



**VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## **TRABAJO FIN DE GRADO**

### **GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Derecho Público General**

**Área de Derecho Internacional Público**

**Curso 2017/2018**

# **LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y EL TRASLADO TRANSFRONTERIZO DEL DOMICILIO SOCIAL DE SOCIEDADES EN LA UE HASTA EL CASO POLBUD**

**Realizado por Pablo Rodríguez Infante**

**Tutor: José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz**

**Junio de 2018**

# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Derecho Público General**

**Área de Derecho Internacional Público**

### **LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y EL TRASLADO TRANSFRONTERIZO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES EN LA UE HASTA EL CASO POLBUD**

### **THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND THE CROSS-BORDER CONVERSIONS OF THE REGISTERED OFFICE OF COMPANIES IN THE EU UNTIL THE POLBUD CASE**

Realizado por Pablo Rodríguez Infante  
pablo.r.infante@usal.es

Tutor: José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz

## RESUMEN

El traslado transfronterizo del domicilio social como instrumento para llevar a cabo la libertad de establecimiento dentro de la Unión Europea por parte de las sociedades, no cuenta con una armonización mínima que regule la consecución de dicho ejercicio.

En este contexto, los Estados miembro regulan el criterio de conexión de la ley aplicable al traslado del domicilio de las sociedades, basándose principalmente en dos modelos existentes de determinación de la *lex societatis*, lo cual, genera una problemática que en la práctica se traduce en una restricción de dicha libertad de las sociedades, suponiendo así un impedimento al desarrollo de actividades económicas en otro Estado miembro.

A la luz del reciente caso Polbud, este estudio lleva a cabo una revisión jurídico-teórica de la libertad de establecimiento y de la movilidad societaria relativa al traslado transfronterizo del domicilio social, analizando la evolución de la jurisprudencia del TJUE emanada de los litigios acaecidos por la restricción a las sociedades en cuanto al ejercicio de dicha libertad, abordando finalmente la necesidad de adopción de la Decimocuarta Directiva de traslado transfronterizo, así como el contenido mínimo que esta debería incluir para dar una respuesta satisfactoria a la incertidumbre que genera la falta de armonización.

**PALABRAS CLAVE:** Mercado interior, libertad de establecimiento, traslado transfronterizo de domicilio social, *lex societatis*, armonización societaria.

## ABSTRACT

The cross-border conversion of the registered office as an instrument to carry out the freedom of establishment within the European Union by the companies, does not have a minimum harmonization that regulates the achievement of this exercise.

In this context, the member states regulate the connection criterion of the law applicable to the transfer of the domicile of the companies, mainly based on two existing models for determining the *lex societatis*, which generates a problem that in practice translates into a restriction on such freedom of the companies, thus supposing an impediment to the development of economic activities in another Member State.

Thanks to the novelty of the recent Polbud case, this study carries out a legal-theoretical review of the freedom of establishment and of corporate mobility related to the cross-border transfer of the registered office. The analysis of the evolution of the jurisprudence of the CJEU emanated from the litigations occurred due to the restriction of the companies regarding the exercise of said freedom. Finally, the need for the adoption of the Fourteenth Directive on cross-border conversion is studied, as well as the minimum content that it should include to give a satisfactory answer to the uncertainty generated by the lack of harmonization.

**KEYWORDS:** Internal market, freedom of establishment, cross-border conversion of registered office, *lex societatis*, corporate harmonization.

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</b> .....	5
<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>2. LA RELEVANCIA DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO COMO LIBERTAD COMUNITARIA EN EL MERCADO INTERIOR DE LA UNION EUROPEA</b> ...	7
<b>3. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO</b> .....	9
3.1 Implantación de la libertad de establecimiento.....	9
3.2 Delimitación de la libertad de establecimiento de personas jurídicas con personas físicas y la libre prestación de servicios .....	10
3.3 Concepto, ámbitos de aplicación y excepciones a la libertad de establecimiento .....	13
3.4 Modalidades de la libertad de establecimiento .....	15
3.5 La libertad de establecimiento y la armonización del derecho de sociedades .....	17
<b>4. LA MOVILIDAD SOCIETARIA</b> .....	19
4.1 Elementos de la movilidad societaria .....	19
a) El domicilio social.....	20
b) La nacionalidad.....	21
4.2 La <i>lex societatis</i> : la determinación de la ley aplicable.....	21
4.2.1 Problemática de la <i>lex societatis</i> en torno al traslado transfronterizo del domicilio social.....	21
4.2.2 Modelos de determinación de la <i>lex societatis</i> .....	23
a) Teoría de la constitución.....	23
b) Teoría de la sede real.....	24
4.3 Modelo de determinación de la <i>lex societatis</i> y traslado transfronterizo de domicilio social en el régimen jurídico español.....	25
<b>5. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE/TJUE</b> .....	28
5.1 caso <i>Daily mail</i> .....	29
5.2 caso <i>Centros</i> .....	30
5.3 caso <i>Überseering</i> .....	32
5.4 caso <i>Inspire art</i> .....	33
5.5 caso <i>Cartesio</i> .....	34
5.6 caso <i>VALE</i> .....	36
5.7 caso <i>Polboud</i> .....	37
<b>6. LA DECIMOCUARTA DIRECTIVA EUROPEA DE TRASLADO TRANSFRONTERIZO DEL DOMICILIO SOCIAL</b> .....	40
6.1 Propuestas e intentos instucionales .....	41
6.2 Necesidad y previsiones del contenido mínimo de la futura Decimocuarta Directiva. ....	42
<b>7. CONCLUSIONES</b> .....	46
<b>8. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	47

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

art.	Artículo.
CC	Código Civil Español
CEE	Comunidad Económica Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
LMESM	Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
RRM	Reglamento de ejecución del Registro Mercantil
TCCE	Tratado de Roma 1957, Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la UE
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLSC	Texto refundido de la ley de sociedades de capital
UE	Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN.

La creación del mercado interior europeo se erige como el principal objetivo institucional de la Unión Europea desde la creación de las Comunidades Económicas Europeas. El correcto y natural funcionamiento del mismo depende del factible ejercicio de las libertades comunitarias, las cuales, garantizan a los principales agentes económicos la realización de sus actividades inherentes en dicho mercado. En este sentido, la libertad de establecimiento de las sociedades, faculta a las mismas a escoger su entorno económico más favorable favoreciendo su competitividad.

Para instrumentalizar dicha libertad, el Derecho primario europeo pone a disposición de las sociedades la facultad de llevar a cabo la apertura de entes secundarios o el traslado transfronterizo de su domicilio social. Sin embargo, la carencia de una norma armonizadora por parte del Derecho europeo secundario, deriva en que sean las normas nacionales de los Estados miembros quienes determinen los elementos de conexión de la sociedad con la ley aplicable a dicha operación de traslado. Esto desemboca en el seguimiento por parte de los Estados de modelos opuestos de determinación de la ley aplicable a dicho ejercicio de movilidad societaria, dando como resultando un contexto de incertidumbre jurídica donde algunas sociedades han visto limitada dicha libertad.

Ante esta tesitura, el objetivo de dar solución a dicha problemática emanada de la falta de armonización en materia de traslado transfronterizo, pasa por la adopción de la Decimocuarta Directiva relativa al traslado transfronterizo del domicilio social, la cual, ha permanecido en el foco de interés de las instituciones europeas desde finales de los años noventa hasta la actualidad.

A la luz de las novedades introducidas en el reciente caso *Polbud* de octubre de 2017, este estudio tiene por objeto llevar a cabo una amplia revisión, en primer lugar, del marco jurídico-teórico de la libertad de establecimiento y la movilidad societaria en la Unión Europea. En segundo lugar, un análisis de la evolución jurisprudencial emanada del TJUE en los casos más relevantes acaecidos en torno a dicha problemática relativa a la restricción de la libertad de establecimiento y traslado transfronterizo del domicilio social. En tercer y último lugar, se abordan los impulsos de llevar a cabo la adopción de dicha Directiva armonizadora, así como la justificación de la necesidad de su adopción y un esquema de los contenidos mínimos que la misma debería regular para dar solución a dichos problemas planteados.

## **2. LA RELEVANCIA DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO COMO LIBERTAD COMUNITARIA EN EL MERCADO INTERIOR DE LA UE.**

Es menester comenzar este trabajo resaltando la importancia de la creación de un “mercado común” como uno de los objetivos o misiones principales de la Comunidad Económica Europea, cristalizado en el art.2 del tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea en 1957<sup>1</sup>.

Desde su creación, se ha llevado a cabo una constante evolución del grado de integración, donde se busca, por un lado, la eliminación de barreras y obstáculos que impiden una competencia leal, y por otro, lograr el progreso económico estable y armonioso, para dar paso a “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”<sup>2</sup>. En este sentido, se pretende coincidir con el prisma económico de integración de mercado, donde los mismos “están integrados si las barreras entre ellos han sido eliminadas, entendidas las mismas como cualquier delimitación real o potencial a la movilidad de las mercancías, servicios, capital, trabajo, tecnología y fluidez de la comunicación”<sup>3</sup>.

Sin embargo, dichos objetivos de integración establecidos no se alcanzaron en el grado de satisfacción deseado. Ello debido a ciertas circunstancias como el requerimiento de una excesiva armonización de normas nacionales por un lado, y la unanimidad necesaria del Consejo a la hora de llevar a cabo la aprobación de legislación por otro<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, se llevó a cabo un posterior avance que dio paso al establecimiento del mercado único de la UE a mediados de los años ochenta, también denominado mercado interior. Dicho mercado, surgió de la propuesta formulada como

---

<sup>1</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957, art 2: La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

<sup>2</sup> Idem, preámbulo.

<sup>3</sup> PELKMANS, J., HANF, D., CHANG, M, *The EU Internal market in comparative perspective: Economic, political and legal analyses*, Peter Lang, Brussels, 2008, p. 41.

<sup>4</sup> STEHLIK, V., HAMULAK, O, *Legal issue of EU internal market: understanding four freedoms*, Olomouc, 2013, p.15.

“White Paper on the completion of the internal market” de 1985, y fue incluido en el Tratado Constitutivo de la CEE a través del Acta Única Europea en 1986, con la finalidad principal de avanzar en los objetivos de integración de dicho mercado a través de la eliminación de barreras físicas, técnicas y fiscales<sup>5</sup>.

Podemos decir que la esencia del funcionamiento de este mercado se erige, como versa el art. 26.2 TFUE, en base a la creación de “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”, cuyo funcionamiento debe ser garantizado por la UE, art. 26.1 TFUE.

En este sentido, dado que la idea principal de este “mercado único” es comportarse de forma similar a un mercado nacional de un Estado miembro<sup>6</sup>, el mismo debe consolidar, por un lado, una economía de libre mercado tal como señala el art.119.1 TFUE, y por otro, la libertad de empresa reconocida como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Así pues, en la consecución de este fin, juega un papel crucial la libre circulación de factores productivos<sup>7</sup>, los cuales, han sido confiados por la CEE desde su origen en las anteriormente mencionadas libertades comunitarias: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

Es dentro de estas libertades comunitarias donde se halla el principal pilar de este trabajo: la libertad de establecimiento, concretamente la referida a las personas jurídicas. La importancia de la misma reside en el derecho de poder ejercer la actividad económica de una empresa en cualquier otro territorio de un Estado miembro de la UE distinto al suyo.

Desde un punto de vista jurídico, supone equiparar el reconocimiento de una empresa constituida en un Estado miembro en otro, con el mantenimiento de su personalidad jurídica. Desde el prisma económico, se justifica de modo que, dentro de este mercado

---

<sup>5</sup> En este sentido MCDONALD, F., DEARDEN, S. *European economic integration*, Longman, New York, 1992, p.25. explica como el estudio realizado por el “Cecchini report”, fija las barreras a ser eliminadas para la consecución de los objetivos del mercado interno, a saber: aranceles, cuotas, barreras de aumento de los costes, restricciones a la entrada en el mercado y actividades que distorsionan el mercado practicadas por los gobiernos.

<sup>6</sup> STEHLIK, V., HAMULAK, O, *Legal issue of...*, ob. cit., p. 17.

<sup>7</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003. p. 247. La movilidad de los factores productivos es una de las condiciones para lograr ese mercado de competencia perfecta, junto con la atomicidad, transparencia, homogeneidad de los productos y ausencia de barreras de entrada.



interior, las empresas, como agentes económicos principales del mercado, han de valerse de dicha libertad para optar por el entorno económico más favorable para el desarrollo de su actividad empresarial.

Finalmente, en la interacción de las mencionadas libertades, la libertad de establecimiento posee un efecto gravitatorio sobre el resto de libertades, reflejándose en la necesidad de las empresas de requerir la movilidad de trabajadores, capital, mercancías o el ofrecimiento de servicios, en su nuevo lugar de establecimiento. Es por ello, que dicha libertad reviste de vital importancia entre las demás libertades comunitarias, puesto que es fundamental para que entren en juego el resto de libertades<sup>8</sup>.

