



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/ 2017
Convocatoria: Septiembre

La Libertad de Establecimiento en la Unión Europea.

Freedom of establishment in the European Union.

Realizado por el alumno D. Tanausú Chávez Perdomo

Tutorizado por la Profesora D^a. Carmen Dolores Alomar Martín

Departamento: Dcho. Público y Privado Especial y Dcho. De la Empresa

Área de conocimiento: Dcho. Internacional Privado

Índice

	<i>Páginas</i>
<i>Resumen/Summary</i>	2
<i>Introducción</i>	3
<i>I. Principios jurídico-económicos en materia de sociedades en la UE. Propugnación del mercado único</i>	4
<i>II. Libertad de establecimiento</i>	5
2.1 <i>El concepto de establecimiento</i>	7
2.2 <i>La determinación de la Lex Societatis</i>	8
2.3 <i>Teoría de la constitución o incorporación/ Gründungstheorie</i>	9
2.4 <i>Teoría de la sede real/ Sitztheorie</i>	10
2.5 <i>El modelo español</i>	12
2.6 <i>Dificultades de la movilidad internacional societaria y especificidades del marco jurídico español</i>	16
2.7 <i>El Artículo 54 TFUE en relación con los modelos de determinación de la Lex Societatis</i>	19
<i>III. Jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de los artículos 49 y 54 TFUE.</i>	
3.1 <i>Jurisprudencia sobre el traslado de domicilio social</i>	21
3.2 <i>Jurisprudencia sobre la constitución de un establecimiento secundario</i>	24
3.3 <i>Síntesis de los pronunciamientos jurisprudenciales</i>	29
<i>Conclusiones</i>	29
<i>Bibliografía</i>	32

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio y la correspondiente delimitación de la problemática causada por la colisión del reconocimiento de personalidad jurídica a las entidades societarias y el derecho a la libertad de establecimiento de las mismas dentro del ámbito territorial de la Unión Europea, que se encuentra consagrado en los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La existencia de diversos sistemas de Derecho Internacional Privado entre los Estados miembro de la Unión Europea, unido a la ausencia de una armonización completa en dicho ámbito, da pie al surgimiento de obstáculos a la efectividad de las libertades de circulación y a un anormal funcionamiento del mercado interior.

Summary

The present work aims at the study and the corresponding delimitation of the problem caused by the collision of the recognition of legal personality to the corporate entities and the right to freedom of establishment within the territorial scope of the European Union, which is consecrated at the articles 49 and 54 of the Treaty of operation of the European Union.

The existence of various systems of private international law between the member states of the European Union, together with the absence of a complete harmonization in that area, gives rise to the emergence of obstacles to the effectiveness of freedom of circulation and an abnormal functioning of the internal market.

Introducción

En el actual entorno de globalización en el que vivimos, las sociedades como entes con personalidad jurídica propia, se han convertido sin duda alguna en los ejes neurálgicos de la economía.

Ello es debido a que en buena parte estas entidades gestionan la mayor parte del comercio, un comercio que tiende a la internacionalización, pues cada vez resulta más habitual y necesario el quebrantamiento de barreras nacionales con el fin de obtener productividad de la acción de comerciar.

En este sentido, ha resultado importantísimo la propugnación de un Mercado Único por parte de la Unión Europea, por medio del cual, se está consiguiendo en dicho ámbito que las sociedades gocen de las garantías necesarias para poder relacionarse entre sí, establecerse y actuar libremente dentro de los distintos Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, este Mercado Único que mencionamos no ha logrado implantarse aún de forma absoluta, pues el sistema que entrega garantías para el desarrollo del comercio internacional de las sociedades comunitarias, entra en ocasiones a colisionar con la propia legislación de los Estados que forman parte de la Unión Europea, y que contemplan ciertas restricciones al libre ejercicio de la libertad de establecimiento, por cuanto estos Estados pretenden ofrecer protección en atención a las mismas a sus principios, estructura interna y a sus propios nacionales.

De esta manera, el presente Trabajo viene precisamente a efectuar un análisis de los problemas que plantea el ejercicio de la libertad de establecimiento en el marco de la Unión Europea cuando entra en colisión con las legislaciones internas, principalmente con aquellas de carácter más restrictivo, y cómo se ha venido solucionando por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. Principios jurídico-económicos en materia de sociedades en la UE. Propugnación del mercado único.

La Unión Europea se configuró como un impulso a la cooperación económica entre los pueblos de Europa tras la Segunda Guerra Mundial en base a la idea de que, a medida que aumentara la interdependencia económica entre los países, disminuirían las posibilidades de conflicto. Para ello entre otros se impulsó la creación de un mercado único, para cuyo entendimiento se hace quizás recomendable comenzar abordando el contexto normativo y las disposiciones reguladoras vigentes en el ordenamiento jurídico europeo.

En 1957 la promulgación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en el año 1957 (TCEE), inició un proceso conocido como de integración económica europea, en el que por primera vez se da pie de forma sólida a la creación de un mercado común entre los estados firmantes de dicho texto legal, que se debiera de entender como un espacio económico de actuación de los Estados donde pudieran desarrollarse de manera pacífica las actividades económicas de estos. De esta forma, ciudadanos y agentes económicos pueden relacionarse con libertad, disponiendo de los derechos y deberes que se les reconocen en las disposiciones comunitarias.

Actualmente, el artículo 119.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Maastricht en 1992 (TFUE), configura el mercado único como un espacio físico conformado por el territorio de todos los estados miembros de la Unión Europea, y que se sustenta en una economía abierta y de libre competencia. Para dar pie a la consolidación de este mercado, el legislador europeo construyó un sistema de libertades, como son la circulación de personas, de mercancías, de servicios y de capitales. Entre las que es posible dilucidar un derecho de establecimiento, y que en definitiva vienen a permitir dar alcance a los objetivos armonizadores de la unión europea, eliminando los obstáculos de carácter

nacional que limiten el comercio entre sujetos de los distintos Estados miembros. Dentro de dicho mercado interior, se hace fundamental el concepto de movilidad societaria¹, que ha de estar asegurada para personas, mercancías, servicios y capitales.

Sin embargo, la consecución de los objetivos marcados por la propia Unión Europea (UE) pasa por el hecho de que cada Estado miembro ha de llevar a cabo una labor de transposición a su ordenamiento jurídico interno de las directivas y demás disposiciones que para dar cumplimiento a los fines anteriores vayan siendo dictadas. En ese sentido, las directivas se convierten en verdaderas fuentes de armonización de los distintos ordenamientos jurídicos que coexisten dentro del ámbito comunitario, en los que existen estructuras jurídicas distintas, derivados de desarrollos jurídico-históricos y de realidades sociales distintas.

Esta armonización no puede confundirse con la concepción de unificación jurídica, pues esta última se traduce en el hecho de igualar o equiparar normativas, a lo cual solo se llega por medio de reglamentos, o de promulgación de directivas complejas y minuciosas que no dejan apenas margen de actuación a los legisladores de los distintos Estados miembros.

II. Libertad de establecimiento.

Como introducíamos de manera suscita con anterioridad, la constitución de un mercado común lleva aparejado el reconocimiento de cuatro libertades fundamentales de la UE: libertad de circulación de bienes, servicios, capitales y personas; siendo precisamente el derecho al libre establecimiento societario una manifestación de esta última libertad².

Ahora bien, la mayoría de la doctrina a este respecto, ha entendido que no merece dicha libertad de establecimiento ser calificada como una mera manifestación más de la libertad de circulación de personas, sino que ha de ser considerada, por su importancia práctica, como

¹ PRATS JANÉ, Sergio. *Obstáculos jurídicos a la internacionalización y movilidad transnacional de empresas en la Unión Europea*. Madrid. Editorial José María Bosch Editor, 2015. Pág. 29.

