



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La movilidad internacional de las empresas en la
Unión Europea: respuestas del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea

Autor/es

Carlota Baselga Morillo

Director/es

Elena Zabalo Escudero

Facultad de Derecho
2016

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
I. INTRODUCCIÓN	4
II. EL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA	5
1. MERCADO ÚNICO.....	5
2. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO	6
3. LEX SOCIETATIS.....	9
4. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.....	11
III. MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA.....	13
1. CARTESIO.....	13
1.1. Hechos.....	13
1.2. Cuestiones prejudiciales.....	14
1.3. Consideraciones jurídicas.....	15
1.4. Aportaciones doctrinales	18
2. VALE.....	19
2.1. Hechos.....	19
2.2. Cuestiones prejudiciales.....	20
2.3. Consideraciones jurídicas.....	21
2.4. Aportaciones doctrinales	24
III. MOVILIDAD DE SOCIEDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL	26
1. TRASLADO DEL DOMICILIO AL EXTRANJERO	27
2. TRASLADO DEL DOMICILIO AL TERRITORIO ESPAÑOL.....	28
IV. CONCLUSIONES	29
V. BIBLIOGRAFÍA	31

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	artículo
arts.	artículos
DIPr.	Derecho Internacional Privado
EEE	Espacio Económico Europeo
LME	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
PE	Parlamento Europeo
RM	Registro Mercantil
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

El mercado único es uno de los pilares de la estrategia de la UE, y para su completo éxito es indispensable el buen funcionamiento de las libertades fundamentales. Más en concreto, dado que los operadores económicos más relevantes en el proceso de internacionalización son las sociedades, tiene especial relevancia el funcionamiento del derecho de circulación de persona, dentro del que se encuentra la libertad de establecimiento.

En este trabajo en primer lugar introduciremos la situación actual del Derecho de sociedades en la Unión Europea, su relevancia en el marco comunitario, su pilar: la libertad de establecimiento, su contenido, modalidades y escasa regulación. En segundo lugar analizaremos con detalle el caso concreto de desplazamiento de sociedades en la Unión Europea a través del traslado de su sede social entre Estados miembros utilizando para ello las dos últimas sentencias del TJUE en la materia: *Cartesio* y *VALE*. Por último haremos una breve reflexión sobre el estado actual de la normativa española referente al traslado de domicilio y su adecuación a la más reciente jurisprudencia del TJUE en esta materia.

II. EL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. 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. Hoy en día es una asociación económica y política de 28 países y posee el mayor Mercado Único del mundo, apoyado por una moneda común¹.

Hoy en día, ese mercado común que se concibió en 1957 con la firma del Tratado de Roma, es la base de la Unión Europea; y la consecución de su pleno funcionamiento, uno de sus objetivos prioritarios². Así lo recoge también, como una de las finalidades de la Unión, el artículo 3 TUE (antiguo artículo 2 TUE).

El mercado común o, tras la firma del Acta Única Europea, el Mercado Único, como ahora se conoce, tiene como objetivo la progresiva supresión de los obstáculos a la libre circulación entre las fronteras de la Unión. Es el Tratado de Maastricht de 1993 el que consagra las «cuatro libertades» de circulación: de mercancías, servicios, personas y capitales. Tal y como establece el actual artículo 26 TFUE (antiguo 14.2 TCE), se define al mercado interior (o Mercado Único) como «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada».

La libre circulación de personas engloba tanto a las personas físicas, como a las jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles, que son las grandes protagonistas de las transacciones económicas internacionales. La integración creciente del Mercado Único lleva cada vez más a las empresas a ejercer su actividad sin consideración de las fronteras en el interior de la Unión³ amparadas por la **libertad de establecimiento**. Es por ello que, como expuso el Parlamento Europeo (en adelante, PE), «la migración

¹ https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es [Consultado: 07/10/2016 a las 20:31]

² Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. (COM(2010)2020)

³ Comunicación de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, titulada «Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar» (COM(2003)0284).

transfronteriza de empresas es un elemento crucial de la realización del mercado interior»⁴.

Sin embargo, en este punto a Europa le queda bastante por hacer. A pesar de que uno de los objetivos principales del Derecho de sociedades de la Unión Europea es promover que se alcance la libertad de establecimiento (Título IV, Capítulo 2, del TFUE) todavía no hemos superado ciertos obstáculos: como son la disparidad de legislaciones nacionales, la falta de armonización comunitaria o cierto proteccionismo de los Estados miembros (sobre todo por motivos fiscales).

Ya hemos visto lo fundamental que es la movilidad en el seno de la Unión Europea para la consecución de sus objetivos, por eso las cuatro libertades están configuradas como principios fundamentales del sistema y, dentro de ellas, la libertad de establecimiento. Esta última, es imprescindible para garantizar la movilidad de las sociedades mercantiles, que son la base de la economía europea.

2. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Dentro de las cuatro libertades fundamentales referidas, la libertad de establecimiento forma parte de la libre circulación de personas, regulada en el Título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, concretamente sus artículos 49 y 54.

Podríamos definir la libertad de establecimiento como «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»⁵. Esto es, engloba tanto el derecho al desplazamiento transfronterizo, como al desarrollo pacífico de la actividad

⁴ 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 (2011/2046(INI))

⁵ P. 62. PRATS JANE, S., *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*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2015.

empresarial en el Estado de destino. Llega incluso a garantizar los derechos de un nacional en su propio país⁶.

Podemos distinguir en virtud del artículo 49 TFUE dos modalidades a la hora de ejercer la libertad de establecimiento por las sociedades mercantiles: a título principal y a título secundario.

La primera consiste en el traslado del establecimiento primario y conlleva cambiar la ubicación de la sede principal de la sociedad de un Estado miembro (de origen o de partida) a otro Estado miembro (de destino o de acogida) con cambio de legislación aplicable (dicho cambio se deriva de las necesidades de constituir una nueva sociedad conforme al Derecho del Estado miembro de acogida para poder continuar las actividades de la sociedad inicial⁷). Puede revestir dos formas: la creación *ex novo* de la sociedad en un Estado miembro, esto es, crear una sociedad directamente en un Estado miembro en base a su ordenamiento jurídico; y el traslado de la sede social desde un Estado miembro de origen a un Estado miembro de destino. Hay que matizar este segundo añadiendo que el «caso de traslado del 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 (traslado transfronterizo de domicilio social) debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro 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 traslada⁸ (transformación transfronteriza de una sociedad)», en el que entraremos en profundidad después.

La segunda de las modalidades consiste en la creación de filiales, sucursales o agencias de la propia sociedad en otro Estado miembro. En esta ocasión la empresa no cambia de sede, que sigue siendo la del establecimiento principal, sino que crea establecimientos auxiliares de éste en otros Estados miembros.