### **3. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA UNIÓN EUROPEA.**

Una vez expuesto el marco de libertades comunitarias en el mercado interior comunitario, su fundamentación y objetivo de liberalización del mismo, nos centramos en la libertad que conforma el pilar principal de este trabajo: la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, donde la abordaremos de forma detallada para *a posteriori*, llevar a cabo el pertinente análisis de la movilidad societaria en torno al traslado transfronterizo del domicilio.

#### **3.1. Implantación de la libertad de establecimiento.**

Como mencionamos anteriormente, el fundamento de la libertad de establecimiento gira en torno a la consecución de la libre circulación de factores productivos. Así pues, dicha libertad, se recogió en el TCCE de 1957, en el título denominado como “libre circulación de personas, servicios y capitales”, regulándose en los artículos 52 a 58 (actualmente 49 a 54 TFUE).

Para la consecución de dicha libertad, el art. 52 TCCE estableció la obligación de los Estados miembros de retirar o suprimir dichas restricciones que supusieran un óbice a su ejercicio, mientras que el art. 8 TCCE, puso la fecha para el logro de lo anterior en un

---

<sup>8</sup> RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011, p. 6.

período transitorio que debía durar doce años, dividido a su vez en tres etapas de cuatro años cada una, donde a grandes rasgos, las diversas instituciones de la CEE se pondrían en marcha para lograr, en la primera de ellas, “la elaboración de un Programa General para la supresión de las restricciones a dicha libertad, y en la segunda y tercera etapa, basadas en un período de coordinación o armonización de legislaciones de los Estados miembros a través de la adopción de Directivas”<sup>9</sup>. Sin embargo, ciertas circunstancias políticas y técnicas supusieron impedimentos al logro de dichos objetivos recogidos en los citados planes, resultando en la dificultad del ejercicio de dicha actividad, aumentando el número de conflictos legales en dicha materia<sup>10</sup>.

Dada la situación, el TJCE jugó un papel clave en relación al efecto directo horizontal, mediante el cual, los nacionales – entendidos como particulares- de un Estado miembro pueden invocar los derechos recogidos en los Tratados de derecho primario comunitario, siempre que “la norma sea clara y precisa, además de que su mandato no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas nacionales o a las instituciones de la Unión”<sup>11</sup>.

Dicho efecto directo fue declarado a través del pronunciamiento que dio lugar el asunto *Reyners*, donde se constató que, desde la expiración del período transitorio, a pesar de la no existencia de ciertas Directivas previstas en el apartado dos del art. 54 concernientes a la libertad de establecimiento, el TCCE es una disposición directamente aplicable<sup>12</sup>.

### **3.2. Delimitación de la libertad de establecimiento de personas jurídicas con la libertad de establecimiento de personas físicas y la libre prestación de servicios.**

Comentado brevemente la implantación de la libertad de establecimiento, es menester llevar a cabo una delimitación de lo concerniente a la misma en cuanto a las personas

---

<sup>9</sup> RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y...*, ob. cit., p. 9.

<sup>10</sup> PELLICER ZAMORA, C.J, “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, *Derecho comunitario económico (volumen I)*, Colex, Madrid, 2001, p. 166.

<sup>11</sup> MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 390.

<sup>12</sup> STJCE 21 de junio 1974, as. C 2-74, *Jean Reyners v Belgian State*.

jurídicas se refiere, en aras de concretar dicha libertad y así clarificar su contexto en este trabajo.

En primer lugar, en cuanto a la relación natural entre personas jurídicas y físicas a la que se refiere dicha libertad, si atendemos a una relación positiva, esto es, de visión conjunta de ambas, desde el prisma jurídico, se debe considerar el hecho de que el TFUE establezca la libertad de establecimiento de ambas de una forma conjunta, puesto que el capítulo dos del mismo relativo a dicha libertad, regula la misma haciendo referencia a ambas personas<sup>13</sup>.

En segundo lugar, desde una perspectiva práctica, podemos desprender que del ejercicio de la libertad de establecimiento de las personas físicas se propicia el ejercicio de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, ello debido a la necesidad de estas de poseer un régimen legal que les garantice, en caso de que se produzca la movilidad de estas personas físicas de un Estado miembro a otro, la movilidad asimismo de su actividad empresarial para desarrollarla igualmente en este Estado Miembro de destino.

Sin embargo, a pesar de lo mencionado, existen ciertos factores diferenciadores. Además del más sobresaliente y lógico, este es, el ámbito subjetivo de aplicación, puesto que en las personas físicas nos referimos a ciudadanos de la UE y en las personas jurídicas a sociedades, existen otras diferencias entre ambas señaladas en los pronunciamientos del TJUE sobre ciertas cuestiones planteadas acerca de las personas jurídicas, las cuales difieren, por lo tanto, del tratamiento legal que se lleva a cabo con las personas físicas, debido fundamentalmente a que el nacimiento de las primeras dependen del ordenamiento jurídico de un Estado Miembro y las segundas no<sup>14</sup>.

En cuanto a la relación con la libre prestación de servicios, es comprensible la asociación de ambas puesto que comparten contenidos fuertemente ligados entre sí, tal como se puede apreciar de la simple redacción de los artículos 49 y 56 del TFUE, donde se otorga

---

<sup>13</sup> Si observamos concretamente los artículos 49 y 54 del TFUE, vemos como se produce dicha extensión de la libertad de establecimiento de las personas físicas a las personas jurídicas, estableciendo conjuntamente dicha libertad sobre ambas.

<sup>14</sup> ARENAS GARCIA, R, “Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia”, *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 33.

el derecho a los nacionales de un Estado miembro de operar en el mercado de otro Estado miembro a través de ambas libertades.

En lo que respecta a esas características comunes, podemos resaltar, entre otras, la aplicación de ambas a las actividades no asalariadas o independientes de naturaleza económica que presenten carácter internacional<sup>15</sup>, además de que el TJUE reconoce a ambas el efecto directo y son objeto de las mismas restricciones permitidas.

Por ello, para lograr una distinción, se contemplan dos elementos diferenciadores. El primero de ellos, la temporalidad, que comprende la duración, periodicidad, regularidad y continuidad de la actividad económica<sup>16</sup> realizada en otro Estado miembro, concediendo a la libertad de establecimiento una vocación de instalación o establecimiento permanente. Por el contrario, la libertad de prestación de servicios, persigue una vocación temporal, sin tener que instalarse permanentemente<sup>17</sup>.

El segundo, es el ordenamiento jurídico nacional de aplicación a los sujetos que disfruten de dichas libertades. De modo que, la persona que ejerza la libertad de establecimiento en el Estado miembro de destino o acogida, quedará en principio, sometida al ordenamiento jurídico de este (si bien es cierto que dicha afirmación depende, como veremos más adelante, del esquema o modelo de determinación aplicable a la sociedad). Por su parte, en la libertad de prestación de servicios, la persona que se traslade seguirá sometida a la Ley de su Estado de origen y a la legislación del Estado miembro de destino de forma que sólo se le aplicará la normativa comunitaria de armonización, o en su defecto, las condiciones establecidas por el TJUE<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Mercado único y libre...*, ob. cit., p. 104.

<sup>16</sup> STEHLIK, V., HAMULAK, O, *Legal issue of...* ob. cit., p. 166.

<sup>17</sup> A efectos de un mayor conocimiento sobre la identificación de dicho requisito de permanencia: CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Mercado único y libre...* ob. cit., p. 116. donde se define la presencia permanente y los casos dudosos de permanencia y su reflejo en la jurisprudencia del TJCE.

<sup>18</sup> PÉREZ DE LAS HERAS, B, *El Mercado Interior Europeo, Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 125.

### **3.3. Concepto, ámbitos de aplicación y excepciones de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas.**

Como mencionamos anteriormente, la libertad de establecimiento (a partir de ahora entendida solamente como la vinculada a las personas jurídicas) aparece recogida en las fuentes de derecho primario europeo, debido a su gran importancia en la consecución del libre mercado como objetivo del mercado interno, plasmado en la posibilidad de las empresas de escoger el lugar dentro de ese mercado interno donde realizarán sus actividades económicas.

En cuanto a su específica definición, entenderemos la libertad de establecimiento como el derecho mediante el cual “se pretende garantizar el ejercicio, por un nacional comunitario, persona física o jurídica, de una actividad económica con carácter independiente de modo permanente en el territorio de un Estado miembro distinto del de su nacionalidad”<sup>19</sup>. A efectos prácticos, sería la posibilidad de instalarse con vocación permanente en otro Estado miembro diferente al de origen para realizar actividades económicas de forma independiente, es decir, no asalariadas, en régimen de igualdad de condiciones con los nacionales de ese Estado miembro.

Para ello, el art. 49 TFUE, prohíbe explícitamente las restricciones que supongan un óbice a los nacionales de un Estado miembro que quieran establecerse en otro, además de extender las restricciones de dichas prohibiciones a la apertura de agencias, sucursales o filiales.

Una vez definido el concepto de la libertad pertinente, a continuación, se exponen los ámbitos de aplicación de dicha libertad, a saber, sobre quién, qué actividad y dónde recae la misma.

En este orden de cosas, el ámbito subjetivo de aplicación o *ratione personae*, se desprende de la lectura de los art. 49 y 54, donde nos encontramos con tres cuestiones que giran en torno a la determinación del mismo, a saber, la personalidad de las entidades sobre las que recae dicha libertad, la actividad económica de las mismas y su vinculación con la UE.

---

<sup>19</sup> RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y...*, ob. cit., p. 6.

La primera de ellas, tal como se manifiesta en el art. 49 TFUE, esas entidades son las “empresas y, especialmente sociedades”, el cual remite al art.54 TFUE para precisar dichas sociedades como “las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público y privado”. En cuanto a la segunda cuestión, es el propio art. 54 quien excluye a las sociedades “que no persigan un interés lucrativo”, por ende, de forma positiva, quedarán incluidas todas aquellas sociedades que persigan efectivamente ese ánimo de lucro.

La última de las cuestiones queda resuelta en el art. 54 TFUE, exigiendo para cumplir ese vínculo, que las sociedades referidas en el mismo sean válidamente constituidas de acuerdo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. Además, este debe tener ubicada su sede social, administración central o centro principal de actividad en la UE.

En cuanto al ámbito material o *ratione materiae*, debemos mencionar, además del carácter de actividades no asalariadas que deben cumplir dichas sociedades, que el TFUE excluye explícitamente en su art. 52 las “actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”. Por ende, el resto de actividades no relacionadas con dicho contexto público se incluyen en dicho ámbito material. No obstante, la tarea de concretar dicha actividad relacionada con el poder público no ha sido insustancial, puesto que el TJCE se ha pronunciado en numerosas ocasiones para clarificar dicha cuestión<sup>20</sup>.

Por último, en cuanto al ámbito de aplicación territorial o *ratione loci*, además del ámbito geográfico general que comprende el territorio de los Estados miembros pertenecientes a la UE, el TFUE, en sus artículos 349 y 355, nos hace referencia a regiones de ultramar pertenecientes a los Estados miembros, que merecen una mención especial<sup>21</sup>.

Para concluir este apartado, es de interés mencionar brevemente la disposición que establece el TFUE, otorgándole un carácter limitado a dicha libertad de establecimiento en la UE debido a ciertas razones invocables por los Estados miembros.

---

<sup>20</sup> En este sentido, PELLICER ZAMORA, C.J, “Libertad de establecimiento y..., ob., cit., p.173. se enumeran las distintas sentencias del TJCE donde se limita la noción del poder público.

<sup>21</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 355: Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, de conformidad con el artículo 349.

Así pues, la misma viene reflejada en el art. 52 TFUE, que, en síntesis, supone la legitimación de la restricción por parte de los Estados miembros de dicha libertad ante causas concernientes al orden público, seguridad y salud pública. De este modo, se sostienen esas limitaciones y restricciones a dicha libertad, lo cual se traduce en la posibilidad de un Estado miembro de establecer “restricciones o gravámenes a través de normas nacionales directas o indirectas, que pesen solamente sobre las entidades o profesionales, o que pesen más sobre estos que sobre sus propios nacionales”<sup>22</sup>. Esto conlleva de forma inherente al no deber de cumplir por parte de los Estados miembros (de forma legitimada por las mencionadas razones) con la no igualdad de trato respecto a los nacionales de otros Estados miembros.

### **3.4. Modalidades de la libertad de establecimiento.**

Una vez establecido el concepto y ámbitos de aplicación de libertad de establecimiento, deviene imprescindible para este trabajo realizar una exposición de las modalidades de establecimiento existentes. Como veremos en el punto cinco de este trabajo, la relevancia de la diferenciación de las mismas se encuentra en los efectos y tratamiento que el Tribunal de Justicia establece para cada una de ellas.

