

i 21873525



B.D. T 7378

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL "MANUEL BROSETA PONT"

---



LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y MOVILIDAD DE LAS SOCIEDADES  
MERCANTILES: SU SIGNIFICADO Y APLICACIÓN PRÁCTICA EN LA UNIÓN  
EUROPEA, ALGUNOS ESTADOS Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Tesis Doctoral presentada por:

*D.ª Paola N. Rodas Paredes*

Directores de Tesis:

*Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo*

*Prof.ª Dra. D.ª Josefina Boquera Matarredona*

Valencia, Mayo de 2010

UMI Number: U607565

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607565

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346



*A mi familia.*



## INDICE

ABREVIATURAS .....	1
--------------------	---

### PRIMERA PARTE:

LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS  
RECONOCIDAS POR EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS MODELOS  
NORMATIVOS DE DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO SOCIETARIO  
COMO PASO PREVIO A LA MOVILIDAD SOCIETARIA

### CAPÍTULO I

EL MERCADO INTERIOR EUROPEO EN RELACIÓN CON LA  
MOVILIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE DERECHO  
NACIONAL: SU DESARROLLO Y ALCANCE A TRAVÉS DE LA  
LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN .....	9
-----------------------	---

II. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	12
---	----



1.	CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA .....	14
2.	ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN.....	16
3.	EVOLUCIÓN DE SU IMPLANTACIÓN .....	18
4.	MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO .....	26
	A. Derecho de establecimiento primario.....	28
	B. Derecho de establecimiento secundario .....	33
5.	OTROS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO .	35
	A. Ámbito territorial de aplicación .....	35
	B. Aplicación en el ámbito material .....	36
III.	LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA INTEGRACIÓN EUROPEA A TRAVÉS DEL DERECHO DE SOCIEDADES .....	39
1.	DE LA ARMONIZACIÓN A LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.....	40
2.	CARACTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO SOCIETARIO .....	41
3.	RETOS PARA EL FUTURO DESARROLLO DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO.....	45

## CAPÍTULO II

### INSTRUMENTOS PARA LA CONSECUCCIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA Y MODELOS NORMATIVOS DE DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO SOCIETARIO

I. ELEMENTOS A TENER EN CUENTA PARA LA MOVILIDAD SOCIETARIA.....	49
1. EL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES .....	49
2. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	52
3. MODELOS NORMATIVOS APLICABLES A LA DETERMINACIÓN DE LA <i>LEX SOCIETATIS</i> .....	56
A. Modelo de constitución.....	57
a. <i>Argumentos a favor del modelo de constitución</i> .....	62
b. <i>Argumentos en contra</i> .....	64
c. <i>Consecuencias de la aplicación del modelo de constitución</i> .....	67
B. El modelo de sede real .....	68
a. <i>Argumentos a favor</i> .....	72
b. <i>Argumentos en contra</i> .....	74
c. <i>Principales consecuencias de la aplicación del modelo de sede real</i> .....	79
II. MEDIOS AL ALCANCE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PARA REALIZAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS EXTRATERRITORIALES.....	80
1. ELEMENTOS DE MOVILIDAD SOCIETARIA CON VOCACIÓN DE MODIFICAR PERMANENTEMENTE EL ESTATUTO SOCIETARIO (MOVILIDAD SOCIETARIA PLENA) .....	81
A. El traslado de domicilio social.....	81
B. La fusión internacional.....	86

2. ELEMENTOS DE MOVILIDAD SOCIETARIA SIN VOCACIÓN DE MODIFICACIÓN PERMANENTE DE ESTATUTO SOCIETARIO (MOVILIDAD SOCIETARIA SECUNDARIA).....	88
--	----

IV. LOS EFECTOS DE LA MOVILIDAD EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO	90
---	----

V. LOS MODELOS NORMATIVOS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA LEGISLATIVA EN RELACIÓN CON LA MOVILIDAD SOCIETARIA .....	92
---	----

## SEGUNDA PARTE:

### LA CONSECUCIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA A TRAVÉS DEL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES MERCANTILES Y EN ALGUNAS LEGISLACIONES NACIONALES

#### CAPÍTULO III:

##### EL DERECHO EUROPEO COMO FUENTE ARMONIZADORA DEL DERECHO SOCIETARIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y COMO FUENTE CREADORA DE FIGURAS SOCIETARIAS DE DERECHO EUROPEO

I. DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE DERECHO NACIONAL EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.....	103
1. INICIATIVAS PRE-LEGISLATIVAS DE DESARROLLO DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO SOCIETARIO .....	106
2. DIRECTIVAS DEL CONSEJO EN MATERIA DE DERECHO DE SOCIEDADES Y SU IMPORTANCIA PARA LA CONSECUCCIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA ...	111
A. La Directiva de fusiones transfronterizas.....	115
B. La Propuesta de Decimocuarta Directiva sobre la transferencia de sede estatutaria de una sociedad de un Estado miembro a otro con cambio de ley aplicable .....	123
3. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN SU APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES.....	136
A. Derecho de establecimiento primario.....	138
a) Problemas en el Estado de origen .....	138
a' .- Daily Mail.....	139
b'.- Cartesio .....	147
b) Problemas en el Estado de destino .....	160
a' .- Überseering.....	160
b'.- Sevic Systems .....	171
A. Derecho de establecimiento secundario .....	176
a. Problemas de reconocimiento de la sucursal .....	177
i. Segers .....	177
ii. Centros .....	182

b. Problemas con la legislación aplicable a las sociedades extranjeras: Inspire Art. ....	191
---	-----

## II. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LOS TIPOS SOCIALES EUROPEOS<sup>204</sup>

1. LA AGRUPACIÓN EUROPEA DE INTERÉS ECONÓMICO .....	206
A. Traslado de domicilio.....	207
B. Influencia sobre otras figuras de Derecho europeo .....	209
2. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.....	209
A. El domicilio social de la SE.....	214
B. El traslado del domicilio social de la SE .....	220
a. Traslado de la administración central .....	220
b. Traslado del domicilio social .....	221
C. Las particularidades de la SE domiciliada en España. ....	226
D. Aplicabilidad práctica de la SE .....	227
3. LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA.....	232
A. El domicilio en la SCE y su traslado de un EEMM a otro ...	234
B. La SCE en España .....	235
4. EL PROYECTO DE SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA.....	238
A. El domicilio social de la SPE .....	240
B. El traslado del domicilio en la SPE.....	240
a. Traslado de la administración central .....	241
b. Traslado del domicilio social .....	241

## CAPITULO IV

### LA MOVILIDAD SOCIETARIA EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL SISTEMA BRITÁNICO, NORTEAMERICANO Y ALEMÁN

I. INTRODUCCION.....	247
II. COMPANY AND CORPORATION LAW.....	249
III. THE LAW OF THE UNITED KINGDOM RELATING COMPANY MOBILITY 251	
1. HISTORICAL BACKGROUND .....	254
A. Origins.....	254
B. 2006's Companies Act .....	259
2. BRITISH COMPANY LAW RELATED TO COMPANIES INCORPORATED IN ENGLAND AND WALES .....	262
A. Business organizations in the United Kingdom .....	262
B. Domicile and residence in English law .....	269
C. Company migration .....	271
a. <i>Transfer of a company's registered office</i> .....	272
b. <i>Cross-border mergers as means of migration</i> .....	276
3. OVERSEAS COMPANIES .....	283
A. Disclosure obligations.....	286
B. Other requirements .....	290
IV. ELEMENTS OF AMERICAN CORPORATE MOBILITY .....	290

1. HISTORICAL BACKGROUND .....	293
A. Pre-industrial period.....	294
B. Industrialization.....	296
2. CHARTER COMPETITION .....	301
A. The internal affairs doctrine .....	301
B. Development of the competition .....	303
C. Current debate .....	309
3. BUSINESS TRANSACTIONS OF FOREIGN COMPANIES AND NON-US COMPANIES IN AMERICAN CORPORATION LAW .....	312
A. Foreign companies doing business in a different State... 313	
a. General requirements.....	314
b. Withdrawal procedure .....	316
B. Temporary transfer of the registered office of a non-US business company.....	317
a. Requirements .....	318
b. Effects of the temporary transfer .....	319
C. Transfer of the registered office of a non-US business company ( <i>Domestication</i> ).....	320
a. Requirements .....	322
b. Consequences of domestication .....	323
4. INTERNATIONAL CORPORATE MOBILITY OF AMERICAN BUSINESS CORPORATIONS.....	324
A. International transfer of the registered office of a Delaware business company.....	325
a. General requirements.....	326
b. Consequences of transfer or domestication .....	329

c.	Consequences of continuance of domestic corporations	330
B.	Mobility through mergers .....	332
V.	GERMAN COMPANY LAW AND CORPORATE MOBILITY .....	336
1.	THE STRUCTURE OF GERMAN COMPANY LAW RELATING CORPORATE MOBILITY .....	336
A.	The traditional German Private International Law system .	337
B.	German Company law and the protection of interests on restructuring cases .....	341
2.	NEW DEVELOPMENTS OF GERMAN LAW RELATED TO THE INTERNATIONAL MOBILITY OF COMPANIES.....	344
A.	The influence of European Union law on German law .....	344
B.	The new <i>Sitz</i> regulation on the AktG and on the GmbHG after the MoMiG .....	346
a.	§4 GmbHG and §5AktG .....	347
b.	Special transparency and creditor protection rules.....	348
c.	Consequences regarding corporate mobility for German companies.....	351
C.	The reform of the Private International Law related to the transfer of German companies' registered office: the Proposal on international company law of the <i>Deutscher Rat für Internationales Privatrecht</i> .....	353
a.	Reform of the Einführungsgesetz der Bürgerliches Gesetzbuch (EGBGB) .....	354



b. Proposal for a European Regulation on the applicable law of companies .....	356
3. INTERNATIONAL TRANSFER OF THE REGISTERED OFFICE OF A GERMAN COMPANY .....	357
4. ALTERNATIVE MEANS OF INTERNATIONAL TRANSFER OF A GERMAN COMPANY'S REGISTERED OFFICE.....	358
5. FOREIGN COMPANIES IN GERMAN LAW .....	360

TERCERA PARTE:

LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y SU INFLUENCIA EN LA MOVILIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS

CAPÍTULO V

EFFECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES MERCANTILES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

I. INTRODUCCIÓN .....	365
1. ANTECEDENTES .....	366
A. Regulación anterior al Código de 1829 .....	366

B.	La primera codificación .....	369
C.	El Código de Comercio de 1885 .....	374
D.	El Código Civil .....	375
E.	La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 .....	378
II.	LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA .....	380
1.	REGULACIÓN VIGENTE .....	381
A.	Cuestiones previas .....	382
B.	La aplicación del modelo de sede real y del modelo de constitución en la legislación anterior .....	385
C.	Interpretación actual a la luz del Derecho comunitario ....	392
III.	ELEMENTOS AL ALCANCE DE LAS SOCIEDADES ESPAÑOLAS PARA MOVILIZARSE AL EXTRANJERO .....	406
1.	INSTRUMENTOS DIRECTOS: EL TRASLADO DE DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO .....	407
A.	Ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de traslado internacional del domicilio social .....	414
B.	Presupuestos para el traslado del domicilio social de sociedades españolas al extranjero (Presupuestos de "salida")	418
C.	Proyecto de traslado .....	420
a.	Obligaciones de publicidad del proyecto de traslado ...	421
b.	Informe de los administradores .....	425

D.	Acuerdo de traslado .....	428
a.	Requisitos para la aprobación del proyecto de traslado en Junta General.....	428
b.	Impugnación del acuerdo de traslado .....	430
c.	Nulidad del acuerdo de traslado.....	432
d.	Anulabilidad del acuerdo de traslado .....	435
E.	Protección de socios contrarios al traslado .....	437
a.	Derecho de separación .....	437
i.	Régimen jurídico general.....	437
ii.	Problemas de adaptación en cuanto al ejercicio del derecho de separación.....	445
iii.	Problemas en cuanto a los efectos .....	449
b.	Impugnación de acuerdos sociales .....	451
F.	Derecho de oposición de los acreedores sociales .....	452
a.	Presupuestos del derecho de oposición.....	456
b.	Ejercicio del derecho de oposición.....	462
c.	Efectos de las oposición.....	464
G.	Eficacia del traslado.....	467
2.	INSTRUMENTOS INDIRECTOS .....	468
A.	Fusiones transfronterizas .....	468
B.	Otros instrumentos de movilidad del control societario... ..	469
III.	LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y SU ACTUACIÓN EN EL MERCADO ESPAÑOL .....	470
1.	SUCURSALES EN GENERAL.....	473

A. Características .....	476
a. Falta de personalidad jurídica propia.....	477
b. Representación permanente .....	481
c. Autonomía de gestión.....	481
d. Capacidad de desarrollar las actividades empresariales de la principal .....	482
B. Obligaciones de publicidad registral .....	483
2. SUCURSALES DE ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y SERVICIOS FINANCIEROS .....	490
3. REGULACIÓN DEL TRASLADO PERMANENTE A ESPAÑA DE SOCIEDADES MERCANTILES EXTRANJERAS .....	494
A. Legislación anterior.....	495
B. La Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (presupuestos de “entrada”).....	497
a. Sociedades constituidas dentro de la UE.....	499
b. Sociedades constituidas fuera de la UE .....	507
4. OTROS ASPECTOS DE LA ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS	509
<u>CONCLUSIONES</u> .....	513
BIBLIOGRAFÍA .....	523
JURISPRUDENCIA.....	558
DOCUMENTOS OFICIALES Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS .....	561



## ABREVIATURAS

ABA	<i>American Bar Association</i>
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
Am. Bus. L.J.	<i>American Business Law Journal</i>
Am. U. L. Rev.	<i>American University Law Review</i>
AAMN	<i>Anuario de la Academia Matritense del Notariado</i>
AEDIPr	<i>Anuario Español de Derecho Internacional Privado</i>
Baylor L. Rev.	<i>Baylor Law Review</i>
BayObLG	<i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i>
BERR	<i>Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform</i>
Bus. Law.	<i>Business Lawyer (The)</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BORME	<i>Boletín Oficial del Registro Mercantil</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
Cal. Corp. Code	<i>California Corporations Code</i>
Cal. L. Rev.	<i>California Law Review</i>
Cardozo L. Rev.	<i>Cardozo Law Review</i>
Cornell L. Rev.	<i>Cornell Law Review</i>
CA	<i>Companies Act</i>
CC	<i>Código Civil</i>
CCom	<i>Código de Comercio</i>
CE	<i>Comunidad Europea</i>
CEE	<i>Comunidad Económica Europea</i>
CLR	<i>Company Law Review</i>
Colum. J. Eur. L.	<i>Columbia Journal of European Law</i>
Colum. L. Rev.	<i>Columbia Law Review</i>

Comp. Law.	<i>Company Lawyer (The)</i>
CMLR	<i>Common Market Law Review</i>
CDJ	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>
Del. Gen. Corp. Law	<i>Delaware General Corporation Law</i>
Del. J. Corp. L.	<i>Delaware Journal of Corporate Law</i>
Der. Neg.	<i>Derecho de los Negocios</i>
DGRN	<i>Dirección General de Registros y del Notariado</i>
DLL	<i>Diario La Ley</i>
DO	<i>Diario Oficial</i>
DOCE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
DTI	<i>Department for Trade and Industry</i>
EBLR	<i>European Business Law Review</i>
EBOR	<i>European Business Organization Law Review</i>
ECFR	<i>European Company and Financial Law Review</i>
ECF Treaty	<i>European Community Functioning Treaty</i>
ECGI	<i>European Corporate Governance Institute</i>
ECJ	<i>European Court of Justice</i>
ECL	<i>European Company Law</i>
EEA	<i>European Economic Area</i>
EEE	<i>Espacio Económico Europeo</i>
EGBGB	<i>Einführungsgesetz der Bürgerliches Gesetzbuch</i>
Eur. L. Rev.	<i>European Law Review</i>
EEMM	<i>Estados miembros</i>
EuZW	<i>Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
Geo. L. J.	<i>Georgetown Law Journal</i>
GmbHG	<i>Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>