⁶ GALUSCA, A.; HERNANDEZ SAINZ, E. *Traslado transfronterizo de domicilio social en la Unión Europea*. 2012. Trabajo de fin de máster. Facultad de economía y empresa. Universidad de Zaragoza. Disponible su consulta en <https://zagan.unizar.es/?ln=es.>, p. 7.

⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen. Asunto C-378/10 VALE Építési kft., n. 31.

⁸ STJUE de 16 de diciembre de 2008. Asunto C-210/06, Cartseio Oktató és Szolgáltató bt., n 111.

El artículo 54 TFUE recoge los requisitos que debe cumplir una sociedad para asimilarse a una persona física y, por tanto, para ser beneficiaria de la libertad de establecimiento. Son tres: ser una sociedad de Derecho civil o mercantil, cooperativa o cualquier persona jurídica de Derecho público o privado que persiga un fin lucrativo; estar válidamente constituida de conformidad con la legislación interna de cualquier Estado miembro; y tener su sede social, administración central o centro de actividades principales dentro de la Unión.

Podríamos ahora pensar que las sociedades gozan de la libertad de establecimiento en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que las personas físicas, pero entonces no estaríamos teniendo en cuenta la naturaleza peculiar de las sociedades como personas jurídicas. Citando al TJUE, «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 su funcionamiento⁹». Esto es (y aún a riesgo de decir una obviedad), las personas físicas existen como tales, las personas jurídicas existen gracias al ordenamiento jurídico del Estado por el que se han constituido, por tanto, mientras que una persona física puede moverse libremente manteniendo, por supuesto, su identidad; una persona jurídica no depende de ella misma, sino que tiene un vínculo de conexión con un Estado, así que su movilidad se verá condicionada por el ordenamiento jurídico en virtud al cual existe, es decir, en virtud de la ley que se le aplique o *lex societatis*.

En definitiva, a día de hoy algunas de las modalidades de ejercicio de la libertad de establecimiento son una realidad efectiva para las sociedades europeas. En la práctica, las sociedades llevan a cabo procesos de internacionalización a través del establecimiento a título secundario ya que es un derecho que está expresamente consagrado en los artículos 49 y 54: 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

⁹ STJUE de 27 de septiembre de 1988 (Asunto *Daily Mail*, C-818/87), n. 19.

su legislación nacional les exige al efecto¹⁰. Sin embargo, otras modalidades están en considerable desventaja y son aún costosas y difíciles de realizar. Nos centraremos en este trabajo en el hipotético derecho de las sociedades nacionales de un Estado miembro a trasladar su sede social a otro (y, por tanto, de vínculo de conexión con el ordenamiento jurídico que la ha creado) y conservar su personalidad jurídica. En suma, actualmente la libertad de establecimiento se orienta, fundamentalmente, a potenciar la creación *ex novo* de sociedades y la instalación de «establecimientos secundarios» en la Unión Europea por parte de sociedades ya existentes.

3. *LEX SOCIETATIS*

Antes de hablar de cómo la jurisprudencia europea ha tratado el traslado intracomunitario del domicilio social, tenemos que explicar brevemente cuál es ese «vínculo» que dota de nacionalidad a las personas jurídicas del que hemos hablado en el apartado anterior.

El artículo 54 TFUE establece tres vínculos de conexión que pueden emplear los Estados miembros como criterios de atribución de la nacionalidad a las sociedades: la sede social, la administración central o el centro de actividad principal. Es decir, la ley que se aplique a cada sociedad (o *lex societatis*) dependerá de dónde estén su sede social o administración central o centro de actividad principal; según el vínculo de conexión que haya escogido el legislador nacional. Citando de nuevo al TJCE «las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con vistas a la constitución de una sociedad, como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo de conexión. Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio social, sino también la sede real, es decir, la administración central de la sociedad, y en consecuencia, el desplazamiento de la administración central fuera de ese territorio supone la disolución de la sociedad [...]. Otras legislaciones reconocen a las sociedades el derecho a trasladar su administración central al extranjero¹¹». «El Tratado ha tenido en cuenta esta disparidad de las legislaciones nacionales. Al definir en el artículo 58 (actual artículo 54

¹⁰ 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.

¹¹ STJUE de 27 de septiembre de 1988... *cit.*, p. 8., n. 20.

TFUE) las sociedades que pueden disfrutar del derecho de establecimiento, el Tratado hizo equivalentes la sede social, la administración central y el centro de actividad principal como vínculo de conexión¹²».

Distinguimos entonces en Europa dos modelos normativos: el modelo de la incorporación o constitución y el modelo de sede real.

El **modelo de incorporación** es aquel en virtud del cual las personas jurídicas ostentan la nacionalidad del Estado con arreglo a cuyas leyes se han constituido y con independencia de cuál sea el Estado en el que se encuentre su sede real. Es decir, que una empresa puede trasladar su sede a otro Estado miembro y seguir operando bajo la *lex societatis* del Estado de origen siempre que su domicilio social, aquel que aparece en el Registro pertinente, se mantenga inamovible. Por su parte, el **modelo de sede real** considera que la ubicación de la sede física - entendiendo por tal la administración central o el centro de actividad principal - es la única circunstancia que establece un vínculo efectivo de relación entre la sociedad mercantil y el Estado que otorga su *lex societatis*. Esto significa que, si se traslada su administración a otro Estado, es inviable que el domicilio social siga registrado en el Estado de origen, puesto que lo que une a una empresa con un ordenamiento jurídico es la localización de su actividad, y por tanto, el domicilio social debe hallarse donde se halle la primera.

En resumen, el modelo de sede real niega la personalidad jurídica a las sociedades cuya sede real y domicilio social no coincida, mientras que el modelo de incorporación permite ubicarlos en Estados miembros distintos manteniendo la personalidad jurídica.

Se ha discutido mucho en la doctrina sobre la compatibilidad entre el modelo de sede real y los artículos 49 y 54 TFUE, pues un Estado puede limitar la libertad de establecimiento entorpeciendo el traslado transfronterizo del domicilio social de «sus» personas jurídicas, lo que supone un obstáculo a la libertad de circulación de personas y por consiguiente va en contra de los objetivos principales de la Unión.

Por lo tanto, tenemos un Mercado Único cuyos pilares y a la vez principales objetivos son las plenas libertades de circulación. Estas libertades abogan por la eliminación de barreras entre los Estados miembros permitiendo a sus nacionales desplazarse y

¹² STJUE de 27 de septiembre de 1988... *cit.*, p. 8., n. 21.

establecerse por Europa sin ninguna restricción. Sin embargo, a día de hoy, existen pluralidad de ordenamientos jurídicos en la Unión Europea a través de los cuáles han podido crearse sociedades que, al contrario de lo que ocurre con las personas físicas, sólo existen a través de ellos. En este punto, cuando una persona jurídica quiere desplazarse a título principal plantea el problema de qué ocurre con su vínculo de conexión y su *lex societatis*, problema que debe resolverse por el TJUE a falta de regulación comunitaria sobre la materia, respetando siempre la máxima de eliminar las restricciones al Derecho a la libertad de establecimiento consagrado en el TFUE.

4. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La falta de armonización europea en materia de traslado intracomunitario de sociedades ha sido suplida, en parte, por la jurisprudencia del TJUE que, con su sentencia *Daily Mail* inauguró una serie de hitos sobre el Derecho de sociedades interpretando el alcance de los artículo 49 y 54 TFUE.

Como hemos dicho, el primer asunto tratado fue *Daily Mail contra General Trust* en 1988¹³. En esta sentencia el razonamiento que hace el TJUE es el siguiente: las sociedades existen gracias a un ordenamiento jurídico que las ha creado, por tanto, el reconocimiento de una sociedad (extranjera) depende de las normas de Derecho Internacional Privado (DIPr, en adelante) de cada Estado. En consecuencia, los actuales artículos 49 y 54 TFUE no atribuyen a una sociedad el derecho a trasladar su sede social y su administración central y conservar su *lex societatis*, eso solo lo pueden hacer los Estados miembros que las han creado. Si nada han regulado, esto supone que una sociedad, para trasladar su sede de un Estado miembro a otro, tiene que disolverse y liquidarse en el Estado miembro de origen y volver a constituirse *ex novo* en el Estado miembro de destino.

Este razonamiento, para parte de la doctrina supuso un paso atrás en el Derecho a la libertad de establecimiento que, en vez de agilizar el traslado de sociedades, lo obstaculizaba sometiéndolo a cada una de las regulaciones nacionales, tanto para salir, como para entrar.

¹³ STJUE de 27 de septiembre de 1988... *cit.*, p. 8.

Años después de *Daily Mail*, entre 1999 y 2003, el TJUE dictó la trilogía *Centros*¹⁴ - *Überseering*¹⁵ - *Inspire Art*¹⁶ matizando su doctrina anterior.

Lo que establecen estas sentencias es la obligatoriedad del reconocimiento de sociedades válidamente constituidas en otro Estado miembro. El razonamiento es el siguiente: la libertad de establecimiento en sí misma lleva implícito el reconocimiento de sociedades, no es una labor que recaiga sobre los ordenamientos particulares de los Estados miembros, sino que dichas sociedades deben ser reconocidas por todo Estado miembro en el que deseen establecerse. Por tanto, el ejercicio de esta libertad no puede quedar condicionado por las legislaciones nacionales, siempre que la sociedad que pretenda trasladarse se haya constituido conforme al Derecho del Estado miembro de origen. De manera que, la sociedad «trasladada» seguirá rigiéndose por la *lex societatis* del Estado de origen una vez en el Estado miembro de destino.

Añaden estas sentencias que las sociedades gozan de libertad de establecimiento siempre y cuando no abusen de la misma. En este sentido, los Estados miembros están facultados para adoptar medidas para evitar el abuso y el fraude y siempre que se ajusten a unos 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 objetivo¹⁷».

¹⁴ STJUE de 9 de marzo de 1999 (Asunto *Centros*, C-212/97).

¹⁵ STJUE de 5 de noviembre de 2002 (Asunto *Überseering BV*, C-208/00).

¹⁶ STJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto *Inspire Art*, C-167/01).

¹⁷ STJUE de 9 de marzo de 1999... *cit.*, p. 12., n. 34.

III. MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA

Ya hemos visto que el mayor problema relativo a la libertad de establecimiento de las sociedades en la Unión Europea reside en la interpretación del contenido y alcance de este derecho. Esta interpretación se ve dificultada primero, por los distintos modelos de atribución de la nacional que existen en Europa (de constitución y real); segundo, por la falta de normativa comunitaria al respecto; y, tercero, por la «contradictoria» jurisprudencia del TJUE hasta la fecha.

El objetivo de este trabajo es precisamente analizar cuál es el alcance de esta libertad y cuál es la situación actual del Derecho de sociedades en Europa. Para ello, vamos a analizar las dos últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión: el Asunto *Cartesio* de 2008 y el Asunto *VALE* de 2012 sobre la movilidad transfronteriza de sociedades en la Unión Europea.

1. CARTESIO

El asunto *Cartesio*, al igual que el asunto *Daily Mail* en su momento, da las claves para comprender el Derecho de sociedades en la Unión en una completísima sentencia.

1.1. Hechos

Cartesio era una sociedad comanditaria simple de Derecho de húngaro con domicilio social en Hungría e inscrita en el registro mercantil húngaro. *Cartesio* tenía intención de transferir su domicilio social a Italia, pero seguir registrada en Hungría, de forma que siguiera sometida a la ley húngara. La autoridad competente húngara desestimó tal solicitud diciendo que el Derecho Húngaro no permitía a una sociedad trasladar su domicilio social fuera del país y seguir rigiéndose por su ley nacional. En consecuencia, la autoridad competente húngara declaró que «una sociedad que desee transferir su domicilio social a otro Estado miembro primero debe disolverse en Hungría y después volver a constituirse con arreglo a la normativa de dicho Estado miembro¹⁸».

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro presentadas el 22 de mayo de 2008. Asunto C-210/06. *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, n. 1.

1.2. Cuestiones prejudiciales

Lo anterior dio lugar a plantear las siguientes cuestiones prejudiciales¹⁹ al TJUE:

- a) Si una sociedad constituida en Hungría e inscrita en el registro mercantil húngaro, en virtud del Derecho de dicho Estado, desea trasladar su domicilio a otro Estado miembro de la Unión [Europea], ¿regula esta cuestión el Derecho comunitario o, a falta de armonización, son exclusivamente aplicables las disposiciones de los Derechos nacionales?
- b) ¿Puede una sociedad húngara solicitar el traslado de su domicilio a otro Estado miembro de la Unión invocando directamente el Derecho comunitario (en el presente asunto, los artículos 43 CE y 48 CE)? En caso de respuesta afirmativa, ¿puede tal traslado estar sujeto –ya sea en el "Estado de origen" o el "Estado de acogida"– a algún tipo de requisito o autorización?
- c) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 48 CE en el sentido de que es incompatible con el Derecho comunitario una norma o práctica de Derecho interno que, en lo tocante al ejercicio de los derechos relativos a las sociedades mercantiles, establezca diferencias entre dichas sociedades según el Estado miembro en el que se encuentre su domicilio?
- d) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 48 CE en el sentido de que es incompatible con el Derecho comunitario una norma o práctica de Derecho interno que impida que una sociedad [del Estado miembro de que se trate] traslade su domicilio a otro Estado miembro [...]?».

