabo un proceso de traslado internacional sin modificación de ley aplicable, salvaguardando, en aquellas situaciones que así lo requirieran (ley del estado de destino más proteccionista para los intereses de acreedores, socios y trabajadores), la aplicación de la ley del estado de destino, es decir, la ley más favorable, pero sólo en esos aspectos y no en la *Lex societatis* de aplicación a la sociedad.

5. Armonización del Derecho conflictual en materia societaria

Tal y como se ha visto en este trabajo, los Estados, basándose en criterios de política económico-legislativa, fijan cuáles son los puntos de conexión que determinarán cuál es la *Lex societatis* de una determinada sociedad para reconocer la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, que pretenden establecerse dentro de su territorio. En el marco de la Unión Europea, ello entra en contradicción con el artículo 54 TFUE, es decir, entra en contradicción con el ejercicio de la libertad de establecimiento. La utilización por parte de los Estados miembros de dos modelos normativos tan diferentes, como el modelo de constitución/incorporación y el modelo de sede real o efectiva, dentro del ámbito de la Unión Europea, conlleva, como hemos podido comprobar, problemas de aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea originario y más concretamente, de la libertad de establecimiento.

Como hemos apuntado anteriormente en este trabajo, con la propuesta de modificación de la regulación de la libertad de establecimiento, en el sentido de que ésta fuera una regulación íntegra y exhaustiva del ejercicio de dicha libertad, se permitiría un reconocimiento automático por parte de los Estados de las sociedades que pueden beneficiarse de dicha libertad, y por tanto, no quedaría margen jurídico para que los Estados miembros limitaran dicho reconocimiento a través de su legislación interna.

En consonancia con los aspectos propuestos, para mejorar la regulación y efectividad del ejercicio de la libertad de establecimiento, consideramos que el legislador europeo debería consensuar con los Estados miembros y llevar a cabo un proceso de armonización legislativa, con el fin de adaptar la legislación de éstos a un modelo normativo en materia conflictual societaria, que tuviera como base el modelo de constitución/incorporación. Consideramos que es el único modelo compatible con el artículo 54 TFUE y el único que promueve el *favor recognitionis*, es decir, facilita el reconocimiento de sociedades, y por tanto, también, el tráfico económico internacional, tal y como ha afirmado el TJUE (sentencias *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* y *SEVIC Systems*).

Para que no existieran contradicciones con la regulación que se propone, en relación a la libertad de establecimiento y las legislaciones internas de los Estados miembros, sería conveniente ese proceso de armonización sobre la base del modelo de

constitución/incorporación pero con algunas garantías que respeten los intereses o derechos de socios, acreedores y trabajadores, y así evitar situaciones que pudieran vulnerar derechos a estos agentes intervinientes y situaciones en las que la legislación interna de un Estado miembro, se antepusiera a la aplicación directa de la libertad de establecimiento, supeditando este derecho al previo reconocimiento de la sociedad como persona jurídica, dentro de su propio ordenamiento jurídico, y que dicha legislación conflictual no reconozca a la sociedad, y que por tanto, no pueda ser ejercido el derecho de establecimiento, por parte de la sociedad al amparo del artículo 54 TFUE. Esta situación podría darse únicamente en aquellos Estados que siguen el modelo normativo basado en la teoría de la sede real o efectiva, no en los que siguen modelos normativos como el modelo de constitución/incorporación. Defendemos un modelo basado en una concepción contractualista de la sociedad, en la que los socios que constituyen ésta, puedan determinar al amparo de la autonomía de la voluntad, cuál es el derecho aplicable a ésta, desde su nacimiento hasta su extinción. Los únicos condicionantes serían que la sociedad estuviera registrada dentro de la Unión Europea y estar constituida según las leyes de un Estado miembro.³⁷⁵

En este trabajo hemos analizado y logrado acreditar que en aquellos Estados que siguen el modelo de constitución/incorporación, se permite sin problemas el reconocimiento de sociedades extranjeras, a través de la aplicación de la norma de conflicto, y por tanto, ello permite la aplicación sin problemas del artículo 54 TFUE. Con la aplicación de normas conflictuales que utilicen puntos o criterios de conexión, que sigan este modelo, *a priori*, no se darán muchas dificultades en cuanto al reconocimiento de sociedades extranjeras, y por tanto, ello facilitará la movilidad transfronteriza de sociedades y, este *favor recognitionis* permitirá desarrollar la actividad internacional³⁷⁶ y se garantizará también la seguridad jurídica al poderse determinar fácilmente cuál es la *Lex societatis*.³⁷⁷

³⁷⁵ LAU HANSEN, J. "A New Look at Centros – From a Danish Point of View". *EBLR*, vol. 13 (2002), p. 90.

³⁷⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *Lex Societatis* en AA.VV. Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Madrid, 2002, vol. 2, pp. 207-208.

³⁷⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002, pp. 52-54.

Con la armonización legislativa en el marco de la Unión Europea con un modelo conflictual de este tipo, existiría una desvinculación entre la ley aplicable o *Lex societatis*, y el lugar de localización material del centro de actividad económico o de explotación de las sociedades europeas, pues sería la voluntad de los administradores, y en última instancia de los socios de la sociedad, quienes con mayor flexibilidad, podrían decidir en cada momento y dependiendo de la coyuntura económica, de mercado o de estrategia empresarial, la ubicación de la sede de administración y de explotación que mejor convenga a la sociedad.