GmbHHR	<i>GmbH-Rundschau (Die)</i>
Geo. Wash. L. Rev.,	<i>George Washington Law Review</i>
GJUEC	<i>Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia</i>
GLJ	<i>German Law Journal</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i>
ICCLR	<i>International Company and Commercial Law Review</i>
Int. & Comp. L.Q.	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
Int. L.	<i>International Law</i>
IPRax	<i>Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)</i>
InsO	<i>Insolvenzordnung</i>
InterTax	<i>International Tax Review</i>
Jour. Corp. L.	<i>Journal of Corporation Law</i>
J. Leg. Stud.	<i>Journal of Legal Studies</i>
LLP	<i>Limited Liability Partnership</i>
LMESM	<i>Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles</i>
LSA	<i>Ley de Sociedades Anónimas</i>
LSRL	<i>Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada</i>
LWP	<i>Law Working Paper</i>
Model Bus. Corp. Act	<i>Model Business Corporation Act</i>
NUE	<i>Noticias de la Unión Europea</i>
N. C. L. Rev.	<i>North Carolina Law Review</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
Nw. U. L. Rev.	<i>Northwestern University Law Review</i>
N. Y. Bus. Corp. Law	<i>New York Business Corporation Law</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
Oxford Rev. Econ.	<i>Oxford Review of Economic Policy</i>



Pol.	
RD	<i>Real Decreto</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RdS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
REEI	<i>Revista Electrónica de Estudios Internacionales</i>
RESE	<i>Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea</i>
RSCE	<i>Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea</i>
RFDUG	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada</i>
RGD	<i>Revista General de Derecho</i>
RIW	<i>Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)</i>
RJA	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RJESCoop.	<i>Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa</i>
RVEH	<i>Revista Valenciana de Economía y Hacienda</i>
Rutgers L. Rev.	<i>Rutgers Law Review</i>
RRM	<i>Reglamento del Registro Mercantil</i>
§	<i>Section</i>
SCE	<i>Sociedad Cooperativa Europea</i>
SE	<i>Sociedad Europea</i>
SEAG	<i>SE – Ausführungsgesetz</i>
SE-VO	<i>Europäischen Gesellschaft Verordnung</i>
SI	<i>Statutory Instrument</i>
Stan. L. Rev.	<i>Stanford Law Review</i>
SME	<i>Small and Medium Enterprise</i>
SPE	<i>Sociedad Privada Europea</i>

STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
TCE	<i>Tratado de la Comunidad Europea</i>
TFUE	<i>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>
TJCE	<i>Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea</i>
TUE	<i>Tratado de la Unión Europea</i>
UmwG	<i>Umwandlungsgesetz</i>
U.Colo.L.Rev.	<i>University of Colorado Law Review</i>
U. Law Rev.	<i>Utrecht Law Review</i>
U. S. F. L. Rev.	<i>University of San Francisco Law Review</i>
Va. L. Rev.	<i>Virginia Law Review</i>
WP	<i>Working Paper</i>
Y. L. Jour.	<i>Yale Law Journal</i>
Y. Jour. Int. L.	<i>Yale Journal of International Law</i>
ZGR	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i>
ZHR	<i>Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht</i>
ZIP	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>



**Primera Parte:**

**LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS PERSONAS  
JURÍDICAS RECONOCIDAS POR EL DERECHO COMUNITARIO y  
LOS MODELOS NORMATIVOS DE DETERMINACIÓN DEL  
ESTATUTO SOCIETARIO COMO PASO PREVIO A LA MOVILIDAD  
SOCIETARIA**

PAOLA RODAS PAREDES

## CAPÍTULO I

### EL MERCADO INTERIOR EUROPEO EN RELACIÓN CON LA MOVILIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE DERECHO NACIONAL: SU DESARROLLO Y ALCANCE A TRAVÉS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

#### I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea<sup>1</sup>, tiene como objetivo principal el desarrollo armonioso de las actividades económicas, expansión continua y equilibrada, estabilidad creciente y la elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran precisa. Para alcanzar estos fines, el TUE asegura la creación de un *mercado común*.

---

<sup>1</sup> Dada la distinta nomenclatura que a lo largo del desarrollo del Derecho europeo, han tenido los distintos Tratados europeos, al referirnos al Tratado de la Unión Europea (TUE) hacemos referencia al Tratado firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y que en el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, recibe este mismo nombre. Mientras que al referirnos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), hacemos referencia al articulado incluido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y que desde la firma del Tratado de Lisboa ha pasado a denominarse como tal.

A efectos de obtener dicho mercado común, y tal y como establece el artículo 3, c) TFUE [*anteriormente Art. 2 TUE*], los Estados miembros deben suprimir los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. La supresión de estos obstáculos es la cristalización del reconocimiento por parte del TUE de las libertades de circulación de personas y capitales y libre circulación de mercancías, que conjuntamente implican la libre circulación dentro del mercado común de los factores de producción<sup>2</sup>. De esta manera, de lo dispuesto en el Art. 3 TFUE [*anteriormente Art. 2 TUE*], se deduce que el establecimiento de un mercado común y la aproximación de las políticas económicas con objeto de lograr una unión económica y monetaria constituyen dos fases esenciales de la construcción europea<sup>3</sup> que parten de la idea de

---

<sup>2</sup> Este reconocimiento de las *cuatro libertades* supone para los ciudadanos de los Estados miembros, la ampliación *de iure* de uno de los derechos ciudadanos, reconocidos incluso en ciertos textos constitucionales nacionales (tales como el español): la libertad de empresa, VICIANO PASTOR, J. "La sociedad anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España", en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pg. 30.

<sup>3</sup> Al respecto también GONDRA ROMERO, J. M., "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la

un “mercado interior” o “mercado único” como espacio económico de los Estados que componen la Comunidad. En dicho marco, los ciudadanos y los agentes económicos deberán poder actuar libremente, gozando de los derechos que les reconocen las reglas previstas por el propio Tratado<sup>4</sup>, o establecidas al amparo de las disposiciones del TCEE y relativas a las cuatro libertades fundamentales ya mencionadas<sup>5</sup>.

Uno de los principios en los que se basa el desarrollo de estas libertades, es el del *reconocimiento mutuo*, es decir, la aceptación por cada Estado miembro de los productos

---

Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)”, en A.A.V.V., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, T. I, Civitas, Madrid, 1986, pg. 280.

<sup>4</sup> Reglas que persiguen no sólo la supresión de las barreras de carácter estatal que impiden el libre ejercicio de las libertades comunitarias, sino también las que son consecuencia de prácticas restrictivas de reparto o explotación de los mercados por parte de las empresas, y que además pretenden el desarrollo de políticas comunes y normas armonizadas en los distintos sectores de la vida económica con objeto de completar los resultados obtenidos para conseguir así, una liberalización de los intercambios comerciales comparable a la que rige en el territorio nacional.

<sup>5</sup> Por otra parte, como señala MATTERA, A., *El mercado único: sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pg. 45 y sig., la consecución del mercado único europeo se enriquece progresivamente con nuevas *dimensiones* (cultural, regional, científico-tecnológica, medioambiental, monetaria, social, etc.), o más bien, políticas complementarias necesarias para lograr su correcto funcionamiento.



legalmente fabricados en cualquier otro Estado miembro, incluso si esos productos están elaborados conforme a prescripciones técnicas diferentes de las establecidas por la normativa nacional vigente, siempre y cuando los productos satisfagan conveniente y satisfactoriamente el objetivo legítimo perseguido, de manera que, a la hora de elaborar normativas comerciales o técnicas que puedan incidir en el buen funcionamiento del mercado común, los Estados miembros no pueden situarse en una perspectiva exclusivamente nacional y sólo tener en cuenta exigencias propias de los productos nacionales<sup>6</sup>.

## II.LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El principal objetivo de la Comunidad Económica Europea, en el momento de su fundación, fue la creación de un mercado común que, a su debido tiempo, debería dar lugar a una unión política. De acuerdo con esta idea, el primer objetivo de la entonces Comunidad Económica Europea era el de facilitar la libre circulación de factores productivos<sup>7</sup>, utilizando como instrumento para conseguir este fin a las llamadas *libertades comunitarias*.

---

<sup>6</sup> Al respecto, ver C-120/78, *Cassis de Dijon*.

<sup>7</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pg. 29.

Sin embargo, estas libertades no fueron desarrolladas de la misma manera o con la misma intensidad. En un principio se fundamentó la construcción del mercado común en la implementación de la libertad de circulación de mercancías<sup>8</sup>, para posteriormente desarrollar las otras libertades comunitarias.

A diferencia de lo ocurrido con la libre circulación de mercancías y con la libre circulación de trabajadores, el reconocimiento de la libre circulación de personas jurídicas ha sido, en cierta medida, mucho más restrictivo y su alcance mucho más controlado<sup>9</sup>. No debemos olvidar que el legislador comunitario no prohibió las restricciones a la libre circulación de personas jurídicas, sino que

---

<sup>8</sup> Como es bien sabido, el Título I del Tratado CE está enteramente dedicado a la regulación de la libre circulación de mercancías – en total fueron 28 los artículos que regulaban esta materia –, dedicándose el Título III a la regulación tanto de la libertad de circulación de personas físicas y jurídicas, como la de servicios y capitales.

<sup>9</sup> Al respecto, VELASCO SAN PEDRO, L. A., SÁNCHEZ FELIPE, J.M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE, el estado de la cuestión después de la SE”, RdS, Núm. 19, 2002, pg. 16, señalan como posible motivo para la falta de “generosidad” del legislador comunitario a la hora de configurar la obligación de alcanzar la libertad de establecimiento, a las reticencias que la movilidad societaria causaría dada la importancia del volumen económico de las sociedades y a la posible deslocalización de empresas, sobre todo en razón de la importancia que el tejido industrial tiene en la estructura económica de los Estados, así como también por razones de índole tributaria.

estableció una supresión progresiva de las restricciones durante el período transitorio. Este lento proceso de *ejecución escalonada*<sup>10</sup> encuentra explicación si se toma en cuenta el deseo del legislador comunitario de que la introducción de la libertad de establecimiento no sorprendiera a los operadores económicos, dado el proceso de adaptación jurídica que los Estados miembros tuvieron que atravesar para adecuar sus legislaciones nacionales a los objetivos del Tratado UE.

## 1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA

La libertad de establecimiento podría ser definida como aquella libertad, reconocida en los artículos 49 y 54 TFUE [*anteriormente Art. 43 y 48 TCE* respectivamente] mediante la 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>11</sup>.

---

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, 2da.Ed., Madrid, 1995, pg. 119.

<sup>11</sup> SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J., FERNÁNDEZ PÉREZ, B., "Introducción al Derecho de la Unión Europea", Eurolex, Madrid, 1996, pg. 459 y sig., también VICIANO PASTOR, J. "La sociedad anónima europea... , cit., Pamplona, 2006, pg. 32 y sig., quien analiza la libertad de

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

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

---

establecimiento como un *derecho constitucional comunitario a la libertad de empresa*, esto es, en conjunción con la libre prestación de servicios, la libre circulación de capitales y la libre circulación de mercancías.

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Determinar las entidades amparadas por los efectos de la libertad de establecimiento no es tarea sencilla. De la redacción del segundo párrafo del Art. 54 TFUE [*anteriormente Art. 48 TCE*] se desprende que tres son los requisitos principales que deben cumplirse para considerarse amparado por la libertad de establecimiento, a saber: tener personalidad jurídica, perseguir fines lucrativos y ser una sociedad comunitaria. Con esta formulación, el Art. 54 TFUE [*anteriormente Art. 48 TCE*] ha procurado comprender dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a “toda clase de sociedades civiles y mercantiles, así como los establecimientos públicos de carácter industrial o comercial”<sup>12</sup>.

Con respecto al primero de los requisitos, éste es, el de ostentar personalidad jurídica, el Tratado CE, ha intentado abarcar todas las entidades que, dentro de los parámetros de su organización, ejerzan o puedan ejercer una actividad económica consistente en ofrecer mercancías o servicios en un mercado determinado, independientemente de su personalidad jurídica y forma de financiación, incluyendo a tal efecto a las sociedades de Derecho

---

<sup>12</sup> Fernández de la Gándara, L., Calvo Caravaca, A. L., *Derecho mercantil*..., ob. cit., pg. 156.

civil y mercantil, cooperativas y demás personas jurídicas de Derecho público o privado. Dada esta finalidad de incluir a todas las organizaciones empresariales posibles, se recurre a la utilización de un concepto amplio de sociedad, incluyendo también a las entidades públicas de carácter industrial o comercial que tengan un grado mínimo de autonomía patrimonial y persigan un fin lucrativo<sup>13</sup>.

El segundo de los requisitos señalados, éste es, el de perseguir fines lucrativos, también debe interpretarse en sentido amplio. Así, deben entenderse cumplido el mismo cuando la actividad económica de la sociedad no sea desarrollada de forma gratuita<sup>14</sup>, excluyéndose, por tanto, aquellas entidades con fines caritativos, religiosos o culturales, de acuerdo con la lógica que demanda la dimensión netamente económica de la Comunidad Europea<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Ídem, pg. 54.

<sup>14</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios", RJC, no. 2, 1985, pg. 319, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho mercantil*, ob. cit.; pg. 156.

<sup>15</sup> Al respecto, en relación con el concepto de "fines lucrativos" como estructura interna de la entidad ver la STJCE de 21 de marzo de 2002, Asunto C-174/00, *Kennemer*.

Finalmente, en cuanto al vínculo o conexión con la Unión Europea, el art. 48 en su primer párrafo establece, de manera contundente, que sólo se considerarán *sociedades comunitarias* aquéllas que se hayan constituido de acuerdo con la legislación de uno de los Estados miembros y que tengan su sede social, administración central o centro principal de actividad en el interior de la Comunidad Europea.

De esta manera, se pretende evitar la referencia a la *nacionalidad* de las personas jurídicas y, más bien, procurar un criterio que incluya todos los puntos de conexión al Derecho nacional de los Estados miembros, respetando de esa forma el criterio elegido por cada Estado miembro para determinar la nacionalidad y conservando igualmente la vigencia de los distintos criterios a nivel estatal.

### 3. EVOLUCIÓN DE SU IMPLANTACIÓN

En su redacción originaria el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea<sup>16</sup>, disponía en su artículo 52 [*actual artículo 49 TFUE*] que las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro serían suprimidas de forma

---

<sup>16</sup> Tratado firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

progresiva durante un período transitorio que el Art. 8 del Tratado de Roma de 1957 señalaba debía durar doce años.

Dentro del período transitorio se distinguían asimismo tres etapas de cuatro años cada una<sup>17</sup>: la primera tenía como objetivo principal la elaboración por el Consejo de un Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento existentes dentro de la Comunidad<sup>18</sup>. A efectos

---

<sup>17</sup> De acuerdo con lo establecido en el Art. 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la medida en que a cada etapa se le asignaba un conjunto de acciones que debían emprenderse y realizarse, el paso de la primera a la segunda etapa estaba condicionado por la comprobación de que se habían alcanzado en lo esencial los objetivos marcados para la primera. Dicha comprobación correspondía al Consejo, que decidía por unanimidad, previo informe de la Comisión, sin que ningún Estado miembro pudiese impedir la unanimidad alegando el incumplimiento de sus propias obligaciones. Así sucesivamente hasta un sexto año, en el cual a través de una mayoría cualificada, y previo informe de la Comisión, el Consejo comprobaba el cumplimiento de la etapa. En cualquier caso, la duración del período transitorio no podía ser superior a un total de quince años, transcurridos éstos, entrarían en vigor las normas y medidas previstas para el establecimiento del Mercado Común.