Así pues, nos encontramos con dos variantes o modalidades de la libertad de establecimiento que pueden llevar a cabo las sociedades. Las mismas se extraen del propio art. 49 del TFUE, el cual, por un lado, distingue entre las prohibiciones a las restricciones a la libertad de establecimiento “de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro de Estado miembro” y, por otro lado, “las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en otro Estado miembro”, conformándose por tanto dos categorías que analizamos a continuación.

La primera de ellas, la *libertad de establecimiento primario*, hace a su vez una doble referencia a dicha libertad, a saber, la libertad de constitución de un establecimiento primario por un lado, es decir, el establecimiento *ex novo* que se lleva a cabo por un particular o sociedad en el territorio de un Estado miembro diferente al suyo, y por otro

---

<sup>22</sup> PELLICER ZAMORA, C.J., “Libertad de establecimiento y... ob., cit., p. 174.

lado, la libertad de establecimiento en cuanto al traslado de un establecimiento primario ya constituido en el Estado miembro de origen a otro Estado miembro de destino sin la necesidad de constituirse de nuevo, es decir, manteniendo la personalidad jurídica de la sociedad.

Nos interesa de esta primera categoría el segundo supuesto, es decir, el de la movilidad del establecimiento primario de un Estado miembro a otro, ya que será dicha cuestión la que suscite controversia<sup>23</sup> en los casos del TJUE que analizaremos más adelante. Finalmente, cabe señalar que el fundamento teórico-económico de dicha libertad sería la de ofrecer la oportunidad de una comparación y análisis de los mercados en los distintos Estados miembro de la UE, con el fin de establecerse en aquel que ofrezca la mejor situación económica de acuerdo con sus actividades<sup>24</sup>.

La segunda categoría, la *libertad de establecimiento secundario*, hace referencia a la libertad de establecimiento o apertura de agencias, sucursales o filiales por parte de los nacionales de un Estado miembro en otro Estado miembro. Es decir, se garantiza por parte de las sociedades de un Estado miembro de abrir dichos entes emanados de dicha sociedad en otro Estado miembro.

Haciendo una breve mención a dichos entes que desempeñan este establecimiento secundario, en cuanto al tratamiento de las sucursales y agencias, estas se emplean dentro de un mismo contexto<sup>25</sup>, sin establecer una distinción clara, “refiriéndose a toda instalación estable de carácter productivo dentro de la organización de la empresa”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Siguiendo lo descrito en RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y...*, ob. cit., p.14. se establece un tratamiento distinto por parte del TFUE de la libertad de constitución y la libertad del traslado de establecimiento, puesto que mientras la primera es “una norma con efecto directo derivada del propio Derecho comunitario originario, la segunda queda supeditada a la aprobación de normativa comunitaria derivada”.

<sup>24</sup> STEHLIK, V., HAMULAK, O, *Legal issue of...*, ob. cit., p. 137.

<sup>25</sup> El propio TJCE se refiere a esto en su STJCE de 22 de noviembre 1978, as 33/78, *Somafer S.A y Saar Ferngas*. estableciendo conjuntamente la noción de sucursal, agencia o de cualquier otro establecimiento.

<sup>26</sup> RUEDA MARTÍNEZ, J.A, *La sucursal, algunos aspectos de su régimen jurídico*, José M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 1990, p. 30.



No obstante, mientras la agencia no tiene capacidad de llevar a cabo actos de forma independiente al establecimiento principal, en la sucursal se concluyen los mismos negocios<sup>27</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la filial, al contrario que la agencia y la sucursal, goza de personalidad jurídica, por lo cual posee responsabilidad exclusiva respecto al establecimiento principal.

Finalmente, cabe apuntar que la razón teórico-económica de esta libertad, sería la de cumplir con un fin de expansión de las actividades comerciales, siendo adecuado para las expansiones de actividades comerciales o para acercarse a clientes en el extranjero, mientras se mantienen los lazos con el país de origen<sup>28</sup>.

### **3.5 La libertad de establecimiento y la armonización del derecho de sociedades en la UE.**

En este punto, se pretende ilustrar la contribución llevada a cabo por la libertad de establecimiento en cuanto a la tarea armonizadora del derecho de sociedades en la UE. Como se reitera a lo largo de este trabajo, el derecho europeo de sociedades pertenece a un área de armonización parcial, donde la facultad de llevar a cabo medidas legislativas para la obtención de dicha armonización viene recogida en los art. 114 y 155 del TFUE, lo cual, nos deja con un derecho de sociedades europeo no codificado, pero con una serie de normas mínimas en dicho ámbito jurídico-societario.

Dado que este trabajo se centra en el estudio del traslado de domicilio social en el derecho societario europeo, no procede un estudio pormenorizado del avance logrado de esas normas mínimas a raíz de la promulgación de las diversas Directivas y Reglamentos adoptados en otros campos del derecho societario<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>28</sup> STEHLIK, V., HAMULAK, O, *Legal issue of...*, ob. cit., p. 137.

<sup>29</sup> Ejemplos de dichos campos donde se han adoptado esas normativas mínimas serían: la protección de los intereses y los derechos de los accionistas, las normas sobre ofertas públicas de adquisición para las sociedades anónimas, la comunicación de información sobre las sucursales, las fusiones y escisiones. BUX, U. “Fichas técnicas de la Unión Europea”, Parlamento Europeo, 2018, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_2.1.11.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.11.html)

En este sentido, simplemente dejaremos constancia de que dicho proceso integrador en sentido amplio, desde 1968 hasta la actualidad, no ha seguido una línea paulatina, es decir, ha sido intermitente en cuanto a la aprobación e impulso de nuevas Directivas contribuidoras de dicho proceso<sup>30</sup>. Sin embargo, en este período se ha llevado a cabo la adopción de un considerable número de medidas adoptadas en el campo societario europeo<sup>31</sup>.

Además de esta labor de adopción de Directivas y Reglamentos para conseguir esa integración mínima en distintos campos del derecho societario, se debe mencionar así mismo la creación por parte de la UE de entidades jurídicas propias, las cuales se fueron desarrollando desde el principio de la CCE, adoptándose la primera en 1985. En este sentido, por orden de cronológico de creación de las mismas, nos encontramos con: La Agrupación Económica de Interés Económico (AEIE), Sociedad Anónima Europea (SE), Sociedad Cooperativa Europea (SCE) y las Sociedades Unipersonales de responsabilidad limitada (SUP)<sup>32</sup>.

Sin embargo, volviendo al tema concreto de este estudio, en lo concerniente a la libertad de establecimiento enfocada al traslado transfronterizo del domicilio social de un Estado miembro a otro, se observa la ausencia de medidas adoptadas por parte de la UE, a pesar de haberse manifestado la necesidad de las mismas. Dicha cuestión, será desarrollada

---

<sup>30</sup> GÓRRIZ LÓPEZ, C, “Pymes y libertad de establecimiento: fracaso del Derecho europeo de sociedades”, *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 80-94: El autor divide dicho período en cuatro etapas, a saber, una de armonización entre 1968 y 1989, la crisis surgida entre 1990 y 2001, el renacimiento entre 2003 y 2012 y finalmente una etapa de continuidad, correspondiente a la etapa actual.

<sup>31</sup> Siguiendo el esquema establecido en BUX, U. “Fichas técnicas de la Unión Europea”, Parlamento Europeo, 2018, p. 2-3, ejemplos de esta integración son, según sus campos: 1. En lo referente a la constitución de sociedades, capital y requisitos de divulgación. Directiva 68/151/CEE, Directiva 77/91/CEE, la primera modificada y la segunda sustituida por la Directiva (UE) 2017/1132, y la Directiva 2009/102/CE. 2. Referente a las sociedades que realizan sus actividades en diferentes países: Directiva 89/666/CEE, 2004/25/CE, Directiva 2012/17, Reglamento de Ejecución (UE) 2015/884 y la Directiva 2014/86/UE. 3. En cuanto a la reestructuración de las sociedades, fusiones y escisiones en el ámbito nacional: 78/855/CEE, derogada por la Directiva 2011/35/UE, la Directiva 82/891/CEE, codificada actualmente por la Directiva (UE) 2017/1132, y la Directiva 2005/56/CE. 4. Sobre la garantía de la situación financiera de las sociedades: 78/660/CEE, 83/349/CEE y 84/253/CEE, sustituidas por las Directivas 2013/34/UE y 2006/43/CE, el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 y la Directiva 2009/49/CE. 5. Finalmente, en cuanto al ejercicio transfronterizo de los derechos de los accionistas: Directiva 2007/36/CE, modificada por las Directivas 2014/59/UE y (UE) 2017/828.

<sup>32</sup> Como sucesora de la Sociedad Privada Europea (SPE), la pretensión de su creación y su contenido se refleja en la Propuesta de Directiva, COM (2014) del Parlamento Europeo y del consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada.

detalladamente en el punto sexto de este trabajo, haciendo referencia a los impulsos o intentos de las instituciones europeas a la hora de establecer un marco armonizado, el cual se llevaría a cabo mediante la adopción de la Decimocuarta Directiva relativa al traslado de domicilio social.

#### **4. LA MOVILIDAD SOCIETARIA.**

Una vez llevado a cabo el estudio de la libertad de establecimiento como una libertad comunitaria fundamental para la consecución de la libertad de mercado en el mercado único de la UE, la delimitación y excepciones de la misma, así como su implantación y armonización en la UE, nos centramos a partir de aquí en la actividad o ejercicio correspondiente a la movilidad de esas personas jurídicas referidas en la libertad de establecimiento, es decir, las sociedades.

De este modo, esta parte del estudio se basa, en la fijación de los elementos necesarios para dicha movilidad, los cuales son imprescindibles para comprender la problemática surgida en torno al punto de conexión con la *lex societatis*, abarcando las teorías de determinación de la misma y deteniéndonos por último en la situación del régimen jurídico-societario español en dicha cuestión de traslado.

Todo ello enfocado para, en los puntos *a posteriori*, poder comprender de forma clara el análisis de la jurisprudencia llevado a cabo por el TJUE sobre los litigios surgidos de la problemática que supone dicha movilidad intracomunitaria en la práctica, observando el rol fundamental que ha desarrollado el mismo ante la ausencia de legislación sobre dicho campo, y así mismo, justificar a través de dicho análisis la necesidad de adopción de una Directiva europea en materia de traslado transfronterizo de domicilio social.

##### **4.1. Elementos de la movilidad societaria**

Para comprender la cuestión que gira en torno la movilidad de las sociedades, es menester en primer lugar, abarcar los elementos clave de la misma con el objeto de ser capaces de visualizar la importancia de estos con la determinación de la ley aplicable que regirá sobre dicho proceso.

### a) El domicilio social

A modo introductorio, cabe recordar que las sociedades, a diferencia de las personas físicas, no existen en el mundo físico *per se*, sino que son “criaturas del Derecho, por lo que dicha circunstancia, obliga a identificar una ley rectora de cada sociedad”<sup>33</sup>.

En este sentido, los fundadores de dicha sociedad a través de su constitución están fijando también su régimen legal aplicable, tanto en la dimensión interna como externa de la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, el domicilio social de una sociedad radica en la importancia de donde se haya constituido, es decir, bajo el régimen legal de un determinado Estado, puesto que supone el elemento de conexión<sup>34</sup> para determinar la *lex societatis* aplicable a dicha sociedad cuando la misma lleva a cabo un traslado transfronterizo.

Así pues, el domicilio social, es el domicilio que consta en los estatutos, registros u otros documentos referidos a la constitución o fundación de la sociedad. De ello se deja constancia en el régimen legal societario español, donde concretamente, el Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital, en sus artículos 22 d) y 23 c), hace referencia a la necesidad de incorporación del mismo en los estatutos constitutivos de dicha sociedad, lo cual se reitera de la misma forma por el Reglamento del Registro Mercantil<sup>35</sup>.

Del mismo modo, en el ordenamiento jurídico español y el resto de ordenamientos jurídicos del mundo salvo casos concretos<sup>36</sup>, dicho domicilio debe fijarse, conforme al art. 9 del TRLSC, dentro del territorio español.

---

<sup>33</sup> GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J, “Traslado del domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable”, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo II: Traslado internacional del domicilio social, Escisión, Cesión global de activo y pasivo, otras cuestiones*. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 28.

<sup>34</sup> Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En su apartado I expone que es el elemento básico de conexión a la ley del Estado.

<sup>35</sup> Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. En cuanto a las sociedades anónimas, art. 120, y las sociedades de responsabilidad limitada art.182, se establece la misma disposición para ambas: En los estatutos se consignará el domicilio de la sociedad, que habrá de radicar en el lugar del territorio español en que se prevea establecer el centro de su efectiva administración y dirección o su principal establecimiento o explotación.