Es cierto, tal y como hemos analizado en este trabajo, que por parte de la doctrina más reticente a este modelo normativo, se ha manifestado que el ejercicio de la autonomía de la voluntad, puede ser ejercido de forma fraudulenta, ya que podría llegar a ir en contra de los intereses de terceros (esencialmente acreedores y trabajadores), y de la política legislativa del Estado afectado por la actividad social o económica de la sociedad, porque por un lado, los socios pueden escoger la ley aplicable menos restrictiva, o menos exigente en cuanto a la regulación con terceros, o incluso con los propios accionistas, en relación con los administradores de la sociedad y por otro lado, en cuanto a la política legislativa del Estado afectado (el de la sede real). Se ha dicho que ello supondría, por ejemplo, que los socios determinaran que la *Lex societatis* fuera la de un determinado Estado, mientras que la actividad de ésta se desarrollara en otro Estado, el cual, a pesar de verse afectado socio-económicamente por dicha actividad, no tendría forma de tutelar o controlar legislativamente dicha situación, pues la ley de aplicación sería la de un tercer Estado, cuyo ordenamiento jurídico podría tener poco que ver con el Estado de localización de la sociedad. Por ello, la armonización conflictual que proponemos debería garantizar también a través de la armonización legislativa, mecanismos de protección para acreedores, socios y trabajadores, de forma que se protegieran los intereses de éstos, de igual manera en todos los Estados miembros para evitar la competencia entre Estados de legislaciones a la baja (*race to the bottom*)³⁷⁸ o situaciones fraudulentas. No consideramos perjudicial, desde nuestro punto de vista,

³⁷⁸ Nos referimos a un sistema en el que los Estados compiten *a la baja*. Es decir, en cuanto al nivel de exigencias iniciales en el momento de constituir una sociedad, también en cuanto a la responsabilidad de los administradores, aportación de capital social mínimo o vulneración de intereses de terceros. Esta competencia legislativa entre Estados, para parte de la doctrina, podría derivar en una situación en la que no exista ningún tipo de vinculación entre el Estado de constitución, y el Estado de ubicación de la sede real, y perjudique los intereses de los Estados y de terceros, por la falta de control o tutela legal, y por que a cuanto menos exigencias más inseguridad jurídica para los terceros.

el hecho de que la ley aplicable a la sociedad no coincida con la ley del Estado en el que se encuentre ésta ubicada físicamente, pues forma ello parte de la actual situación de globalización. Tampoco ello ocurre en materia contractual internacional, habida cuenta que la ley aplicable a un contrato, no tiene porqué coincidir con los vínculos más estrechos a ese contrato. Recordemos que en materia contractual internacional, se salvan posibles situaciones de fraudulencia con la aplicación de leyes de policía o imperativas que garantizan unos mínimos derechos, por ejemplo de las partes débiles de un contrato, o a través de la aplicación de la ley que tenga los vínculos más estrechos con dicho contrato.³⁷⁹

³⁷⁹ En este sentido los Artículos 6 y 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales establecen que:

- Artículo 6: 1. *“No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo. 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá :*

a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o

b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos mas estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.”

- Artículo 7: *“1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que , tales disposiciones , según el derecho de este ultimo país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato . Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.”*

En el mismo sentido los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales:

- Artículo 8: *“1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo. 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. 3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país*

No vemos adecuado en la actual situación de globalización e internacionalización de las sociedades, el modelo de sede real, habida cuenta que éste no facilita el tráfico jurídico internacional, es decir, que es un obstáculo para la actividad económica de las empresas, dentro del marco internacional. Por un lado, no permite que las sociedades se constituyan, conforme al ordenamiento jurídico que más les interese, al margen del lugar de ubicación de la sede real, y por otro lado, obstaculiza el traslado de sede social, ya que ello supone necesariamente un cambio de la *Lex societatis*, pues, al cambiar de ubicación la sede real, cambia necesariamente el Derecho de aplicación a la sociedad.

Finalmente, ante situaciones de traslado o transferencia de la sede social, es decir, el ejercicio de la libertad de establecimiento a título principal, consideramos que el único modelo compatible para garantizar un traslado de hecho y no de derecho, es el modelo de constitución/incorporación. Como hemos visto en este trabajo al analizar los dos modelos normativos, cuatro son las posibilidades de colisión entre dichos modelos normativos:

- 1) modelo de constitución/incorporación-modelo de constitución/incorporación;
- 2) modelo de constitución/incorporación-modelo de sede real;
- 3) modelo de sede real-modelo de constitución/incorporación;
- 4) modelo de sede real-modelo de sede real.

Como hemos visto, cuando el Estado de destino sigue el modelo de sede real, se produce un cambio de ley aplicable (*transferencia de derecho*), pues la transferencia

donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. 4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”

Artículo 9: “1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. 2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.”

de sede real de la sociedad, solamente desplegará efectos relativos al DIPr de sociedades, desde la perspectiva de aquellos estados cuyo modelo normativo sea el de la sede real. Para aquellos modelos normativos que siguen el modelo de constitución/incorporación, la transferencia de la sede real de la sociedad, carecerá de consecuencias, puesto que dicha sede carece de relevancia, tanto en lo que se refiere a la determinación de la ley rectora de la sociedad, como en lo relativo al régimen del reconocimiento de sociedades extranjeras.³⁸⁰ Ante una colisión de modelos normativos, el único que respeta el derecho elegido por los socios fundadores de la sociedad, es decir, respeta la autonomía de la voluntad de quienes fueron parte en el contrato de sociedad inicial, respetando la ley de constitución, es el modelo de constitución/incorporación. Por otro lado, facilita el traslado de sede social, no implicando dicho traslado, un cambio de esta ley de constitución, sino que se convierte en una *transferencia de hecho* cuya única repercusión, es el cambio de localización de la sociedad y el respeto de la ley de constitución de la misma y, por ende, de su *Lex societatis*.

Por todo ello, consideramos necesario un proceso de armonización legislativo que adecue el sistema conflictual de los Estados miembros de la Unión Europea, siguiendo las bases del modelo de constitución/incorporación, con ciertos matices de protección para equilibrar y proteger los intereses de socios, acreedores y trabajadores, pues sólo con dicha armonización y una amplia e integral regulación de la libertad de establecimiento según hemos propuesto anteriormente en este trabajo, se garantizará la seguridad jurídica de los agentes económicos societarios (sociedades mercantiles) que pretendan llevar a cabo procesos de movilidad internacional dentro del territorio de la Unión Europea.

³⁸⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Derecho de los negocios internacionales*. 4ª edición, Madrid, Iustel, 2013, pp. 224-225.