<sup>18</sup> El 18 de diciembre de 1961 el Consejo adoptó el *Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento en la Comunidad Económica Europea* [DO núm. 2 de 15 de enero de 1962, pg. 36/62]. Dicho programa, en su Título I señalaba entre los titulares de la libertad de establecimiento no sólo a los nacionales (personas físicas) de los Estados miembros, sino también a las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro que tengan su sede social,



su administración central o su centro de actividad principal en la Comunidad. Al respecto, cabe resaltar la importancia del Título III de los Programas, puesto que en el mismo se efectúa una delimitación negativa del ámbito material de aplicación de la libertad de establecimiento, al enumerar las excepciones al ejercicio de la misma (actividades relacionadas con el ejercicio del poder público – reguladas anteriormente en el artículo 55 TCEE – y las disposiciones que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública – anteriormente artículo 56 – ), así como una enumeración no cerrada de las restricciones incompatibles con los fines perseguidos por esta libertad y que deberían ser superadas antes de la fecha de finalización del período transitorio. Entre otras medidas, encontramos las que prohibiesen el acceso o ejercicio de una actividad no asalariada por parte de los nacionales de otros Estados miembros, las que subordinasen el acceso o ejercicio de una actividad no asalariada a una autorización o a la expedición de un documento, tal como un carné de comerciante extranjero o un carné profesional de extranjero, las que hiciesen más oneroso el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada, imponiendo cargas fiscales o de otro tipo, tales como la prestación de un depósito o de una fianza en el país de acogida, etc. Incluso se atribuía el carácter de restricción incompatible con los fines del Tratado a las condiciones a las que una disposición legal, reglamentaria o administrativa o una práctica administrativa subordinase el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada y que, aunque aplicables sin excepción de nacionalidad, obstaculizasen exclusiva o principalmente el acceso o el ejercicio de dicha actividad a los extranjeros. Los Títulos IV y V contenían el calendario para la eliminación de tales obstáculos y restricciones, de manera que todas estas dificultades estuvieran superadas al finalizar el período transitorio. Para ello la supresión debía llevarse a cabo en función de los sectores económicos, tomándose en consideración las particularidades y exigencias de cada sector. Es importante destacar que estos Programas, no vinculaban jurídicamente a los Estados. Debido a que carecían de un contenido normativo directo, presentaban una naturaleza jurídica de meras líneas de acción.. de manera que únicamente vinculaban

de la ejecución del Programa General, se encomendaba al Consejo a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social y a la Asamblea, la adopción de directivas (que debían adoptarse, por unanimidad hasta el final de la primera etapa) para alcanzar la libertad de establecimiento en las distintas ramas de actividad. La segunda y tercera etapas de coordinación o armonización de las legislaciones de los Estados Miembros, establecían que el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social y a la Asamblea, adoptaría, ya sólo por mayoría cualificada, Directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en esta materia.

Una vez superado el período de transición establecido en el Programa General, las Directivas de aplicación del Tratado y del Programa General pasaron a constituir el instrumento esencial del

---

a las instituciones comunitarias en orden a la elaboración de Directivas, siendo éstas las que tenían carácter vinculante para los Estados. A pesar de esto último, los Programas tuvieron una eficacia normativa mediata, en la medida en que las Directivas aprobadas posteriormente, en el marco de los Programas Generales, fueron indirectamente dotados de eficacia normativa al reenviarse en determinados aspectos a los textos de los Programas.

que se sirven los órganos comunitarios para alcanzar la libertad de establecimiento<sup>19</sup>.

A pesar de que hasta 1974 las instituciones comunitarias adoptaron una serie de Directivas<sup>20</sup>, el período de transición previsto para asegurar el alcance de la libertad de establecimiento había expirado ya, de manera que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se vio forzado a reconocer que la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 52

---

<sup>19</sup> De esta manera es que se adoptan este tipo de disposiciones 1), para poner en práctica el Programa General, 2) para coordinar las disposiciones de los ordenamientos nacionales relativas al establecimiento de un régimen especial para extranjeros, justificado por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (anteriormente artículo 56.2 TCEE), 3) para asegurar el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, 4) para coordinar las disposiciones legislativas reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio.

<sup>20</sup> Al respecto, BORRAJO INIESTA, I., "Las libertades de establecimiento y servicios en el Tratado de Roma", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GÓNZALEZ CAMPOS, J.D., MUÑOZ MACHADO, S., (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Tomo II, Madrid, 1986, pg. 1, y GRUNDMANN, S., "The structure of European Company Law: from crisis to boom", EBOR: 5, 2004, pg. 603 y sig.

TCEE, gozaba de efecto directo desde el final de dicho del período transitorio<sup>21</sup>.

El reconocimiento del efecto directo del Derecho comunitario originario tiene su principal consecuencia en que, de esta manera, el Tratado establece derechos e impone obligaciones directas tanto a las instituciones comunitarias, a los Estados miembros como a los ciudadanos, siempre que las normas de los Tratados constitutivos estén formuladas sin condiciones, sean completas en sí mismas – desde una óptica jurídica – y, por lo tanto no necesiten para su cumplimiento o eficacia, otros actos de los Estados miembros o de las instituciones comunitarias.

---

<sup>21</sup> Véase al respecto, la sentencia del TJCE de 21 de junio de 1974, *Reyners*, Asunto 2/74. En ella el TJCE estableció que la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 52 TCEE es una manifestación específica de una de las disposiciones jurídicas fundamentales de la Comunidad: el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (párrafos 15 y 16 de la sentencia), y que dicho artículo prescribe una obligación de resultado precisa, de manera que una vez finalizado el período de transición, la libertad de establecimiento sería directamente aplicable (párrafo 26), asimismo estableció que el incumplimiento o la falta de diligencia de las instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones no puede justificar la no aplicabilidad de una disposición jurídica clara, precisa y autosuficiente. De manera que, el hecho de que el Consejo no hubiese adoptado las Directivas necesarias no puede justificar el incumplimiento de los preceptos del Tratado, ya que alcanzar la libertad de establecimiento constituía una obligación requerida por el artículo 52 (párrafos 29 a 32 de la sentencia).

La crisis de este proceso armonizador comenzó a gestarse durante la negociación del texto de la Agrupación Europea de Interés Económico<sup>22</sup>, llegando a hacerse más patente después de la adopción de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en el Art. 5 TCE<sup>23</sup>. De esta manera, el proceso armonizador paso a convertirse en un arduo camino en el que la Comisión desempeña el papel de *pre-legislador* de las posibles Directivas y/o Reglamentos, debiendo, posteriormente a la presentación de una Propuesta, convencer a cada uno de los Estados miembros, en el marco del Consejo, sobre la utilidad de la misma<sup>24</sup>.

Al proceso de armonización a través de Directivas también se han sumado, en los últimos tiempos, numerosas iniciativas de distinta índole – incluyendo la aprobación de Reglamentos que regulan

---

<sup>22</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, RFDUG, núm. 7, 2004, pg. 369–396, pg. 388.

<sup>23</sup> Refleja los altibajos que ha sufrido a lo largo de los años la ardua tarea de armonización del Derecho de sociedades LUTTER, M., “Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización del Derecho de sociedades”, Noticias de la Unión Europea 210, 2002 pg. 39 y sig., otro reciente ejemplo de esta tarea es la (Décima) Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

<sup>24</sup> Sobre el actual procedimiento de adopción de legislación europea ver: [http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/diagram\\_en.htm](http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/diagram_en.htm)

los nuevos tipos societarios de Derecho europeo. Estos instrumentos tienen como uno de sus objetivos principales el intentar acercar posturas entre las distintas legislaciones comunitarias, como paso previo para seguir avanzando en el proceso de armonización del Derecho de sociedades a nivel comunitario<sup>25</sup> y, por ende, en la consecución de una auténtica libertad de establecimiento en toda la Unión Europea. Este nuevo impulso a las perspectivas de desarrollo del proceso de armonización se vio reflejado en el *Plan de Acción para la modernización del Derecho de Sociedades*<sup>26</sup>.

Por otra parte, también debe hacerse referencia a la implementación de un nuevo objetivo estratégico<sup>27</sup>, como es la

---

<sup>25</sup> Al respecto VARGAS VASSEROT, C. ("El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades", RdS Núm.19, 2002, pg. 317).

<sup>26</sup> El principal propósito del mismo encuentra su raíz en el Informe Winter emitido en 2002 (*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern regulatory Framework for Company Law in Europe*), las materias estudiadas en el Informe han sido objeto de estudios particulares, así por ejemplo en relación con la transferencia de sede de las sociedades mercantiles con cambio de ley aplicable, se ha realizado un Informe para evaluar el impacto que produciría la adopción de la Decimocuarta Directiva en relación con este tema [ver *supra*. III.2.C].

<sup>27</sup> Fijado a partir del Consejo de Lisboa de marzo 2000, y que posteriormente vio plasmados sus objetivos en dos informes de la

simplificación del acervo comunitario para aumentar la competitividad, el crecimiento y el empleo, así como también, contribuir al reforzamiento de los derechos de los accionistas y la protección de terceros.

Haciendo un análisis de este largo proceso, se puede señalar que en nuestros días uno de sus principales objetivos radica en la perspectiva de hacer posible la movilidad de las sociedades en todo el espacio de la Unión Europea<sup>28</sup>, y alcanzar así la plena aplicación de la libertad de establecimiento de las sociedades mercantiles.

#### 4. MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

La libertad de establecimiento puede subdividirse en dos libertades diferentes: a saber: el derecho de establecimiento primario y el derecho de establecimiento secundario. Partiendo de

---

Comisión Europea: *El plan de acción de la Comisión – Simplificar y mejorar el marco regulador*, COM (2002) 278 final , de 5 de junio, y el *Acuerdo interinstitucional – legislar mejor*, del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea, DO C 321, de 31 de diciembre de 2003.

<sup>28</sup> Al respecto EMBID IRUJO, J.M., “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”, Noticias de la Unión Europea Núm. 252, 2006, pg. 6 y sig.

la base común que es el desarrollo de actividades económicas de una sociedad mercantil, en tanto persona jurídica, en otro Estado miembro que no es aquel bajo cuya legislación ha organizado su estatuto personal, la libertad de establecimiento se materializa a través de estas dos modalidades.

Esta subdivisión se veía también apoyada por el proyecto de Constitución Europea<sup>29</sup>, en donde se reconocía y se distinguía la libertad de establecimiento primario de las personas jurídicas como la libertad para constituir una sociedad en otro Estado miembro y, por otra parte, trasladar tanto la sede social (registral) de la sociedad, como el traslado del centro principal de actividades. La libertad de establecimiento secundario, por otro lado, quedaba establecida por el texto constitucional como la facultad de actuar en territorio de otro Estado miembro a través de una agencia, sucursal o filial<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase Tratado firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por el que se establece una Constitución para Europa, Art. III-142.

<sup>30</sup> En este sentido, ÁVILA DE LA TORRE, A., "La libertad de establecimiento de las personas jurídicas tras la Constitución Europea", en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S., (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 164., quien también señala el reconocimiento de la teoría de la constitución a nivel europeo, puesto que en el Tratado se impone la exigencia de que las



Actualmente, y una vez descartado el proyecto constitucional europeo, el Tratado de Lisboa ha decidido por una parte, elevar las competencias legislativas del Parlamento Europeo en esta materia<sup>31</sup>, y por otra, mantener intacta el resto de la legislación en materia de establecimiento.

#### A. Derecho de establecimiento primario

La libertad de establecimiento primario engloba, a su vez, dos aspectos distintos: la libertad de constitución de un establecimiento “primario” (o, simplemente, libertad de constitución), y la libertad de trasladar un establecimiento “primario” ya constituido.

La primera libertad, la de constitución, hace referencia a la libertad de constituir, por parte de un nacional o una sociedad constituida en un determinado Estado miembro (al que denominaremos, el “Estado miembro de origen”), una sociedad en otro Estado miembro distinto (al que denominaremos el

---

sociedades beneficiarias de la libertad de establecimiento, hayan sido constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro

<sup>31</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, [2007/C 306/01], “Modificaciones horizontales”, Núm. 52.

“Estado miembro de destino”), en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro de destino<sup>32</sup>.

La segunda libertad, la de traslado de un establecimiento “primario” se refiere, por su parte, a la libertad de trasladar la sede “primaria” (real o registral) de una sociedad ya constituida en un Estado miembro a otro distinto.

Realmente, aunque estén englobados dentro de la misma libertad, la libertad de constitución, por un lado, y la libertad de traslado del establecimiento “primario” de una sociedad ya previamente formada bajo la legislación de un Estado miembro, por otro, son dos aspectos distintos, regulados y tratados de manera diferente tanto por el TFUE como por la jurisprudencia del TJCE. Como veremos a continuación, un aspecto es trasladar la sede “primaria” de una sociedad y otro muy diferente constituir una sociedad *ex novo* en otro Estado Miembro.

En efecto, podríamos decir que el TFUE no regula con la misma intensidad estos dos aspectos. Así, el Art. 49 TFUE [*anteriormente Art. 43 TCE*] regula la libertad de constituir y gestionar empresas, señalando que “*la libertad de*

---

<sup>32</sup> También en este sentido BARNARD, C.: *The substantive law of the EU, the four freedoms*, 2<sup>nd</sup>. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, pg. 332.

*establecimiento* [primario] *comprenderá* [...] *la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*". Es decir, este artículo del TFUE regula y garantiza el derecho de constituir un establecimiento primario "de origen"<sup>33</sup>.

Por contra, el derecho a trasladar un establecimiento primario "de origen" quedaba *mencionado* – que no regulado – en el Art. 293 TCE, que establecía como facultad del Derecho interno de los Estados Miembros la posibilidad de que se reconociera y se pudiera mantener la personalidad jurídica de las sociedades definidas en el Art. 48 TCE en el supuesto de traslado de su sede

---

<sup>33</sup> En este sentido se expresaba SÁNCHEZ LORENZO, S., "El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario", en A.A.V.V., *Derecho de Sociedades: libro homenaje al Prof. Fernando Sánchez Calero*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, pg. 454. Al respecto, SCHÖN, W., "The mobility of companies in Europe", ECFR, Vol. 3, No. 2, 2006, pg. 133, señala que en realidad si hay un "límite" y es que los operadores económicos, a la hora de organizar sus actividades a través de una sociedad mercantil, deberán limitarse a escoger uno de los tipos societarios de cualquiera de los previstos por las legislaciones nacionales de los Estados miembros. También en este sentido, desde el punto de vista de las sociedades alemanas, SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, Heymanns, 4ta Ed., 2002, pg. 96.

de un Estado a otro<sup>34</sup>. EL TCE no regula, por tanto, directamente la posibilidad de trasladar la sede “primaria” de una sociedad<sup>35</sup>, si bien insta a los Estados Miembros a alcanzar acuerdos entre ellos que permitan dicho traslado de manera tal que se pueda mantener la personalidad jurídica.

De manera que mientras que el TCE regula y asegura directamente el derecho a constituir un establecimiento “primario”, el derecho a trasladar dicho establecimiento (tanto nos refiramos al traslado de sede registral como al traslado de la sede real)<sup>36</sup> se encuentra únicamente mencionado en el TCE que

---

<sup>34</sup> Sobre este punto, ha de hacerse notar que la reciente modificación de los Tratados Europeos (tanto el TUE como el TFUE) a través del Tratado de Lisboa ha traído como consecuencia la eliminación de este artículo en el actual TFUE, sin que de momento puedan establecerse las implicaciones de dicha eliminación. Solamente podemos especular que esta no se debe a que el Derecho comunitario haya decidido abandonar la armonización legislativa por esta vía, sino que precisamente lo que espera es acceder a la regulación de estas materias siguiendo no solo ese proceso, sino también el de armonización legislativa a través de normas de Derecho comunitario derivado.

<sup>35</sup> Esta conclusión también es compartida por BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., “*La nacionalidad...*”, ob. cit., pg. 258, y ESTEBAN VELASCO, G., “*El compromiso de Niza...*”, ob. cit., pg. 161, nota (8).