² RODAS PAREDES, Paola. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada. Editorial Comares, 2011. Págs. 3-5.

una manifestación privilegiada de la misma, llegándose incluso a disponer por algunos autores que *“la puesta en práctica de las cuatro libertades fundamentales implica necesariamente la existencia y organización del derecho de establecimiento, piedra angular de todo el edificio comunitario”*³.

Es por ello que el reconocimiento de una plena libertad de establecimiento es el primer condicionante para que las entidades sociales determinen de forma libre su sede efectiva, sin atender a posibles restricciones jurídicas que se vinculen con su nacionalidad. Una vez designada la sede social, es cuando se hace posible el desarrollo de las restantes libertades que contempla en ordenamiento jurídico europeo⁴.

Esta libertad puede quedar definida por medio de una interpretación conjunta de los artículos 49 y 54 del TFUE. De conformidad con el primero de los preceptos citados, el legislador europeo ha impuesto una prohibición genérica de restricciones a la libertad de establecimiento de los que fueren nacionales de un Estado miembro, para con el territorio de otro Estado miembro. Asimismo, la prohibición se extiende 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”*. El tercer párrafo de dicho artículo prosigue delimitando el contenido de la libertad de establecimiento, disponiendo la ampliación conceptual a *“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 TFUE, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales”*.

El artículo 54 del TFUE realiza, por su lado, una extensión subjetiva del ámbito de aplicación de dicha libertad de establecimiento a las personas jurídicas comunitarias⁵. Para ello establece

³ COLOMES, Marcel *Le droit des l'établissement et des investissements dans la CEE*. París. Editorial J. Delmas et Cie., 1971. Pág. 76.

⁴ PRATS JANÉ, S. Op. cit. pág. 75.

⁵ ARCOS VARGAS, Marycruz. “Lección 12ª. El Mercado Interior”. En: ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, y CASADO RAIGÓN, Rafael (Coordinadores). *Curso de Derecho de la Unión Europea*. 1ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, pág. 341.

una equiparación entre aquellas sociedades que se encuentren constituidas, y tengan su sede social, administración central, o centro de actividad principal en la UE con las personas físicas nacionales comunitarias a las que en un principio se dirige el artículo 49 del TFUE. Y a continuación añade lo que habremos de entender por “sociedades” a los efectos de las disposiciones de citado capítulo: se entenderá por tal, *“las sociedades de Derecho civil o 3 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”*.

2.1. El concepto de establecimiento.

Llegados a este punto se hace preciso determinar lo que hemos de entender por establecimiento. Del propio artículo 49 del TFUE se desprende que podemos encontrar dos modalidades de establecimiento⁶: de un lado, nos encontramos con el establecimiento primario o a título principal; y de otro lado el establecimiento secundario o a título secundario, donde se encuadraría la posibilidad de apertura de agencias, sucursales o filiales.

Este concepto ha venido siendo además delimitado por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este sentido resulta, por ejemplo, reseñable el asunto *Factortame*⁷, en el cual se definió al establecimiento como la forma de ejercicio efectivo de una actividad económica, en una concreta instalación física, de carácter principal o secundario pero que siempre ha de tener la consideración de permanente. Y todo ello desarrollado en un Estado nacional de la UE distinto al estado de origen.

Este último inciso es importante, pues como entiende parte de la doctrina⁸ la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son ambas actividades económicas independientes. Si bien, cuando la prestación se efectúa en un establecimiento permanente situado en el Estado miembro en el que se desarrolla la actividad empresarial estamos ante un

⁶ ARCOS VARGAS, M. Op. cit., pág. 340

⁷ Sentencia del TJCE, de 25 de julio de 1991, as. C-221/89, *The Queen contra Secretary of State for Transport*, ex parte *Factortame Ltd* y otros, Rec. 1991, p. I-3905.

⁸ CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid. Editorial Colex, 2003. Pág. 29.

supuesto de libertad de establecimiento. En cambio, si la prestación se efectúa en un Estado en el que no se cuenta con un establecimiento permanente, estamos ante un supuesto de libertad de prestación de servicios.

2.2 *La determinación de la Lex Societatis.*

Cuando el principio de la libertad de establecimiento se aplica a una entidad societaria siguiendo el artículo 54 del TFUE, entran en juego los problemas derivados de la perspectiva del Derecho Internacional Privado, pues hay que tener en cuenta que, en principio, partimos de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que revisten de múltiples características singulares en materia societaria, y que obviamente pueden entrar en colisión, y ello tanto desde el contenido del derecho societario general como desde el contenido del derecho societario conflictual⁹, esto es, los criterios para determinar cuál es la ley que ha de regir en la sociedad.

Al respecto se hace preciso que introduzcamos el concepto de “*lex societatis*”, que puede entenderse como la ley estatal que rige a la persona jurídica societaria, desde su constitución hasta el momento de su liquidación, disolución o extinción.

Para la determinación de la ley aplicable o *lex societatis*, la UE no ha introducido concretos preceptos que permitan la unificación de un único criterio determinativo. Así pues, hay que estar a lo que disponen de forma particular cada uno de los Estados miembros de la UE, a efectos de determinar cuál es la ley aplicable a las distintas sociedades que surjan o se desarrollen en el ámbito comunitario.

Los Estados parte de la UE, establecen múltiples puntos de conexión para efectuar esta labor determinativa, pero con carácter general se podría indicar que se tiende a la utilización, principalmente, de dos modelos¹⁰: de un lado aquellos acogidos dentro de la teoría de la

⁹ PRATS JANÉ, S. Op. cit. pág. 98.

¹⁰ En este sentido, hay que tener en cuenta que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en una denominación única que acoja los distintos posicionamientos doctrinales sobre las vías de otorgamiento de la *Lex societatis*. Así por ejemplo, GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco J., en *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Madrid: EDERSA, 2002, pág. 47, emplea el término de “modelos” para designar

constitución o incorporación; y de otro lado los acogidos dentro de la teoría de la sede real; sin perjuicio de que un mismo Estado pueda adoptar un sistema mixto que contemple la aplicación de ambos modelos. Y es debido a ello que el actual artículo 54 del TFUE acoja en su seno una equiparación entre los conceptos de sede social, administración central y centro de actividad principal.

2.3. Teoría de la constitución o incorporación/ Gründungstheorie¹¹.

De acuerdo con este modelo de determinación de la *lex societatis*, las sociedades se van a regir por la ley del Estado conforme a cuya legislación se hubieren constituido. Además, de este punto de conexión también se habla de que nos encontramos ante este modelo cuando resulte aplicable la ley del Estado en el que los socios fijen el domicilio social de la sociedad, es decir del domicilio social que conste en los estatutos que han de regir la entidad.

En definitiva se escoge la ley del país al que por “incorporarse” está vinculado, esto es, la ley del lugar donde se realizaren los actos constitutivos de la entidad societaria, especialmente los actos de registro, que permitan al obtención de la personalidad jurídica al ente creado, o bien los del lugar donde la sociedad hubiere adquirido de forma automática personalidad jurídica como consecuencia de un acto jurídico privado originario.

Los antecedentes de este modelo se encuentran en Reino Unido, y de hecho se articula como el modelo dominante en la doctrina inglesa, si bien se ha extendido también a otros territorios comunitarios como Irlanda, Países Bajos, Finlandia, Dinamarca, o Suecia.

estas categorías de normas de conflicto. Otro sector como por ejemplo, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II. 14^a ed. Granada: ed. Comares, 2013, emplean las denominaciones de “teoría” o, con mayor profusión, “tesis”.