Conclusión

Tras centrar conceptualmente los conceptos de globalización e internacionalización como fenómenos muy vinculados a la actual coyuntura económica y social y en particular al mundo de la empresa, hemos analizado la evolución del Derecho societario europeo, los instrumentos jurídicos actuales nacidos de las fuentes de derecho secundario de la UE y los elementos esenciales y estructurales que han permitido la consecución del mercado interior. Nos hemos detenido en concreto en el análisis de la libertad de establecimiento reconocida en el TCE y en el actual TFUE, y el ejercicio de dicho derecho por parte de las personas jurídicas. Hemos podido comprobar como los diferentes modelos normativos existentes en materia de derecho societario conflictual en los Estados miembros no siempre son compatibles con el pleno ejercicio de dicha libertad. El análisis jurídico ha sido realizado desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Finalmente, después de analizar la interpretación jurisprudencial realizada por el TJUE de los artículos 49 y 54 TFUE, y proponer soluciones a los problemas jurídicos detectados en la Parte Primera y Parte Tercera del trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera. La labor legislativa llevada a cabo por el legislador europeo en materia societaria a través de directivas de armonización y excepcionalmente de reglamentos así como a través de la llamada integración negativa, ha intentado permitir la movilidad de las sociedades dentro del territorio de la Unión Europea y potenciar la libertad de establecimiento. Dicha armonización legislativa ha resultado insuficiente para solucionar los problemas jurídicos inherentes a la movilidad transnacional de sociedades y el ejercicio de dicha libertad. Se hace necesaria la modificación de los artículos 49 y ss. TFUE y el desarrollo a través de un instrumento normativo directo, como el reglamento, y no a través de directivas de armonización, los aspectos que permitan un efectivo ejercicio de dicha libertad, sin restricciones ni obstáculos fundados en la legislación conflictual de cada Estado miembro. Además, debe ser incorporada la doctrina jurisprudencial del TJUE establecida en las sentencias *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* y *SEVIC Systems*.

Segunda. A pesar del esfuerzo por parte del legislador europeo creando a través de reglamentos entes supranacionales, como la SAE y la SCE, como instrumentos que pretenden facilitar la movilidad transnacional, lo cierto es que en la práctica, dichos instrumentos jurídicos, no han acabado de funcionar y no resuelven adecuadamente los problemas jurídicos inherentes a dicha movilidad transnacional de sociedades.

La limitación, costes y complejidad en las formas de constitución, así como la constante remisión a la legislación del Estado miembro donde se encuentre ubicada su sede social, entre otros aspectos, puestos de manifiesto en la Parte Tercera de este trabajo, han hecho fracasar el éxito de dichos tipos societarios europeos. Se hace necesaria una modificación integral de los dos reglamentos que permita la constitución *ex novo* de dichas sociedades, una simplificación del traslado de domicilio social, la inclusión de incentivos laborales y fiscales, la limitación de la remisión a las legislaciones nacionales, medidas adecuadas de protección de socios, acreedores y trabajadores y un proceso institucional de publicidad o puesta en conocimiento a los agentes económicos y ciudadanos en general de la existencia de dichos tipos societarios.

Tercera. Se hace necesario, por parte de la Comisión, el impulso legislativo de la Propuesta de Reglamento sobre el estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE), así como de la Propuesta de Directiva sobre el traslado de sede social. A pesar de ser dos proyectos de gran trascendencia, a día de hoy, no han sido aprobados, y los textos propuestos, consideramos que deben ser revisados. En relación a la Propuesta de Reglamento sobre la SPE su regulación debe ser integral y limitar la remisión a la legislación nacional de los Estados miembros e incorporar mecanismos o incentivos de tipo fiscal o de coste laboral que hagan más atractiva la constitución de esta forma jurídica. Se deben incorporar mecanismos más adecuados de protección a socios, acreedores y trabajadores. En relación al traslado de domicilio social éste no debe suponer un cambio de *Lex societatis* de la sociedad. Finalmente, también deben incluirse elementos de persuasión o incentivo para las PYMES, y llevar a cabo un proceso de publicidad, para dar a conocer, entre los sectores empresariales o, los ciudadanos en general, la existencia y ventajas de esta forma societaria. En relación a la Propuesta de Directiva sobre traslado de sede social, debe ser revisado el texto de la Propuesta, habida cuenta que adolece de elementos que puedan resolver el problema de fondo, que restringe desde un punto de vista jurídico, la movilidad de las sociedades en la Unión Europea. Consideramos que el nuevo texto de la propuesta, debe partir del modelo de constitución/incorporación, que supondría una posibilidad real, de movilidad de las sociedades en el territorio europeo sin pérdida de la personalidad jurídica y sin modificación de la *Lex Societatis*, lo cual facilitaría el reconocimiento automático de las sociedades extranjeras (*favor recognitionis*). Por otro lado, deben incorporarse mecanismos jurídicos, como leyes imperativas o de policía, que garanticen los derechos e intereses de trabajadores, acreedores y accionistas, preservando, como mínimo, los

derechos que reconozca la ley del Estado de origen, y en el caso de resultar más favorable, que se pueda aplicar la del Estado de destino.

Cuarta. Los Estados miembros anteponen su legislación conflictual para reconocer la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, que pretenden establecerse dentro de su territorio. Todo ello entra en contradicción con la legislación de la Unión Europea, en concreto con el artículo 54 TFUE. Consideramos que el legislador europeo, debería consensuar, con los Estados miembros, el inicio de un proceso de armonización legislativa, con el fin de adaptar la legislación de estos, a un modelo normativo en materia conflictual societaria, que tuviera como base el modelo de constitución/incorporación, por ser el único modelo compatible con el artículo 54 TFUE y es el único que promueve el *favor recognitionis*, es decir, facilita el reconocimiento de sociedades, y por tanto, también, el tráfico económico internacional. En este sentido se ha pronunciado el TJUE (sentencias *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* y *SEVIC Systems*). Finalmente, la armonización conflictual que proponemos debería garantizar también, mecanismos de protección para acreedores, socios y trabajadores, de forma que se protegieran los intereses de éstos, de igual manera en todos los Estados miembros, para evitar la competencia entre Estados de legislaciones a la baja (*race to the bottom*) o situaciones fraudulentas que pudieran afectar los intereses de éstos o incluso de los propios Estados miembros.