<sup>36</sup> Debemos recordar que estos dos elementos sirven para perfilar – en las legislaciones nacionales– el modelo normativo que determina la ley aplicable a la sociedad. En caso de utilizarse la sede registral estaríamos

se remite a la regulación y limitaciones que pueda existir en el Derecho interno de cada Estado Miembro y en los acuerdos alcanzados por los mismos<sup>37</sup>.

Este diferente tratamiento no es casual y debe atribuirse al hecho de que el TCE entendió que la consecución del objetivo de crear y asegurar el funcionamiento de un Mercado Interior no significaba tener que regular en el propio tratado constitutivo todas las normas relativas a la libertad de establecimiento.

La diferenciación realizada por el TCE tiene un efecto práctico de notable relevancia: mientras que la libertad de constitución es una norma con efecto directo derivada del propio Derecho comunitario originario, la efectividad de la libertad de traslado de un establecimiento "primario" queda supeditada a la aprobación de normativa comunitaria derivada, y, en defecto de esta, a la

---

hablando del modelo de constitución, el cual reconoce como personas jurídicas *nacionales* a aquellas sociedades que tienen dentro de su territorio la sede registral. Por otra parte, si se utiliza como elemento de determinación la sede real, estaremos hablando de una legislación que aplica el modelo del mismo nombre, el cual exige que tanto la sede social como el centro principal de actividad (sede real) de la sociedad estén en el mismo territorio.

<sup>37</sup> Comparte esta misma conclusión GRUNDMANN, S.: *European Company Law, organization, finance and capital markets*; Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pg. 120.

supresión por parte de los Estados miembros de las correspondientes restricciones al traslado a otros Estados miembros de la sede registral de las sociedades mercantiles constituidas bajo su legislación.

### B.Derecho de establecimiento secundario

Por su parte, la libertad de establecimiento secundario se entiende como la facultad de una sociedad mercantil constituida de acuerdo con las normas de un Estado miembro de actuar y/o establecer una sucursal, filial o agencia en otro Estado miembro<sup>38</sup>.

Esto trae como consecuencia la obligación de los Estados Miembros de reconocer automáticamente la personalidad jurídica de las *sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público* constituidas válidamente en otro Estado Miembro<sup>39</sup>. Dicha interpretación<sup>40</sup> se ha visto confirmada a través

---

<sup>38</sup> También en este sentido BARNARD, C.; *The substantive law of the EU...*, ob. cit., pg. 310.

<sup>39</sup> Art. 54 TFUE [anteriormente Art. 43 TCE].

<sup>40</sup> Propuesta entre otros por GAVALDA, C.; PARLEANI, G.; *Droit des affaires de l'Union Européenne*; 12me. Ed.; Litec, Paris, 1998, pg. 131.

de la jurisprudencia del TJCE, que ha establecido como obligación de los Estados Miembros, derivada de los Art. 49 y 54 TFCE [*anteriormente Art. 43 y 48 TCE* respectivamente], el reconocimiento automático de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles constituidas en un Estado Miembro que deseen establecer una sucursal, agencia o filial en otro Estado miembro, siempre que tales sociedades cumplan con los requisitos que su legislación nacional les exige al efecto<sup>41</sup>.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que los Estados miembros, pueden decidir y regular, cuáles son los parámetros que las sociedades extranjeras legalmente constituidas en otro Estado miembro, deben seguir a la hora de desarrollar sus actividades en su territorio. Sin embargo esta regulación, no podrá hacer distinciones en cuanto a la aplicabilidad de restricciones o cargas que desincentiven el ejercicio de la libertad de establecimiento secundario, basándose en criterios de nacionalidad<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Al respecto también, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, RFDUG, núm. 7, 2004, pg. 369–396, pg. 384, y también GRUNDMANN, S.; *European Company Law*... ob. cit.; pg. 124

<sup>42</sup> Al respecto SPINDLER, G., “El derecho Europeo de sociedades después de Inspire Art y Golden shares”, RdS Núm. 23, 2004, pg. 75 y sigs.

## 5. OTROS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

### A. Ámbito territorial de aplicación

La libertad de establecimiento debe aplicarse íntegramente en todo el territorio de la Unión Europea<sup>43</sup>, de manera que tras la última ampliación deberá aplicarse también a Bulgaria y Rumania<sup>44</sup>.

Por otra parte, el Tratado de Lisboa, que modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea servirá para determinar con mayor exactitud la aplicabilidad territorial de las libertades económicas, pues a partir de su entrada en vigor se presta mayor atención a la determinación de los territorios de ultramar pertenecientes o bajo la soberanía de diferentes Estados miembros, que se considerarán "territorio europeo"<sup>45</sup>, así como a

---

<sup>43</sup> Art. 52 TCE

<sup>44</sup> Además de aplicarse a Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia, Reino Unido, República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, Grecia.

<sup>45</sup> Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias (Art. 349 [*Antiguo artículo 299, apartado 2, párrafos segundo, tercero y cuarto, TCE*] TFUE, y



las medidas específicas destinadas a determinar las condiciones en las cuales se aplicarían los Tratados en estos territorios, haciéndose especial énfasis en que estas condiciones particulares de aplicación de los Tratados no pongan en peligro la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión, incluido el mercado interior y las políticas comunes<sup>46</sup>.

#### B. Aplicación en el ámbito material

El Art. 49 TFUE (*anteriormente Art. 43 TCE*) establece sin lugar a dudas que la libertad de establecimiento comprende el acceso a *actividades no asalariadas*, así como también a la constitución y gestión de empresas y apertura de agencias, sucursales o filiales, en el territorio de cualquier otro Estado miembro.

La única exclusión, que realiza el Tratado, en cuanto a la aplicación material de la libertad de establecimiento, se realiza en relación a las actividades que en el Estado miembro de acogida se relacionen, *aunque solo sea de manera ocasional*, con el

---

a las islas Åland (Art. 355 [*antiguo Art. 299 apartado 2, párrafo primero, y apartados 3 a 6, TCE*], párrafo 4 TFUE).

<sup>46</sup> Art. 349 TFUE (Antiguo artículo 299, apartado 2, párrafos segundo, tercero y cuarto, TCE).

ejercicio del poder público, y aquellas que el Parlamento Europeo y el Consejo, excluyan expresamente de su aplicación<sup>47</sup>.

Esta excepción no resulta aplicable al ámbito de las personas jurídicas, en concreto de las sociedades mercantiles. En nuestro caso, el ámbito de aplicación material presenta dificultades en relación con la libre prestación de servicios, puesto que ambas libertades representan la aplicación práctica de lo que en nuestro Derecho constitucional se llama libertad de empresa, es decir, el derecho a ejercer una actividad económica por cuenta propia, en este caso, dentro del territorio comunitario.

De esta manera, el atributo de la temporalidad de las actividades económicas realizadas en otro Estado miembro, es el que determina la aplicación de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. 51 TFCE [anteriormente Art. 45 TCE]

<sup>48</sup> Sin embargo, el carácter temporal o duradero de la actividad, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del TJCE, puede abarcar servicios de diversa naturaleza, incluyendo aquellos cuya prestación se lleva a cabo durante un período de tiempo prolongado, como podría ser el de la construcción de un edificio o la prestación de servicios de asesoría a ciudadanos residentes en otro. En este sentido véase la sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer C-215/2001*, apartado 3.

Por otra parte, el ejercicio de estas *actividades económicas*, también presenta ciertas dificultades dada la interpretación jurisprudencial de este concepto<sup>49</sup>, aunque dada la particularidad de la aplicación de este término a las personas jurídicas, y en este caso a las sociedades mercantiles, deberá tenerse en cuenta que la jurisprudencia europea ha establecido un concepto amplio de la finalidad lucrativa exigible para considerar una conducta como *actividad económica*, llegándose a la conclusión de que la misma exige la no gratuidad de la actividad realizada<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Al respecto, C-53/81 de 23 de marzo de 1982, *Levin*, C-66/85 de 3 de julio de 1986, *Lawrie Blun*, y C-196/87 de 5 de octubre de 1988, *Steymann*.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil Internacional*, 2da. Ed., Tecnos, Madrid, 1995, pg. 54. Sobre la misma cuestión, la jurisprudencia comunitaria delimita el concepto de "actividades económicas" de diversas maneras: C-309/99, *Wouters*, apartado 47, C-35/96, *Comisión v. Italia*, apartado 36.

### III.LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA INTEGRACIÓN EUROPEA A TRAVÉS DEL DERECHO DE SOCIEDADES<sup>51</sup>

Alcanzar la libertad de establecimiento de manera efectiva es, aún en estos momentos, bastante difícil. Diversos son los obstáculos que se interponen a la consecución de este fin. En particular, la disparidad legislativa de los Estados miembros en relación con su régimen jurídico-societario tiene como consecuencia diferentes modelos de determinación de la ley aplicable a la actividad societaria y de reconocimiento de las sociedades extranjeras junto con la variada regulación de las fusiones internacionales y transferencia de la sede social al extranjero<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> De acuerdo con FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil...*, , pg. 149, el Derecho europeo de sociedades nace con el claro objetivo de coadyuvar a la integración económica de los Estados miembros a través, en primer lugar, de la eliminación de obstáculos de carácter fiscal y material. En segundo lugar, permite la elaboración de datos económicos reales determinantes a la hora de tomar decisiones empresariales, de manera que las condiciones de competencia se vean restringidas o falseadas. Por último, permite la creación de empresas de dimensión y características adecuadas al tamaño del Mercado Común y que pueden competir a nivel extraeuropeo.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil...*, pg. 152, los autores también señalan como obstáculos el tema de la participación de los trabajadores en los órganos de administración y

Por otra parte, es importante tener presente que el alcance de la libertad de establecimiento, tal y como ha sido plasmada en el TFUE y en su aplicación jurisprudencial por el TJCE, obedecía en sus orígenes, a la idea de alcanzar la armonización del Derecho de sociedades por la base, es decir, llegar cuando menos a una coordinación legislativa que fomentara el intercambio comercial dentro del mercado interior europeo.

#### 1. DE LA ARMONIZACIÓN A LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN DERECHO SOCIETARIO EUROPEO

Sin embargo, esos objetivos de uniformización han encontrado obstáculos que han ralentizado el avance del proceso armonizador hasta dejarlo prácticamente paralizado<sup>53</sup>. Por otra

---

control, los mecanismos de protección de de estos últimos y también la ausencia de un tratamiento unitario de la los temas fiscales suscitados por el ejercicio de la libertad de establecimiento.

<sup>53</sup> Entre otras razones, TIMMERMANS, C. (*Company law as lus Commune?*, Intersentia, Leuven, 2002, pg. 2 y sig.), ha atribuido la ralentización del proceso armonizador del Derecho de sociedades, a la falta de objetivos claros y de un programa determinado que trajo como consecuencia una falta de unidad y uniformidad a la hora de adoptar la normativa europea destinada a unificar los Derecho nacionales de los Estados miembros. En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J. M., "El presente incierto del Derecho de sociedades", RDM, Núm. 272, 2009, pg. 473, destaca que fue el abandono del ambicioso planteamiento inicial, el que ha permitido

parte la realidad de los intercambios económicos en el mercado interior europeo dio paso a la interpretación jurisprudencial de los principios y objetivos plasmados en los Tratados europeos<sup>54</sup>, de manera que a raíz de la resolución de los problemas que suscitaba la falta de armonización legislativa surgió un “nuevo” método de integración del mercado a través de la llamada *competencia legislativa* de los Derechos nacionales de los Estados miembros.

## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO SOCIETARIO

A diferencia de otros sistemas de competencia legislativa – i.e. el modelo americano –, el modelo europeo no pretende incentivar la competencia a través de la creación de tasas administrativas a la constitución de sociedades<sup>55</sup>, y dado que el proceso armonizador

---

continuar con el proceso armonizador, aunque limitando su alcance a la armonización de los aspectos nucleares de las instituciones.

<sup>54</sup> Al respecto *infra* Cap. III, I, 3.

<sup>55</sup> En este sentido CHARNY, D., “Competition among jurisdictions in formulating corporate law rules: an American perspective on the “race to the bottom” in the European Communities”, Harv. L. Rev., Vol. 32, N. 2, 1991, pg., 447, SCHÖN, W., “Playing different games?...”, ob. cit., pg. 33, y TRÖGER, T., “Choice of jurisdiction in European corporate law – Perspectives of European corporate governance”, EBOR, Vol. 6, pg. 18. Sobre el mismo tema, a favor de introducir esta medida se muestra DAMMANN, “Freedom of

del Derecho comunitario ha sentado ya bases comunes de regulación en distintas áreas del Derecho societario, no es de esperar que la temida *race to the bottom* se haga realidad en la Comunidad Europea.

Como ya hemos adelantado, la competencia legislativa europea, no basa su existencia y consolidación en las mismas bases del sistema norteamericano de competencia legislativa<sup>56</sup>. O al menos no en las bases actuales de dicho sistema<sup>57</sup>, sino más bien en la competencia para atraer inversiones o retener a las sociedades ya existentes, de manera que podemos hablar de una competencia legislativa “defensiva”<sup>58</sup> más que ofensiva.

Esto último es consecuencia de la tradicional carencia de elementos que permitan la movilidad societaria internacional, y que ha sido una característica del Derecho de sociedades de la

---

choice in the European corporate law”, Y. Jour. Int. L., Vol. 29, 2004, pg. 477

<sup>56</sup> Al respecto, *infra* Cap. IV, III, 2.

<sup>57</sup> KAMAR, E., “Beyond competition for incorporations”, Geo. L. J., Vol. 94, 2006, pg. 1767.

<sup>58</sup> ENRIQUES, L., “EC company law and the fears of a European Delaware”, EBLR, Vol. 15, Issue 6, 2004, pg. 1273

mayoría de los Estados miembros<sup>59</sup>. A través del desarrollo jurisprudencial paulatino de la libertad de establecimiento<sup>60</sup>, que ha sentado las bases de la movilidad societaria a nivel europeo, se dado paso a este tipo de competencia, basada, principalmente en la atracción de capitales<sup>61</sup> a través de la creación de un “ambiente de negocios hospitalario”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> También en este sentido BRATTON, W.; MCCAHERY, J.; VERMEULEN, E.: “How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis” Am. J. Comp. L., Vol. 57, 2009; pg. 355.

<sup>60</sup> Ver *Infra* Cap. III, I, 3.

<sup>61</sup> Sobre este punto, es interesante resaltar la importancia creciente que la *libre circulación de capitales* ha tenido en los últimos tiempos, al modo de ejemplo, FERRARINI, G., “Securities regulation and the rise of pan-european securities markets: an overview”, y MOLONEY, N., “Investor protection and the Treaty: an uneasy relationship”, ambos en FERRARINI, G., HOPT, K., WYMEERSCH, E., *Capital markets in the age of the euro*, Kluwer Law, La Haya, 2002, señala el primero, en relación con la integración de los mercados de valores a nivel europeo que la introducción del euro posibilita la integración de dicho mercado, pero que haría falta una mayor actividad legislativa comunitaria que armonizara la normativa aplicable a las obligaciones de publicidad obligatoria, para así incentivar las inversiones en las bolsas de valores europeas. Por otra parte MOLONEY, hace referencia a la evolución y creciente importancia que los Tratados europeos han asignado a la protección de los inversores, así como a las bases que permitieran ampliar esas medidas protectivas a fin de integrar los mercados financieros .

<sup>62</sup> A modo de ejemplo KAMAR, E. (“Beyond competition...”, ob. cit., pg. 1734 nota 29) vincula la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad



Sin embargo, la verdadera consecución de un auténtico Mercado Interior, dadas las distintas tradiciones legales vigentes entre los EEMM – tradiciones que, muy difícilmente, serán armonizadas a través de la competencia legislativa<sup>63</sup> –, pasa por asegurar la existencia de sociedades de Derecho europeo y/o nacional lo suficientemente flexibles como para garantizar la movilidad societaria<sup>64</sup>, y además alcanzar un consenso –a través

---

por Alemania, a la cotización en los mercados norteamericanos de valores de Daimler – Benz. Por otra parte añade, tanto en el caso de Alemania como del Reino Unido, Francia e Italia, que el conjunto de medidas legislativas adoptadas por estos países estaban destinadas incrementar el crecimiento económico de estos países a través, en primer lugar de la atracción de inversores en sus respectivos mercados de capitales, y de la posterior defensa de sus intereses a través de la adopción de los llamados “códigos de conducta” y del desarrollo de la “responsabilidad social corporativa”.