<sup>36</sup> GARCIMARTIN ALFÉREZ, F. J, “Traslado del domicilio social: Delimitación...”, ob. cit., p. 28.

A pesar de esta definición del domicilio, seremos más concisos en su concreción a la hora de exponer las distintas teorías de determinación aplicable, las cuales suscitan, como veremos, que el término domicilio haga referencia al domicilio social o estatutario por un lado, y al domicilio real o centro de actividad principal de la sociedad por otro.

#### **b) La nacionalidad de las personas jurídicas.**

La inclusión de este apartado se fundamenta en la constatación de que, en algunos ordenamientos jurídicos como el español, se tiene en cuenta, además del domicilio social, la nacionalidad de las personas jurídicas a la hora de determinar la *lex societatis*.

Así pues, dado que dicha cuestión se precisa más adelante en el estudio centrado en el ordenamiento jurídico español, diremos por ahora a modo de introducción que el TRLSC, establece en su art. 8, que las sociedades que tengan su domicilio en territorio español, serán poseedores de dicha nacionalidad española rigiéndose por dicha ley.

En otras palabras, dicha *lex societatis* viene determinada por la nacionalidad de la sociedad. Por ello, se constata en este estudio la mención a dicho elemento, dado que algunos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se valen de la nacionalidad, además del domicilio social, como puntos de conexión con la determinación de la *lex societatis*.

#### **4.2. La *lex societatis*: la determinación de la ley aplicable.**

Una vez expuestos el domicilio social y la nacionalidad de las sociedades, así como su relevancia en base a la movilidad societaria, el siguiente paso es llevar a cabo una exposición de la *lex societatis*.

Así pues, la *lex societatis*, es la ley que se aplica al ejercicio de las sociedades, es decir, la “ley estatal que rige una sociedad”<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F, J, *Derecho internacional Privado*, Aranzadi, Navarra, 2016. p. 335.

La importancia de la determinación de la ley aplicable de una sociedad emana, en primer lugar, del hecho expuesto anteriormente basado en que las sociedades son entes que nacen gracias al Derecho, es decir, la personalidad jurídica de las mismas no es tangible en el mundo material, por tanto, su existencia se fundamenta en el régimen legal donde se constituye. Por otro lado, dicha cuestión es de elevada importancia dado la diversidad de características legales que existen en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En este sentido, cada ordenamiento jurídico nacional con sus propias especificidades, determina la configuración del contrato de una sociedad en toda su vida, es decir, desde su constitución hasta su extinción<sup>38</sup>.

#### **4.2.1 Problemática de la *lex societatis* en torno al traslado transfronterizo del domicilio social de las sociedades.**

Es precisamente en esta segunda cuestión donde se plantea el conflicto que analizamos en este estudio, el cambio de una sociedad de un Estado miembro a otro. Dicha problemática puede ser planteada de forma que, una sociedad constituida bajo el ordenamiento jurídico de un determinado Estado miembro, quiere llevar a cabo un traslado de domicilio social a otro Estado miembro, con la pretensión de mantener su personalidad jurídica a la hora de la realización de dicho ejercicio, es decir, sin tener que constituirse *ex novo* en el Estado miembro de destino. En dicho traslado juega un papel fundamental la *lex societatis* de ambos Estados, pues a raíz de esta, se determinará por una parte si existe la posibilidad de dicho traslado, y por otra, si se exige un cambio de la misma de un Estado miembro a otro.

Como decimos, para llevar a cabo dicha operación, han de tenerse en cuenta los ordenamientos jurídicos de ambos Estados miembros, los cuales, como sabemos, difieren entre sí. En este sentido, como comentamos en el apartado concerniente al proceso de armonización del derecho societario europeo, a pesar del avance de integración en ciertos campos, el traslado transfronterizo del domicilio social sigue careciendo de regulación, afirmando en este sentido que el art.54 TFUE “no es una norma de conflicto de Leyes y

---

<sup>38</sup>Véase el ejemplo español, donde el Código Civil en su art.9.11 establece que dicha ley regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

no es su misión señalar la Ley aplicable a las sociedades”<sup>39</sup>. Por ende, los Estados miembros disponen de la facultad legislativa a la hora de regular sus ordenamientos jurídico-societarios y, por tanto, lo referente al reconocimiento de sociedades y traslado transfronterizo del domicilio social, como veremos más adelante en el concreto caso español.

#### **4.2.2 Modelos de determinación de la *lex societatis*.**

El fruto de esta tesitura ha resultado en que, los Estados miembros, han seguido principalmente dos teorías a la hora de llevar a cabo el reconocimiento de dichas sociedades, a saber, la teoría de la constitución y la teoría de la sede real, explicadas a continuación.

##### **a) La Teoría de la constitución o incorporación (Incorporation theory o Gründungstheorie).**

La teoría de la constitución, seguida por los ordenamientos jurídicos de influencia nórdica o anglosajona como Dinamarca, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido<sup>40</sup>, emanada del último de ellos<sup>41</sup>, es un modelo de determinación de la ley aplicable a las sociedades según el cual, el domicilio elegido de forma libre por los socios es el que se considera a efecto de los estatutos<sup>42</sup>.

Así pues, lo determinante en esta teoría es la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de escoger donde constituir su sociedad, lo cual, determinará cual es la *lex societatis* de la misma. De esta forma, una sociedad quedará sometida a ese Estado de constitución “aunque tenga su administración central o su establecimiento principal en otro Estado

---

<sup>39</sup> CALVO CARAVACA, A, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea”, *Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 2007, p. 67.

<sup>40</sup> RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y...*, ob, cit., p. 28.

<sup>41</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 198. Surgió en Gran Bretaña a raíz del colonialismo, para permitir que las sociedades en manos de los colonos ingleses se rigieran por su ley aunque tuvieran su sede estatutaria, dirección o explotación principal en las colonias.

<sup>42</sup> PÉREZ HEREZA, J, “El domicilio social de la SE. Traslado de domicilio social”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2007, p.47.

distinto, puesto que es el lugar de constitución del domicilio social, entendido este como el estatutario, es el que la determina”<sup>43</sup>.

A efectos prácticos, desde el punto de vista externo, esta teoría supone que un Estado que siga la misma reconocerá a las sociedades de otros Estados constituidas válidamente en los mismos, así como la permanencia de sus “rasgos tipológicos que tienen bajo la ley extranjera”<sup>44</sup>.

Como consecuencia de dicha práctica, se pueden extraer connotaciones positivas y negativas que dan lugar a un amplio debate. Sin embargo, con el objeto de exposición breve de los mismos, acorde con la mayoría de las opiniones, diremos que de forma positiva y como se aprecia fácilmente, por un lado, se facilita el reconocimiento de sociedades extranjeras en un Estado miembro, beneficiando por tanto al ejercicio del libre movimiento de sociedades. Por otro lado, puesto que se pone el foco en la autonomía de la voluntad de los fundadores de la sociedad, beneficia a los mismos identificando con sencillez la *lex societatis* aplicable.

No obstante, las cuestiones negativas de dicha teoría no son baladí si atendemos a ciertas prácticas societarias que se valen de dicho sistema para la consecución de fraude entre otras, haciendo mención a la discusión que atañe a la práctica seguida por las pseudo-foreign corporations, entre otras.

#### **b) Teoría de la sede ( Real seat o Siztheorie).**

La teoría de la sede real, surgida en Alemania<sup>45</sup>, es seguida por Estados como Francia, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Portugal<sup>46</sup>.

En esta teoría, de corte opuesto a la anterior, los socios están obligados a fijar como domicilio estatutario el lugar donde la sociedad está efectivamente asentada<sup>47</sup>. De este

---

<sup>43</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F, J, *Derecho internacional...*, ob., cit., Aranzadi, Navarra, 2016. p. 337.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 337.

<sup>45</sup> En este sentido, ARENAS GARCÍA, R., “El derecho internacional privado de sociedades como reflejo del derecho material de sociedades”, *Universidad Autónoma de Barcelona*, 2010, p. 139, expone como el Derecho alemán de 1884 introduce la exigencia de una serie de controles externos por parte de una autoridad a la hora de crear una sociedad de capital, fundamentado en la necesidad de asegurar el impedimento de la constitución de sociedades poco serias.

<sup>46</sup> RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y...*, ob., cit., p. 34.

<sup>47</sup> PÉREZ HERESA, J, “El domicilio social...”, ob., cit., p. 47.



modo, se deja a un lado la libre elección de los socios debido al carácter imperativo de fijar dicho domicilio estatutario en el lugar donde efectivamente se encuentre su sede real.

En este caso, nos referimos al domicilio como “domicilio real” o “sede real”, es decir, como el establecimiento principal o administración central de la sociedad. Así pues, el problema que suscita dicha sede real o domicilio real como elemento determinante de la *lex societatis*, es cuando existen diversos centros de actividad o de explotación de una sociedad, o bien, cuando el propio domicilio real no se corresponde al lugar donde están instalados el centro principal de actividad y administración de la sociedad<sup>48</sup>.

De forma práctica, supondría que para el reconocimiento de una sociedad por parte de un Estado miembro que siga dicha teoría, para la aplicación de su *lex societatis* será necesario que dicha sociedad posea su establecimiento principal en el mismo.

En cuanto a los elementos positivos de dicha teoría, en contraposición con la teoría de la constitución, precisamente se busca la prevención de ese fraude de ley a través de un control de la ley nacional donde se encuentra la sede real de dicha sociedad, lo cual, beneficia la creación de una mayor seguridad jurídica en este sentido frente a empresas que quieran evadir dichos controles.

Sin embargo, los efectos negativos de la misma se basan, como es evidente, en los requisitos establecidos para el reconocimiento de sociedades, además del problema que surge en torno a la determinación de la sede real cuando existen diversos centros de actividad principal o de explotación como ya mencionamos.

En síntesis, debemos retener la idea de que la teoría de la sede exige para su reconocimiento que la sede real o lugar del principal establecimiento de la sociedad, se encuentre en lugar donde se haya constituido. Sin embargo, la teoría de la constitución no contempla dicho requisito, reconociendo a aquellas sociedades que son constituidas válidamente en base a sus ordenamientos jurídicos.

#### **4.3 Modelo de determinación de la *Lex societatis* y traslado transfronterizo del domicilio social en el régimen jurídico español.**

---

<sup>48</sup> RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y...*, ob., cit., p. 36.

Una vez explicadas ambas teorías, en lo concerniente al caso español de determinación de la *lex societatis*, cabe partir de la premisa de que no existe unanimidad entre los autores a la hora de establecer a cuál de las dos teorías se adscribe España. No obstante, en este punto coincidimos con la doctrina dominante, la cual defiende que el ordenamiento jurídico español sigue un modelo mixto de ambas teorías<sup>49</sup>.

Así pues, para comprender el tratamiento del ordenamiento jurídico español societario vinculado al reconocimiento de sociedades y la ley aplicable a las mismas, es necesario recordar, como ya mencionamos, tres preceptos esenciales, a saber, el art. 9.1 CC, que establece la ley personal que corresponde a las personas jurídicas en función de la nacionalidad de estas. El art 8 TRLSC, el cual versa sobre dicha nacionalidad societaria y establece que, serán españolas todas las sociedades de capital con domicilio en territorio español, y ello con independencia de donde se hayan constituido. Y finalmente, el art. 9 LSC, que lleva a cabo el tratamiento de la constitución del domicilio, el cual ha de fijarse en el territorio español en el que se encuentre situado, bien su efectiva administración y dirección, o bien, donde radique su principal establecimiento o explotación, añadiendo que, aquellas sociedades en que su principal establecimiento o explotación se encuentre en territorio español deberán tener su domicilio en España.

Enlazado pues ese elemento fundamental de la nacionalidad de las sociedades con el domicilio social, se desprende del art.8 TRLSC, que la ley española regirá las sociedades con nacionalidad jurídica española, esto es, con el domicilio social o estatutario constituido en territorio español, en base al art.9 TRLSC.

Además, como se puede observar, el art. 9.2 LSC hace referencia a la necesidad de que la sede real o domicilio real, citada en el mismo como “efectiva administración y dirección, o establecimiento principal de explotación”, concuerde con el lugar donde se haya constituido el domicilio social o registral<sup>50</sup> (donde se aplica la *lex societatis*), es decir, que desde este prisma se seguiría la teoría de la sede real.

---

<sup>49</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F, J, *Derecho internacional...*, ob., cit., p. 338.

<sup>50</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital. En sus artículos 9 y 10, se extrae la distinción entre ambos, siendo el domicilio real aquel donde se encuentra su lugar de administración y dirección, o establecimiento principal de explotación, y domicilio registral, entendido como el domicilio social de constitución de la sociedad.