Bibliografía

a) *Manuales generales y monografías de referencia*

ABELLÁN HONRUBIA, V. *La contribución de la jurisprudencia del TJUE a la realización del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios* en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Granada, Civitas, 1993.

ANSÓN PEIRONCELY, R.; GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea, análisis del Reglamento (CE), núm. 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*. Barcelona, Editorial Bosch, 2004.

ARENAS GARCÍA, R. *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*. Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.

ARENAS GARCIA, R.; GORRIZ LÓPEZ, C.; MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coordinadores) *La internacionalización del Derecho de Sociedades*. Barcelona, Atelier, 2010.

BARNARD, C. *The law of the EU, the four freedoms*. 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007.

BENAVIDES VELASCO, P. *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*. Madrid, Marcial Pons, 2004.

BLANCO-MORALES LIMONES, P. *La transferencia internacional de sede social*. Navarra, Aranzadi editorial, 1997.

BORRAJO INIESTA, I. en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho de la Unión Europea europeo*. Madrid, Civitas, 1986, tomo II, p. 186 y ss.

BOUZA VIDAL, N. *Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea* en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho de la Unión Europea europeo*. Madrid, Civitas, 1986, tomo I.

CALVO CARAVACA, A.L.; BLANCO-MORALES LIMONES, P. *Personas Jurídicas: especial referencia a las sociedades mercantiles* en CALVO CARAVACA, A.L., et al. *Derecho Internacional Privado*. 1ª edición, Granada, Editorial Comares, 1999, vol. II.

CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid, Editorial Colex, 2003.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid, Editorial Colex, 2012.

COLOMES, M. *Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE*. J. Delmas et Cie., París, 1971.

COPOTORTI, F. *Le società nella Comunità Europea. Il Diritto di stabilimento*, en AA.VV, *Il Diritto della Società nella Comunità Economica Europea*. Padova, CEDAM, 1975.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A. *Artículo 243* en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Pamplona, Civitas, 2008, tomo IX, vol. 2, p. 352.

CZINKOTA, M. *Export Development Strategies: US Promotion Policies*. New York, Praeger Publishers, 1982.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Estudios de Derecho Mercantil*. Jaén, Edersa, 1972. Parte I, vol. 2.

DE LA DEHESA, G. *Comprender la globalización*. Madrid, Alianza Editorial, 2000.

EMBED IRUJO, J.M. *Aproximación al significado jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea* en ALFONSO SÁNCHEZ, R. (Dir.), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*. Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

ESCRIBANO GAMIR, R.C. *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*. Pamplona, Aranzadi, 1998.

EMBED IRUJO, J.M. en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La sociedad Anónima Europea domiciliada en España*. Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

ESTEBAN DE LA ROSA, L.; CALVO CARAVACA, A.L. *Libertad de Establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea*. Madrid, Editorial Tecnos, 1988.

ESTEBAN DE LA ROSA, L.; CALVO CARAVACA, A.L. *Derecho mercantil internacional*. 2ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.

ESTEBAN VELASCO, G.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (Coordinadores) *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*. Madrid, Marcial Pons, 2004.

FAJARDO GARCÍA, G. *La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea* en AA.VV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanc, 1995, tomo I.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.L. *Derecho mercantil internacional*. 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

FERNÁNDEZ Rozas, J.C. *Derecho del comercio internacional*. Editorial Eurolex, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ Rozas, J.C. *Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la Lex Societatis en AA.VV. Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Madrid, 2002, vol. 2.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Derecho de los negocios internacionales*. 4ª edición, Madrid, lustel, 2013.

FMI. *World Economic Outlook*, Washington, DC, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho de la Unión Europea europeo*, Madrid, Civitas, 1986, tomos I y II.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, colección Cuadernos mercantiles, Madrid, 2002.

GOLDMAN B.; LYON-CAEN A.; VOGEL L. *Droit commercial européen*. 5ª édition, Paris, Dalloz, 1994.

GONDRA ROMERO, J.M. *Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional en AA.VV., Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*. Madrid, Civitas, 1986, p. 280, tomo I.

GRUNDMANN, S. *The structure of European Company Law, Organization, finance and capital markets*. Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007.

KEUTGEN G. *Le nouveau régime des directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées en AA.VV. Tendances actuelles en droit des affaires*. Bruselas, 1988.

MENDOZA MAYORDOMO, X.; VIVES L. *De la internacionalización a la multinacionalización de la empresa: marcos teóricos para su análisis estratégico en La expansión de la multinacional española: estrategias y cambios organizativos. Primer informe anual del Observatorio de la Empresa Multinacional Española (OEME)*. Barcelona, Instituto Español de Comercio Exterior y ESADE Business School, 2009, pp. 76-105.

MENÉNDEZ, A. (Dir.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 4ª edición, Madrid, Civitas, 2006.

MENJUCQ, M. *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997.

OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ LOZANO, P. *Artículo 5. Nacionalidad en URÍA, R; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (Directores), Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles.* Madrid, Civitas, 2007.

OHMAE, K. *El mundo sin fronteras*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1991.

PALAO MORENO, G. *El traslado del Domicilio Social de la Sociedad Anónima Europea.* Thomson Aranzadi, 2006.

PARLAMENTO EUROPEO, Boletín Terminológico y Normativo, número 57 de 3 de abril de 2003.
<http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/celter/bol57.htm>
[Consulta: 4 febrero 2014].

PAZ-ARES, C. *Atributos y límites de la personalidad jurídica*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. *Lecciones de Derecho mercantil.* tomo I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 535 y ss.