<sup>63</sup> Como ha sido señalado por ENRIQUES, L., “EC company law...”, ob. cit., pg. 1269, HEINE, K., KERBER, W., “European corporate laws, regulatory competition and path dependence”, Eur. Jour. L. Eco., Vol. 13, 2002, pg. 57, TRÖGER, T., “Choice of jurisdiction...”, ob. cit., pg. 20, los diferentes paradigmas bajo los cuales esta estructurado el Derecho de sociedades en los EEMM, no necesariamente derivarán en una competencia de legislaciones similar a la desarrollada en Estados Unidos, dado que los paradigmas en competencia no comparten una raíz común.

<sup>64</sup> De acuerdo con WINTER, J., “EU Company law at the cross-roads. The need for a regulatory framework” en A.A.V.V., *Reforming Company and Takeover law in Europe*, Oxford UP, Oxford, 2004, pg. 13, la competencia legislativa, no ha reemplazado a la armonización, sino que ambos métodos van de la mano. También en este sentido DE KLUIVER, H.-J., “Inspiring a

de la implementación de la Decimocuarta Directiva – de manera que el traslado de domicilio social entre las sociedades mercantiles de Derecho nacional de los diferentes EEMM, sea una auténtica posibilidad<sup>65</sup>.

### 3. RETOS PARA EL FUTURO DESARROLLO DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO

La tácita adopción de un sistema de competencia de legislaciones nacionales en el ámbito societario, ha tenido en los últimos tiempos la finalidad de compeler a los Estados miembros a adoptar voluntariamente legislación destinada, sino a atraer, por lo menos a mantener, a las sociedades constituidas en sus territorios nacionales<sup>66</sup>.

---

new European company law? – Observations on the ECJ’s Decision in *Inspire Art* from a Dutch Perspective and the Imminent competition for corporate charters between EC member States –”, ECFR, Vol. 1, No.1, 2004, pg. 132.

<sup>65</sup> También en este sentido SCHÖN, W., “Playing different games?..., ob. cit., pg. 365, y HEINE, K., KERBER, W., “European corporate laws...”, ob. cit., pg. 66.

<sup>66</sup> Aunque también debe tenerse en cuenta, en relación con la *competencia de legislaciones*, que ésta no solo se basa en las ventajas del Derecho societario, sino que muchas veces también su atractivo depende del sistema tributario del Estado que pretenda atraer a su territorio a las sociedades dispuestas a movilizarse, en este sentido también, SCHÖN, W.,

De esta manera se puede esperar, al menos en el ámbito de nuestro estudio, que en un futuro próximo cobre mayor relevancia, el poner al alcance tanto de las sociedades de derecho nacional, como de aquellas de derecho europeo, mejores instrumentos que permitan su plena movilidad, por lo menos dentro del mercado interior europeo, todo ello con la finalidad de alcanzar objetivos de eficiencia económica con la promesa de que de esta manera el crecimiento económico continuará en aumento<sup>67</sup>.

Sin embargo, no puede escapar a nuestro análisis, el hecho de que en los últimos tiempos, y dada la situación económica actual, se prevea la necesidad de replantear el rumbo de la evolución normativa en materia societaria, por lo menos en ámbito territorial de la Unión Europea, dadas las carencias que la autorregulación ha resultado tener en su aplicación a la realidad de los intereses económicos que pretende regular y también

---

“Playing different games? Regulatory competition in tax and company law compared”, CMLR, Vol. 42, 2005, pg. 335.

<sup>67</sup> Como señala EMBID IRUJO, J. M., (“El presente incierto...”, ob. cit., pg. 474) no deja de ser paradójico que entre los efectos de la aplicación del principio de subsidiariedad y de la desregulación normativa de amplias áreas del Derecho societario a nivel comunitario, adoptadas con la finalidad de avanzar en la armonización legislativa, se encuentre precisamente la ampliación o por lo menos pervivencia de la heterogeneidad normativa que se procuraba armonizar.

#### LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y MOVILIDAD DE SOCIEDADES MERCANTILES

dado que los llamados códigos deontológicos sobre el gobierno corporativo ha probado ser mucho menos eficaces de lo que cabía esperar, en cumplir con su objetivo principal, que es el de proteger a los socios-inversionistas de los conflictos de intereses que se plantean en el seno de los consejos de administración de las sociedades cotizadas.

PAOLA RODAS PAREDES

## CAPÍTULO II

### INSTRUMENTOS PARA LA CONSECUCIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA Y MODELOS NORMATIVOS DE DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO SOCIETARIO

#### I. ELEMENTOS A TENER EN CUENTA PARA LA MOVILIDAD SOCIETARIA

Para poder asegurar la movilidad societaria, tanto en el Espacio Económico Europeo como en el extracomunitario debemos, en primer lugar, establecer y clarificar determinados conceptos ligados indiscutiblemente a la estructura de la sociedad cuya movilidad internacional se pretende. Es así que nuestra primera tarea será determinar cuales son estos elementos a estudio y que papel desempeñan dentro de la estructura societaria para, posteriormente, plantearnos los medios que la norma pone al alcance de la sociedad en caso de que esta decidiera trasladarse a otro país.

##### 1. EL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

De acuerdo con este razonamiento, el primer elemento determinante es el domicilio social de la sociedad mercantil. Si bien es cierto que para la fijación del domicilio social se

reconoce, en un primer momento, plena libertad para elegirlo autónomamente<sup>68</sup>, también lo es que esta pretendida libertad de elección presenta matices claramente restrictivos. En el caso que nos ocupa, la elección del domicilio registral estatutario de las sociedades mercantiles no sólo supone el factor determinante de la nacionalidad societaria, sino que da a conocer el ordenamiento jurídico que se les aplica en el desarrollo de su tráfico, esto es, su *lex societatis*, puesto que de esta manera se puede determinar la posibilidad de reconocimiento de la personalidad jurídica tanto de las sociedades extranjeras deseosas de domiciliarse en España, como de las sociedades españolas que quieran trasladar su domicilio al extranjero<sup>69</sup>.

De esta manera el domicilio social establecido en los estatutos sociales se convierte en un elemento decisivo que, sin embargo plantea importantes problemas en cuanto a su conceptualización,

---

<sup>68</sup> El artículo 19 de la Constitución Española señala que “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia...”.

<sup>69</sup> Sobre este tema SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio Europeo*, Eurolex, Madrid, 2001, pg. 39, quien analiza el tema del reconocimiento internacional de sociedades, llegando a la conclusión de que la ausencia de realizaciones convencionales en relación a este tema en el espacio europeo, tiene como consecuencia que sea potestad de la norma de conflicto de Derecho nacional quien establezca el régimen aplicable al reconocimiento de las sociedades mercantiles.

puesto que en un contexto internacional encontramos que no es un término unívoco, ya que responde a diferentes supuestos muchas veces ligados al modelo normativo de determinación del estatuto societario<sup>70</sup>.

Sin embargo, también es importante distinguir el domicilio social estatutario de lo que se ha venido a denominar domicilio o sede *real*, o más bien centro principal de actividades. Esta distinción tiene importantes consecuencias a la hora de determinar la posibilidad o no de trasladar tanto uno como el otro. Ambos términos son en realidad parte del domicilio social global, pero dependiendo del modelo normativo, se exigirá la coincidencia de ambos en el mismo lugar, o se dejará a la voluntad de los socios el fijar cada uno de ellos en el sitio más conveniente para sus intereses.

Como anteriormente hemos resaltado, el domicilio social cobra importancia para nuestro estudio, básicamente, debido a que, tanto en nuestra legislación, como en la de los distintos Estados cuya legislación estudiamos, su determinación es vital para aplicar una legislación u otra, y su traslado la fuente de distintas consecuencias para socios y terceros.

---

<sup>70</sup> Al respecto I.3 de este capítulo.



## 2. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS<sup>71</sup>

El principal problema que plantea el domicilio social estatutario, desde la perspectiva de nuestro estudio es, principalmente, que de una u otra manera los Estados han ligado la elección del lugar donde ha de establecerse el domicilio social estatutario, con la legislación que le será aplicable a la sociedad mercantil<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> En este punto, creemos importante explicar que partimos de la premisa mayor "personas jurídicas" para llegar a la premisa menor "sociedades de capital", dado que no es objeto de nuestro estudio las otras personas jurídicas además de las sociedades mercantiles que se rigen por la legislación mercantil y civil. Por otra parte, respecto al estudio que a continuación abordamos, creemos justificada su inclusión en nuestro trabajo porque solo a través del conocimiento del funcionamiento general del sistema de Derecho internacional privado que permite la atribución de la nacionalidad o la *lex societatis* podemos clarificar la aplicación práctica del modelo elegido, que tendrá consecuencias no solo para la sociedad como persona jurídica, sino, y sobre todo para los terceros que se verán afectados por la posible movilidad societaria internacional: tanto socios minoritarios como acreedores sociales y trabajadores de la sociedad. De esta manera el Derecho societario trasciende el ámbito del Derecho Internacional Privado para convertirse en verdadero protagonista de la regulación sobre movilidad societaria internacional.

<sup>72</sup> No debemos olvidar que la importancia de determinar la legislación aplicable a la sociedad radica no sólo en que esta legislación regirá los asuntos internos de la sociedad – derechos y obligaciones de los socios, formas de organizar el órgano de administración, modificaciones estatutarias y estructurales, etc. – sino que también de esta manera se podrá conocer cuales son los mecanismos que esta legislación pone al

Por ello, debemos referirnos en primer lugar a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en general para, una vez determinada ésta, establecer la diferencia entre personas jurídicas “nacionales” y “extranjeras” y el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas en su actuación en el extranjero, o su recepción en territorio nacional.

La nacionalidad, referida a las personas jurídicas<sup>73</sup>, no se emplea en un sentido propio<sup>74</sup>. No hay más españoles porque se aumente el número de personas jurídicas con nacionalidad española. Las personas jurídicas, que sólo de modo traslativo

---

alcance de la sociedad para que esta, si así lo estima conveniente pueda trasladarse o de alguna manera , por ejemplo a través de sucursales, actuar en otros Estados.

<sup>73</sup> Entre los distintos conceptos de *Persona jurídica*, encontramos entre otros los de PUIG FERRIOL, LL. (*Manual de Derecho Civil* , Vol. 1, Marcial Pons, Madrid, 1996, pg. 125 que define a la persona jurídica como la entidad independiente de las personas físicas que la integran, y que, por estar dotada de una organización estable o permanente, tiene carácter de sujeto de las relaciones jurídicas que activa o pasivamente le afectan.

<sup>74</sup> Al respecto señala acertadamente SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional...* , pg. 87, que la nacionalidad, tal y como se encuentra definida por el art. 9.11 CC no es un criterio “autosuficiente”, si no que es “un velo formal” que requiere una ulterior precisión. Necesita del recurso a otras disposiciones que la concreten y se agota en el Derecho nacional, de modo que para determinar la nacionalidad extranjera de una sociedad es necesario recurrir al ordenamiento cuya nacionalidad se pretende

son personas, también sólo de modo traslaticio son nacionales<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios al Código Civil*, T.1, Edersa, Jaén, 1978, págs. 776. Más recientemente PAZ-ARES, C., en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pg. 535, destaca como principal problema a la hora de abordar el tema de la atribución de la nacionalidad de las sociedades mercantiles el partir del presupuesto implícito de que la nacionalidad de las personas jurídicas tiene una función equivalente a la nacionalidad de las personas físicas. En este sentido subraya que la diferencia principal estiba en que, en el caso de las personas jurídicas, la nacionalidad no expresa necesariamente la conexión de un grupo de personas con una comunidad nacional, sino que *actúa simplemente como mecanismo de selección de las normas aplicables al contrato de sociedad tanto en su dimensión obligatoria como en su dimensión organizativa*. En el mismo sentido GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable", en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo VI, Vol. 1, Civitas, Madrid, 2003, pg. 30 establece una aproximación metodológica desde el punto de vista contractual señalando, con respecto al tema de la atribución de la nacionalidad a las personas jurídicas que "cuando el legislador utiliza la idea de nacionalidad en las sociedades está utilizando una ficción: considerar a un contrato de organización, y a lo que genera, como una persona física para predicarle una nacionalidad. El sentido de esa ficción es establecer una remisión normativa [...] esa remisión implica que, si bien las sociedades no poseen nacionalidad en el sentido de las personas físicas, se les deben aplicar las mismas normas. Ahora bien, *siempre que esas normas sean aplicables de acuerdo con la naturaleza de las cosas*. Toda ficción es una remisión oculta que lleva implícita a su vez, una limitación oculta: su adecuación a la naturaleza de las cosas. De esta premisa metodológica se deriva un *criterio hermenéutico* muy productivo: *sólo se deben aplicar las normas y principios procedentes del régimen de la nacionalidad de las personas físicas cuando sean compatibles y adecuados al objeto que nos ocupa, un contrato de organización*". Respecto a este mismo tema, SERICK ( *Apariencia y realidad en las*

Sin embargo, diversas consecuencias se derivan de la calificación de una sociedad como nacional o extranjera: desde el punto de vista externo, de ella depende la posible protección diplomática del Estado frente a conductas dañosas de otros Estados, o, desde el punto de vista interno, la determinación de la nacionalidad puede tener como consecuencia que la capacidad jurídica de la sociedad extranjera se vea limitada.

De acuerdo con PRETEL SERRANO<sup>76</sup>, teóricamente la nacionalidad de la sociedad depende de la voluntad de los socios, pues son éstos los que crean la persona jurídica y por lo tanto son quienes, en principio, determinan su nacionalidad. Sin embargo, se ha de señalar que si bien es cierto que a los socios se les reconoce la libertad de elegir los factores que posteriormente servirán para definir la nacionalidad de la sociedad (domicilio registral, inscripción en el Registro Mercantil, etc.), es el ordenamiento de

---

*societates mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958, pg.155 y sig..) distinguía entre la nacionalidad de la persona jurídica y el estatuto personal de la misma. De manera que el estatuto personal esta determinado por el ordenamiento legal según el cual la persona nace, vive y perece y en conformidad al cual han de ser juzgados todos los problemas singulares que de ello dependen. Por otra parte, la nacionalidad es una cuestión que se plantea para decidir a la ciudadanía de qué Estado ha de equipararse la persona tanto física como jurídica.

<sup>76</sup> "Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima", AAMN, Tomo XXX, 1991, pg. 187.

cada país el que define a una sociedad como “suya”; de esa manera la autonomía de la voluntad de los socios tiene como límite lo establecido por el ordenamiento jurídico escogido para organizar la sociedad. Esto, que dicho así parece bastante simple, no lo es tanto si se toman en cuenta las particularidades de la regulación en esta materia en Derecho español<sup>77</sup>.

### 3. MODELOS NORMATIVOS APLICABLES A LA DETERMINACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*

Superado el concepto de nacionalidad como “antropomorfización” de la persona jurídica, y entendida como tal a la legislación que regirá el contrato de sociedad, corresponde estudiar los diferentes modos de determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

Tomando en cuenta que todos los Estados tienen competencia para determinar qué sociedades pertenecen a su ordenamiento jurídico<sup>78</sup>, tenemos que el reconocimiento de las sociedades

---

<sup>77</sup> Respecto a la legislación española ver Cap. 5, en particular II. 1

<sup>78</sup> En opinión de GARCIMARTÍN (*Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Edersa, Madrid, 2002, pg. 43, nota 29) este reconocimiento de la personalidad jurídica, no implica seguir la teoría de la ficción, pues a través del reconocimiento lo que se estaría haciendo es

mercantiles corresponde esencialmente a cada legislador nacional<sup>79</sup>.