¹¹ El término *Gründungstheorie* proviene la terminología empleado en Derecho Alemán. Además debe indicarse que algún autor también denomina estas tesis como de teoría de la unidad, véase: SPINDLER, G. “El derecho de sociedades después de *Inspire Art* y *Golden Shares*”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 23, 2004, pág. 71.

Nos encontramos ante un modelo que, en cierto modo, permite a los socios designar de manera libre la ley que resulte aplicable a una sociedad, con el consiguiente beneficio que significa poder designar la ley del país que les resulte más favorable a sus intereses. Además se trata de un sistema que permite dotar de cierta seguridad jurídica al tráfico, por cuanto permite que los terceros ajenos a la sociedad tengan conocimiento de la ley personal que resulte aplicable a la misma.

Sin embargo, el modelo presenta también una serie de dificultades, por cuanto puede sucederse el llamado *Efecto Delaware*¹², con el que se conoce a la posibilidad de que determinados Estados puedan optar por una legislación permisiva y benigna desde el punto de vista fiscal con las sociedades a efectos de atraer a inversores societarios¹³. Y de este modo se constituyen sociedades de acuerdo a la ley de Estados con los que no guardan vinculación ninguna, pues han sido tentadas por una regulación más laxa, son las conocidas como “*pseudo-foreign corporations*”.

2.4. Teoría de la sede real/ *Sitztheorie*

De conformidad con este segundo modelo de determinación de la *lex societatis*, las sociedades se van a regir por la ley del Estado donde se encuentre la sede real de las mismas. Estamos ante un modelo que tiene sus orígenes en la Alemania y Francia de primera mitad del siglo XIX, si bien se ha extendido por buen número de Estados de la UE como son Italia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Austria,...

Como hemos indicado, el criterio determinante en este caso es la localización de la sede real de la sociedad, con independencia de cuál haya sido la voluntad de los socios. El problema en

¹² En el derecho de los EEUU, se contempla la posibilidad de que las sociedades puedan establecerse conforme a la legislación del estado de su elección, sin ningún tipo de restricción. Ello ha llevado a que estados como Delaware, hayan efectuado políticas que tienen a atraer a las sociedades. De ahí de donde provenga el nombre, aunque en la realidad, Delaware no es el único Estado que ha efectuado esta labor, pues también han actuado de esta manera otros países denominados como oasis o como paraísos fiscales.

¹³ CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Lección 22º: Movilidad transfronteriza de sociedades y libertades europeas de circulación”. En: FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA, Luis. *Estudios sobre Derecho de Sociedades*. Pamplona. Editorial Aranzadi, 2016. Pág. 683.

este caso viene a la hora de determinar qué es lo que ha de entenderse por sede real de la entidad societaria, pues ha de tenerse en cuenta en primer lugar que cada Estado va a ser libre de configurar sus propias normas de conflicto en torno al punto de conexión que haya utilizado para determinar la ley aplicable a la sociedad; en segundo lugar la calificación de qué debe entenderse por sede real depende en buena medida de la apreciación de una serie de hechos¹⁴, y por tanto, cabe presumir que los operadores jurídicos no tienen por qué emplear los mismos criterios para especificar lo que constituye sede real; y en tercer lugar, porque situándonos en un ámbito de actuación internacional y compleja, resulta cada vez más difícil dilucidar un concreto lugar desde el que se realice concretamente la labor de dirección empresarial.

Por tanto, estamos ante una situación sobre la cual la doctrina se ha mostrado titubeante a la hora de dar un criterio único del concepto de sede real. Así pues, se hace corresponder el concepto de sede real con el concepto de sede de dirección, esto es, con la administración central de la sociedad (doctrina alemana), o bien también con el concepto de lugar donde se sucede la principal actividad de la empresa, esto es el centro de explotación principal de la sociedad, si bien algunos autores han venido entendiendo esta última como una teoría o modelo independiente de determinación de la Lex societatis.

Pero superada la fase de determinación de cuál ha de ser el concepto a tener en consideración como sede real, lo cierto es que los distintos ordenamientos jurídicos han seguido este modelo, principalmente porque permite cumplir con una doble finalidad: de un lado, refuerza en los vínculos entre la sociedad y el Estado en el que esta se erige, condicionando la posibilidad de que sean los socios quienes determinen cual es la ley personal aplicable a la entidad societaria, a que exista un vínculo material entre la sociedad y el Estado que sigue este modelo. De otro lado, este modelo permite una mayor protección de los terceros que se relacionan con la sociedad misma, que presumen nacional de determinado Estado a la sociedad que realiza actividad en el mismo. En este sentido se pueden seguir las palabras del

¹⁴ Sentencia del TJUE, de 5 de noviembre de 2002, as C-208/00, Asunto Überseering BV, apartados 92 y 93.

profesor Prats Jané al disponer 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”¹⁵.

Sin embargo, pese a que se puede considerar que con este modelo se cumplen las finalidades descritas, lo cierto es que la determinación de acuerdo con la teoría de la sede real puede considerarse incompatible con el principio de libertad de establecimiento que se recoge en los artículos 49 y 54 del TFUE, por cuanto se dificulta el reconocimiento de personalidad jurídica a entidades que presentan una sede real en un lugar distinto a aquel en el que se ha constituido la sociedad, pero lo cierto es que tampoco se impide el traslado de la sede real de una sociedad, si bien ello lleva aparejado la necesidad de crear una nueva sociedad, o bien desplazar la sede real y también estatutaria de la anterior, con el pertinente coste económico que ello lleva consigo¹⁶.

2.5. El modelo español.

Desde un punto de vista histórico, los distintos pronunciamientos jurisprudenciales en la España de principios del S. XX¹⁷, parecen conducirnos al hecho de que nuestros jueces comenzaron defendiendo la idea de que el ordenamiento jurídico español seguía el modelo del

¹⁵ PRATS JANÉ, S. Op. cit. pág. 113

¹⁶ RODAS PAREDES, P. Op. cit. pág. 38

¹⁷ Sentencia del TS, de 17 de enero de 1912.

domicilio estatutario para la determinación de la ley aplicable, pues resultaba determinante el valor del domicilio social recogido en la escritura de constitución¹⁸.

La situación parece que viene a cambiar ya a mediados de susodicho S. XX, pues acaecidas tanto la Guerra Civil Española, como la Segunda Guerra Mundial, el legislador comienza a encontrar necesaria una reforma legislativa que permita dotar de mayor protección jurídica a la economía interna del Estado¹⁹. De esta manera, se introducen previsiones tendentes a invalidar la junta general de accionistas de una sociedad cuando la misma no se celebre donde se encuentre el domicilio social de la entidad en cuestión²⁰; pero también se instaurarán algunos nexos para la determinación de la *lex societatis*, que pertenecen a la doctrina de la Sede Real²¹. Así pues, nos encontramos con que a partir de estos momentos se produce un acercamiento entre la regulación española y el modelo *Sitztheorie*.

En la actualidad, la designación de cuál es el concreto modelo para la determinación de la *lex societatis* sigue siendo un tema controvertido doctrinalmente hablando. Ello se debe en buena parte a que no puede extraerse de la normativa vigente una forma de designación concreta y específica de cuál ha de ser el modelo a seguir, y tampoco ayuda la existencia de un gran conjunto de disposiciones diferentes que inciden sobre el asunto de manera poco clara o confusa.

Ello ha dado lugar a que exista una división doctrinal que distingue entre los partidarios de seguir el modelo constitución/incorporación, los partidarios del modelo de sede real o efectiva, pero también entre los partidarios del conocido como modelo constitución-domicilio. Para efectuar un análisis de estas circunstancias, hemos de partir del artículo 9.11 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (Cc.), que de forma muy amplia circunscribe la *Lex societatis* a la nacionalidad de la entidad societaria, es decir, la

¹⁸ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *La Transferencia internacional de sede social*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997. Pág. 95 y ss.