PETERSEN B.; PEDERSEN, T. *Twenty years after – Support and critique of the Uppsala internationalisation model* en BJÖRKMAN, I.; FORSGREN, M. (Eds.). *The Nature of the International Firm, Nordic Contributions to International Business Research.* Copenhagen, Copenhagen Business School Press, 1997.

PORTER, M.E. *La ventaja competitiva de las naciones.* Barcelona, Plaza y Janes, 1991.

RODAS PAREDES, P.N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles.* Granada, Editorial Comares, 2011.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *El Derecho de la Unión Europea europeo y su aplicación judicial.* Granada, Civitas, 1993.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B. *Introducción al Derecho de la Unión Europea.* Madrid, Eurolex, 1996.

SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho privado europeo.* Granada, Editorial Comares, 2002.

SÁNCHEZ LORENZO, S. *El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario* en AA.VV, *Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero.* Madrid, Ed. McGraw-Hill, 2002, vol. I.

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

SEQUEIRA MARTÍN, A. *La constitución mediante fusión de la SE* en ESTEBAN VELASCO, G.; FERNÁNDEZ DEL POZO (coord.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal.* Barcelona, Marcial Pons, 2004.

TANGANELLI I BERNADES, D. (Director). *Globalización y procesos de internacionalización*. Thomson Reuters, 2010.

TURNBULL, P.W. *A challenge to the stages theory of the internationalization process*, en ROSSON, P.; REID, S. (eds.), *Managing export entry and expansion*. Nueva York: Praeger, 1987.

VAN DEN BRAAK, S. *Transferring the registered office* en ZAMAN, D.; SCHWARZ, C. *et altri* (eds.), *The European Private Company (SPE): A critical analysis of the EU draft Statute*. Intersentia, Antwerp, 2009, pp. 189 y ss.

VICENT CHULIÁ F. *Introducción al Derecho Mercantil*. 21ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

b) Artículos doctrinales en revistas

ABELLÁN HONRUBIA, V. "Libertad de Establecimiento y Libre prestación de Servicios en la CEE". *RJC*. 1985, núm. 2.

ALONSO, J.A. "El proceso de internacionalización de la empresa. Información Comercial Española". *RE*. 1994, enero, núm. 725, pp. 127-143.

ARENAS GARCÍA, R. "La lex societatis en el Derecho de las sociedades internacionales". *RDN*. núms. 70-71, pp. 11-26.

BIKLEY, W.; TESAR, G. "The export behavior of smaller Wisconsin manufacturing firms". *JBS*. 1977, núm. 9 (Spring/Summer), pp. 93-98.

BLANCO FERNÁNDEZ, J. M. "La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas". *RDM*. 1992, núms. 203/204, pp. 245-276.

CALVO CARAVACA, A.L. "Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional". *RGD*. 1988, pp. 3.679-3.701.

CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea". *RDS*. 2007, núm. 28, p. 64.

CAVUSGIL, T. "On the internationalization process of firms". *ER*. 1980, núm. 8, pp. 273-281.

CERIONI, L. "The approved version of the European Company Statute in comparison with the 1991 draft: some first remarks from the General Provisions and from the Directive on employees' involvement (Part I)". *TCL*. vol. 25 (2004), núm. 8, pp. 228-242.

CRESPI, S. "Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio". *RDIPP*. 2009, pp. 869-890.

DRURY, R. "The European private company". *EBOLR*. vol. 9 (2008), pp. 131 y ss.

EBKE WERNER F. "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond". *EBLR*. vol. 16 (2005), pp. 9-54.

EMBID IRUJO, J.M. "En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Fusión, escisión y otros procedimientos similares)" en ABADESA, P.; ROJO, A. "Il diritto delle società per azioni: problema, esperienze, progetti". *RivS*. 1993, pp. 685-713.

EMBID IRUJO, J.M. "La fusión de sociedades". *NUE*. 1997, núm. 152, pp. 87-97.

EMBED IRUJO, J.M. "Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción". *NUE*. 2006, núm. 252, pp. 5-15.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. "Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: La sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto C-167/01: "INSPIRE ART")". *RLL*. 2003, núm. 5.924, pp. 2.072-2.081.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado". *RFGUG*. 2004, núm. 7, pp. 369-396.

ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea". *RDS*. 2001, núm. 16, pp. 141-162.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. "El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea (Societas Europea)". *RDM*. 2003, núm. 250, pp. 1479-1583.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. "La libertad de establecimiento de sociedades y demás personas jurídicas en la Comunidad Económica Europea". *DA*. 1980, enero-marzo, pp. 575-630.

GARCÍA LÓPEZ, J.A. "Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades en el ordenamiento jurídico comunitario: ¿otra vuelta a la tuerca? El caso *Sevic*". *RLL*. 2006, núm. 6.411, pp. 1-3.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "La sentencia Centros: el status quaestionis un año después". *NUE*. 2001, núm. 195, pp. 79-95.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "El reglamento de la SAE: una primera lectura". *GJUE*. 2002, enero-febrero, pp. 7-38.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "La sentencia 'Überseering' y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro". *RDM*. 2003, núm. 248, pp. 663-718.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE". *NUE*. 2006, núm. 252, pp. 131-142.

GARRIDO GARCÍA, J.M. "El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea". *RDS*. 2003, núm. 20, pp. 111-133.

GARRIGUES, J. "Teoría general de las sociedades mercantiles". *RDM*. 1976, pp. 519 y ss.

GENER-BEUERLE, C.; SCHILLIG, M. "The mysteries of freedom of establishment after Cartesio". *ICLQ*. vol. 59 (2010), núm. 2 (accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1340964>), p. 14.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B.; BENAVIDES VELASCO, P. "La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico". *RDS*. 2006, pp. 273-297.

JOHANSON, J.; MATTSSON, L.G. "Internationalization in industrial systems – a network approach". *ISMO*. vol. 17 (1988), núm. 1, pp. 34-48.

JOHANSON, J.; WIEDERSHEIM-PAUL, F. "The internationalization of the firm: Four swedish cases". *JMS*. vol. 12 (1975), núm. 3, pp. 305-322.