A lo largo del desarrollo del Derecho societario y de la actuación de las sociedades fuera de su Estado de origen, diversos han sido los criterios que se han utilizado a la hora de determinar la ley aplicable al contrato de sociedad; sin embargo, creemos que en el actual estado de desarrollo del Derecho societario dos son las principales teorías que sobresalen entre todas, y que a continuación estudiaremos: el modelo normativo del domicilio estatuario o de constitución y el modelo de sede real.

#### A. Modelo de constitución

De acuerdo con este modelo, las sociedades ostentan la nacionalidad del Estado con arreglo a cuyas leyes se han constituido, tanto si se han inscrito en el Registro Mercantil (o de Sociedades) de dicho Estado –en cuyo caso se habla de *incorporación* – como si no –en cuyo caso se habla simplemente

---

reconocer la configuración de derechos subjetivos que los interesados en conformidad con un sistema legal extranjero.

<sup>79</sup> LEVY, L., *La nationalité des sociétés*, LGDJ, París, 1984, pg. 64.

de *constitución*<sup>80</sup> – y con independencia de cuál sea el Estado en el que se encuentre su domicilio social estatutario<sup>81</sup>. Éste es el sistema escogido principalmente por los países de influencia nórdica o anglosajona<sup>82</sup>.

Al respecto, sin embargo, debemos puntualizar, que este modelo, si bien en sus orígenes<sup>83</sup> contemplaba tanto la libertad de decir dónde podían los socios establecer la explotación del negocio – centro principal de intereses –, el lugar desde donde se llevaba a cabo la administración general de la sociedad, como el sitio donde se establecía el domicilio estatutario de la sociedad<sup>84</sup>, posteriormente en todos los ordenamientos en los que se aplica,

---

<sup>80</sup> Sin embargo en nuestro derecho se utiliza el término “constitución” para referirnos tanto a las sociedades obligadas a inscribirse en el Registro mercantil como a las que no.

<sup>81</sup> CALVO CARAVACA, A.L.: “Comentario del artículo 9, apartado 11” en ALBALADEJO/DÍAZ ALABART: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 2º, Madrid, 1995, págs. 479–525.

<sup>82</sup> Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica, Irlanda, Dinamarca, los Países Bajos.

<sup>83</sup> Ver Cap. 4, III. 1

<sup>84</sup> De esta manera se podía tener la típica sociedad establecida bajo las leyes británicas, cuyo objeto principal fuera la explotación minera en el Congo, que estableciera su sede estatutaria en Ciudad del Cabo y celebrara las juntas de accionistas en Londres.

se ha establecido un vínculo indisoluble entre el lugar de constitución y la sede estatutaria de la sociedad, la cual, al ser el domicilio *oficial* de la sociedad, es el lugar donde deben ejercerse todos los actos relevantes tanto internos<sup>85</sup>, como los externos<sup>86</sup>, siendo también el lugar donde se espera se lleve a cabo la administración central de la sociedad<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Como por ejemplo las juntas generales de socios y en general el ejercicio de los derechos de información de éstos.

<sup>86</sup> En este caso se considera el domicilio social estatutario como el domicilio *procesal* de la sociedad, de manera que si un socio o un acreedor social deseara reclamar algún derecho por la vía judicial, será al domicilio estatutario donde deberá dirigir su reclamación.

<sup>87</sup> Esta exigencia en realidad es bastante relativa pues como veremos en el Cap. 4, de este trabajo, realmente lo que exige el legislador es que en el lugar designado como domicilio estatutario se pueda notificar a la sociedad. Es el caso de las sociedades constituidas en Delaware, están obligadas a fijar un domicilio dentro de ese estado, aunque no necesariamente a llevar a cabo en el mismo la administración central de la sociedad.



El origen de este modelo corresponde a Inglaterra<sup>88</sup> donde, a través de la analogía entre el lugar de constitución de las sociedades y el “domicilio de origen” de las personas físicas, se estableció que las personas jurídicas sólo pueden ser consideradas sujetos de derecho si una norma jurídica les atribuye esta condición; por tanto, es el ordenamiento jurídico que otorga a la sociedad su subjetividad el que debe regirla<sup>89</sup>.

En otro sentido, si partimos del reconocimiento de la existencia de las personas jurídicas con independencia de la voluntad del legislador<sup>90</sup>, encontramos que el fundamento de la aplicación del modelo de constitución reside en la voluntad corporativa de los socios expresada en el contrato de sociedad, en la medida en

---

<sup>88</sup> De acuerdo con RABEL, *The conflict of Laws*, Univ. Of Michigan Law School, Chicago, 1947, pg. 31, “in all common law countries, a Corporation lives under the law under by which it has been created [...] the English cases, the oldest of which dates from 1724, have always followed this theory”. Se refería por supuesto, al caso de *la Dutch West India Co vs. Henriques van Moses (1724)* [93 Eng. Rep. 1378–1865]

<sup>89</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de Sede Social*, Pamplona, 1997, pg. 49.

<sup>90</sup> GALVAÑ ESCUTIA, “*La nacionalidad de las Sociedades Mercantiles*”, Valencia, 1939, págs. 28–29.

que son éstos quienes deciden dónde constituir la sociedad sujetándose a un ordenamiento jurídico determinado<sup>91</sup>.

Sin embargo, se debe señalar, con respecto a este punto, que doctrinalmente se ha llegado a la conclusión de que dicho reconocimiento de la autonomía de la voluntad está también indirectamente presente en aquellos ordenamientos jurídicos que adoptan la opción de la sede real, puesto que en ellos se ha establecido que las sociedades de capital deben tener como *lex societatis* la del lugar de su sede estatutaria. Al elegir libremente los socios la sede estatutaria, determinan, de forma igualmente libre, el ordenamiento que regirá el estatuto societario. De todas maneras este segundo razonamiento requiere un mayor esfuerzo por parte de los contratantes, ya que se limita a los socios en cuanto a la posibilidad de modificar dicha sede estatutaria, precisamente porque si ésta se quisiera modificar, en la mayoría de los casos la sociedad se vería obligada a la liquidación de la sociedad y a su *re*-constitución en el Estado de destino.

Las principales consecuencias de la aplicación de este modelo son dos: en primer lugar, respecto de las sociedades

---

<sup>91</sup> En este sentido: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., "Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable" en Documentos de trabajo de la UAM : <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/PublicacionesB.htm>

“nacionales”, éstas tienen un *pasaporte* que les permite ser internacionalmente reconocidas como sociedades del país en el que han sido constituidas; desde el punto de vista de quienes propugnan la existencia de la persona jurídica como una creación legal, si la constitución de una sociedad mercantil cumpliendo las normas vigentes basta, pues es todo lo que ese determinado Estado solicita para considerarlo válido, no hay posibilidad de “rechazar” o negar la existencia de dicha sociedad.

En segundo lugar, con respecto a las sociedades extranjeras que, de alguna manera, quieran relacionarse con un Estado que aplique el modelo de constitución, con el cumplimiento de la normativa vigente en su país de origen, el país receptor debería reconocer su válida existencia.

*a. Argumentos a favor del modelo de constitución*

Entre las muchas ventajas que a lo largo de los años se han ido atribuyendo a la aplicación de este modelo normativo resalta, en primer término, la claridad del criterio utilizado para determinar la ley aplicable al estatuto societario<sup>92</sup>. El factor decisivo es de

---

<sup>92</sup> BLANCO-MORALES, P., *“La transferencia…”*, ob. cit., pg.50.

naturaleza formal<sup>93</sup> y ofrece absolutas garantías de seguridad jurídica a la hora de determinarlo<sup>94</sup>, con lo que protege de mejor forma los distintos intereses implicados<sup>95</sup>.

En el mismo sentido, se puede afirmar la superioridad de este modelo normativo en tanto que la personalidad jurídica de la sociedad no está atribuida a elementos externos, como son los centros de explotación y la dirección o administración social, sino

---

<sup>93</sup> Dice LEFEBVRE citado por GIMÉNEZ ARTIGUES, *“La Nacionalidad de las sociedades mercantiles”*, Bosch, Barcelona, 1949, pg. 99, “el carácter típico y distintivo del criterio de constitución respecto de los demás se halla constituido por el hecho de que no se encuentra apoyado sobre relaciones de puro hecho, sobre conexiones económicas que se deben transformar en conexiones jurídicas, sino que, por el contrario, apóyase sobre una conexión por sí misma jurídica, y que por este motivo, recogiendo el momento de vinculación entre el ente que atribuye y el ente que recibe la personalidad jurídica, determina a un mismo tiempo esta personalidad y la nacionalidad a ella conexas”.

<sup>94</sup> También en este sentido KÜBLER, F., *Gesellschaftsrecht*, 4<sup>th</sup> Ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1994, pg. 714.

<sup>95</sup> Añade RAMMELLOO (*“Corporations in Private International Law, A European perspective”*, Oxford, 2001, pg. 17) : “Further inquiries into the location of the ‘main’ management or business centre are no longer needed. Nor do ‘decentralised’ companies that operate on a cross-border scale affect legal certainty and predictability[...] It favours the recognition of foreign companies, without encroaching upon their internal organisation and functioning. Even the cross-border migration of a company’s management and control office without loss of identity is possible”.

al conjunto de relaciones societarias, que son de naturaleza jurídica y no espacial.

Otra de las grandes ventajas ofrecidas por este modelo radica en el mayor grado de “movilidad” internacional que permite. Dado que la ley que rige el estatuto societario no varía y es conocida por los terceros con los que la sociedad interactúa en el tráfico económico, ésta puede movilizarse sin poner en riesgo la seguridad jurídica ni arriesgar los derechos adquiridos de sus acreedores.

En otras palabras<sup>96</sup>, la teoría de la constitución garantiza una cierta previsibilidad de las soluciones a la movilidad geográfica de la sociedad y de la actuación de ésta en el plano internacional, que favorece los intereses de los terceros, socios, y la misma sociedad.

#### ***b. Argumentos en contra***

El principal problema que presenta el modelo de constitución en cuanto a su aplicación práctica se deriva de la posibilidad que otorga de constituir una sociedad con arreglo a un ordenamiento jurídico determinado sin que, entre la sociedad y dicho

---

<sup>96</sup> LEVY, L., *La nationalité des sociétés*, LGDJ, París, 1984, pg. 229.

ordenamiento, exista ningún otro vínculo de naturaleza objetiva, posibilitando la libre elección en favor de “países-oasis”<sup>97</sup> con los que la sociedad no tiene relación real.

Este *efecto perverso* del modelo de constitución surge no sólo de las disparidades en materia de Derecho de sociedades sino también, como consecuencia del régimen de la competencia y la fiscalidad de las sociedades<sup>98</sup>.

En este sentido se ha escrito bastante a cerca de las *pseudo-foreign corporations*<sup>99</sup>, descritas como sociedades que realizan la mayor parte de sus actividades, o que tienen la mayor parte de sus socios, en un Estado pero que están constituidas bajo las leyes de otro Estado<sup>100</sup>; para de esta manera evitar la aplicación de normativas más estrictas<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> CALVO CARAVACA, A. L. “Comentario del artículo 9...”, ob. cit., pg. 484.

<sup>98</sup> BLANCO-MORALES, P., “La transferencia...”, ob. cit., pg. 53. Al respecto ver Cap. 4, IV

<sup>99</sup> Tomamos la definición ofrecida por EBKE, W., *The “real seat” doctrine in the conflict of corporate laws*, Int. L. Vol. 36, 2002, pg. 1029.

<sup>100</sup> En este sentido SÁNCHEZ LORENZO, S., “El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, en A.A.V.V., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. I, Madrid, 2002, pg. 451 y sig., hace un estudio

A pesar de la opinión respecto a este tema de importantes sectores de la doctrina, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha venido señalando consistentemente a través de importantes sentencias<sup>102</sup> que uno de los principales objetivos del artículo 43 TCE es garantizar la libertad de establecimiento de las personas jurídicas constituidas en los Estados miembros, a través del reconocimiento de dichas personas jurídicas en cualquier otro Estado miembro al que dichas sociedades decidieran trasladarse, otorgándoles a los socios la facultad de decidir la jurisdicción más conveniente a sus intereses para constituir dicha sociedad.

A través de la implementación de este modelo de reconocimiento se ha legitimado, por así decir, la competencia de leyes a nivel comunitario, y con ella una oportunidad para que los distintos

---

detallado de la Sentencia Centros, tomándola como ejemplo de *pseudo-foreign corporation* (por él denominadas como sociedades ficticias) y discutiendo las distintas razones por las cuales este tipo de sociedades deberían tener su propia regulación en el Derecho Comunitario.

<sup>101</sup> Sin embargo, SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, Madrid, 2001, pg. 210 y sig., nos hace notar las diferencias entre las *pseudos-foreign corporations* americanas y europeas.

<sup>102</sup> Entre las cuales, Segers C-79/85, Centros C-219/97, Überseering C-208/00, Inspire Art C-167/01.

Estados miembros puedan especializar sus leyes<sup>103</sup>. En cuanto al tratamiento de las *sociedades ficticias*, éstas son fácilmente regulables, tanto a nivel europeo, a través de directivas y reglamentos<sup>104</sup> como a través del derecho nacional<sup>105 106</sup>.

Es pues en esta nueva dimensión – la de la Unión Europea – en la que la aplicación del modelo de constitución plantea más beneficios que desventajas, pues permite la movilidad societaria intracomunitaria.

### *c. Consecuencias de la aplicación del modelo de constitución*

---

<sup>103</sup> En este sentido también se expresa: RYAN, P., Case C-167/01. *Kamer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.* (E.C.J. September 23, 2003), Colum. J. Eur. L., Vol. 11, 2004/2005, pg. 201.

<sup>104</sup> Como ocurre por ejemplo con la regulación de los Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (Directiva 85/611/CEE) que establece la necesidad de coincidencia entre sede social-administración central, en el mismo sentido la Directiva 95/26/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, etc.

<sup>105</sup> Tal es el caso de la legislación inglesa citada por EBKE, W., *The "real seat"...*, pg. 1030 las cuales tras la *Companies Act* de 1989 son exactamente las mismas pero sin la obligación de inscribirlas en el registro mercantil (*Companies Act* 1989 c40 Pt. III S 70).

<sup>106</sup> Para mayores detalles sobre la aplicación de este modelo en el Derecho comunitario ver Cap. 1 y Cap. 3.



Desde el punto de vista general, la libre movilidad de elementos tales como el centro principal de intereses, o la administración central de las sociedades constituidas bajo las normas de los países que utilizan este modelo normativo, está absolutamente garantizada: una vez cumplidos los requisitos formales impuestos por las normas del país de constitución, esta sociedad es libre de establecer estos elementos donde le sea más conveniente.

Sin embargo, no se puede decir que gocen de la misma libertad a la hora de trasladar la sede estatutaria, pues muchos de estos países no permiten dicho traslado, el argumento principal en el que se basan para negar esta posibilidad radica en el mismo que les permite la movilidad de los otros elementos societarios – el centro principal de intereses o *sede real* – la sociedad sólo puede “nacer” bajo *una* legislación de manera que esta no puede ser modificada, de la misma manera que no puede modificarse el lugar de nacimiento de una persona física. A pesar de ello en algunas de las más importantes jurisdicciones donde se aplica este modelo normativo, se han encontrado vías alternativas para conseguir el traslado del domicilio estatutario, aunque a través de instrumentos impropios en particular a través de la fusión transfronteriza.

## B.El modelo de sede real

Los orígenes históricos de la teoría de la sede se encuentran en la doctrina francesa y, posteriormente, alemana desarrollada a partir de la segunda mitad del siglo XIX, en el caso de la primera<sup>107</sup>, y principios del siglo XX, en el caso de la segunda<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> De acuerdo con HANSEN, J. L., "A new look at Centros – From a danish point of view", EBLR Vol. 13, I. 1, 2002, pg. 86, el modelo de *siège réel*, fue creado como reacción a la proliferación de compañías británicas que actuaban como tales en territorio francés, de ahí su enfoque más radical en contra del fraude de ley.