¹⁹ RODAS PAREDES, P. Op. cit. pág. 205.

²⁰ Decreto-Ley de 17 de julio de 1947.

²¹ Es lo que sucede por ejemplo en la regulación contenida en la Ley de 17 de julio de 1951, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. En la misma se establece que el domicilio social ha de coincidir con la sede real y aquella debe situarse en el territorio español.

sociedad tiene una nacionalidad y la misma determina su ley aplicable. Pero hecha esta afirmación, determinar cuándo una sociedad puede entenderse que tiene la nacionalidad española tampoco resulta sencillo. En este sentido, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 28.1 del Cc. que indica que las personas jurídicas tendrán la nacionalidad española cuando estuvieren domiciliadas en España, y lo contenido en el artículo 41 del Cc. que señala que el domicilio quedará fijado bien en el lugar “...*en que se halle establecida su representación legal, o donde se ejerzan las principales funciones...*”.

Así pues, se extrae de estos preceptos la conclusión de que si bien el ordenamiento jurídico español en principio introduce algunos criterios que permiten determinar cuándo una sociedad tiene consideración de nacional español, no explica cuando ha de tener consideración de extranjeros, debiendo presuponerse que lo serán todas aquellas que no puedan optar por la nacionalidad española. Así que la cuestión realmente problemática consiste en determinar a qué se refiere el concepto de domicilio que utiliza el legislador cuando afirma que la nacionalidad viene condicionada por la domiciliación en territorio español, es decir, si se refiere al domicilio estatutario-registral o en cambio al de sede real o efectiva de la entidad, pues la adopción de uno y otro concepto determina que se siga uno u otro modelo de determinación de la *lex societatis*.

La cuestión tampoco queda aclarada sumando a estos preceptos otros tantos que se encuentran dispersados por nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el artículo 15 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (Ccom.), dispone que si bien las entidades constituidas en el extranjero pueden ejercer la actividad comercial en España de acuerdo con las Leyes de los países donde se hubieren constituido, quedarán regidas por la Ley española “...*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*”.

Es precisamente el contenido de este artículo lo que ha llevado a un sector doctrinal a hablar de la conocida como tesis de la “constitución-domicilio”²² que señalábamos anteriormente. La misma utiliza los criterios del domicilio que emplea el artículo 28 Cc. y de la constitución que utiliza el artículo 15 del Ccom., para determinar la nacionalidad española de una entidad, es decir se precisa que una sociedad se haya constituido de acuerdo con la ley española, pero también que esté domiciliada en nuestro país para adquirir la condición de nacional español. Esta tesis es criticada porque se entiende que mezcla un problema conflictual y un problema material, que operan en planos y momentos diferentes. La ley material española (en este sentido el Ccom.) solo se aplicará cuando hubiere sido determinado ya la *lex societatis* por medio de la norma de conflicto²³.

En otro orden, también resultan destacables los artículos 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC). Los criterios para determinar la nacionalidad española de una sociedad de capital que se regulan en dicho cuerpo normativo²⁴ vienen a copiar los introducidos por el art. 28.1 del Cc., pero los matices que son introducidos en los artículos octavo y noveno del TRLSC son de hecho los utilizados por la doctrina bien para justificar el modelo de la sede real o el modelo de constitución/incorporación.

De un lado, los defensores de la teoría de la sede real, atienden al inciso final del artículo 9 TRLSC, que dispone que *“las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”*, para justificar que aunque la sociedad se hubiere creado en el extranjero, si cumple con que su

²² BLANCO-MORALES LIMONES P. Op. cit. págs. 89 y ss.; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit. pág. 299 y ss.

²³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. Op. cit. págs. 288 y ss.

²⁴ El art. 8 TRLSC señala 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”. Asimismo el art. 9 TRLSC dispone 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”.

domicilio real o efectivo se encuentra en España, la ley de este país será la que rija en la sociedad²⁵.

De otro lado, los defensores de la teoría de la constitución/ incorporación, también emplean el contenido de estos artículos para fundamentar su tesis, si bien se concretan en lo dispuesto in fine en el artículo 8 TRLSC, entendiendo que cuando la ley se refiere a domicilio en territorio español, se está refiriendo al domicilio fijado estatutariamente²⁶.

Con todo ello, justificamos la afirmación que se hacía con anterioridad de que en nuestro ordenamiento jurídico existe un gran grado de indeterminación sobre cuál ha de ser el modelo a seguir para la determinación de la *lex societatis*, dividiéndose la doctrina entre la teoría de la sede real, la teoría de la constitución/incorporación, o la tesis de la constitución/domicilio.

2.6. Dificultades de la movilidad internacional societaria y especificidades del marco jurídico español.

No debe dejar de tenerse en cuenta la posibilidad de que una vez constituidas, las sociedades puedan efectuar traslados de sus sedes. Cuando dicho traslado conlleva la modificación del estatuto personal de la sociedad, queda abierta la posibilidad del cambio de la *lex societatis*²⁷.

Si lo que se produce es un cambio de sede real pueden generarse cuatro posibilidades: cuando el traslado se produce desde un país donde se propugna el modelo de la sede real a otro en el que se contempla este mismo modelo, puede producirse el cambio en la *lex societatis*, siempre que se efectúe con un traslado de la sede de dirección efectiva de la sociedad que se traslada. De lo contrario no será reconocido como nacional del Estado hacia el que se produce el traslado. Cuando el traslado se produzca entre un país que propugna el anterior modelo, hacia un Estado partidario de la tesis de la constitución/incorporación, no se exige que exista un traslado efectivo del centro o sede de dirección, nos encontramos ante una transferencia de

²⁵ BLANCO FERNÁNDEZ, J.M. “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”. Revista de Derecho Mercantil, 1992. Núm. 203/204, Pág. 267.

²⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. “La nacionalidad de la sociedad anónima”. Revista de Derecho Societario, 1993. Núm. 1, Pág. 46.

²⁷ RODAS PAREDES, P. Op. cit. pág. 40.

hecho²⁸, donde la movilidad societaria se ve enormemente facilitada, pues no se exige que se traslade la sede real para que el nuevo Estado hacia el que se traslada pudiera llegar a reconocer a la sociedad que se traslada. Algo similar sucede cuando el Estado inicial desde el que se produce el traslado sigue la tesis de la constitución/incorporación, donde se vuelve a producir el fenómeno de la transferencia de hecho; y finalmente, cuando el traslado se produce desde un Estado que acoge la tesis de la constitución/ incorporación hacia otro que sustenta el modelo de la sede real, se produce al igual que en la primera de las opciones una transferencia de derecho²⁹.

En lo que a España se refiere, resulta trascendental lo dispuesto en la reciente regulación introducida por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LMESM), tanto para el traslado al extranjero de sociedades españolas, como para la movilidad a España de entidades extranjeras. En dicha regulación resulta indiferente si el segundo Estado al que se dirige la sociedad o del que proviene la misma, es un Estado miembro de la UE, o por el contrario se trata de un tercer Estado ajeno a la UE, pues la normativa española no introduce ninguna diferenciación al respecto.

Para que sea posible el traslado de una entidad al extranjero, se hace preciso cumplir previamente con una serie de requisitos que quedan recogidos en la propia regulación de la ley³⁰ como son que: estemos ante una entidad mercantil que ostente la nacionalidad española. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE³¹ y algún posicionamiento doctrinal³², han contemplado la necesidad de este requisito por cuanto se entiende que la ley que determina si una sociedad puede o no trasladar su domicilio es la ley de la sociedad en el momento anterior a producirse el traslado que se pretende; y que por tanto, también esté inscrita la sociedad en el Registro Mercantil.

²⁸ PRATS JANÉ, S. Op. cit. pág. 135.