JOHANSON, J.; VAHLNE, J.E. "The internationalization process of the firm: A model of knowledge development and increasing foreign market commitments". *JIBS*. vol. 8 (1977), Spring/Summer, pp. 23-32.

JOHANSON, J.; VAHLNE, J.E. "The mechanism of internationalisation", *IMR*, vol. 7 (1990), num. 4, pp. 11-24.

LAMBEEA RUEDA, A. "La Sociedad Cooperativa Europea: El Reglamento 1435/2003, de 22 de julio". *RDP*. 2004, mayo-junio, pp. 300-323.

LARRAZABAL BASÁÑEZ, S. "Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 46/2012, pp. 161-183.

LAU HANSEN, J. "A New Look at Centros – From a Danish Point of View". *EBLR*. vol. 13 (2002), pp. 85-95.

LAUTERFELD, M. "Centros and the EC Regulation". *EBLR*. vol. 12 (2001), pp. 79-88.

LEVITT, T. "La globalización de los mercados". *HDBR*. 1983, 4º trimestre, pp. 49-64.

LOMBARDO, S. "Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: an economic and comparative analysis of the allocation of policy competence in the European Union". *EBOLR*. 2003-2004, pp. 306 y ss.

LOOIJESTIJN-CLERARIE, A. "Centros Ltd.- a complete u-turn in the right of establishment for companies?". *ICLQ*. vol. 49 (2000), pp. 621-642.

MARTÍ MOYA, V. "Aproximación a la Propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital". *NUE*. 2006, núm. 252, pp. 87-102.

MENJUCQ, M. "Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire". *LD jurisprudence*. 1999, pp. 550-557.

MENJUCQ, M. "La société européenne: en fin l'aboutissement". *LD*. 2001, núm. 13, pp. 1.085 y ss.

OVIATT, B. y MCDUGALL, P. "Toward a theory of international new ventures". *JIBS*. 1994, pp. 45-64.

PAU PEDRÓN, A. "La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen". *RCDI*. julio-agosto, 1988, pp. 1.181-1.245.

PRETEL SERRANO, J.J. "Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima". *AAMN*. tomo XXX (1991), pp. 220 y ss.

PICCOLI, P.; ZANOLINI, G. "Le persone giuridiche nella riforma del Diritto internazionale privato". *RivN*. 1996, pp. 163-177.

PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B. "Comunicación de la Comisión Europea relativa a la modernización del Derecho de sociedades y mejora del buen gobierno de las empresas". *RDBB*. 2003, núm. 91, pp. 321-325.

REID, S. "The decision maker and export entry and expansion". *JIBS*. vol. 12 (1981), pp. 101-111.

RODRÍGUEZ ABELENDA, P. "La sociedad cooperativa europea y su adecuación a los principios de la ACI". *RJES Coop*. 2004, núm. 15, pp. 129 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F. "La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su incidencia en las posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al Derecho español". *NUE*. 1989, núms. 55-56, pp. 61-72.

SÁNCHEZ CALERO, F. "La nacionalidad de la sociedad anónima". *RDS*. 1993, núm. 1, pp. 45-60.

SÁNCHEZ CALERO, F. "Publicación del Informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa". *RDBB*. 2003, núm. 89, pp. 396-400.

SÁNCHEZ LORENZO, S. "El Derecho Europeo de sociedades y la sentencia Centros: La relevancia de la 'sede real' en el ámbito comunitario". *AEDIPr*. Tomo 0 (2000), pp. 115-157.

SÁNCHEZ LORENZO, S. "Nota a la sentencia Überseering". *REDI*. vol. LIV (2002), pp. 920-932.

SANCHO VILLA, D. "La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional", *Boletín Económico de ICE (Información Comercial Española)*, Ministerio de Industria, diciembre de 2000, número 2.674, pp. 3-11 (<http://www.revistasice.com/>).

SANCHO VILLA, D. "La teoría de la sede y el Derecho comunitario: a propósito de la sentencia Centros". *REEI*. 2001, núm. 2.

SCHÖN, W. "The mobility of companies in Europe". *ECFR*. vol. 3 (2006), núm. 2, pp. 122-146.

SEQUEIRA MARTÍN, A. "Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE". *CDJ*. núm. 19, 2004, p. 447.

- SEQUEIRA MARTÍN, A. "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social". *RDS*. 2008, núm. 31, pp. 83-91.
- SHARMA, D.D.; BLOMSTERNO, A. "The internationalization of born globals: a network view". *IBR*. vol.12 (2003), pp. 739-753.
- SKOIE MORKVE, C. "The European Company in Scandinavia: Nordea's transformation to a SE". *EBLR*. vol. 16, 2 (2005), pp. 353-358.
- SPINDLER, G. "El Derecho de sociedades después de Inspire Art y Golden Shares". *RDS*. 2004, núm. 23, pp. 65-80.
- SVEJENOVA, S.; MARÍN, J.L.; OLLÉ, M.; PLANELLAS, M. "Noves vies d'internacionalització: Les empreses nascudes globals i les que es redefeixen globals". *Quaderns OME. Internacionalització i competitivitat*, Consorci de Promoció Comercial de Catalunya. 2007, núm. 1.
- TEICHMANN, C. "La Societas Europea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo". *NUE*. 2006, núm. 252, pp.111-127.
- VARGAS VASSEROT, C. "El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades". *RDS*. 2004, núm. 22, pp. 305-334.
- 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". *RDS*. 2002, núm. 19, pp. 15-38.
- WERNER F. EBKE. "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond". *EBLR*. vol. 16, 2005, pp. 9-54.
- VOSSESTEIN, G.J. "Companies' freedom of establishment after Sevic". *ECL*. vol. 3 (2006), pp. 177-182.
- VOSSESTEIN G.J. "Transfer of the registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal". *ULR*. vol. 4 (marzo 2008), núm.1, pp. 53-65.
- WOOLDRIDGE, F. "Überseering: freedom of establishment of companies affirmed". *EBLR*. vol. 14, Issue 3 (2003), pp. 227- 235.
- WOUTERS, J. "European company law: Quo vadis?". *CMLR*. 2000, núm. 37, pp. 257-307.
- WYMEERSCH, E. "Is a Directive o corporate mobility needed?". *EBOLR*. vol. 8 (2007), pp. 161-169.