Sin embargo, si atendemos al supuesto donde la sede real (administración y dirección, o establecimiento de explotación) se encuentra situada en el extranjero, el art. 9.1 LSC no se opone a que dicho domicilio social o estatutario (lugar de constitución) pueda estar constituido en territorio a español, aun a pesar de que su sede real se encuentre en otro Estado diferente, lo que nos llevaría a observar en este supuesto el seguimiento de la teoría de la constitución.

En síntesis, una sociedad con domicilio social constituido en España puede establecer su administración o centro de explotación en otro Estado miembro. Sin embargo, una sociedad que tenga efectivamente su sede real establecida en territorio español deberá así mismo, tener constituido su domicilio social en el mismo.

En cuanto a la regulación del traslado transfronterizo del domicilio social de las sociedades mercantiles en España, este viene regulado en el capítulo quinto de la Ley 3/2009<sup>51</sup>, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En este sentido, el punto I de su preámbulo define dichas modificaciones, no como meras modificaciones estatutarias, sino como operaciones societarias que afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, incluyendo entre otras, el citado traslado transfronterizo<sup>52</sup>.

En cuanto al prisma externo, es decir, el traslado del domicilio al extranjero, el art. 93.1 LMESM configura la posibilidad de dicho traslado de una sociedad constituida bajo la ley española si se cumple con el mantenimiento de su personalidad jurídica. En este sentido, recordamos la esencia mencionada de dicho traslado o movilidad societaria fundamentado en la permanencia de la personalidad jurídica de la misma, aunque supongamos en principio que se produzca un cambio de nacionalidad y de *lex societatis*<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> De conformidad con la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: su art. 92, el traslado transfronterizo del domicilio social se rige por los Tratados o Convenios Vigentes en España por un lado, y en la presente ley por otra. Es esta última la que configura el traslado transfronterizo del domicilio social desde un punto de vista externo e interno.

<sup>52</sup> La Ley de modificaciones estructurales española, incluye en el apartado I de su preámbulo en dichas operaciones, a la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. De manera aislada, se introduce también el traslado transfronterizo del domicilio social en el ámbito subjetivo de dicha ley, añadiendo sobre el mismo que a pesar de que no siempre presenta las características propias de la categoría de las modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan incluir al mismo.

<sup>53</sup> MENESES-GONZÁLEZ, M., SEGISMUNDO ÁLVAREZ, S, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 499.

en dicho ejercicio. Por otro lado, el punto dos del mismo artículo excluye de dicho traslado a las sociedades en liquidación o que se vean en concurso de acreedores.

En cuanto al prisma interno, es decir, el traslado de domicilio de una sociedad extranjera a territorio español, recogido en el art. 94.1 se hace una diferenciación según la procedencia o no, de dicha sociedad al Espacio Económico Europeo<sup>54</sup>.

Así pues, cualquier sociedad constituida en un Estado miembro del EEE que desee llevar a cabo un traslado de su domicilio social al territorio español, no se verá afectada la personalidad jurídica de dicha sociedad.

Además, el mismo precepto añade que para la constitución del tipo de sociedad, se deberá cumplir con lo exigido por la ley española, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados o Convenios internacionales.

Finalmente, para aquellas sociedades pertenecientes a otros Estados que no formen parte del EEE, se verán con la obligación de justificar, mediante informe de experto independiente, que cumplen con el requisito de capital exigido por el Derecho español.

## **5 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.**

A continuación, se lleva a cabo la exposición y análisis de gran parte de los casos más relevantes emanados de la práctica de la libertad de establecimiento en la UE por parte de las sociedades. Con dicho análisis, reflejaremos, por un lado, la problemática que surge en la práctica del ejercicio de dicha libertad entre las sociedades y las normas nacionales de los Estados miembros, y por otro, la observación de cómo el Tribunal de Justicia, a falta de legislación en dicha materia, ha tenido que resolver las distintas cuestiones planteadas siguiendo aparentemente un criterio que oscila entre la teoría de la sede y la constitución, lo que nos dará paso a justificar el último punto de este trabajo en cuanto a la necesidad de aprobación de la Decimocuarta Directiva.

---

<sup>54</sup> Recordamos en este sentido que a dicho espacio pertenecen todos los Estados miembros de la UE, incluyendo a mayores, Liechtenstein, Islandia y Noruega.

## 5.1 Caso *Daily Mail*<sup>55</sup>.

Comenzamos dicho análisis de la jurisprudencia con uno de los primeros pronunciamientos más importantes del TJCE en cuestión a la libertad de establecimiento primario de una sociedad.

El origen de dicha disputa se origina cuando, la sociedad holding y de inversión demandante en el litigio principal, esta es, Daily Mail and General Trust PLC con domicilio social en Londres (registered office), quiere llevar a cabo un traslado de su sede real (real head office) para establecerse en los Países Bajos. Sin embargo, para llevar a cabo dicho ejercicio, la ley británica exige la expedición de una autorización por parte de la Hacienda Pública de dicho Estado de aquellas sociedades con residencia a efectos fiscales en el mismo. Esta no se concede por parte de la Hacienda Pública, puesto que la misma motivaba que dicha sociedad quería hacer uso de dicho traslado con el objeto de eludir el pago de impuestos.

Las cuestiones planteadas por la High Court of Justice ante el TJCE, si bien fueron orientadas al planteamiento de si la libertad de establecimiento justificaba dicha movilidad aun suponiendo la misma la evasión de obligaciones fiscales<sup>56</sup> en el Estado de origen, el TJCE se ciñó a concretar su respuesta en base a dicho establecimiento primario.

Lo relevante de este pronunciamiento es como resuelve el TJCE la cuestión sobre la posibilidad o no, que ofrece el TCCE a la hora de legitimar ese traslado de sede real de un Estado miembro a otro, y ello con independencia del modelo de aplicación de la *lex societatis* que siga cada Estado miembro (el cual, en este caso, corresponde a la teoría de la constitución para ambos Estados<sup>57</sup>), puesto que en este asunto la controversia se produce de forma interna, es decir, la sociedad de un Estado con el mismo Estado donde tiene establecido su domicilio social.

---

<sup>55</sup> STJCE 27 de septiembre 1988, as. 81/87, Daily Mai and General Trust PLCE vs. The Queen.

<sup>56</sup> Asunto *Daily Mail*, apartado 9: se plantea al TJCE: Si los artículos 52 a 58 del TCCE ¿se oponen a que un Estado miembro prohíba a una persona jurídica con sede real en el mismo, a trasladadas sin autorización previa dicha sede a otro Estado miembro cuando dicha sociedad pueda eludir el pago del impuesto sobre ganancias y beneficios ya obtenidos, o bien, evite con el mismo el pago de un impuesto al que estaría eventualmente sujeta si no se produjese dicho traslado de sede real.

<sup>57</sup> GELTER, M, “Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court’s accidental vision for corporate law”, *Fordham*, 2015, p. 14.

Así pues, el TJCE asienta en su pronunciamiento que el derecho comunitario no establece el derecho de traslado de la sede real de un Estado miembro a otro diferente del de su constitución y donde posea su domicilio social.

De la anterior afirmación, deviene la aclaración del TJCE de que la libertad de establecimiento recogida en el TCCE para las personas jurídicas, no lidia con la diversidad existente de los criterios de conexión de la *lex societatis* presente en los Estados miembros, cuestión que ellos mismos se atribuyen a través de sus normas nacionales y que son estas las que deben lidiar con dicha cuestión, no haciéndolo por tanto el derecho comunitario.

Considerando lo anterior, observamos como el TJCE se inclina por la teoría de la sede real, afirmándolo con sus propias palabras<sup>58</sup>, lo cual, observándolo desde un punto de vista lógico, el mismo está limitando dicha libertad por un lado, y oponiéndose al derecho por parte de las sociedades de invocar la libertad establecimiento primario en las circunstancias descritas a través de lo establecido en el TCCE al efecto, remitiendo dicha cuestión al ordenamiento nacional de los Estados miembros.

## **5.2 Caso *Centros*<sup>59</sup>.**

El origen del litigio de este caso surge a raíz de la sociedad *Centros Ltd*, con domicilio social en Inglaterra, la cual, quiere llevar a cabo la inscripción de una sucursal en Dinamarca. Sin embargo, el *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (Dirección General de Comercio y Sociedades, dependiente del Ministerio de Comercio danés), deniega dicha inscripción en base a que dicha sociedad no ejerce ninguna actividad comercial en el Reino Unido. De ahí que, alegue que la pretensión de dicha sociedad es establecer un establecimiento principal eludiendo el desembolso del capital mínimo establecido en la ley danesa pertinente<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Asunto *Daily Mail*. Los art. 52 y 58 del Tratado no confieren a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tienen en éste su domicilio social, derecho alguno a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro.

<sup>59</sup> STJCE de 9 de marzo 1999, as. C-212/97, *Centros Ltd vs Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

<sup>60</sup> Cabe resaltar el hecho, por un lado, de que el capital de *Centros* corresponde a nacionales daneses residentes en Dinamarca. Por otro lado, en la legislación inglesa no se obliga a las sociedades a ninguna exigencia con respecto a la constitución y al desembolso de un capital social mínimo, mientras en

Considerando la circunstancias expuestas, finalmente se acaba interponiendo cuestión prejudicial ante el TJCE, para esclarecer, en síntesis, si la libertad de establecimiento recogida en el derecho comunitario se opone a que un Estado miembro impida la inscripción de una sucursal por parte de una sociedad, que no ejerce en su Estado de origen ninguna actividad, con el fin de evitar la constitución de una sociedad en el Estado miembro de destino y eludir así la aplicación de las normas de constitución de sociedades de este último.

Así pues, para dar respuesta a las mismas, el TJCE hace referencia a la aplicación directa<sup>61</sup> del establecimiento secundario establecido en el TCCE, mediante la cual, se garantiza a las sociedades a dicha libertad por medio de la apertura de una agencia, sucursal o filial en otro Estado miembro, aunque ello suponga llevar a cabo la totalidad de la actividad de su sociedad. Lo cual implica, que las sociedades busquen la legislación más favorable, evitando así la aplicación de normas más rigurosas para la constitución de sociedades.

De este modo, se establece que dicho objetivo de las sociedades no es constitutivo de abuso *per se*. No obstante, ante tal aseveración, el mismo TJCE hace hincapié en la facultad disponible por los Estados miembros a tomar medidas destinadas a evitar el abuso de dicha libertad y proteger los intereses de aquellos que puedan verse afectados por tal ejercicio, estableciendo del mismo modo, ciertos requisitos a cumplir por parte de un Estado miembro a la hora de establecer dichas medidas.

En vista de dicha argumentación por parte del TJCE, la consecuencia principal que se extrae de la misma es que, las sociedades constituidas válidamente en un Estado miembro que pretendan llevar a cabo la libertad de establecimiento secundario otorgada por el derecho comunitario en otro Estado miembro, este último ha de reconocer la personalidad jurídica de las mismas con su Estado de origen, pues la pretensión por parte de un Estado miembro de evitar la apertura de una agencia, sucursal o filial en dicho Estado miembro en base a que debe constituirse como sociedad en el mismo, supone una restricción a la

---

Dinamarca, se contempla el desembolso de un capital mínimo establecido en 200.000 DKR por la Ley nº 866 de 21 de diciembre de 1991. Puntos 7 y 3 Asunto Centros.

<sup>61</sup> Asunto *Centros*, apartado 20. Parece en este sentido, que el TJCE aplica directamente el contenido del actual 49 TFUE, sin necesidad de remitir a la normativa nacional de los Estados miembros para determinar la ley aplicable.

esencia fundamental de dicha libertad, además una contradicción con un mercado único donde debe funcionar eficazmente la misma.

Resumiendo, la lectura de lo anterior nos conduce a pensar que el TJCE sigue la línea de la teoría de la de la constitución, en contraposición a lo establecido en el asunto *Daily Mail*<sup>62</sup>. Ello en base a que obliga a los Estados miembros al reconocimiento de las sociedades constituidas válidamente en otro Estado miembro a través de esa aplicación directa que se extrae del actual art. 49 TFUE, en lo referente al establecimiento secundario.

### **5.3 Caso *Überseering*<sup>63</sup>.**

El siguiente asunto gira en torno a la sociedad *Überseering BV*, constituida y con domicilio social en los Países bajos. Tras la adquisición de todas las participaciones sociales de dicha sociedad por parte de dos nacionales alemanes, da lugar a que se identifique la sede real o el centro de actividad de esta en Alemania. La misma, mediante la compra de un terreno en Alemania, realiza un contrato de obras con una sociedad alemana: *Harlem, y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, para el acomodamiento de un garaje y motel. No obstante, debido a ciertos vicios en la realización de dichas tareas, *Überseering* interpone demanda ante *NCC*, desestimándose la misma al considerar que no tenía capacidad procesal en virtud de la ley alemana.