Estas cuestiones dan en la diana de la controversia suscitada los años anteriores en torno al Derecho de sociedades en la Unión Europea y a la interpretación de los artículos 49 y 54 TFUE.

Al contrario que la jurisprudencia anterior, pregunta directamente por: primero, la aplicabilidad de las normas de DIPr comunitarias o nacionales en lo que atañe al traslado de domicilio social; segundo, la capacidad de actuación de los Estados miembros, tanto de origen como de destino, en los supuestos de movilidad intracomunitaria de sociedades; tercero, el trato que debe dar una normativa interna a las sociedades extranjeras comunitarias; y por último, alcance y contenido de la libertad de establecimiento en lo que respecta al traslado intracomunitario del domicilio social.

¹⁹ STJUE de 16 de diciembre de 2008... *cit.*, p. 7, n. 40.

Así el Tribunal va a concretar el contenido del Derecho de establecimiento para los casos que no están expresamente previstos en los artículos 49 y 54 TFUE; va a explicar la compatibilidad o incompatibilidad de los modelos de sede de incorporación y de sede real con el Derecho comunitario; va a determinar cuál es la ley aplicable a las operaciones de traslado de domicilio social; y va a establecer los límites entre la soberanía de cada Estado y el papel de la Unión Europea en lo que a Derecho de sociedades respecta.

1.3. Consideraciones jurídicas

A) Sociedades nacionales y libertad de establecimiento

En primer lugar reafirma el razonamiento que dio *Daily Mail* para explicar por qué no se puede aplicar de igual manera a las personas físicas y a las personas jurídicas las normas sobre libertad de circulación. Textualmente «una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento». En otras palabras: una empresa se crea como tal cuando cumple los requisitos que exige para ello una normativa interna; cuando deja de cumplir alguno de los requisitos, deja de cumplir la norma; si no cumple la norma, no es una empresa. En definitiva: las sociedades mercantiles dependen para su funcionamiento y movilidad del ordenamiento jurídico nacional que las ha creado, es decir, de las normas de un Estado miembro, no normas comunitarias. Cuando cumplan los requisitos nacionales de constitución, en virtud del artículo 54, se convierten automáticamente en beneficiarias de la libertad de establecimiento.

Hemos dicho anteriormente en este trabajo que, entre los requisitos que una legislación exige para la creación de sociedades, puede exigirse uno o varios vínculos de conexión. Puede considerarse que una sociedad es nacional cuando está registrada en dicho Estado, o solo cuando además de la inscripción registral tenga la administración central en el país en cuestión. Bien, según *Cartesio*, cualquier método es válido. El artículo 54 TFUE habla tanto de domicilio estatutario, como de administración central y de establecimiento principal, lo que significa que siempre que los ordenamientos nacionales empleen alguno de estos criterios de conexión, la sociedad estará válidamente constituida y será beneficiaria de la libertad de establecimiento.

Claramente, el TJUE ve factible la compatibilidad de los dos modelos atributivos de la nacionalidad que hay en Europa (el de sede real y el de constitución) con el disfrute de la libertad de establecimiento.

El apartado 110 de esta sentencia lo resume perfectamente: «[...] un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición²⁰» Así, si bien el Derecho de establecimiento es un derecho «puramente» comunitario, los pasos a seguir para beneficiarse de él son impuestos por los Estados miembros.

B) Traslado intracomunitario de domicilio social

En hilo con lo anterior «la referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución». Esto es, cuando una sociedad incumple alguno de los requisitos en virtud de los cuales «existe» - el vínculo de conexión -, deja de ser una sociedad nacional.

Los Estados miembros son libres para utilizar uno u otro punto de conexión con el objetivo de determinar la Ley aplicable a las sociedades. Al no regular el Derecho de la UE esta cuestión, queda enteramente en manos de los Estados miembros implicados. Los requisitos para que una sociedad pueda trasladar su sede social a otro Estado miembro sin perder su personalidad jurídica y sin cambio de Ley aplicable que rige la sociedad, se regulan por el Derecho que rige dicha sociedad (el del Estado miembro de origen normalmente).

En definitiva, los requisitos para que una sociedad pueda trasladar su sede social de un Estado miembro a otro sin perder su personalidad jurídica y sin cambio de Ley aplicable, se regulan en su *Lex Societatis*, que será, normalmente, el Derecho del Estado miembro de origen de la sociedad.

²⁰ STJUE de 16 de diciembre de 2008... *cit.*, p. 7, n. 10.

Como muy bien resume la sentencia «la referida facultad - la de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional - engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución».

El supuesto de traslado de domicilio social sin cambio de ley aplicable es una cuestión que queda fuera del ámbito de la libertad de establecimiento, por tanto, sólo será posible si las legislaciones nacionales afectadas por dicho traslado lo permiten.

Sin embargo, esto no da a los Estados total libertad para dictar las normas del Derecho de sociedades.

C) Transformación transfronteriza

Siguiendo la sentencia: «semejante caso de traslado del 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».

Debemos distinguir el mero traslado de domicilio, es decir, lo que pretendía *Cartesio*, moverse «físicamente» a Italia, pero seguir inscrita en Hungría beneficiándose del Derecho de sociedades húngaro; de la transformación societaria. El traslado supone un cambio de domicilio social, pero no de ley aplicable. Todo ello está regulado por una sola normativa nacional interna. La transformación de una sociedad supone el traslado de domicilio más el cambio de legislación aplicable, es decir, la aplicación de dos Derechos nacionales distintos: el del Estado de origen para salir del país, y el del Estado de destino para su llegada.

He aquí el límite que va a encontrar el legislador nacional que mencionábamos antes. Los Estados miembros tienen el poder de «decirle» a una de sus sociedades: «si tu

domicilio sale de España, no puedes ser una sociedad española», pero no pueden decir: «si tu domicilio sale de España, no puedes ser una sociedad francesa».

Así que una legislación nacional no puede entorpecer la transformación de una sociedad nacional en otra sociedad nacional de otro Estado. Concretamente, no puede imponer la disolución y liquidación de la sociedad, lo que la haría desaparecer y tener que volver a crearse, sino que tiene que permitir su transformación. Textualmente: «semejante obstáculo a la transformación efectiva de tal sociedad sin disolución y liquidación previas en una sociedad de Derecho nacional del Estado miembro al que ésta desea trasladarse restringiría la libertad de establecimiento de la sociedad interesada de manera que, salvo si la restricción estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general, estaría prohibida²¹».

Es decir, *Cartesio* obliga al Estado miembro de origen a permitir y no obstaculizar la transformación de sociedades nacionales en sociedades extranjeras a través del cambio de domicilio social y ley aplicable.

1.4. Aportaciones doctrinales

Primera.- Las sociedades son personas jurídicas creadas en virtud de un ordenamiento nacional. Este ordenamiento puede elegir qué vínculo o vínculos de conexión son exigibles a sus sociedades entre los tres que reconoce el TFUE: sede social, administración central o centro de explotación principal. Cuando una sociedad rompe su vínculo, el Derecho nacional puede establecer que esa sociedad ya no existe.