<sup>108</sup> Como apunta SANCHO VILLA (*La transferencia de la sede social en el Espacio Europeo*, Eurolex, Madrid, 2001, pg. 84) esta teoría nació en ambos países fruto de interpretaciones jurisprudenciales. La autora, subraya la importancia que la influencia de la legislación y jurisprudencia belgas, tuvieron sobre las leyes francesas, en particular la Sentencia de la Corte de Casación belga de 8 de febrero de 1849. En el caso de Alemania, señala GROßFELD (*Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, C.F. Müller, 2da. Ed., Heidelberg, 1995, pg. 39) que si una sociedad ha sido formada de acuerdo a las normas de otro Derecho que no sea el de la sede real, entonces no esta verdaderamente creada, y cita a continuación una sentencia del *Reichsgericht* de 1904 (*Juristische Wochenschrift [JW]* 1904, pg. 231–232) acerca de una sociedad "constituida en América, que tiene allí su domicilio nominal, encontrándose sus actividades comerciales en México, pero a través de la Hamburg Agency en Hamburgo. Aquí se encuentra su centro de administración, aquí tienen lugar las juntas generales ordinarias y extraordinarias, así se encuentran también los órganos sociales, el consejo de administración esta constituido sólo por personas que residen en Hamburgo... no es [sin embargo] una sociedad de acuerdo con el Derecho alemán. En Alemania no se encuentran ni su sede real ni un establecimiento secundario donde los actos de la sociedad puedan llevarse a cabo .. .". Por otra parte, de acuerdo con LEVY, L. (*La*

Se habla de una asimilación de la nacionalidad a la sede social, considerándose simétricos la resolución de los problemas relativos a las personas morales y aquellas dificultades concernientes a los individuos. Desde este punto de vista se estima que el domicilio es la única circunstancia que establece un vínculo efectivo de relación entre la sociedad mercantil y la organización soberana; por lo que este debe ser el único elemento que deba tomarse en consideración para señalar el carácter nacional de una sociedad<sup>109</sup>. Resulta irreconciliable con la idea del Estado-Nación que uno de sus "súbditos" pueda quedar sometido a otra soberanía. Una sociedad no puede tener más que un soberano y éste no puede ser otro que el que ejerce la soberanía allí donde se localiza su sede<sup>110</sup>.

---

*nationalité des sociétés*, L.G.D.J., Paris, 1984, pg. 184) esta teoría surgió para imponer a las sociedades la observación, a través de su constitución, de las formalidades legales del país en el que tuvieran su sede social, a modo de ejemplo cita una sentencia del Trib. Corr. Seine 2 juill. 1912, D. 1913, II, p. 165 que declaraba nula una sociedad constituida por franceses en Londres para administrar el Moulin Rouge.

<sup>109</sup> GIMENEZ ARTIGUES, F., *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*, Barcelona, 1949, pg. 96.

<sup>110</sup> SANDROCK, O., "Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer", *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1989, pg. 507.

El modelo basa su fundamentación en la idea de que la existencia y actividades de una sociedad mercantil afectan y conciernen esencialmente a Estado donde se localiza su actuación<sup>111</sup> de manera que se establece una conexión unitaria y estable. Según SANDROCK<sup>112</sup>, conforme a la teoría del Mercantilismo una sociedad extranjera debe su existencia a un soberano extranjero que llegado el caso le ha otorgado la personalidad jurídica y/o la ha configurado como una sociedad comercial; si ésta pretende ejercer el comercio desde otro Estado, colisiona *de facto* con el sistema de concesión de éste, ya que al soberano se le ha reservado la facultad de otorgar la personalidad jurídica a las sociedades establecidas en su territorio y de darles vida como sociedades comerciales”.

Es el modelo aplicado en una parte importante del continente europeo (Alemania [hasta antes del MoMiG], Francia, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Portugal) cada uno con características particulares. Al buscar como elemento de conexión la relación efectiva que mantiene la sociedad con el Estado en el que ésta

---

<sup>111</sup> Paradójicamente, como ha señalado BLANCO-MORALES, P., *La transferencia...*, ob. cit., pg. 67, este fundamento es idéntico a la construcción del principio de la incorporación.

<sup>112</sup> SANDROCK, O., “Sitztheorie, ...etc”, pg. 507.

tiene su sede social<sup>113</sup> se expresa la búsqueda de un criterio fáctico para la determinación de la *lex societatis*, una localización con manifestaciones externas, físicas, geográficas que a través de todos estos elementos permita determinar el ordenamiento jurídico que ha de serle aplicado.

***a. Argumentos a favor***

Se señala como primera ventaja que la aplicación de este modelo normativo previene el fraude de ley, dado que el estatuto personal no se determina mediante un criterio exclusivamente jurídico sino mediante la localización de la actividad desarrollada por la persona jurídica. De esta manera se consigue proteger el tráfico y evitar los abusos que podría conllevar la utilización de normas jurídicas extranjeras<sup>114</sup>, al ofrecer un punto de conexión vinculado al tráfico jurídico de la sociedad, presuponiendo la existencia de ánimo fraudulento a la hora de constituir la sociedad.

---

<sup>113</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil. Parte I*, Edersa, 2da. Ed., Jaén, 1977, pg. 685, entiende como tal el lugar donde se ejerce la dirección de la sociedad, allí donde residen los órganos jurídicos de la sociedad, administradores, asambleas generales, y donde se debaten los asuntos concernientes a la marcha de la empresa.

<sup>114</sup> BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., "La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas", RDM, 1992, Págs. 245–276 (pg. 250).

En el mismo sentido, este sistema, al establecer como *lex societatis* la ley vigente en el país donde la sociedad lleva a cabo sus actividades, protege y garantiza los intereses de terceros – principalmente, acreedores de la sociedad – con mayor intensidad que el modelo de constitución<sup>115</sup>.

Por otro lado, se señala, asimismo, que al aplicarse el modelo de sede real se asegura la aplicación a las sociedades del ordenamiento jurídico con el que mantienen una vinculación más estrecha, el que se verá más directamente afectado por su actividad y el que, por ello, tiene un mayor interés en regular la misma<sup>116</sup>. No obstante, y en la misma línea que lo señalado

---

<sup>115</sup> Los defensores de este modelo encuentran esta característica como la más importante, Véase, KÜBLER, F., *Gesellschaftsrecht*, 4<sup>th</sup> Ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1994, pg. 713, en nuestra doctrina en particular: SÁNCHEZ LORENZO S., "El derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario", AEDIPr, T. 0, 2000, pg. 115–157 y la bibliografía allí citada.

<sup>116</sup> En nuestra doctrina GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, T.1, Madrid, 1976, pg. 324, se manifiesta a favor de esta teoría, pues permite identificar un lazo efectivo y continuo entre la sociedad y el Derecho que la rige, de manera que se puede establecer "la realidad de un arraigo económico con el país del que la sociedad pretende tener la nacionalidad", ya que "... la objetividad del vínculo que traduce el principio de la sede presenta la ventaja de una referencia local y permanente que, cualquiera que sea la voluntad de los socios, garantiza el respeto de los intereses de orden público y de la seguridad del tráfico".

anteriormente, esta argumentación debe ser descartada. La aplicación de una *lex societatis* extranjera no implica evidentemente que la actuación de una sociedad se rija, en aspectos no societarios, por Derecho extranjero. En este sentido, a una sociedad regida por el Derecho inglés que opere en Holanda no se aplicará, por ejemplo, en su actuación relativa a la protección del medio ambiente, la normativa británica, sino la holandesa. Puede dudarse, por tanto, desde este punto de vista que la aplicación de una *lex societatis* concreta tenga gran incidencia en la actuación externa de la sociedad.

#### ***b. Argumentos en contra***

Se han planteado numerosas críticas a este modelo, además de las que ya hemos ido señalando. La primera de ellas se centra en la gran incertidumbre que genera la determinación concreta de la “sede real” de una sociedad. Como plantea BLANCO-MORALES<sup>117</sup>, “la plurivocidad del término “*sede*”, incluso cuando va acompañado de los calificativos “*real*” o “*efectiva*”, ocasiona una ardua tarea de identificación y calificación, no exenta de conflictos”. Y es que, en efecto, pese a haber sido ésta la conexión mayoritariamente retenida en los ordenamientos jurídicos que integran la Comunidad Europea, existen profundas

---

<sup>117</sup> BLANCO-MORALES, P., *La transferencia...*, ob. cit.,, pg. 71

diferencias prácticas no sólo en orden a la integración de la conexión, sino también a sus efectos.

Las expresiones “*sede social*”, “*sede real*”, o “*sede efectiva*”, se integran a veces como elementos objetivos que toman en consideración la actividad societaria. En estos casos, el problema se presenta cuando la sociedad tiene diferentes centros de explotación, todos ellos igualmente importantes o cuya importancia puede variar según las condiciones del mercado o del sector de actividad de que se trate, o cuando la sociedad tiene un centro de explotación principal que no coincide con el centro principal de actividad y administración de la sociedad<sup>118</sup>.

Otras veces, para valorar cuál ha de ser la sede real se toman como referencia elementos jurídicos concernientes a la dirección de la vida societaria y/o al proceso de adopción de las decisiones sociales, tales como el lugar donde se reúne la asamblea general de socios<sup>119</sup>, o donde se localizan los órganos sociales a los que

---

<sup>118</sup> Sobre la multitud de interpretaciones que el término *sede real* contempla, también ZIMMER, D., “Private International Law of Business Organizations”, EBOR 1, 2000, pg. 590.

<sup>119</sup> Que es el sistema adoptado por el Código Bustamante vigente entre varios países sudamericanos, y según el cual la nacionalidad de las sociedades anónimas se determina por el contrato social y, en su caso, por la ley del lugar en que se reúne normalmente la Junta General de



se ha encomendado el manejo de la sociedad y donde se toman las decisiones relevantes para su actividad. Este último es el caso tanto de la doctrina alemana<sup>120</sup> como de la francesa<sup>121</sup>, ambas ampliamente conocidas y de notable influencia dentro del Derecho continental. Por último, se suele calificar como “*sede real*” a la sede estatutaria.

Como podemos notar por la multiplicidad de interpretaciones que se pueden colegir del término “*sede real*”, este concepto no es ni mucho menos claro, con lo cual se dificulta enormemente la protección del tráfico<sup>122</sup>. Esto hace dudar de que el principal objetivo pretendido por las tesis de la sede real, a saber, el de la protección del tráfico jurídico vinculado con mayor intensidad a la sociedad, sea realmente alcanzado.

---

Accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su Junta o Consejo Directivo o administrativo. (vid. GIMÉNEZ ARTIGUES: *La nacionalidad..*, cit. pg. 145)

<sup>120</sup>En Alemania: entre otros WOUTERS, J, “Private International Law and Companies' freedom of establishment”, EBOR 2, 2001, pg. 107.

<sup>121</sup> En Francia, entre otros MENJUCQ, M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, París, 1997, pag. 41.

<sup>122</sup> También en este sentido KÜBLER, F., *Gesellschaftsrecht*, ob. cit., pg. 713, quien señala el „esfuerzo“ que en determinados casos debe realizarse para determinar el Derecho aplicable.

Por otra parte, otro problema que se presenta en caso de la aplicación de este modelo reside en la determinación del tratamiento que puede llegar a recibir la sociedad si es que, por alguna razón ajena a las partes, la sociedad<sup>123</sup> llegara a tener su *sede real* en otro país que no fuera el de su constitución. En este caso se prevé que no se reconozca su personalidad jurídica<sup>124</sup> y sean otros los medios por los cuales se dirima el conflicto<sup>125</sup>, en

---

<sup>123</sup> Pues no estamos de acuerdo en presuponer que si la sede real no coincide con la del lugar de constitución se establezca de antemano que existe ánimo fraudulento en sus socios o administradores, tal y como lo han demostrado multitud de casos prácticos (*Ver: Überseering* TJCE Caso C-208/00 [2002]).

<sup>124</sup> Como han resaltado ya algunos autores (*Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Derecho de sociedades...", documentos de trabajo de la UAM, ob. cit., pg. 9*) en estos casos en los que no se reconoce ni la personalidad jurídica de la sociedad, ni su capacidad de actuar, ni la diferenciación entre el patrimonio de los socios con respecto al de la sociedad se llega al extremo de poner en grave riesgo los intereses de los terceros (acreedores, inversores, trabajadores de la sociedad, etc.) que la aplicación de este modelo normativo intenta proteger.

<sup>125</sup> Así por ejemplo SÁNCHEZ LORENZO, (*Vid. "El derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario", AEDIPr, t. 0, 2000, pg. 115-157*) propone que en este tipo de casos se reconozca capacidad procesal a la sociedad, incluso que se le reconozca personalidad jurídica no como sociedad anónima sino como sociedad colectiva, llegando incluso a admitir que "...la negación de la existencia o capacidad de la sociedad acaba perjudicando los intereses

cuyo caso se corre el riesgo de perjudicar los intereses de terceros.

Finalmente, el argumento debería decaer, sobre todo, por la cada vez mayor interdependencia económica – particularmente en el Espacio Económico Europeo, pero también a nivel internacional – que ha derribado auténticas barreras y que ha provocado que ya no sea técnicamente correcto hacer referencia a la protección de un tráfico económico “*nacional*”. Las sociedades, efectivamente, ya no sólo inciden en el tráfico económico nacional, sino que actúan como operadores de un tráfico económico internacional que hace surgir intereses de acreedores, con relación a los que no cabe alegarse una especial conexión geográfica para determinar el nivel de protección que les corresponde.

Por último, y no por ello menos importante, debemos hacer referencia al hecho de que, de aplicarse las variantes más estrictas del modelo de sede real<sup>126</sup>, se perjudica seriamente el traslado de ésta a otro Estado, pues ello implica la liquidación de

---

de los acreedores o contratantes, así como los intereses de los socios locales, más que beneficiándolos" (pg. 146).

<sup>126</sup> Estas variantes eran, por ejemplo, las defendidas en Francia y hasta muy recientemente en Alemania, El caso del Derecho español será objeto de nuestro estudio en el Cap 5 de este mismo trabajo.

la sociedad en el Estado de origen y su posterior *re-constitución* en el Estado de destino, imposibilitando por ende la movilidad de las empresas entre distintos países<sup>127</sup>.

*c. Principales consecuencias de la aplicación del modelo de sede real*

Como quedará posteriormente demostrado, el modelo de sede real al basarse en un sistema que niega la personalidad jurídica a las sociedades cuya sede real no coincida con la de registro o constitución, es altamente restrictivo en cuanto a la movilidad de las sociedades, no en el sentido de que el modelo no admita el traslado de sede y por tanto el cambio de ley aplicable, sino porque incluso si lo hiciera, ello representaría para la sociedad “emigrante” elevados costes económicos dado que seguramente la legislación del Estado de partida exigirá que al mismo tiempo se traslade la *sede real*.

La razón última de este modelo es la de proteger determinados intereses del mercado en el que actúen las sociedades. Ello se consigue, a través de la imposición de la normativa nacional a los aspectos societarios de una sociedad

---

<sup>127</sup> Cit. WOUTERS, J, *Private International Law....*, pg. 107.

extranjera. Esa imposición puede ser excesiva<sup>128</sup>, en tanto que impide a los socios la libertad de elección de la normativa reguladora de su relación societaria.

Pero que el modelo de sede real no sea válido por excesivo, no quiere decir que no pueda exigirse por los Estados Miembros un mínimo de requisitos para que una sociedad opere en su mercado, en la medida en que esos requisitos estén encaminados a proteger intereses generales de dicho Estado Miembro.

## II. MEDIOS AL ALCANCE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PARA REALIZAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS EXTRATERRITORIALES

Una vez superadas las barreras técnicas, o por lo menos aclarados los principios que han de aplicarse en cada caso, solo queda conocer los medios de que dispone una sociedad mercantil para realizar actividades económicas en una jurisdicción extranjera, ya sea con vocación de traslado permanente o no.