La cuestión que gira en torno a si una sociedad constituida válidamente en otro Estado miembro donde tiene establecido su domicilio social, dispone o no de capacidad procesal en el Estado miembro donde tiene establecido su centro de actividad primario o sede real, se eleva al TJCE.

De la resolución que lleva a cabo el TJCE en este caso, se observa como el mismo legitima que la libertad de establecimiento se oponga a que un Estado miembro no reconozca la capacidad procesal de una sociedad donde esta tiene su sede real establecida,

---

<sup>62</sup> A pesar de que dicha interpretación es seguida por la mayoría de los autores, existe otro sector que opina que el TJCE no rompe con la teoría de la sede. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 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.

<sup>63</sup> STJCE 5 de noviembre de 2002, as. C – 208/00, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*.



respondiendo a su vez cual es el derecho rector de dicha capacidad, en este caso, el del Estado de constitución<sup>64</sup>.

Cabe recordar en este aspecto, que el régimen de determinación de la ley aplicable de sede real seguido por Alemania, plantea y cuestiona precisamente dicho reconocimiento a una sociedad, la cual, posee su sede real en su Estado y el domicilio social en otro Estado miembro. En este sentido, el TJCE emite una aportación importante, pues especifica que estas se regirán por el régimen legal de su Estado de constitución, constituyendo esta última afirmación la puerta a la construcción de una norma de conflicto en base al punto de conexión para determinar la ley aplicable<sup>65</sup>. Así pues, debido a que el Estado de constitución de *Überseering* sigue el modelo de la incorporación, permite dicho traslado de sede real, manteniendo dicho domicilio social en su Estado.

#### **5.4 Caso *Inspire Art*<sup>66</sup>.**

El presente caso, viene a colación de la disputa surgida entre la sociedad *Inspire Art Ltd*, constituida con domicilio social en Reino Unido, y las autoridades holandesas, donde dicha sociedad tenía establecida una sucursal, mediante la cual, realizaba la totalidad de su actividad. Así pues, la discrepancia entre ambas se suscita debido a que la ley nacional holandesa (WFBV), exige inscribir en su registro a las sociedades extranjeras que realizan la totalidad o casi la totalidad de su actividad en dicho país junto con otros requisitos<sup>67</sup>, mientras que *Inspire Art*, considera dichas exigencias nacionales como un obstáculo a la libertad de establecimiento secundario.

Una vez elevada dicha cuestión al TJCE, el mismo resuelve reafirmando la línea establecida en el caso *Centros*, mediante la cual, la libertad de establecimiento

---

<sup>64</sup> Asunto *Überseering*, apartado 95.

<sup>65</sup> ARENAS GARCÍA, R., “Lex societatis y libertad de establecimiento”, *Universidad Autónoma de Barcelona*, 2013, p.23.

<sup>66</sup> STJCE 30 de septiembre 2003, as, C. 167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterda vs Inspire Art Ltd*.

<sup>67</sup> Asunto *Inspire Art*, apartado 23, se expone como los artículos 2 a 5 de la ley holandesa *Wet op fomeel Buitenlandse Vennootschappen (WFBV)*, imponen a las sociedades formalmente extranjeras las obligaciones relativas a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, la indicación de esta calificación en sus documentos, al capital mínimo y a la elaboración, realización y publicación de los documentos anuales.

comunitaria no se opone a que una sociedad constituida en un Estado miembro, lleve a cabo la apertura de una sucursal en otro Estado miembro, para realizar la totalidad o casi la totalidad de sus actividades. Además de lo anterior, se añade que el fin principal de la sociedad enfocado al disfrute de una legislación más ventajosa, no constituye en sí mismo un abuso, salvo en caso de fraude<sup>68</sup>.

De lo anterior, se confirma el derecho rector del Estado de origen sobre el centro de actividad que realiza la totalidad o casi la totalidad de las actividades de la sociedad, en el Estado miembro de destino. Concretamente en este caso, se afirma que la ley nacional holandesa, no puede regir aquellas materias establecidas en la ley WFBV, concretamente la constitución de sociedades, capital mínimo y la responsabilidad de los administradores, para sociedades determinadas como extranjeras en su régimen legal, pues supondría un obstáculo a dicha libertad de establecimiento de una sucursal.

Finalmente vemos como se da un paso más hacia la teoría de la constitución, a través de la obligación del reconocimiento del derecho rector del Estado de origen donde se constituyó dicha sociedad, en contraposición con la pretensión de aplicar aquel régimen legal donde se encuentra el centro de actividad principal o la sede real de la misma.

### **5.5 Caso *Cartesio*<sup>69</sup>.**

El siguiente litigio surge a razón de la sociedad *Cartesio*, constituida en Hungría, la cual lleva a cabo el traslado de su domicilio a Italia, con la pretensión de mantener su personalidad jurídica de acuerdo con su Estado de constitución. No obstante, la Ley húngara no permite que una sociedad constituida bajo su régimen legal lleve a cabo el traslado del domicilio sin la pérdida de la personalidad jurídica de dicha sociedad, por ende, el Megyei Bíróság (tribunal mercantil) rechaza dicha modificación en el registro cuando esta es solicitada por *Cartesio*.

La cuestión planteada al TJCE que más nos interesa en este estudio, versa precisamente sobre si la libertad de establecimiento se opone a que la legislación de un Estado miembro impida el cambio de domicilio de una sociedad constituida en el mismo, y ello

---

<sup>68</sup> Asunto *Inspire Art.* apartado 139.

<sup>69</sup> STJCE 16 de diciembre 2008, as. C – 210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*

manteniendo su personalidad jurídica con dicho Estado, es decir, que la *lex societatis* siga siendo la de su Estado de constitución.

Respecto a este caso, es fundamental apuntar que el criterio de conexión para la determinación de la *lex societatis* en Hungría es el domicilio, entendido este como el establecimiento primario de sede real, donde se encuentre el centro de dirección de su actividad.

Así pues, el TJCE, responde haciendo alusión a varias cuestiones para asentar la doctrina establecida con anterioridad en distintos casos. En primer lugar, se hace uso de lo sentado en el caso *Daily Mail*, referente a que la libertad de establecimiento comunitaria prevé los distintos criterios de conexión con la ley aplicable que disponen los Estados miembros, plasmándolo en el art.54 TFUE “sede social, administración central o centro de actividad principal”. De la misma forma, atribuye la existencia de las sociedades y la personalidad jurídica de las mismas, a los Estados donde estas se constituyen válidamente y, por tanto, son estos quienes rigen sus normas<sup>70</sup>. Así pues, por dichas razones enumeradas, en este caso la ley nacional no se opone a dicha libertad de establecimiento.

Por otro lado, el TJCE establece que la facultad de la ley nacional de un Estado miembro de oponerse al traslado de domicilio de la sociedad manteniendo la personalidad jurídica, no obstaculizará la libertad de establecimiento si la misma no supone la disolución y liquidación de tal sociedad.

Sin embargo, en este último aspecto, coincidimos con las conclusiones del abogado general, en tanto en cuanto la imposibilidad de *Cartesio* de realizar dicho traslado del domicilio por la ley húngara “no se limita a establecer requisitos para ese traslado, sino que exige que la sociedad se disuelva”<sup>71</sup>, por tanto, se produciría ese óbice a dicha libertad.

Finalmente, salta a la vista que el TJCE vuelve a la teoría de la sede establecida en *Daily Mail*, tras haber dilucidado en base a la teoría de la constitución los casos *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*.

---

<sup>70</sup> Debe quedar claro que aquí no se discute sobre el reconocimiento de las sociedades constituidas en otro Estado miembro, sino la capacidad o no de una sociedad de llevar a cabo un traslado transfronterizo de domicilio a otro Estado miembro sin cambio de *lex societatis*.

<sup>71</sup> Conclusiones del abogado general, P, Moiares Maduro al asunto *Cartesio*, apartado 34.

## 5.6 Caso *VALE*<sup>72</sup>.

En el siguiente caso a analizar, la sociedad VALE Costruzioni Srl, constituida en Italia, cancela su inscripción en el registro italiano bajo el epígrafe “cancelación registral y traslado de domicilio” con la pretensión de cesar su actividad en Italia y trasladar su domicilio social a Hungría. Es cuando dicha sociedad, decidida a someterse al régimen legal húngaro, solicita la inscripción en el Registro Mercantil de este Estado miembro como VALE Épitési, siendo esta denegada, por no permitir la ley húngara dicho traslado además de la forma en que se solicitó<sup>73</sup>.

De acuerdo con lo anterior, se plantea al TJUE en esencia, si resulta en incompatibilidad con la libertad de establecimiento que una norma nacional capacite a sus sociedades nacionales a transformarse y a las extranjeras no. Así mismo, también se plantea si un requisito nacional para la válida inscripción de sociedades, puede aplicarse a las transformaciones transfronterizas<sup>74</sup>.

En este sentido, se responde de manera negativa a la primera cuestión, consolidando que una norma de Derecho nacional que permite la transformación de sociedades, ha de permitir la transformación mediante la constitución en su Estado de una sociedad de otro Estado miembro.

Así pues, mantenido el criterio de que las sociedades son entes creadas y regidas por el Derecho nacional de un Estado, es el mismo quien rige sobre estas. No obstante, a efectos de la libertad de establecimiento como en este caso de traslado de domicilio social, una norma nacional no puede llevar a cabo una distinción entre el traslado de sociedades

---

<sup>72</sup> STJUE 12 de julio 2010, as. C – 378/10, VALE Épitési Kft.

<sup>73</sup> Asunto *Vale*, apartado 12: una sociedad constituida y registrada en Italia no puede, con arreglo a las normas húngaras aplicables en materia de sociedades, trasladar su domicilio social a Hungría y no cabe la inscripción de la forma solicitada. Añade que, según la normativa húngara en vigor, en el Registro Mercantil sólo pueden figurar las menciones enumeradas en los artículos 24 a 29 de la Ley nº V de 2006 y, en consecuencia, no es posible hacer constar como predecesora legal a una sociedad que no sea húngara.

<sup>74</sup> *Idem*, apartados 23 y 42. Más concretamente, se pregunta si la libertad de establecimiento se opone a una normativa nacional que permite a sus propias sociedades nacionales transformarse, mientras lo impide a una sociedad de otro Estado miembro mediante su constitución en sociedad nacional de ese mismo Estado (Estado de acogida), y en segundo lugar, si dicha previsión por la norma nacional de impedir registrarse debido al carácter de <<predecesora legal>> recogido para las sociedades internas, puede aplicarse a las transformaciones transfronterizas.

nacionales y extranjeras, pues supondría una restricción a dicha libertad, la cual, en el caso concreto, tampoco se justifica por razones imperiosas de interés general.

En torno a la segunda cuestión, se amplía como ya hemos visto, que dicho Derecho nacional está facultado para regular su derecho de sociedades, en este caso, la transformación transfronteriza en su constitución y funcionamiento. Eso sí, atendiendo a la libertad de establecimiento comunitaria, de manera que, los requisitos exigidos por dicho ordenamiento jurídico-societario interno, en caso de constituir restricciones a dicha libertad, han de cumplir con los requisitos de equivalencia y efectividad respectivamente.

Con el seguimiento de dichos principios, se pretende pues, la consecución de la igualdad de trato en las transformaciones transfronterizas e internas, así como una mayor facilidad a la hora de cumplir con lo establecido por el Derecho comunitario en la práctica<sup>75</sup>.

### **5.7 Caso *Polbud*<sup>76</sup>.**

Como se ha hecho referencia a lo largo del trabajo, el último caso a analizar aquí corresponde a la jurisprudencia de más cercana actualidad emitida por el TJUE en materia de libertad de establecimiento, la cual como veremos, cabe resaltar debido a su condición “novedosa” o, mejor dicho, clarificadora de la jurisprudencia emitida hasta octubre de 2017. La relevancia que dicho caso desprende para este estudio se basa, por un lado, en la revisión de lo analizado y comentado hasta ahora, y por otro, de las previsiones de futuro de cara a la Decimocuarta Directiva de traslado transfronterizo de domicilio social.

Comenzando por los hechos del presente caso, este conflicto se suscita en torno a la sociedad Polbud, constituida en Polonia, la cual decide trasladar su domicilio social a Luxemburgo para regirse por la ley de este, no así su domicilio real en principio, manteniendo la personalidad jurídica de la sociedad. A pesar de que la ley polaca admite la posibilidad de dicho traslado (manteniendo la personalidad jurídica), exige una serie de actos a realizar, entre otros, la liquidación de la sociedad. La disputa se origina dado

---

<sup>75</sup> 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*, 2013, p. 616.

<sup>76</sup> STJUE 25 de octubre 2017, as. C – 106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. Z o.o.*

que Polbud lleva a cabo dicho traslado a Luxemburgo, pasando a denominarse Consoil Geotechnik, alegando que no es necesario dicho procedimiento de disolución.