Segundo.- Tanto el modelo de sede real como el modelo de incorporación o constitución son compatibles con el Derecho de sociedades de la Unión europea y la movilidad transfronteriza, porque como al están reconocidos en el artículo 54 TFUE.

Tercero.- La libertad de establecimiento no comprende los supuestos en los que una sociedad desea cambiar su sede social, pero no su ley aplicable. La resolución de este traslado está en mano de la normativa interna de los Estados miembros.

Cuarto.- El Derecho a la libertad de establecimiento sí comprende el derecho a transformarse en una sociedad de otro Estado miembro aplicando sucesivamente dos

²¹ STJUE de 16 de diciembre de 2008... *cit.*, p. 7, n. 113.

legislaciones nacionales. Como está comprendido, no es posible someter este derecho a restricciones. En particular, imponer la previa disolución y liquidación de la sociedad en el Estado de origen es una restricción que obstaculiza el Derecho de establecimiento.

Quinto.- Un Estado de origen no puede impedir a una sociedad que se transforme en otra en el Estado de destino, siempre que este último permita tal transformación.

2. VALE

Cuatro años después de *Cartesio*, el TJUE dicta la sentencia de 12 de julio de 2012, Asunto C-378/10, *VALE Építési Kft*, otro hito en lo que al Derecho de sociedades de la Unión Europea respecta.

Cartesio decepcionó a gran parte de la doctrina por considerar que no garantizaba el ejercicio pleno de la libertad de establecimiento. Se esperaba de ella que ratificara el traslado de domicilio social sin pérdida de personalidad jurídica en cualquier situación, y no supeditar esta acción a que el ordenamiento del Estado de destino lo permitiese. Bien, *VALE* culmina lo que *Cartesio* empezó consolidando las bases del Derecho de sociedades en la Unión Europea, hablando esta vez de la transformación transfronteriza desde el punto de vista del Estado de destino.

2.1. Hechos

VALE Costruzioni Srl era una sociedad de responsabilidad limitada italiana inscrita en el Registro Mercantil de Roma. VALE solicitó la cancelación de su inscripción registral dejando anotado que la sociedad se había trasladado a Hungría. Si entendemos bien lo que significa la petición de VALE, esta trataba de que no se exigiera la liquidación de la italiana sino que hubiera continuidad de personalidad jurídica entre las dos sociedades (italiana y húngara).

Se constituyó VALE Építési Kft aprobando sus estatutos y desembolsando el capital requerido por la ley húngara, y solicitó a las autoridades competentes en Hungría la inscripción de la nueva sociedad, haciendo constar que era la sucesora legal de VALE Costruzioni.

El órgano jurisdiccional húngaro competente rechazó tal inscripción porque, según la ley de sociedades húngara, una sociedad constituida y registrada en Italia no puede

trasladar su domicilio social a Hungría y no es posible hacer constar en la inscripción registral como sucesora una sociedad que no sea húngara.

2.2. Cuestiones prejudiciales

Este litigio acabó planteando al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales²²:

«1) ¿Tiene que atenerse el Estado miembro de acogida a los artículos [49 TFUE y 54 TFUE] en el supuesto de que una sociedad constituida en otro Estado miembro (de origen) traslade su domicilio social al Estado miembro de acogida y, simultáneamente, cancele a estos efectos su inscripción registral en el Estado miembro de origen, los accionistas de la sociedad otorguen una nueva escritura de constitución con arreglo al Derecho del Estado miembro de acogida y la sociedad solicite su inscripción en el Registro Mercantil del Estado miembro de acogida con arreglo al Derecho de dicho Estado?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión ¿han de interpretarse los artículos [49 TFUE y 54 TFUE] en el sentido de que se oponen a una normativa o práctica de un Estado miembro (de acogida) que impide a una sociedad constituida legalmente en cualquier otro Estado miembro (de origen) trasladar su domicilio social al Estado miembro de acogida y continuar operando con arreglo al Derecho de este último Estado?

3) A efectos de la respuesta a la segunda cuestión, ¿tiene relevancia cuál sea el motivo por el que el Estado miembro de acogida deniegue la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil? Concretamente:

– Que, en la escritura de constitución recibida en el Estado de acogida, la sociedad solicitante haga constar como predecesora legal a la sociedad constituida en el Estado miembro de origen, cuya inscripción registral ha cancelado, y solicite que se mencione a dicha sociedad como su predecesora legal en el Registro Mercantil del Estado miembro de acogida.

– En el supuesto de una transformación internacional intracomunitaria, a efectos de la resolución del Estado miembro de acogida acerca de la solicitud de inscripción de la

²² STJUE de 12 de julio de 2012 (Asunto C-378/10, *VALE Építési Kft.*), n. 16.

sociedad en el Registro Mercantil, ¿está obligado el Estado miembro de acogida a tener en cuenta el acto por el que el Estado miembro de origen anotó en su Registro Mercantil el hecho del cambio de domicilio social y, en caso afirmativo, en qué medida?

4) ¿Está legitimado el Estado miembro de acogida para resolver con arreglo a las disposiciones de su Derecho de sociedades que regulan las transformaciones societarias internas, acerca de la solicitud de inscripción en el Registro Mercantil de ese Estado formulada por una sociedad que realiza una transformación internacional intracomunitaria, exigiendo a dicha sociedad que cumpla todos los requisitos que establece el Derecho de sociedades del Estado miembro de acogida para las transformaciones internas (por ejemplo, la elaboración de un balance y de un inventario de los activos) o, por el contrario, está obligado, sobre la base de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, a diferenciar entre las transformaciones internacionales intracomunitarias y las transformaciones internas y, en caso afirmativo, en qué medida?».

VALE pregunta todo lo que quedó por resolver en *Cartesio*. Vuelve a hablar de transformaciones transfronterizas en la Unión, pero esta vez, desde el punto de vista del Estado de acogida. El TJUE tendrá que resolver si este se trata de un caso comprendido en el Derecho de establecimiento de los artículos 49 y 54 TFUE. Y en caso de que sí lo esté, cómo limita el Derecho comunitario la normativa interna nacional, la existencia de restricciones a la libertad de establecimiento y su posible justificación.

2.3. Consideraciones jurídicas

A) Libertad de establecimiento y transformación transfronteriza

VALE sigue los pasos que dieron *Daily Mail* y *Cartesio* afirmando de nuevo que los Estados miembros son los únicos que pueden crear sociedades. En palabras del TJUE: «una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento».