²⁹ PRATS JANÉ, S. Op. cit. pág. 136.

³⁰ Arts. 93 y ss. de la LMESM.

³¹ Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2008, Asunto Cartesio C-210-2006, Apartado 110.

³² CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”. Revista Derecho Societario, 2007. Núm. 28, pág. 64

Asimismo, se viene entendiendo como necesario que el Estado receptor garantice la continuidad de la personalidad jurídica de la entidad que se traslada, pues si ello carecería de sentido el traslado, y por otro lado para dar seguridad jurídica y económica al tráfico se impide el traslado de entidades que se encuentren en concurso de acreedores o en fase de liquidación. Además surgen en el procedimiento derechos para los socios y accionistas, a los que por ejemplo se les atribuye la posibilidad de separación, pero también surgen mecanismos para la oposición de los acreedores, siempre que los créditos de estos fueran anteriores a la publicación del proyecto de traslado³³ al que nos referiremos a continuación.

Junto a ello, también ha de seguir un complejo proceso de tramitación, que pasa por la elaboración de un proyecto de traslado, del que informarán los administradores y que ha de estar aprobado por la Junta General, y que ha de presentarse ante el Registro Mercantil en el que la entidad estuviere inscrita a efectos de que el registrador expida un certificado acreditativo del cumplimiento de la tramitación que se exige legalmente, y que facilite la inscripción en el Registro del nuevo domicilio³⁴.

Para que sea posible el traslado de una entidad extranjera a España, en principio no existe la imposición de condiciones restrictivas, y por ello se reconocen automáticamente todas las entidades que pretendieran trasladarse a territorio nacional, siempre y cuando hubieren sido válidamente constituidas de acuerdo a la legislación de su Estado originario, y dicho Estado fuere perteneciente a la UE. Si es un tercer Estado, se precisa de un informe de experto que demuestre que el patrimonio de la empresa que se traslada alcanza el mínimo requerido en cuanto al capital social de acuerdo con la regulación española³⁵.

Dejando de lado el traslado de la sede de la sociedad cuando lo que se produce es la movilidad secundaria de las sociedades, esto es, la creación de un establecimiento secundario

³³ MIGUEL GOENECHEA, J; GRACIA C., (2009) "Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales", Actualidad Uría Menéndez n°24: <http://www.uria.com>

³⁴ IGLESIAS PRADA, J. L., GARCIA DE ENTRERRIA, J., "Las modificaciones estructurales de las sociedades" en: MENÉNDEZ A.; y ROJO A. *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. Pamplona, Ed. 12ª, Editorial Civitas, 2014. Pág. 571.

³⁵ Artículo 94 de la LMESM.

como pudieran ser la constitución de agencias o sucursales en Estado distinto al originario de la sociedad, ello no conlleva ningún cambio en la *lex societatis*, y por ello se articula como una forma de evitación de los problemas que se generan con el traslado de sede o domicilio de la entidad. En estos supuestos lo que puede llegar a suceder es que bajo determinadas circunstancias, los nuevos establecimientos que se abren, pueden llegar a quedar sujetos a la ley del Estado donde se produce la apertura.

2.7. El Artículo 54 TFUE en relación con los modelos de determinación de la Lex Societatis.

El legislador europeo por medio de la configuración que ha dado al artículo 54 TFUE, ha intentado que en el mismo se abarquen todos los criterios de localización de una sociedad a efectos de determinación de la *lex societatis*, que son utilizados por los distintos Estados miembros de la UE. Es decir, da pie tanto a que se siga el modelo de la constitución/incorporación, como el modelo de la sede real, ya que la terminología empleada por este artículo 54 TFUE para el reconocimiento de los efectos de aplicación de lo dispuesto entre los artículos 49 y 54 TFUE, es tanto la sede social, esto es la sede estatutaria, como la administración central o centro de actividad principal, esto es la sede real.

Sin embargo, parte de la doctrina, interpretando de forma conflictual el precepto, ha entendido como señala Prats Jané³⁶ que en realidad “...*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 la 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,...*”.

³⁶ PRATS JANÉ, S. Op. cit. pág. 139

De hecho, son precisamente las dificultades que presentan el traslado societario y la movilidad dentro de los territorios de la Unión Europea las que han generado mayores críticas sobre el modelo de sede real o dirección efectivo, por cuanto se sobreentiende que las mismas resultan en cierto modo incompatibles con la libertad de establecimiento que se viene a recoger en los artículos 49 a 54 TFUE.

Sobre la cuestión de cómo debe de interpretarse la libertad de establecimiento que se articula más concretamente en los artículos 49 y 54 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado múltiples resoluciones jurisprudenciales, que analizaremos a continuación, y que nos servirán para determinar el concreto modelo de determinación de la Lex Societatis que se ha de seguir, para no operar en contra de susodicha libertad.

III. Jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de los artículos 49 y 54 TFUE.

A lo largo del presente capítulo, se desarrollará un sucinto análisis de las principales resoluciones interpretativas que como ya habíamos señalado han sido dictadas por el TJUE sobre los artículos 49 y 54 TFUE, en relación con la libertad de establecimiento de las sociedades comunitarias. Para ello, no seguiremos una relación de ordenación cronológica de los distintos pronunciamientos del tribunal directamente, sino que primero atenderemos a efectuar un análisis en dependencia de que nos situemos ante la aplicación del derecho de establecimiento primario, esto es al traslado del domicilio social de la entidad de que se trate, o ante la aplicación del derecho de establecimiento secundario, esto es a la constitución de un establecimiento secundario que, como hemos ido indicado, se han consolidado como las formas que se ponen a disposición de las sociedades de los distintos Estados miembros para facilitar su movilidad por los distintos Estados de la U.E.

3.1. Jurisprudencia sobre el traslado de domicilio social.

Como acabamos de indicar, en este apartado trataremos algunos pronunciamientos del TJUE que se relacionan con la movilidad primaria de las sociedades, con la posibilidad de que las mismas trasladen su domicilio social. Aquí nos encontramos con: la sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Asunto *Daily Mail*, C-81/87); la sentencia de 16 de diciembre de 2006 (Asunto *Cartesio*, C-210/06); la sentencia de 5 de noviembre de 2002 (Asunto *Überseering BV*, C-208/00); y la sentencia de 12 de julio de 2012 (Asunto *VALE Épitésí*, C-378/10).

a) *Daily Mail*.

El litigio que se viene a resolver por medio de esta resolución deriva del intento de una sociedad de holding e inversión constituida de acuerdo con el Derecho Británico y con su domicilio social prefijado en Londres que pretende trasladar este último a Países Bajos. Para que este traslado fuera posible el Derecho Británico venía exigiendo que con carácter previo se obtuviese una determinada autorización de la Hacienda Pública, la cual es denegada a la sociedad, derivando en que esta acuda a los tribunales. Llegada la cuestión a la Corte Suprema de Reino Unido se plantea cuestión prejudicial por la misma al TFUE de si ha de tener consideración contraria o no a la libertad de establecimiento que se reconoce en los arts. 49 y 54 TFUE³⁷, que sea exigido por la legislación británica una autorización administrativa para el traslado del domicilio social, no existiendo otros impedimentos ya que tanto la legislación inglesa como la de los Países Bajos permiten dicho traslado.

Al respecto el TJUE acaba resolviendo que la libertad de establecimiento queda condicionada por la aplicación de los ordenamientos jurídicos de los Estados de partida y de destino, y por tanto a los requisitos de constitución y funcionamiento de la sociedad que cada uno de ellos contemplan³⁸. Esta concreta interpretación resulta muy limitativa de la libertad de establecimiento, por cuanto, si un concreto Estado impide el traslado aunque fuere por medio de un acto administrativo como sucede en el litigio que se resuelve en esta sentencia, ello

³⁷ En la Resolución no se habla concretamente de estos preceptos, sino de sus antecesores en las anteriores versiones del TFUE. Es decir, antiguos artículos 43 y 48 del Tratado de la Comunidad Europea.