En torno a dicho conflicto, se plantean tres cuestiones prejudiciales al TJUE, donde se le pide dilucidar sobre diversos puntos vinculados a dicha libertad. En este trabajo, seguimos el orden de respuesta del TJUE así como de las conclusiones de la abogada general, procediendo al análisis y explicación de las mismas.

En este orden de cosas, en cuanto a la tercera cuestión, la misma supone la mayor novedad e importancia de este caso, dado que no se ha tratado hasta entonces en la anterior jurisprudencia analizada. Dicha pregunta formula, si de la libertad de establecimiento comunitaria se puede interpretar que un traslado de domicilio social a otro Estado miembro rigiéndose dicha sociedad por el Derecho del Estado miembro de destino se puede realizar, y ello sin cambiar su sede real o domicilio de su centro de actividad principal. Vemos pues la gran relevancia de la misma, dado que, en otras palabras, se cuestiona “si se puede producir un traslado de domicilio con cambio de nacionalidad de un Estado seguidor de la sede real sin trasladar al mismo tiempo la sede de dirección efectiva”<sup>77</sup>.

El TJUE ante la misma, resuelve de manera positiva, interpretando que la libertad de establecimiento comunitaria es aplicable a dicho cambio de domicilio social sin llevar a cabo el cambio de sede real desde un Estado miembro de origen seguidor de la sede real como es Polonia.

En este sentido, a pesar de que se argumentó que en base a los asuntos *Daily Mail* y *Cartesio*, la libertad de establecimiento puede invocarse cuando el traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro vaya acompañado del traslado de la sede real o centro de actividad económico efectivo, el mismo TJUE reitera que a falta de armonización en el Derecho de la UE, el TFUE en su art. 49 contempló dicha situación existente de los distintos puntos de conexión que establecen los Estados para la determinación de la ley aplicable a cada sociedad. Así pues, dicha transformación de la sociedad está permitida, siempre y cuando se cumplan los requisitos del Estado de destino, como en este caso, el requisito de inscripción del domicilio social en el Registro Mercantil de Luxemburgo.

---

<sup>77</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S, “El traslado internacional de domicilio: novedades de la Sentencia del TJUE Polbud”. *Lex Mercatoria*, Madrid, 2017, p. 4.

Por otro lado, el no llevar a cabo una actividad económica efectiva en Luxemburgo debido al no traslado de su sede real, es argumentado con el fin de justificar la imposibilidad de la consecución de dicho traslado. En este sentido, la abogada general defiende que dicho traslado de domicilio social de un Estado miembro a otro es posible, si existe la pretensión o el hecho de llevar a cabo una “implantación real de dicha sociedad en el otro Estado miembro con el fin de ejercer en él una actividad económica efectiva”<sup>78</sup>. Es decir, si la finalidad última de Polbud fuese solamente el cambio de *lex societatis*, esto se situaría fuera del ámbito de la libertad de establecimiento. No obstante, el TJUE en su pronunciamiento, no tiene en cuenta dicho requisito aportado por la abogada general, de manera que establece que dicha libertad de establecimiento sería aplicable incluso cuando la sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o todas ellas, en el Estado miembro de origen. Esta cuestión se responde como consecuencia natural de la jurisprudencia emitida por el propio TJUE en el caso *Centros*<sup>79</sup>, en el cual se estableció la posibilidad del establecimiento de sucursales por parte de sociedades en otro Estado miembro, aun cuando una sociedad sólo se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de establecerse en un segundo Estado miembro y llevar a cabo en este sus actividades principales. De este modo, dicha jurisprudencia se extiende a este caso, abarcando pues, la libertad de establecimiento primario.

Siguiendo con lo planteado en este caso, por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, estas cuestionan si el requisito de la normativa polaca relativo a la subordinación de la liquidación de dicha sociedad como paso previo al traslado de su domicilio social, constituyen o no una restricción a dicha libertad de establecimiento comunitaria.

Así pues, dado que de la normativa nacional polaca referente al traslado del domicilio social se desprende que debe producirse la liquidación de la sociedad<sup>80</sup>, el TJUE, vuelve a mencionar las razones imperiosas de interés general que permiten tales restricciones a la libertad de establecimiento. No obstante, a pesar de que las mismas vienen justificadas

---

<sup>78</sup> Conclusiones abogada general J, Kokoit al asunto *Polbud*, apartado 43.

<sup>79</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F, “De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso Polbud”, *La Ley*, 2017, p. 4.

<sup>80</sup> Asunto *Polbud*, apartados 47 y 48. Si bien la Ley de Derecho Internacional Privado no implica la pérdida de personalidad jurídica en dicho traslado, por el contrario, el Código de Sociedades Mercantiles establece que el acuerdo de los socios relativo a dicho traslado conlleva la disolución de la sociedad al término del procedimiento de liquidación.

para salvaguardar los intereses de los acreedores y socios minoritarios, dicho proceso de liquidación se califica de desproporcional para la consecución de la protección de dichos intereses, por lo que el TJUE los califica de opuestos a dicha libertad.

En síntesis, podemos afirmar que este caso supone una “novedad” o clarificación de la jurisprudencia sentada hasta la fecha por parte del TJUE. En primer lugar, el favorecimiento definitivo a la teoría de la constitución, donde queda establecido que un Estado miembro cuyo régimen legal siga la teoría de la sede real, debe permitir el traslado de domicilio social a otro Estado miembro (atendiendo a su criterio establecido para determinar el punto de conexión) aun cuando este no traslade su sede real, y ello con independencia de que pretenda o no realizar sus actividades económicas efectivas en dicho Estado.

Por otro lado, en cuanto a las restricciones comentadas, en este caso se afirma que también el Estado de origen puede justificar las mismas por las causas apuntadas por el TJUE, lo cual supone una cierta novedad dado que se había concedido hasta la fecha un mayor margen a las limitaciones del Estado de origen<sup>81</sup>.

## **6 LA DECIMOCUARTA DIRECTIVA RELATIVA AL TRASLADO TRANSFRONTERIZO DEL DOMICILIO SOCIAL.**

Para finalizar este trabajo, es pertinente, una vez visualizada la problemática emanada de la práctica del traslado transfronterizo del domicilio llevado a cabo por las sociedades en la UE, hacer mención, por una parte, a los intentos llevados a cabo por las instituciones europeas enfocados a la consecución de dicha armonización, así como también, afianzar la necesidad de la aprobación de dicha legislación y el contenido mínimo que debería regular la misma.

---

<sup>81</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S, “El traslado internacional...”, ob., cit p. 9.



### 6.1 Propuestas e intentos institucionales de armonización.

El primer intento en este sentido se remonta a 1968. Con el objetivo de cumplir con el precepto 220 TCCE<sup>82</sup>, referente a la tarea de negociación asignada a los Estados para avanzar en el reconocimiento de sociedades, se intentó llevar a cabo un Proyecto de Convención<sup>83</sup> entre los Estados miembros de la CEE, que mediara con el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas.

Más adelante, tras el pronunciamiento del TJCE en el asunto *Daily Mail*, en 1993 la Comisión encargaría la elaboración de un informe<sup>84</sup> destinado a la mejora de la movilidad societaria, el cual, recomendaba el ejercicio de dicho traslado manteniendo la personalidad jurídica de la sociedad sin necesidad de disolución de la misma, controlando dicho ejercicio por ambos Estados miembros. De este informe, se desprenderían dos soluciones: la primera, planteaba un traslado de la sede real, pudiendo llevar a cabo un establecimiento de filial en otro Estado miembro pero sin cambio de ley aplicable. Por su parte, la segunda solución contemplaba dicho cambio de ley aplicable. Finalmente, de acuerdo con la segunda opción<sup>85</sup>, se formuló la base para la propuesta presentada en 1997 por la Comisión Europea de Decimocuarta Directiva relativa al traslado de la sede de las sociedades de un Estado miembro a otro con cambio de legislación aplicable.

No obstante, a pesar de que la citada propuesta no salió adelante, el tema de traslado transfronterizo del domicilio social no se mantuvo al margen durante los años posteriores. En este sentido, se ha pretendido reiteradas veces que el traslado transfronterizo del domicilio social volviera a la agenda de la Comisión con el fin de elaborar una Directiva

---

<sup>82</sup> Art. 220 TCCE: Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: El reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del art. 48 TCE, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro.

<sup>83</sup> Bulletin of the European Communities, Convention on the mutual recognition of companies and bodies corporate. 29 February 1969, disponible en <http://aei.pitt.edu/5610/1/5610.pdf>

<sup>84</sup> KPMG, Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another, Brussels, 1993, disponible en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1dbac11-12ce-4b94-b28d-414c6da0edd7/language-en>

<sup>85</sup> RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y...*, ob., cit., p. 63.

que regulara el mismo, mediante resoluciones principalmente elaboradas a petición del Parlamento Europeo<sup>86</sup>.

Finalmente, cabe señalar que si bien es cierto que la Comisión incluyó varias veces dicha propuesta en sus planes, no siempre coincidió con esa necesidad de aprobación de dicha Directiva, puesto que a luz del informe emitido en *2007 Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, se llegó a la conclusión de que “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y las medidas ya existentes como las proporcionadas por la Directiva sobre fusiones transfronterizas, podían ser suficientes”<sup>87</sup>.

## **6.2 Necesidad y previsiones del contenido mínimo de la futura Decimocuarta Directiva.**

Llegados a este punto del trabajo, podemos afirmar que resulta manifiesto la necesidad de la aprobación de la Decimocuarta Directiva de traslado transfronterizo del domicilio social. Así se deduce de la intención del Parlamento Europeo de su aprobación durante los últimos veinte años, la inclusión de la misma numerosas veces por parte de la Comisión en su agenda, la demanda de la mayoría de los autores en sus estudios, así como los llamamientos a la armonización en dicha materia que ha venido manifestando el TJUE a raíz de los pronunciamientos analizados.

No obstante, además de los anteriormente mencionados, cabe resaltar la importancia de la aprobación de dicha Directiva en torno a los principales beneficiarios de la misma, es decir, las sociedades y los agentes económicos con un interés legítimo sobre las mismas.

A colación con lo anterior, la adopción de regulación en este campo supondría, desde el punto legal, un favorecimiento a la seguridad jurídica, tanto para las sociedades a la hora de planificar dicho traslado válidamente, como la publicidad y garantía ofrecida a otros

---

<sup>86</sup> Dichos impulsos se reflejan en actos como la Comunicación de la Comisión formulada en 2003, denominada << Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar>>, las resoluciones aprobadas por el Parlamento Europeo de 2004, 2006, 2009 y 2012, mediante las cuales, se instaba a la Comisión a que tomara medidas legislativas sobre la regulación del traslado transfronterizo y estudios del Parlamento Europeo como el último de 2016: *Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: is there a need to legislate?*.

<sup>87</sup> 4º Congreso de los notarios de Europa. Propuesta de Decimocuarta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social. Consejo de los Notariados de la Unión Europea, Santiago de Compostela, 2107.

agentes económicos como los accionistas, acreedores y trabajadores. Además, a la vista de la ineficacia de los instrumentos alternativos puestos a disposición de las sociedades para llevar a cabo la movilidad del domicilio social<sup>88</sup>, tales como la Directiva 2005/56/CE de fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y el Reglamento de la UE 2157/2001 de la Sociedad Europea, ello justifica aún más la necesidad de formalizar un marco comunitario para el efectivo ejercicio del traslado transfronterizo sin la pérdida de la personalidad jurídica, evitando de este modo aquellos procesos que redundan en complejidad para las sociedades.

Por otro lado, no podemos obviar las razones económicas que giran en torno a dicha necesidad armonizadora. Además de la ventaja competitiva natural que supone la posibilidad de elegir la ubicación geográfica más ventajosa para desarrollar la actividad económica de las sociedades, se extraen otros beneficios económicamente relevantes de dicho traslado transfronterizo y cambio de régimen jurídico, por ejemplo, lo que atañe a la forma singular de cada ordenamiento jurídico de la estructura del gobierno corporativo, la estructura de capital, limitación de responsabilidad y libertad legal. Estos no solamente ayudan a reducir los costos y mejorar la eficiencia, puesto que también son de importancia a la hora de atraer inversores y prestamistas<sup>89</sup>.

Una vez reflejada la necesidad de la adopción de dicha regulación armonizadora europea en el traslado transfronterizo, para finalizar, hacemos mención al contenido mínimo que se ha de contemplar en la futura Decimocuarta Directiva relativa al traslado transfronterizo del domicilio social<sup>90</sup>.