c) Legislación consultada

a) Legislación española

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil;
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas;
- Ley 12/1991, de 29 de abril que regula la AIE española;
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada;
- Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas;
- Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación;
- Ley Orgánica 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones
- Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.
- Ley 31/2006 de 18 de octubre sobre implicación de los trabajadores, en las sociedades anónimas y cooperativas europeas;
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España;
- Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital;

b) Legislación europea

Directivas

- Directiva 68/151/CEE de 9 de marzo, 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;
- Directiva 73/148/CEE de 21 de mayo, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la residencia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios;
- Directiva 77/91/CEE de 12 de diciembre, 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, con el fin de proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de capital;
- Directiva 77/388/CEE de 17 de mayo, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme;
- Directiva 78/660/CEE de 25 de julio, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad;
- Directiva 78/855/CEE de 9 de octubre, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas;
- Directiva 82/891/CEE de 17 de diciembre, relativa a la escisión de sociedades anónimas;
- Directiva 83/349/CEE de 13 de junio, relativa a las cuentas consolidadas;
- Directiva 84/253/CEE de 10 de abril, sobre autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables;
- Directiva 89/666/CEE de 21 de diciembre, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado;
- Directiva 89/667/CEE de 21 de diciembre, relativa a la sociedad de responsabilidad limitada de socio único.;
- Directiva 90/434/CE de 23 de julio, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros;

- Directiva 90/435/CE de 23 de julio, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes;
- Directiva 91/674/CEE de 19 de diciembre, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros;
- Directiva 92/49/CE de 18 de junio, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las directivas 73/239 y 88/357;
- Directiva 92/96/CE de 10 de noviembre, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las directivas 79/267 y 90/619;
- Directiva 93/6/CE de 15 de marzo, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito;
- Directiva 93/22/CE de 10 de mayo, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables;
- Directiva 98/78/CE de 27 de octubre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros.
- Directiva 2000/12/CE de 20 de marzo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio;
- Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea;
- Directiva 2003/49/CE de 3 de junio, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros;
- Directiva 2003/58/CE de 15 de julio, por la que se modifica la Directiva 68/151/CEE del Consejo en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas;
- Directiva 2003/72/CE, relativa a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea;
- Directiva 2004/25/CE de 21 de abril, relativa a las ofertas públicas de adquisición;
- Directiva 2004/38/CE de 29 de abril, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;
- Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital;

- Directiva 2006/43/CE de 17 de mayo, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE y se deroga la Directiva 84/253/CEE;

Reglamentos

- Reglamento (CEE) 2137/1985 de 25 de julio sobre Agrupación Europea de Interés Económico;
- Reglamento (CE) 1346/2000 de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia;
- Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil;
- Reglamento (CE) 2157/2001 de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE);
- Reglamento (CE) 1435/2003 de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE);
- Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales;
- Reglamento (UE) 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 que sustituye al anterior a partir del 10 de enero de 2015, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición);

c) Legislación internacional (Convenios internacionales)

- Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil;
- Convenio de Lugano de 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil;
- Convenio de La Haya adoptado el 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección del foro;
- Convenio de Lugano de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil;
- Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales

d) Jurisprudencia consultada

- STJUE de 5 de febrero de 1963 (Asunto *Van Gend & Loos / Administración financiera holandesa*)
- STJUE de 15 de julio de 1964 (Asunto *Costa/ENEL*, 6/64)
- STJUE de 12 de febrero de 1974 (Asunto *Sotgiu*, C-152/73)
- STJUE de 21 de junio de 1974 (Asunto *Reyners*, C-2/74)
- STJUE de 28 abril de 1977 (Asunto *Thieffry*, C-71/76)
- STJUE de 9 de marzo de 1978 (Asunto *Administración financiera estatal / S. p. S Simmenthal*)
- STJUE de 7 de febrero de 1979 (Asunto *Knoors*, C-115/1978)
- STJUE de 5 de mayo de 1982 (*Schul/Inspecteur des droits d'importation et des accises*, C-15/81)
- STJUE de 28 de enero de 1986 (Asunto *Comisión/Francia*, C-270/83)
- STJUE de 10 de julio de 1986 (Asunto *Segers*, C-79/1985)
- STJUE de 4 de diciembre de 1986 (Asunto *Comisión/Alemania*, C-205/1984)
- STJUE de 4 de diciembre de 1986 (Asunto *Comisión/Irlanda*, C-206/1984)
- STJUE de 4 de diciembre de 1986 (Asunto *Comisión/Francia*, C- 220/1983)
- STJUE de 27 de septiembre de 1988 (Asunto *Daily Mail*, C-81/87)
- STJUE de 11 de julio de 1989 (Asunto *Schraeder*, C-265/87)
- STJUE de 3 de octubre de 1990 (Asunto *Nino*, C-54/88)
- STJUE de 3 de octubre de 1990 (Asunto *Bouchoucha*, C-61/1989)
- STJUE de 28 de enero de 1991 (Asunto *Steen/Deutsche Bundespost*, C-332/90)
- STJUE de 25 de julio de 1991 (Asunto *Comisión/Países Bajos*, C-353/89)
- STJUE de 19 de marzo de 1992 (Asunto *Batista Morais*, C-60/91).
- STJUE de 31 de marzo de 1993 (Asunto *Kraus*, C-19/92)
- STJUE de 13 de julio de 1993 (Asunto *Commerzbank AG*, C-330/91)
- STJUE de 5 de octubre de 1994 (Asunto *TV10*, C-23/93)
- STJUE de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Gebhard*, C-55/94)
- STJUE de 12 de diciembre de 1996 (Asunto *Reisebüro Broede*, C-3/95)
- STJUE de 15 de mayo de 1997 (Asunto *Futura Participations y Singer*, C-250/95)
- STJUE de 12 de mayo de 1998 (Asunto *Kefalas*, C-367/1996)
- STJUE de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, C-212/97)
- STJUE de 29 de abril de 1999 (Asunto *Royal Bank of Scotland plc.*, C-311/97)
- STJUE de 14 de octubre de 1999 (Asunto *Baars*, C-251/98)
- STJUE de 18 de noviembre de 1999 (Asunto *X e Y*, C-200/98)
- STJUE de 5 de noviembre de 2002 (Asunto *Überseering BV*, C-208/00)
- STJUE de 21 de noviembre de 2002 (Asunto *W e Y*, C-436/00)
- STJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto *Inspire Art*, C-167/01)
- STJUE de 11 de diciembre de 2003 (Asunto *Schnitzer*, C-215/01)
- STJUE de 11 de marzo de 2004 (Asunto *De Lasteyrie du Saillant*, C-9/02)
- STJUE de 13 de diciembre de 2005 (Asunto *SEVIC Systems*, C-411/03)
- STJUE de 2 de mayo de 2006 (Asunto Parlamento Europeo/ Consejo UE, C-436/03)
- STJUE de 12 de septiembre de 2006 (Asunto *Cadbury Schweppes plc.*, C-196-2004)
- STJUE de 16 de diciembre de 2008 (Asunto *Cartesio*, C-210-2006)