³⁸ GARCÍ-MARTÍN ALFÉREZ, F.J. "La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJUE". Noticias de la Unión Europea, 2006, Núm. 252, Pág. 134

infiere en que la única forma que resta a la entidad para trasladarse es la de disolverse y constituirse de nuevo, pero en este caso de acuerdo con el Derecho del Estado de destino.

Sin embargo, lo cierto es que pese a lo restrictivo de la sentencia, la misma resulta de vital importancia para pronunciamientos ulteriores, pues aunque se varía el criterio interpretativo, se deja constancia de que el contenido de las disposiciones del TFUE (anterior TCEE), son compatibles con la teoría de la sede real o efectiva de la sociedad³⁹.

b) Cartesio.

En este supuesto el litigio se plantea cuando una sociedad domiciliada en Hungría intenta trasladar su sede real a Italia, pero pretendiendo que permanezca intacta la *lex societatis* húngara, pese a que en dicho ordenamiento jurídico se predique el modelo de la sede real. Es por ello, que se presenta por los tribunales húngaros cuestión de prejudicial sobre cómo han de interpretarse estos hechos, para que no resulte contrario a la libertad de establecimiento que se articula en las normas comunitarias.

Al respecto, el TJUE señala que debido al amplio número de pluriformes ordenamientos jurídicos existentes en la UE, determinar si el cambio de domicilio es una cuestión que implica un cambio de ley aplicable, ha de corresponder a cada Estado de forma particular. Así pues, se da pie a que la legislación húngara pueda impedir el mantenimiento de la aplicación de su ley nacional sobre la entidad que pretende trasladarse. La justificación de lo dispuesto a partir de esta controversia jurídica, deriva en esencia de que el traslado de la sociedad puede significar una causa de pérdida del criterio de conexión entre sociedad y el ordenamiento que la venía precediendo.

Aunque esto ha de ser matizado, pues la propia resolución se encarga de señalar que en caso de movilidad con cambio de *lex societatis*, el Estado originario no puede imponer la obligación de disolución de la sociedad y de nueva constitución de acuerdo con el Estado de

³⁹ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, Academia Edu: <https://www.academia.edu>

destino, pues se señala que esto sí podría llegar a considerarse como un obstáculo a la libertad de establecimiento.

En definitiva, al igual que en el asunto *Daily Mail*, en la presente resolución se hace patente la compatibilidad del modelo de la sede real con la legislación comunitaria. Si bien, esto no ha sido óbice para que, de forma ulterior, se hayan dictado resoluciones mucho más liberalizadoras en las que se pretende hacer prevalecer sobre las reglas de los ordenamientos jurídicos internos la libertad de establecimiento⁴⁰. Ello es debido en buena parte a que mientras que *Daily Mail* y *Cartesio* se centran en los problemas existentes en el Estado de origen del traslado, las resoluciones más favorecedoras de la libertad de establecimiento tratan más bien los impedimentos existentes en los Estados de destino del traslado de sociedades.

c) *Überseering*.

En el presente supuesto se viene a resolver la controversia que se suscita cuando una entidad constituida de acuerdo con el Derecho neerlandés, pero que adquirió terrenos en Alemania y cuyo capital fue obtenido en forma de participaciones por socios de nacionalidad alemana, pretenden interponer una determinada demanda frente a los tribunales de este último país, y le es denegada la capacidad procesal a la entidad, por entenderse como necesario el hecho de tener que disolverse la entidad de acuerdo con el Derecho neerlandés y deber constituirse de nuevo conforme al alemán.

El TJUE resuelve que está última obligación para la adquisición de la capacidad procesal he de considerarse como atentatoria de la libertad de establecimiento. Pues se expone que en caso de traslado de la sede real o efectiva de una sociedad, el Estado de destino no puede denegar a la entidad su capacidad jurídica⁴¹ necesaria para la adquisición de la capacidad procesal litigiosa.

⁴⁰ MENJUCQ, Michel, “Droit international des sociétés”, Répertoire de droit des sociétés, (Mayo 2009), Chapitre 4, Section 2, Art. 2, §1.

⁴¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La Sentencia *Überseering* y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”. Revista Derecho Mercantil. 2003, Núm. 248, Págs. 668 y ss.

Se produce con la resolución una limitación del alcance que se puede dar a la teoría de la sede real, pero, sin embargo, la mayor aportación que se consigue por medio de dicha sentencia pasa por el hecho de que el reconocimiento de personalidad jurídica a las entidades que se pretenden trasladar dentro de la UE ha de ser un reconocimiento automático.

d) VALE Épitésí.

En esta resolución se trata un supuesto donde una sociedad italiana pretende trasladarse a Hungría, por lo que inscribe en el pertinente registro italiano su cancelación y pretende su inscripción en el registro húngaro con indicación de su predecesora italiana, siendo esta última inscripción denegada, en principio, por las autoridades del Estado de destino.

Al respecto señala el TJUE que Hungría, como miembro comunitario, está obligada a aceptar el traslado y transformación transfronteriza, pues entiende que cuando un Estado reconoce en su ordenamiento jurídico la posibilidad de transformar las sociedades nacionales, debe también extender este derecho a las sociedades extranjeras en atención a los principios de equivalencia y efectividad, que implican entre otros que no se apliquen disposiciones menos favorables a las operaciones de las entidades extranjeras que a las operaciones de entidades nacionales, siempre que no se presenten motivos que justifiquen la diferenciación entre la sociedad nacional y la extranjera, pues se entiende que ello también podría llegar a traducirse en un obstáculo a la libertad de establecimiento que se reconoce en las disposiciones comunitarias.

3.2. Jurisprudencia sobre la constitución de un establecimiento secundario.

En este apartado trataremos algunos pronunciamientos del TJUE que se relacionan con la movilidad secundaria de las sociedades dentro del territorio de la UE, entendiéndose por esta la posibilidad de constitución de un establecimiento secundario en territorio de un Estado miembro distinto a aquel en el que se hubiere constituido el establecimiento principal u original. Hablamos de movilidad secundaria, aunque algunos autores se plantean dicha terminología. Aquí resultan reseñables las siguientes resoluciones: la sentencia de 10 de julio

de 1986 (Asunto *Segers*, C- 79/85); la sentencia de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros Ltd.*, C-212/97); y la sentencia de 30 de diciembre de 2003 (Asunto *Inspire Art Ltd.*, C-167/01).

a) Segers.

El litigio que se plantea en esta resolución parte de la conversión de una empresa holandesa en filial de una entidad societaria que se ha constituido de acuerdo con el Derecho británico. El director de esta entidad, a su vez socio único de la sociedad holandesa, solicita en Holanda las prestaciones del seguro de enfermedad. La solicitud le es denegada por las autoridades de este país, argumentando que el solicitante no estaba vinculado por ningún contrato laboral con la empresa británica, y por tanto no estaba subordinado a ningún empleador, lo que se considera requisito para poder ser beneficiario de dicha baja.

En relación con el principio de libertad de establecimiento, el TJUE señaló que no se puede obstaculizar por los Estados miembros que los sujetos que se relacionan con las entidades puedan optar a una baja por enfermedad por razón de que la sociedad se haya constituido bajo el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro.

De esta manera el Asunto *Segers*, se articula como una de las primeras manifestaciones del TJUE, en considerar que de forma efectiva una persona jurídica puede trasladar su domicilio social a otro Estado miembro.

b) Centros Ltd.