Esto implica «que la posible obligación, en virtud de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, de permitir una transformación transfronteriza no afecta ni a la facultad del Estado miembro de acogida - de definir [...] el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida de conformidad con su Derecho nacional -, ni

al establecimiento, por este último, de las normas de constitución y de funcionamiento de la sociedad resultante de una transformación transfronteriza». Es decir, un Estado puede crear unos requisitos previos a una transformación, porque la sociedad que va a transformarse «todavía es suya». En el mismo sentido, un Estado miembro de destino puede imponer las condiciones que considere para que una sociedad ostente su nacionalidad. Sin embargo, no pueden obstaculizar la transformación. Si volvemos a leer el párrafo extraído de la sentencia, los Estados **deben** permitir una transformación transfronteriza.

Ya hemos visto como *Cartesio* prohíbe que el Estado de origen imponga la disolución y liquidación de una sociedad nacional, pues esto impide su transformación, y obstaculiza la libertad de establecimiento. Se obligaba al Estado de origen a permitir dicha transformación, quedando en manos de la normativa del Estado miembro de destino que ésta efectivamente pueda culminarse o no.

Ahora *VALE* habla de qué ocurre con esa «normativa del Estado miembro de destino». En su apartado 32 escribe: «no puede entenderse que la expresión «siempre que ese Derecho lo permita» [...] pretende que la normativa del Estado miembro de acogida sobre transformación de sociedades eluda, de entrada, las reglas sobre la libertad de establecimiento del Tratado FUE, sino que simplemente refleja la consideración de que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional, que de este modo «permite» la constitución de la sociedad, si se cumplen los requisitos establecidos para ello». A lo que se refería *Cartesio* cuando dejaba en manos del Estado de destino la culminación del proceso de transformación societaria, es a que una sociedad solo será nacional del Estado miembro de destino si cumple los requisitos de constitución de éste, pero el contenido de esos requisitos debe respetar las exigencias del Derecho Europea.

En resumen, al igual que un Estado miembro de origen no puede obstaculizar el cambio de *lex societatis* de sus sociedades nacionales, el Estado miembro de acogida no puede obstaculizarlo.

B) Límite europeo a la regulación nacional de la transformación transfronteriza

«Dado que el Derecho derivado de la Unión, en su estado actual, no prevé reglas específicas para las transformaciones transfronterizas, las normas que permiten realizar

tal operación sólo pueden encontrarse en el Derecho nacional del Estado miembro de origen del que depende la sociedad que pretende transformarse y en el del Estado miembro de acogida del que dependerá la sociedad resultante de tal transformación²³», lo que no implica que estas normas queden al margen del Derecho europeo²⁴.

En primer lugar, si hablamos de las libertades de circulación en general, aquellas áreas en las que los Estados miembros sean competentes para tomar medidas, éstas estarán siempre sometidas a ciertos requisitos. En palabras del propio tribunal: «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 objetivo²⁵». Estamos hablando del *Test Gebhard*²⁶, el sistema empleado por el TJUE para determinar si una medida es restrictiva de una libertad de circulación o no basado en cuatro fases.

La primera fase es la de no discriminación. Una medida no puede prever tratamientos diferentes en función del origen nacional o comunitario de las sociedades (en este caso). La segunda es que la medida esté basada en un objetivo imperioso de interés general, en el caso que nos ocupa puede ser 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. En tercer lugar, la medida debe ser adecuada, es decir, eficaz y necesaria para lograr el interés que se persigue. Y por último, debe ser proporcional, que de entre todas las medidas existentes para proteger un interés, se escoja la menos restrictiva con la libertad de circulación.

Cuando hablamos de falta de normativa de la Unión Europea en la materia, «las medidas dirigidas a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión se determinan por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de

²³ STJUE de 12 de julio de 2012... *cit.* p. 20, n. 43.

²⁴ GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J., "El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria (Comentario a la STJUE as. VALE Építési Kft.)", *Diario La Ley*, N° 7992, 2012, p. 39 - 46.

²⁵ STJUE de 9 de marzo de 1999... *cit.* p. 12, n. 34.

²⁶ STJCE de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Reinhard Gebhard*, C-55/94).

que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)²⁷».

En virtud del principio de equivalencia, «un Estado miembro no está obligado a tratar las operaciones transfronterizas más favorablemente que las operaciones internas²⁸». Es decir, que las medidas que se tomen sean igual de severas o de flexibles para las transformaciones societarias nacionales como para las intracomunitarias. Como aparece en la sentencia, es válido que las normas del Estado de acogida obliguen en todas las transformaciones a las sociedades a elaborar un balance y un inventario de activos.

Por su parte, el principio de efectividad «establece que las normas de los derechos nacionales no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión²⁹». En el asunto VALE, las autoridades húngaras se niegan a tener en cuenta los documentos de las autoridades italianas en los que consta que VALE había procedido correctamente en su transformación. Este método hace prácticamente imposible que la sociedad que tiene que demostrar que cumplió lo necesario para realizar el traslado, pueda hacerlo.

2.4. Aportaciones doctrinales

Primera.- Son los Estados los que deciden los requisitos para que las sociedades se constituyan. La cuestión sobre si se aplica el artículo 49 TFUE solo puede ser respondida en virtud del ordenamiento nacional, es decir, si una sociedad cumple los requisitos para ser considerada como tal en un Estado miembro, entonces es beneficiaria del derecho de establecimiento. Estos requisitos incluyen el mantenimiento del vínculo de conexión.

Segunda.- El Estado miembro de destino debe permitir la constitución de una sociedad comunitaria mediante el traslado de su domicilio social a su territorio y cambio de ley aplicable si cumple los requisitos establecidos en su normativa.

²⁷ STJUE de 12 de julio de 2012... *cit.* p. 20, n. 48.

²⁸ STJUE de 12 de julio de 2012... *cit.* p. 20, n. 54.

²⁹ MIQUEL SALA, R., "Transformación Transfronteriza: Exigencias para el Estado Miembro de Acogida. Comentario a la STJUE C-378/10 (VALE Építési Kft.)", *Cuadernos de Derecho Transnacional - CDT*, Vol. 5, Nº 2, 2013, p. 610 - 619.

Tercero.- El Derecho de la Unión, en su estado actual, no contiene normas específicas para las transformaciones transfronterizas intracomunitarias. Por tanto, la realización de una transformación transfronteriza requiere la aplicación consecutiva de dos derechos nacionales. No obstante, la aplicación de las normas nacionales debe efectuarse respetando los principios de equivalencia y efectividad.

Cuarto.- Los únicos límites que pueden imponerse a una transformación transfronteriza en la Unión son aquellos que cumplen cuatro requisitos: ser no discriminatorios, estar justificados por razones de interés general, ser adecuados y ser proporcionales.