Así pues, de acuerdo con la propuesta de la Decimocuarta Directiva, fundamentada jurídicamente en base a los art. 49, 54 y 114<sup>91</sup> del TFUE, esta consistía en un articulado

---

<sup>88</sup> ZAPATERO MÉNDEZ, D, “Ley aplicable a las Sociedades dentro de los 28 Estados Miembros: ¿es necesaria una regulación por parte del legislador europeo?”, *Diario La Ley*, 2016, p. 4. Se plasma un ejemplo de dicha ineficacia, donde en el período comprendido entre 2004 y 2012, solamente 69 Sociedades Europeas decidieron trasladar su sede a otro Estado Miembro de un total de mil quinientas Sociedades Europeas establecidas.

<sup>89</sup> Directorate-General for international policies, Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: is there a need to legislate?, Brussels, 2016, p. 32.

<sup>90</sup> ZAPATERO MÉNDEZ, D, “Ley aplicable a..., ob., cit., p. 4. “Otro sector de la doctrina considera más eficiente establecer un Reglamento que determine la *lex societatis* de una manera similar a como opera el Reglamento Roma I sobre obligaciones contractuales”.

<sup>91</sup> Tratado de Funcionamiento de la UE, art. 114: El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas

que abarcaba principalmente las cuestiones relativas al ámbito de aplicación y definición de la terminología empleada, las condiciones del traslado y la información previa a la decisión del mismo, su informe y proyecto, publicidad, aprobación por la junta general, control de la legalidad, registro, publicidad y efectividad del traslado<sup>92</sup>.

Ahora bien, a través de dicho articulado, el contenido mínimo o esencial que la futura Directiva debe tratar en cuanto a resolver la problemática existente en el ejercicio de dicho traslado, son precisamente aquellas cuestiones que dan lugar a la obstaculización de la libertad de establecimiento, y que desglosamos a continuación.

En primer lugar, deben establecerse unos requisitos mínimos que orienten el procedimiento del traslado, “sirviendo los mismos de puente o coordinación entre los ordenamientos jurídicos del Estado miembro de origen y el Estado miembro de destino”<sup>93</sup>. Dicha necesidad de coordinación resulta lógica dado que, los requisitos y procedimientos exigidos por los Estados miembros difieren a la hora de llevar a cabo un traslado transfronterizo. Por lo tanto, una aproximación conjunta a dicho proceso sería necesaria en aras de esclarecer, tanto para los Estados como para las sociedades, el procedimiento reconocido a seguir. De esta idea emana pues el “doble escrutinio de la conversión transfronteriza”<sup>94</sup>, el cual precisamente, requiere de un control de legalidad por parte de ambos Estados a la hora de verificar el cumplimiento de los requisitos y disposiciones exigidos para el ejercicio de dicho traslado.

En segundo lugar, a colación con el anterior punto, ese control de legalidad debe servir igualmente para salvaguardar los intereses legítimos que poseen los acreedores, los accionistas y los trabajadores, además de otras instituciones nacionales como la hacienda pública de las mismas, las cuales se ven afectadas por dicho traslado. En este sentido, la Directiva debe establecer unos mínimos de seguridad jurídica evitando así que dicho

---

relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

<sup>92</sup> Seguimos la estructura planteada en la propuesta de la Decimocuarta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el Derecho de Sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social, disponible en [https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/Propuesta-de-14-Directiva\\_es.pdf](https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/Propuesta-de-14-Directiva_es.pdf)

<sup>93</sup> 4º Congreso de los Notarios de Europa, Traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas dentro de la Unión Europea, Consejo de los Notariados de la Unión Europea, Santiago de Compostela, 2017.

<sup>94</sup> 4º Congreso de los Notarios de Europa, Traslado transfronterizo del..., ob., cit.,

traslado no derive en detrimento de los anteriormente citados. Cabe recordar en este sentido, que las autoridades de los Estados miembros defendían la aplicación de su régimen legal consistente en la previa liquidación de la sociedad precisamente para salvaguardar el interés general, de modo que la protección de estos agentes sería necesaria a la hora de llevar a cabo dicha armonización.

En tercer y último lugar, se debe de contemplar la temática relativa al traslado transfronterizo de sedes, esto es, plantear la exigencia o no del traslado transfronterizo de establecimientos primarios de forma aislada (traslado independiente del domicilio social o la sede real), o por el contrario, traslado transfronterizo de forma conjunta (el traslado del domicilio social al Estado miembro de destino debe de ir acompañado de la sede real). Así pues, con independencia del modelo que sea de futura aplicación o la vertiente que siga dicha Directiva, la cual difiere según los autores en base a la relevante repercusión que supone cada una de ellas, la legislación armonizadora europea debe abordar estos aspectos, en aras de establecer un marco comunitario claro a este respecto, concretando pues, el campo y el ejercicio que alcanza la libertad de establecimiento de las personas jurídicas.

En síntesis, dicho contenido mínimo cumpliría con la función de dicha Directiva reclamada recientemente por el Parlamento Europeo: “efectuar la transformación transfronteriza de una manera ordenada, eficiente y eficaz, así como proteger a las partes interesadas más afectadas, como los trabajadores, acreedores y accionistas, de forma adecuada y proporcionada”<sup>95</sup>.

Para concluir este apartado, cabe señalar que a pesar de la dilatación en el tiempo que está suponiendo la aprobación de dicha Decimocuarta Directiva, las últimas noticias parecen indicar que la Comisión incluirá en su último paquete legislativo dicha Directiva sobre el traslado transfronterizo de sede social <sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2018/2014 (COD), por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

<sup>96</sup> LUCINI, A, “Novedades en el Derecho Europeo”, *Notario del Siglo XXI*, 2018.

## 7. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La libertad de establecimiento de las sociedades es imprescindible para lograr la plena consecución del mercado interno de la UE, promoviendo la integración de los agentes económicos en el mismo hasta el punto de actuar como un mercado nacional.

**SEGUNDA.** En un contexto donde las empresas buscan optimizar cada vez más su competitividad y eficiencia en los mercados, el traslado transfronterizo representa una herramienta idónea para obtener dicho fin, siempre que la misma les garantice el mantenimiento de la personalidad jurídica, evitando los costes económicos de disolución y nueva constitución por un lado, y la aplicación de la ley más favorable en aras de beneficiarse de un régimen jurídico más ventajoso de acuerdo a sus intereses por otro.

**TERCERA.** La antigua y encontrada visión de los Estados reflejada en las teorías de la constitución y sede real, ilustra un tablero donde se pone en juego el equilibrio por la mayor o menor confianza y seguridad jurídica del mercado interno de la UE y por ende, de los mercados nacionales. A raíz de esta casuística las posiciones se tensan, o bien hacia la retención de las sociedades nacionales e imposición de su norma nacional a las sociedades extranjeras, o bien hacia el reconocimiento de las sociedades extranjeras y la efectiva libertad de establecimiento allá donde las sociedades pretendan desarrollar su actividad económica de forma más ventajosa.

**CUARTA.** El rol fundamental del TJUE ha servido para esclarecer aspectos controvertidos como la determinación de la ley aplicable, el mantenimiento de la personalidad jurídica y las causas legítimas de aplicación y restricción del traslado transfronterizo. Si bien es cierto que ha oscilado entre ambas opciones, finalmente ha tratado de ser coherente con el recorrido de su jurisprudencia, retomando de nuevo el camino de la teoría de la constitución.

**QUINTA.** Polbud representa ese afianzamiento con el modelo anterior, el cual reduce los casos en los que la teoría de la sede real puede aplicarse en dichos traslados, promoviendo todavía más la necesidad de la adopción de la Decimocuarta Directiva, en aras de lograr una coordinación jurídica entre Estados y un único modelo de sede aplicable.

**SEXTA.** La repercusión económico-práctica general que la Directiva conllevaría en la Unión Europea, dota a la misma de un mayor grado de responsabilidad a la hora de no generar un clima abusivo o restrictivo de dicha libertad, correspondiéndole el deber de buscar el punto de equilibrio óptimo entre ambos extremos basado en la proporcionalidad.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- ARENAS GARCIA, R, “Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia”, *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, Barcelona, 2017.
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F, J, *Derecho internacional Privado*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- GARCIMARTIN ALFÉREZ, F. J, “Traslado del domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable”, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo II: Traslado internacional del domicilio social, Escisión, Cesión global de activo y pasivo, otras cuestiones*. Aranzadi, Pamplona, 2009.
- MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012.
- MCDONALD, F., DEARDEN, S. *European economic integration*, Longman, New York, 1992.
- MENESES-GONZÁLEZ, M., SEGISMUNDO ÁLVAREZ, S, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Dykinson, Madrid, 2013
- PELKMANS, J., HANF, D., CHANG, M, *The EU Internal market in comparative perspective: Economic, political and legal analyses*, Peter Lang, Brussels, 2008.
- PELLICER ZAMORA, C.J, “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, *Derecho comunitario económico (volumen I)*, Colex, Madrid, 2001.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B, *El Mercado Interior Europeo, Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

- RODAS, PAREDES, P.N, *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011.
- RUEDA MARTÍNEZ, J.A, *La sucursal, algunos aspectos de su régimen jurídico*, José M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 1990.
- STEHLIK, V., HAMULAK, O, *Legal issue of EU internal market: understanding four freedoms*, Olomouc, 2013.

## ARTÍCULOS DE REVISTAS

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S, “El traslado internacional de domicilio: novedades de la Sentencia del TJUE Polbud”. *Lex Mercatoria*, Madrid, 2017.
- ARENAS GARCÍA, R., “El derecho internacional privado de sociedades como reflejo del derecho material de sociedades”, *Universidad Autónoma de Barcelona*, 2010.
- ARENAS GARCÍA, R., “Lex societatis y libertad de establecimiento”, *Universidad Autónoma de Barcelona*, 2013.
- CALVO CARAVACA, A, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea”, *Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 2007.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J “De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso Polbud”, *La Ley*, 2017.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 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.
- GELTER, M, “Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court’s accidental vision for corporate law”, *Fordham*, 2015.
- LUCINI, A, “Novedades en el Derecho Europeo”, *Notario del Siglo XXI*, 2018.
- 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*, 2013.
- PÉREZ HEREZA, J, ”El domicilio social de la SE. Traslado de domicilio social”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2007.



- ZAPATERO MÉNDEZ, D, “Ley aplicable a las Sociedades dentro de los 28 Estados Miembros: ¿es necesaria una regulación por parte del legislador europeo?”, *Diario La Ley*, 2016.

## **NORMATIVA**

- Código Civil español.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el reglamento del registro mercantil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

## **JURISPRUDENCIA**

### **a) Tribunal de Justicia**

- STJCE de 21 de junio 1974, as. C 2-74, *Jean Reyners v Belgian State*.
- STJCE de 22 de noviembre 1978, as 33/78, *Somafer S.A y Saar Ferngas*
- STJCE 27 de septiembre 1988, as. 81/87, *Daily Mai and General Trust PLCE vs. The Queen. Mirar el vs.*
- STJCE de 9 de marzo 1999, as. C-212/97, *Centros Ltd vs Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.
- STJCE 5 de noviembre de 2002, as. C – 208/00, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*.
- STJCE 30 de septiembre 2003, as, C. 167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterda vs Inspire Art Ltd*.
- STJCE 16 de diciembre 2008, as. C – 210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.
- STJUE 12 de julio 2010, as. C – 378/10, *VALE Építési Kft*.

- STJUE 25 de octubre 2017, as. C – 106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. Z o.o.*

#### **b) Conclusiones abogados generales**

- KOKOIT, J, Conclusiones presentadas el 4 de mayo 2017, as. C – 106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. Z o.o.*
- POIARES MADURO, M, Conclusiones presentadas el 22 de mayo 2008, as. C – 210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*

#### **RECURSOS ELECTRÓNICOS**

- 4º Congreso de los notarios de Europa. Propuesta de Decimocuarta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social. Consejo de los Notariados de la Unión Europea, Santiago de Compostela, 2017. [https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/Propuesta-de-14-Directiva\\_es.pdf](https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/Propuesta-de-14-Directiva_es.pdf)
- 4 Congreso de los Notarios de Europa, Traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas dentro de la Unión Europea, Consejo de los Notariados de la Unión Europea, Santiago de Compostela, 2017. [https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/TEMA-2\\_es\\_def.pdf](https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/TEMA-2_es_def.pdf)
- Bulletin of the European Communities, Convention on the mutual recognition of companies and bodies corporate. 29 February 1969. <http://aei.pitt.edu/5610/1/5610.pdf>
- BUX, U. “Fichas técnicas de la Unión Europea”, Parlamento Europeo, 2018. [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_2.1.11.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.11.html)
- Directorate-General for international policies, Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: is there a need to legislate?, Brussels, 2016. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL\\_STU\(2016\)556960\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU(2016)556960_EN.pdf)
- KPMG, European Business Centre. Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another, Brussels, 1993. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1dbac11-12ce-4b94-b28d-414c6da0edd7/language-en>

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2018/2014 (COD), por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.  
[file:///C:/Users/pablo/Downloads/PART-2018-246797V1%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/pablo/Downloads/PART-2018-246797V1%20(5).pdf)