Este supuesto se ocupa de tratar el litigio que surge cuando dos personas físicas, nacionales daneses y residentes en Dinamarca, constituyen una sociedad en Reino Unido fijando el domicilio social en ese país. Posteriormente pretenden la constitución de una sucursal de esta sociedad inglesa en Dinamarca, donde se vendría realmente a ejercer la actividad de la sociedad, pues en Reino Unido no se venía desplegando ningún tipo de actividad societaria.

La posibilidad de constituir dicha sucursal es denegada por las autoridades danesas, por cuanto entienden que con la creación de una sucursal en lugar de la constitución en sí misma de la sociedad buscan una elusión de la normativa societaria danesa, pues la misma es mucho más restrictiva que la normativa inglesa a la hora de exigir el capital mínimo para la

constitución de la empresa. Y ello lo argumentan precisamente en el hecho de que no se viene realizando actividad ninguna en Reino Unido.

Frente a la obstaculización del Estado danés a la constitución de la sucursal que se pretende, los socios deciden interponer los recursos judiciales oportunos, y finalmente la jurisdicción de apelación danesa acaba presentando cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de dicha obstaculización con el principio de la libertad de establecimiento societario comunitario. A la misma responde el TJUE que no se puede retirar el derecho a crear un establecimiento secundario en otro Estado miembro, con fines de elusión de normativas restrictivas, aunque en el Estado de origen no se viniera ejerciendo actividad, pues ello daría lugar a una situación de desequilibrio entre aquellas sociedades que ejercieran la actividad en el Estado de origen y las que no, aunque ambos tipos fueran constituidos con fines elusivos.

Así pues, queda admitida la posibilidad de que la constitución de la sociedad se lleve a cabo en un Estado, con la finalidad de beneficiarse de un ordenamiento más favorable o menos restrictivo. Si bien, es cierto que la propia sentencia se encarga de aclarar que el abuso del derecho de establecimiento puede ser, hasta cierto punto, controlado por los Estados de destino, pues se permite que estos, aunque no puedan prohibir la constitución de establecimientos secundarios, si pueden adoptar medidas para prevenir y sancionar los fraudes y abusos de derecho, cuando se demostrase por medios fehacientes que en realidad se pretende eludir obligaciones legales o fiscales respecto de los acreedores que se sitúen en el Estado de destino.

Sobre esta resolución del TJUE han recaído múltiples pronunciamientos doctrinales. Entre ellas encontramos la idea defendida por un sector que entiende que la sentencia pone, en cierto modo, fin a la posibilidad de aplicación del modelo de la sede real, por considerarla en este extremo contraria al derecho de establecimiento de los sujetos particulares⁴².

⁴² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “La sentencia « Centros » del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2000: <http://www.reei.org/>

Otro sector de la doctrina considera al respecto que la resolución no supone la abolición del modelo de la sede real, pues entiende que la negativa efectuada por las autoridades de Dinamarca no viene derivada de que la sociedad fuere reconocible por medio del modelo de la sede real, sino que meramente se trata de una medida que pretende evitar la elusión del ordenamiento jurídico societario danés, en lo que hace referencia a la exigencia de capital mínimo para la constitución de nueva sociedad de capital.

De cualquier forma, y dejando de lado el debate doctrinal, lo cierto es que haber otorgado por medio de la resolución un menor margen de maniobra a los Estados respecto de aquellas sociedades que se situaren en su territorio y que hubieren sido constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro, da pie a que puedan desarrollarse situaciones fraudulentas como ya habíamos indicado con anterioridad. Frente a estas, algunos autores defienden la idea de aplicación de la ley del Estado de destino, como si fuera la ley de origen⁴³.

c) *Inspire Art Ltd.*

En el presente caso, una sociedad inglesa viene ejerciendo parte de su actividad en Holanda por medio de una sucursal constituida en dicho país e inscrita en el pertinente Registro de Ámsterdam sin indicación alguna de que se trata en realidad de una sociedad inglesa, siendo este uno de los requisitos formales que se precisa en el citado Registro para efectuar la inscripción de sociedades. Dada esta situación, la Cámara de Comercio danesa solicita la modificación de la inscripción registral, para que se cumplimenten las obligaciones previstas por ley para las sociedades extranjeras, a lo que se opone la sociedad inscrita por entender que en primer lugar no se trata de una sociedad que cumpla con los requisitos que se recogen para tener consideración de extranjera en la normativa holandesa, y en segundo lugar por entender

⁴³ 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), Págs. 152 y ss. 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, Editorial McGraw-Hill, 2002, Vol. I Págs. 463 y ss.

que en cualquier caso dicha regulación resulta contraria a las disposiciones sobre libertad de establecimiento que se contemplan en el ordenamiento jurídico de la UE. Ante la incertidumbre de lo anterior, los tribunales de Holanda acaban presentando ante el TJUE cuestiones de prejudicialidad sobre los extremos anteriores.

Finalmente, el TJUE dicta resolución en la que considera que la aplicación de forma imperativa de las normas que forman parte del ordenamiento interno de un Estado miembro en las condiciones en las que en el supuesto se encontraba Holanda, supone un impedimento para la libertad de establecimiento, y se configura como una restricción a las libertades comunitarias. Aunque en la resolución Centros se había indicado que los países de destino podían imponer condiciones para evitar el fraude y el abuso de la libertad de establecimiento, los jueces europeos consideraron que las disposiciones en forma de medidas previstas por el ordenamiento jurídico Holandés como disposiciones para la protección al fraude y abuso eran desproporcionadas en comparación con el objetivo, lo que significa que los requisitos impuestos son demasiado estrictos y por tanto incompatibles con las disposiciones comunitarias sobre libertad de establecimiento.

Se puede considerar que esta sentencia sigue la doctrina jurisprudencial iniciada con la sentencia Centros y continuada más adelante con la sentencia Überseering (Asunto Überseering BV, C-208/00), pues de hecho utiliza la argumentación jurídico-interpretativa de estas. Así pues, puede decirse que la mayor novedad introducida por esta sentencia radica en la posibilidad de atribuir carácter de incompatible con la libertad de establecimiento a normas dictadas por los Estados de destino para controlar a las sociedades provenientes del exterior, debiendo de considerarse, por tanto, que queda abierta la vía a la movilidad societaria dentro del territorio comunitario⁴⁴.

3.3. Síntesis de los pronunciamientos jurisprudenciales.

⁴⁴ 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)”. Revista La Ley. 2003, Núm. 5.924 Págs. 2074 y ss.

Del análisis de las resoluciones jurisprudenciales que hemos efectuado en materia de movilidad societaria dentro del ámbito territorial de la Unión Europea, puede extraerse la articulación de una serie de principios elementales como son: el principio del reconocimiento por todos los Estados miembros de la personalidad jurídica de aquellas entidades que hubieren sido constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cualquier Estado parte, distinguiéndose una voluntad prioritaria del legislador y los tribunales europeos por conservar la personalidad jurídica de aquellas sociedades que trasladan su sede o domicilio entre Estados miembros, sin atender a las diferencias entre los distintos modelos de determinación de la *lex societatis* que se articulan en cada uno de esos Estados. De otro lado, podemos establecer el principio de que el Derecho que le será de aplicación a una sociedad será el que le corresponda en el momento de su constitución, excepto en los casos de cambio de *lex societatis*.

Con todo es aún posible decir, que debido al gran número de concepciones distintas de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, y al amplitud del sistema de regulación que se ha ido creando jurisprudencialmente, es fácilmente supponible que la tarea del legislador y de los tribunales europeos aún no ha finalizado en esta materia.