e) Documentos consultados

- Documento de la Unión Europea, "Derecho de sociedades"
<<http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/s09000.htm>>
[Consulta: 29 enero 2014].
- "Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento" de 18 de diciembre de 1961 (DOCE número 2 de 15 de enero de 1962, páginas 36 a 45, edición especial en español: Capítulo 06, tomo 1, pp. 7-10).
- "Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios" de 18 de diciembre de 1961 (DOCE número 2 de 15 de enero de 1962, páginas 32 a 35, edición especial en español: Capítulo 06, Tomo 1, pp. 3-7).
- Documento COM (1985) 310 Final, "Libro Blanco" de la Comisión sobre el Mercado interior ("*Completing the Internal Market: White paper from the Comisión to the European Council*"), Milan, 28-29 junio de 1985.
- Documento SEC (1998) 1944, "*Legislación más sencilla para el Mercado Único (SLIM): ampliación a una cuarta fase*".
<http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=140359>
[Consulta: 29 enero 2014].
- Documento COM (2000) 56 Final.
<http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=154620>
[Consulta: 29 enero 2014].
- Documento COM (2000) 104 Final.
<http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=154878>
[Consulta: 29 enero 2014].
- "*Informe Winter*": *Report of the High level group of company law experts on Modern Regulatory Framework for company law in Europe*, Bruselas, 4 de noviembre de 2002 (<http://europa.eu.int>).
- Documento COM (2003) 284 Final.
<http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=179931>
[Consulta: 29 enero 2014].
- Documento de la Comisión Europea: "*Una primera respuesta al caso ENRON*"
<http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/enron/ecofin_2004_04_Enrones.pdf>
[Consulta: 29 enero 2014].
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las

Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa, 415.º Pleno (9-10 de marzo de 2005), *Diario Oficial* 2005/C 234/01, de 22 de septiembre.

- Documento SEC (2007) 1707, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office (COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Parte 1).
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm>
[Consulta: 29 enero 2014].

- Documento COM (2008) 396/3 de 25 de junio de 2008, Propuesta de Reglamento del Consejo de 25 de junio de 2008 relativa al Estatuto de la Sociedad Privada Europea.
<http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/mi0007es.htm>
[Consulta 29 enero 2014].

- Resolución del Parlamento Europeo de 10 de Marzo de 2009 (A6-0040/2009).

- Documento COM (2010) 676 final, "Aplicación del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)".
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:ES:PDF>>
[Consulta: 4 mayo 2013].

- Documento COM (2011) 682 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales" de 25 de octubre de 2011.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0682:FIN:ES:PDF>>
[Consulta: 1 junio 2013].

- Documento COM (2012) 72 final, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).
<<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ES/1-2012-72-ES-F1-1.Pdf>>
[Consulta: 1 junio 2013].

- 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,

- Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf>
[Consulta 29 enero 2014].

Anexo

Abreviaturas

AAMN	Anuario de la Academia Matritense del Notariado
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AEIE	Agrupación Europea de Interés Económico
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AUA	Anales de la Universidad de Alicante
AUE	Acta Única Europea
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
C. E.	Constitución Española
CE	Comunidad Europea
CMLR	Common Market Law Review
DA	Documentación Administrativa
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
DIPr	Derecho Internacional Privado
DO L	Diario Oficial (de la UE), serie L
DO C	Diario Oficial (de la UE), serie C
EBLR	European Business Law Review
EBOLR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECL	European Company Law
ER	European Research
FMI	Fondo Monetario Internacional
GJUE	Gaceta Jurídica de la Unión Europea
HDBR	Harvard-Deusto Business Review
IBR	International Business Review
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IMR	International Marketing Review
ISMO	International Studies of Management and Organization
JBS	Journal of Business Studies
JIBS	Journal of International Business Studies
JMS	Journal of Management Studies
LD	Le Dalloz
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
NUE	Noticias de la Unión Europea
OPAs	Ofertas Públicas de Adquisición

RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDGRN	Resolución de la DGRN
RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho de los Negocios
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RE	Revista de Economía
REDO	Revista Española de Derecho Europeo
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RGD	Revista General de Derecho
RivN	Rivista del Notariato
RivS	Rivista delle Società
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJESCoop	Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa
RLL	Revista La Ley
RTDE	Revue Trimestrelle de Droit Européen
SAE	Sociedad Anónima Europea
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
SPE	Sociedad Privada Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCL	The Company Lawyer
TCCE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
ULR	Utrecht Law Review
YLJ	The Yale Law Journal