III. MOVILIDAD DE SOCIEDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

El creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos llevó al legislador español a incluir en 2009 la regulación del traslado del domicilio de sociedades mercantiles españolas al extranjero y el traslado a territorio español del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados, para facilitar así la movilidad societaria³⁰, en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

El objetivo en este capítulo es un breve análisis sobre la adecuación del DIPr español a la última jurisprudencia sobre traslado de domicilio y Derecho de sociedades del TJUE que hemos venido analizando a lo largo de este trabajo.

La operación de traslado internacional de domicilio social, tanto de una sociedad española al extranjero, como de una extranjera a España, se rige por lo dispuesto en la LME (en el Título V «Del traslado internacional de domicilio social» en sus artículo 92 a 103), aunque no es propiamente una modificación estructural; y en convenios internacionales vigentes en España (aunque actualmente no existe ningún Convenio internacional relativo a esta materia).

El procedimiento aplicable exige la elaboración de un «proyecto de traslado» (art. 95 LME), que debe ser objeto de un informe de los administradores, (art. 95 LME), y aprobarse por junta general (art. 96 LME). Posteriormente, el Registrador mercantil del domicilio de la sociedad española debe expedir certificado acreditando el correcto cumplimiento por ésta de los trámites necesarios (art. 101 LME), a efectos de facilitar su inscripción en el Registro del nuevo domicilio (art. 102 LME)³¹.

Distinguimos dos supuestos: el traslado de una sociedad española al extranjero (supuesto en el que España sería el Estado miembro de origen), y el traslado de una sociedad extranjera a territorio español (en el que España sería el Estado de destino).

³⁰ Exposición de motivos Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

³¹ IGLESIAS PRADA, J. L., GARCIA DE ENTRERRIA, J., "Las modificaciones estructurales de las sociedades", en *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*, Menéndez *et al.* (dir.), v. I, 12ª, Civitas, Pamplona, 2014, p. 571.

1. TRASLADO DEL DOMICILIO AL EXTRANJERO

En este supuesto España actuaría como Estado miembro de origen, por lo que la adecuación de su normativa hay que examinarla a la luz de las aportaciones doctrinales de la sentencia *Cartesio*.

La regulación legal del traslado del domicilio social contenida en la LME está referida a los requisitos y al procedimiento que se han de observar por la sociedad española que traslada su domicilio al extranjero. Esto es lo que dicen en esencia *Cartesio* cuando reitera la doctrina de *Daily Mail*: el Estado de origen puede imponer requisitos para las que salen porque son «sus sociedades», gracias a su ordenamiento jurídico nacen y gracias a él mueren.

Los requisitos referidos son los que aparecen en el artículo 93 LME: ser sociedades mercantiles, tener nacionalidad española y estar inscritas en el Registro Mercantil. Hay dos excepciones, y es que, aunque cumplan las condiciones anteriores, no pueden trasladar su domicilio social aquellas sociedades que estén en fase de liquidación o en concurso de acreedores.

Como hemos visto, los Estados no pueden obstaculizar las libertades de circulación a menos que sea por motivos imperiosos de interés general, entonces cabría preguntarse si el legislador español está acatando las normas comunitarias. El motivo de haber incluido estas dos excepciones es la protección especial que debe ofrecerse a los acreedores. Tanto el proceso de liquidación como el concurso están sometidos a las máximas garantías que persiguen asegurar el pago de todos los créditos que tengan pendientes las sociedades con sus acreedores. Estos acreedores, cuando contratan con una sociedad, conocen la protección que les ofrece el ordenamiento jurídico. Es por eso que esta limitación está justificada, pues la posible pretensión de la sociedad trasladarse y someterse con ello a otro régimen jurídico distinto de aquel en el que han confiado sus acreedores y en el que ven amparado su derecho, se puede considerar un motivo de imperioso interés general.

Pero además, para que sea posible el traslado, la LME requiere que el Estado a cuyo territorio se traslada la sociedad permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de esta. Exactamente como impone *Cartesio*: un Estado de origen no puede impedir a una sociedad que se transforme en otra en el Estado de destino, siempre que este último

permita tal transformación. El legislador español facilita que sus sociedades mantengan su personalidad jurídica en caso de traslado de domicilio, como exige el TJUE, y deja en manos del Estado miembro receptor que esta continuidad sea posible.

2. TRASLADO DEL DOMICILIO AL TERRITORIO ESPAÑOL

El traslado del domicilio al territorio español por una sociedad extranjera supone que España actúa como el Estado miembro de destino, por lo que en este caso, para comprobar la adecuación de la normativa española a la jurisprudencia comunitaria la debemos comparar con la sentencia *VALE*.

El traslado del domicilio de una sociedad comunitaria a España lleva implícito el reconocimiento expreso de la personalidad jurídica de dicha sociedad, y simplemente se le exige el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley española para la constitución del tipo societario que va a adoptar la sociedad de que se trate. Así se deduce del artículo 94 LME.

Como dice MIQUEL SALA³² en su artículo «la sentencia *VALE* pilla al legislador español con los deberes hechos».

VALE nos dice que un Estado miembro de destino debe permitir la constitución de una sociedad comunitaria si ésta cumple los requisitos establecidos para ello en su legislación. Pues bien, es justo lo que nos dice el legislador español: una sociedad extranjera mantendrá su personalidad jurídica siempre que cumpla con los requisitos para constituirse que exige la ley española para ese tipo societario.

Por un lado estamos respetando el principio de equivalencia, haciendo «igual de favorable» la constitución de una empresa para nacionales y extranjeros; y por otro con el de efectividad, pues no se le piden más requisitos que esos.

³² MIQUEL SALA, R.,... *cit.*, p. 24.

IV. CONCLUSIONES

La actual regulación del Derecho de Sociedades en la Unión ha llegado a una solución que algunos tildan de «ingeniosa». A mí me gustaría calificarla de correcta.

El TJUE, respetando la soberanía nacional de los Estados miembros, no les exige fijar un criterio de conexión concreto para sus sociedades nacionales, ni la existencia de unas formas jurídicas homogéneas en todo el territorio comunitario. No, el TJUE simplemente defiende la libertad de establecimiento hasta donde alcanza su competencia facilitando la movilidad intracomunitaria, acometiendo así los objetivos de la Unión.

En este sentido, como ya ha quedado patentado en este trabajo, lo que hace no es obligar a los Estados miembros en un determinado sentido, sino poner límites a sus legisladores. Límites en aras de favorecer el tan repetido Derecho de establecimiento. Así, hemos visto como los Estados miembros no puede prohibir la «salida» de sus nacionales personas jurídicas, ni la «entrada» de las no nacionales, que ahora son libres de desplazarse en el territorio comunitario sin perder su personalidad jurídica. Esta movilidad, los Estados tampoco pueden obstaculizarla ni hacerla demasiado «aparatosa». No pueden exigir la disolución y liquidación de la sociedad, pues se extinguiría la persona jurídica como tal, ni le pueden exigir requisitos «extra» que no le exigirían a sus sociedades nacionales. Las únicas salvedades a las que pueden atenerse los legisladores estatales son aquellas que están justificadas por motivos imperiosos de interés general.