IV. Conclusiones.

Del estudio que se ha venido efectuando a lo largo del presente trabajo podemos destacar que, en definitiva, las instituciones de la UE han respetado la soberanía nacional de los Estados miembros, permitiéndoles fijar su propio criterio de conexión para establecer cuál ha de ser la ley aplicable a sus sociedades nacionales, es decir, se les ha permitido adoptar tanto los modelos de constitución/incorporación, como de sede real, así como otros modelos, entre los que se encuentra el español, que contemplan los dos anteriores. Esto es así porque no se ha producido desde Europa en este sentido una regulación de formas jurídicas homogéneas en todo el territorio comunitario. El TJUE, en realidad, solo ha procedido a defender el principio

de la libertad de establecimiento hasta donde alcanzan sus competencias, facilitando en gran medida la “movilidad intracomunitaria”, que en principio pudiera verse obstaculizada por la existencia de múltiples regulaciones heterogéneas de los Estados miembros de la UE.

Así pues, lo que realmente se hace desde las instituciones de la UE, no es obligar a los legisladores de los Estados miembros a armonizar la situación en un determinado sentido, sino que se les permite regular la cuestión de forma libre, pero imponiéndoles ciertos límites en aras de favorecer la libertad de establecimiento. De esta manera se articula que los distintos Estados miembros no puede prohibir ni la salida ni la entrada en sus respectivos territorios de las personas jurídicas que sean nacionales de un Estado miembro, pues estas han de poder desplazarse sin perder la personalidad jurídica otorgada por algún ordenamiento comunitario. Pero tampoco van a poder los Estados miembros obstaculizar la movilidad, a través de la regulación de condiciones aparatosas como: la necesidad de disolver y volver a constituir sociedades, ya que ello en el fondo implica una pérdida de personalidad jurídica; o como la exigencia de requisitos a las sociedades extranjeras que en condiciones normales no les fueran exigidos a las sociedades nacionales. Los Estados comunitarios solo van a poder contemplar en sus ordenamientos jurídicos previsiones que afecten de forma “no determinante” a la libertad de establecimiento, cuando existan causas que se justifiquen con el interés general.

Con todo ello podemos señalar que, dentro del ámbito comunitario, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades de los distintos Estados miembros ha de ser automático, es decir, las sociedades por el mero hecho de ser nacionales comunitarios, gozan de la libertad de establecimiento dentro de todo el territorio de la UE, que les otorga potestad para entrar y salir de cualquier Estado miembro sin perder su personalidad jurídica,

También se puede destacar que en la práctica el traslado intracomunitario como tal de la sede social es escaso, por cuanto ofrece mejores condiciones el uso de la libertad de establecimiento para abrir o crear establecimientos secundarios en Estados miembros distintos

al Estado de origen de la sociedad, desde los que a elección de la propia sociedad va a poder gestionar incluso la totalidad de su actividad empresarial.

Desde mi punto de vista, las instituciones de la UE han sabido, quizás no de forma perfecta, pero si suficiente, solventar la situación derivada de la coexistencia de un gran número de ordenamientos jurídicos provenientes de sus Estados miembros, defendiendo y posibilitando un efectivo derecho a la libertad de establecimiento de las sociedades comunitarias, sin tener que pasar por dar pie a una regulación europea única que, por ejemplo, como ha sucedido con alguna una propuesta del Parlamento Europeo⁴⁵, pasaba por eliminar el modelo de sede real, imponiendo a los Estados miembros que lo seguían la utilización del modelo de constitución/incorporación.

Eso sí, entiendo que esta regulación no es necesaria siempre y cuando las instituciones comunitarias sigan dictando disposiciones, o efectuando un control, sobre la constitución del conocido como “race to the bottom⁴⁶”, esto es, la disminución de exigencias fiscales, o de exigencias en el ámbito del derecho de los trabajadores, a las personas jurídicas que efectúan determinados Estados buscando convertirse en países más competitivos, y que puede derivar en una fuga de capitales para otros Estados miembros que son menos rentables económicamente hablando.

⁴⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa (2008/2196(INI)).

⁴⁶ RODAS PAREDES, Op. cit. pág. 19

Bibliografía

A) *Monografías y manuales:*

- ❖ ARCOS VARGAS, Marycruz. “Lección 12ª. El Mercado Interior”. En: ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, y CASADO RAIGÓN, Rafael (Coordinadores). *Curso de Derecho de la Unión Europea*. 1ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.
- ❖ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *La Transferencia internacional de sede social*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997
- ❖ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II. 14ª ed. Granada: ed. Comares, 2013.
- ❖ CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Lección 22ª: Movilidad transfronteriza de sociedades y libertades europeas de circulación”. En: FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA, Luis. *Estudios sobre Derecho de Sociedades*. Pamplona. Editorial Aranzadi, 2016.
- ❖ CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid. Editorial Colex, 2003.
- ❖ COLOMES, Marcel *Le droit des l'établissement et des investissements dans la CEE*. París. Editorial J. Delmas et Cie., 1971.
- ❖ GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco J., en *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Madrid: EDERSA, 2002.
- ❖ IGLESIAS PRADA, J. L., GARCIA DE ENTRERRIA, J., “Las modificaciones estructurales de las sociedades” en: MENÉNDEZ A.; y ROJO A. *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. Pamplona, Ed. 12ª, Editorial Civitas, 2014
- ❖ PRATS JANÉ, Sergio. *Obstáculos jurídicos a la internacionalización y movilidad transnacional de empresas en la Unión Europea*. Madrid. Editorial José María Bosch Editor, 2015.

- ❖ RODAS PAREDES, Paola. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada. Editorial Comares, 2011.
- ❖ 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), Págs. 152 y ss. *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, Editorial McGraw-Hill, 2002, Vol. I

B) Artículos y trabajos publicados en obras colectivas:

- ❖ BLANCO FERNÁNDEZ, J.M. “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”. *Revista de Derecho Mercantil*, 1992. Núm. 203/204.
- ❖ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”. *Revista Derecho Societario*, 2007. Núm. 28.
- ❖ 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)”. *Revista La Ley*. 2003, Núm. 5.924.
- ❖ GARCÍ-MARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJUE”. *Noticias de la Unión Europea*, 2006, Núm. 252.
- ❖ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La Sentencia Überseering y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”. *Revista Derecho Mercantil*. 2003, Núm. 248.
- ❖ MENJUCQ, Michel, “Droit international des sociétés”, *Répertoire de droit des sociétés*, (Mayo 2009), Chapitre 4,

- ❖ SÁNCHEZ CALERO, F. “La nacionalidad de la sociedad anónima”. Revista de Derecho Societario, 1993. Núm. 1

C) Blogs y publicaciones en páginas web:

- ❖ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, Academia Edu: <https://www.academia.edu>
- ❖ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “La sentencia « Centros » del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2000: <http://www.reei.org/>
- ❖ MIGUEL GOENECHEA, J; GRACIA C., (2009) “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”, Actualidad Uría Menéndez n°24: <http://www.uria.com>

D) Jurisprudencia comunitaria:

-Sentencias TJCE:

- ❖ Sentencia de 25 de julio de 1991, as. C-221/89, The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. y otros.

-Sentencias TJUE:

- ❖ Sentencia de 10 de julio de 1986 (Asunto Segers, C- 79/85)
- ❖ Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Asunto Daily Mail, C-81/87)
- ❖ Sentencia de 9 de marzo de 1999 (Asunto Centros Ltd., C-212/97)
- ❖ Sentencia de 5 de noviembre de 2002 (Asunto Überseering BV, C-208/00)
- ❖ Sentencia de 30 de diciembre de 2003 (Asunto Inspire Art Ltd., C-167/01).

- ❖ Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (Asunto Cartesio, C-210/06)
- ❖ sentencia de 12 de julio de 2012 (Asunto VALE Épitésí, C-378/10)

-Sentencias TS:

- ❖ Sentencia del TS, de 17 de enero de 1912.