De esta manera, la libertad de establecimiento queda (casi) equiparada con el resto de libertades de circulación. Se reconoce la personalidad jurídica de las sociedades en todo el territorio comunitario siempre que éstas existan en base a una legislación estatal, sin que ninguna norma de carácter intracomunitario influya en la atribución de la nacionalidad. Las sociedades, por el mero hecho de ser nacionales, gozan de la libertad de establecimiento en la Unión, que les garantiza la entrada y salida de cualquier Estado miembro sin perder su personalidad jurídica.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del Tribunal, en la práctica el traslado intracomunitario de la sede social es escaso. Lo más frecuente es que las personas

jurídicas hagan uso de la libertad de establecimiento mediante la creación de establecimientos secundarios a través de los cuales, si así lo estiman conveniente, pueden gestionar toda su actividad empresarial. El hecho de que este sea un derecho expresamente consagrado en los arts. 49 y 54 TFUE hace que las empresas opten por el Derecho de establecimiento secundario.

La materia que tratamos no es un tema que se reduzca a dos sentencias, es algo que la Unión ha tenido presente siempre en aras de facilitar la libertad de establecimiento. Muestra de ello son las continuas reminiscencias e intentos de los textos oficiales y sentencias a «La 14ª Directiva». Con base en la doctrina de la STJCE *Daily Mail*, se lanzó el debate sobre la necesidad de mayores esfuerzos en la armonización del Derecho de sociedades europeo. Esto se tradujo en una Propuesta sobre la 14ª Directiva relativa al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas, que aún no ha sido aprobada, a pesar de que la doctrina, el TJUE y el PE insisten en ello.

Personalmente, y en consecuencia con lo comentado anteriormente (suficiencia de la jurisprudencia sentada del TJUE y la práctica del Derecho de establecimiento a través del establecimiento secundario), no creo que haya necesidad de regular comunitariamente este tema. Además, las diversas Propuestas que se han redactado por el PE, no son capaces de entender el funcionamiento de la libertad de establecimiento como lo hace el TJUE. A modo de ejemplo, en su Propuesta del 2009³³, el PE recomendó eliminar el modelo de sede real y defendía que el modelo de constitución era el único compatible con la libertad de circulación de sociedades. Bien, ya hemos visto que el TJUE no ha defendido esto en sus sentencias y que el PE se equivocó, por tanto, en 2009. Por eso mismo, en mi opinión, no hay necesidad de promulgar la 14ª Directiva.

Por último, en lo que respecta a nuestra legislación nacional, está perfectamente «adaptada» al criterio del TJUE. La combinación de ambas, permite la consecución de la plena movilidad de sociedades en el territorio comunitario. En lo que respecta al resto del mundo, queda a expensas del resto de normativas nacionales, pero podemos afirmar que el legislador se ha preocupado de favorecer la movilidad de estas.

³³ 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)).

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros

BAUERREIS, J., *Aspectos generales de la movilidad de las sociedades en el marco del derecho europeo*, 2012, ESADE LAW SCHOOL, Facultad de Derecho, Universidad Ramon LLull.

CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Sociedades de capital y otras personas jurídicas", en *Derecho Internacional Privado. Volumen II*, Caravaca *et al.* (dir.), v. II, 16ª, Comares, Granada, 2016, p. 773.

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

IGLESIAS PRADA, J. L., GARCIA DE ENTRERRIA, J., "Las modificaciones estructurales de las sociedades", en *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*, Menéndez *et al.* (dir.), v. I, 12ª, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 571.

LEIBLE, S., "El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento", en *Internacionalización del Derecho de sociedades*, Arenas García *et al.* (coord.), Atelier, Barcelona, 2010, p. 103.

PRATS JANE, S., *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*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2015.

Trabajos

GALUSCA, A.; HERNANDEZ SAINZ, E., "Traslado transfronterizo de domicilio social en la Unión Europea", Trabajo de Fin de Máster, Facultad de economía y empresa, Universidad de Zaragoza, 2012, Disponible su consulta en: <https://zaguan.unizar.es/?ln=es>.

MAESTRE RODRIGUEZ, S., TORRALBA MENDIOLA, E., "Traslado del domicilio social en la Unión Europea: Retos de presente y futuro", Trabajo Final de Grado. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid, 2016, Disponible su consulta en:

http://www.academia.edu/8166365/Trabajo_final_de_Grado_traslado_del_domicilio_social_en_la_Uni%C3%B3n_Europea._Retos_de_presente_y_futuro.

ZURITA CHAMORRO, C., FARRANDO MIGUEL, I., "La movilidad societaria en la U.E. Restricciones al ejercicio de la libertad de establecimiento de las sociedades", Trabajo Final de Grado, Universitat Pompeu Fabra, 2013. Disponible su consulta en: <http://repositori.upf.edu/>.

Revistas

EMBID IRUJO, J. M., "Pasado, presente y futuro del derecho europeo de sociedades", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 19, Nº 01, 2013, pp. 303 - 328.

GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J., "El cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria (Comentario a la STJUE as. VALE Épiitési Kft.)", *Diario La Ley*, Nº 7992, 2012, p. 39 - 46.

GOENECHEA J. M., GRACIA, C., "Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 24, 2009, p. 15 - 26.

MIQUEL SALA, R., "Transformación Transfronteriza: Exigencias para el Estado Miembro de Acogida. Comentario a la STJUE C-378/10 (VALE Épiitési Kft.)", *Cuadernos de Derecho Transnacional - CDT*, Vol. 5, Nº 2, 2013, p. 610 - 619.

Web

https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es [Consultado: 07/10/2016 a las 20:31]

<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/07/la-sentencia-vale-del-tribunal-de.html> [02/10/2016 a las 10.39 am]

Jurisprudencia

STJCE de 30 de noviembre de 1995 (Asunto *Reinhard Gebhard*, C-55/94).

STJUE de 27 de septiembre de 1988 (Asunto *Daily Mail*, C-818/87).

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).

STJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto *Inspire Art*, C-167/01).

STJUE de 16 de diciembre de 2008. Asunto C-210/06, *Cartseio Oktató és Szolgáltató bt*.

STJUE de 12 de julio de 2012 (Asunto C-378/10, *VALE Építési Kft.*).

Resolución de 14 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles III de Málaga, por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera.

Legislación

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Otras fuentes

Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro presentadas el 22 de mayo de 2008. Asunto C-210/06. *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen presentadas el 15 de diciembre de 2011. Asunto C-378/10 *VALE Építési kft.*

Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. (COM(2010)2020).

Comunicación de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, titulada «Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar» (COM(2003)0284).

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 (2011/2046(INI))

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)).