---

<sup>128</sup> Y así lo ha venido entendiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las diversas sentencias analizadas en el Cap. 3, I.3

1.ELEMENTOS DE MOVILIDAD SOCIETARIA CON VOCACIÓN DE MODIFICAR PERMANENTEMENTE EL ESTATUTO SOCIETARIO (MOVILIDAD SOCIETARIA PLENA)

A.El traslado de domicilio social

Como ya hemos señalado, al ser el domicilio social estatutario el principal, aunque no necesariamente único, factor que determina la legislación aplicable al estatuto societario, es a través del traslado de este domicilio estatutario que se llega aun pleno ejercicio de la movilidad societaria, en el sentido de que sólo cuando se traslada el domicilio social estatutario se llega a una modificación del estatuto personal societario que permite que una sociedad mercantil efectivamente modifique su *lex societatis*..

Al respecto, debe tenerse en cuenta que este cambio en la jurisdicción aplicable a la sociedad mercantil, no depende exclusivamente del modelo normativo de determinación del estatuto societario que se utilice por la legislación originaria de la sociedad migrante. Es un factor a tener en cuenta, puesto que de ser aplicable el modelo de sede real, el traslado de domicilio social estatutario podría conllevar también la obligación de trasladar la administración central, el centro principal de operaciones o el centro principal de explotación de la sociedad que se traslada. Sin embargo esto no necesariamente será así en

todos los casos, puesto que en el traslado internacional de domicilio social son dos las jurisdicciones que deben tenerse en cuenta, la de origen, pero también la de destino.

En relación a los problemas “en origen”, puede ocurrir que la legislación bajo la cual esta organizada la sociedad que desea trasladarse no prevea entre las opciones al alcance de sus sociedades mercantiles, el efectivo traslado internacional de las mismas – de hecho este es el caso más común – de manera que solo podría hablarse de la posibilidad de una movilidad societaria internacional parcial, pues, y he aquí la importancia del modelo de determinación de la ley aplicable al contrato de sociedad, dependiendo de la utilización de uno u otro modelo la sociedad podrá o no trasladar al extranjero su sede efectiva<sup>129</sup>, aunque no podrá, mientras su legislación de origen no lo prevea

---

<sup>129</sup> Ejemplo afirmativo de tal posibilidad de movilidad societaria parcial es la legislación inglesa que, como analizaremos en el Cap. 4, desde sus orígenes ha permitido a sus sociedades mercantiles la posibilidad de establecer fuera del territorio británico la sede principal de sus actividades empresariales.

Por otra parte, hasta hace relativamente muy poco tiempo, la legislación alemana no solo no preveía el traslado internacional de sus sociedades mercantiles, sino que tampoco les permitía que pudieran trasladar al exterior su sede principal, esto último consecuencia directa de la aplicación del modelo de sede real.

expresamente, trasladar su domicilio social, y por tanto modificar la ley aplicable al contrato de sociedad<sup>130</sup>.

En el caso de que la legislación bajo la cual la sociedad esta organizada sí permitiera el traslado internacional del domicilio social, habrá que tener en cuenta las exigencias que el Estado receptor impondrá a la sociedad que se traslada a fin de "recibirla". En efecto, si la legislación que recibe a la sociedad también utilizara como modelo normativo el de la sede real, no habría duda de que la sociedad que se traslada deberá, además de trasladar su domicilio social estatutario – y por tanto cumplir con todos los procedimientos previstos para realizar esta

---

<sup>130</sup> Como ejemplos afirmativos de una movilidad societaria internacional plena analizaremos dos legislaciones: por una parte la legislación norteamericana, en concreto la del estado de Delaware, siendo la más liberal de todas las legislaciones que hemos estudiado pues no solo ha permitido la movilidad del centro principal de actividades de sus sociedades mercantiles, sino que a su vez permite que éstas puedan trasladar a otros Estados, su domicilio social.

Por otra parte también analizaremos nuestra legislación claro ejemplo de que la aplicación de la teoría de la sede real no obsta para garantizar la movilidad societaria internacional, pues por un lado se establece la exigencia de que las sociedades mercantiles españolas tengan su establecimiento principal en el mismo lugar donde se haya fijado el domicilio social, pero por otro, a estas mismas sociedades se les permite, gracias a una reciente modificación del régimen legal del traslado del domicilio social, que puedan trasladar este fuera de España.



modificación social estructural – trasladar a la nueva jurisdicción, y en las condiciones que la legislación receptora establezca, su administración central, centro principal de actividades o de explotación, según cual de estos factores haya sido fijado por la legislación de origen como *sede real* de la sociedad.

Por otra parte, si el traslado se realiza de una jurisdicción que aplica el modelo de sede real a otra que utiliza el de constitución, el traslado societario puede verse simplificado, puesto que la legislación receptora no exigirá a la sociedad que además de trasladar su domicilio social estatutario, traslade algún otro elemento como sería el centro de administración o el de explotación. Queda por saber, y he aquí donde radica el verdadero problema de la compatibilidad de los modelos normativos, si la legislación de origen, es decir la que aplica el modelo de la sede, puede o no, en ejercicio de su soberanía como Estado, regular o poner como condición para permitir el traslado efectivo de las sociedades constituidas bajo sus leyes, el que todo traslado internacional de una sociedad mercantil conlleve el traslado de todos los elementos que conforman a esta<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Como posteriormente estudiaremos (*Infra* Cap. V, III, 1), en el caso de la legislación española, vigente el modelo de sede real para las sociedades españolas, la nueva legislación en materia de traslado, ha puesto como

En relación a los supuestos en los que la sociedad emigrante proviniera de una jurisdicción que aplicara el modelo de constitución, el traslado a otra jurisdicción que aplicara el mismo modelo no plantearía mayores inconvenientes<sup>132</sup>. No ocurriría lo mismo en el caso de que dicha sociedad decidiera trasladarse a una jurisdicción que aplicara el modelo de sede real, puesto que esta, le exigiría – a efectos de considerar a la sociedad que se traslada como válidamente constituida – que además de trasladar el domicilio social estatutario, trasladase a su nueva jurisdicción la administración central, centro principal de actividades o de explotación de la sociedad que se traslada.

De este modo, llegamos a la conclusión de que la plena movilidad societaria internacional exige una coordinación de voluntades, tanto en el Estado originario, al cual le corresponde

---

único requisito al traslado al extranjero que la legislación receptora admita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que se traslada.

<sup>132</sup> Excepto que, como ya hemos señalado a la hora de estudiar este modelo normativo, que es muy posible que el mismo principio en el que basa este modelo para reconocer la libertad de actuación a nivel internacional tanto de sus sociedades mercantiles, como de las extranjeras, sea el que le impida reconocer a las sociedades organizadas en su jurisdicción la posibilidad de modificar dicha jurisdicción, pues esto iría en contra del postulado principal de este modelo normativo que es que las personas jurídicas solo pueden *nacer* a la vida jurídica en una sola jurisdicción.

establecer si una sociedad mercantil puede o no trasladar su sede social estatutaria para conseguir, de esta manera, modificar permanentemente su estatuto societario, y que estará interesado en proteger los intereses de los socios minoritarios que no estén de acuerdo con ese traslado, así como el de los acreedores sociales<sup>133</sup>. Y por otra, la voluntad del Estado receptor, que podría, en uso de sus facultades soberanas, restringir el acceso a su territorio solamente a cierto tipo de sociedades o exigirles el cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos para sus sociedades nacionales<sup>134</sup>

### B. La fusión internacional

Puesto que la regulación del traslado de domicilio estatutario siempre ha sido objeto de grandes controversias, y del fracaso de no pocos Convenios Internacionales<sup>135</sup>, tradicionalmente para

---

<sup>133</sup> Por no hablar de las implicaciones que dicho traslado podría tener en los trabajadores de la sociedad.

<sup>134</sup> Tal es el caso de la legislación española que establece como requisito previo al traslado a España de sociedades extranjeras que no procedan de un Estado perteneciente al Espacio Económico Europeo, la justificación mediante informe de experto independiente, de que el patrimonio neto de la sociedad cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español

<sup>135</sup> Tal es el caso del proyecto de Tratado de la Conferencia de La Haya en materia del reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica de las

suplir esta carencia normativa se ha recurrido a instrumentalizar otro procedimiento societario para obtener un resultado de consecuencias similares al traslado internacional de domicilio social.

Este procedimiento no es otro que el de las fusiones internacionales. Realmente el ámbito en el que primero se utilizó esta modificación estructural societaria para obtener una modificación del estatuto societario, fue en el Derecho norteamericano que, fiel seguidor del modelo de constitución, encontró en la fusión de sociedades de distintas jurisdicciones, el instrumento para posibilitar la modificación del estatuto societario<sup>136</sup>.

Sin embargo no debe escapar a nuestro análisis que el uso de este procedimiento societario para llegar a la modificación del estatuto societario, no garantiza el alcance de la movilidad societaria internacional, pues previo su uso, al igual que con el régimen del traslado del domicilio social estatutario, deberá estar regulado, o por lo menos no directamente prohibido, por las

---

sociedades (1956), y del proyecto de Tratado de la Comunidad Europea en materia de reconocimiento mutuo de sociedades mercantiles, firmado el 29 de febrero de 1968 en La Haya, Bull. EG suppl 2-1969.

<sup>136</sup> Véase *Infra* Cap. IV, III, 1 y 2.

legislaciones a las que pertenezcan las sociedades que pretendan fusionarse<sup>137</sup>.

## 2.ELEMENTOS DE MOVILIDAD SOCIETARIA SIN VOCACIÓN DE MODIFICACIÓN PERMANENTE DE ESTATUTO SOCIETARIO (MOVILIDAD SOCIETARIA SECUNDARIA)

Otros son los elementos al alcance de una sociedad mercantil que aspira simplemente a realizar actividades económicas en un Estado diferente al que rige su estatuto personal.

En este caso existen dos dimensiones distintas a tomar en cuenta, en primer lugar el de aquellas sociedades cuya expansión en el ámbito internacional la lleve a necesitar de cierta infraestructura en los Estados, ajenos al suyo, donde lleve acabo actividades empresariales, en cuyo caso se deberá tener en cuenta la legislación societaria en materia de obligaciones de

---

<sup>137</sup> Como ha señalado SEQUEIRA MARTÍN, A., ("Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE", CDJ, Núm. 19, 2004, pg. 447) la posibilidad de una fusión internacional requiere, en todo caso y como mínimo, la presencia de la figura de la fusión en las legislaciones a las que están sometidas las sociedades intervinientes, con identidad en sus efectos y compatibilidad en sus procedimientos, dada la exigencia de su concatenación para que aquella sea posible.

publicidad y registro de las actividades de las sociedades extranjeras<sup>138</sup>.

Por otra parte también podría darse el caso de que por circunstancias originarias o sobrevenidas, en el Estado bajo cuyas normas se ha organizado la sociedad mercantil no se ejerza ninguna o casi ninguna actividad empresarial – es el caso de la instrumentalización del Derecho societario como mero proveedor de reglas de uso interno, y que ha sido el origen de la competencia legislativa en materia societaria – de manera que el principal interés de la sociedad será el de organizarse bajo una legislación que permita este tipo de situación<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> El ejemplo más claro de este tipo de regulación lo encontramos en la legislación inglesa que no solo establece en su ley material – la *Companies Act 2006* – diferentes obligaciones generales de las sociedades extranjeras con establecimiento en el Reino Unido, sino que prevé un reglamento especial – *Statutory Instrument No. 1801 "The Overseas Companies Regulations"* – regulando cada una de estas obligaciones y las consecuencias de su incumplimiento.

<sup>139</sup> Al respecto, como ha señalado WYMEERSCH, E., "Is a Directive on corporate mobility needed?", EBOR, Vol. 8, 2007, pg. 166 y sigs, la movilidad societaria va más allá de la mera migración *de facto*, debiendo distinguirse la importancia de ésta – que no necesariamente conlleva la necesidad cambiar la ley aplicable al estatuto societario – con respecto a la transferencia de domicilio social que precisa la modificación del estatuto societario, y que es, en definitiva el verdadero instrumento de movilidad societaria que debería desarrollarse a nivel comunitario.

#### IV. LOS EFECTOS DE LA MOVILIDAD EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO

En relación con la protección de los terceros, puede dudarse de la auténtica trascendencia de la determinación de la *lex societatis* a la hora de regular estos intereses. Y es que, en efecto, existen normas societarias cuya finalidad es la tutela de los intereses de los acreedores sociales – por ejemplo, normativa sobre aprobación de cuentas anuales, normativa sobre capital social como cifra de retención, el derecho de oposición en diferentes modificaciones estructurales de la sociedad, etc. – o de los trabajadores – por ejemplo la normativa sobre participación de los trabajadores en los órganos de administración – no obstante, el Derecho societario está compuesto igualmente por normas destinadas a establecer una regulación entre socios, que poco pueden afectar a intereses que no sean los de éstos mismos y que, frecuentemente, se encuentran sometidas a una capacidad de configuración estatutaria que, hasta cierto punto, aminora la importancia de la *lex societatis* aplicable. Estas normas no deberían verse sometidas, o, por lo menos, no por temor del argumento expresado, al ordenamiento de la sede real<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Aunque, como señala TEICHMANN, C.: “La *Societas Europaea* (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, NUE, núm. 252, 2006, pg. 117, ningún Estado miembro de la Comunidad Europea quiere dejar completamente

Por otro lado, también hay que considerar que la mayor parte de las normas tuitivas de intereses de terceros de las sociedades mercantiles de mayor relevancia económica no son normas pertenecientes al Derecho Societario, sino normas que forman parte de otros sectores jurídicos que no se ven afectados por la *lex societatis* determinada<sup>141</sup>. Estamos haciendo referencia, por ejemplo, a sociedades con acciones admitidas a cotización en mercados oficiales, o a sociedades que actúan en sectores económicos especialmente regulados (seguros, banca...), en los que el punto de conexión que determina su aplicabilidad no es la nacionalidad de la sociedad, sino el ámbito geográfico de su actuación. Por lo tanto, vemos que la elección de la *lex societatis* según el modelo de constitución no debería afectar a la mayor parte de las normas tuitivas de intereses de terceros, cuya aplicación imperativa seguirá estando garantizada con independencia del modelo finalmente elegido.

Desde un punto de vista más práctico, puede igualmente señalarse que las normas societarias de protección de intereses de acreedores están entre las que se han desarrollado con mayor

---

desprotegidos a sus ciudadanos frente a la actividad económica de las sociedades de capital.

<sup>141</sup> Tal es el caso de la regulación especial en materia de seguros, entidades de crédito, etc.



interés y ahínco por parte del legislador comunitario y de la mayoría de los Estados miembros en sus legislaciones nacionales, a la hora de llevar a cabo su proceso de armonización. Por esta razón, difícilmente, y salvo ámbitos concretos<sup>142</sup>, podrán darse grandes diferencias en los niveles de protección de terceros entre distintos ordenamientos jurídicos europeos.

#### V. LOS MODELOS NORMATIVOS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA LEGISLATIVA EN RELACIÓN CON LA MOVILIDAD SOCIETARIA

La elección de un modelo normativo sobre otro es un elemento de política legislativa a través del cual cada Estado decide el papel que desea otorgar a las sociedades de capital en particular y, a las personas jurídicas en general. No debe escapar a nuestro análisis que si bien ambos modelos se originaron hace ya tiempo basándose ambos sistemas en la teoría de la ficción, nada

---

<sup>142</sup> Podría señalarse, por ejemplo, que un ámbito en el que sin duda concurren la mayor parte de las desigualdades protectoras es en el de la implicación de los trabajadores en los órganos de control de la sociedad. Pero a este respecto, el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (Reglamento (CE) Núm. 2157/2001, de 8 de octubre) ha venido a permitir que coexistan dentro de un mismo país sociedades con niveles protectores diferentes.

impide que los dos sean reinterpretados bajo principios más acordes a la realidad del tráfico<sup>143</sup>.

En este sentido, es menester hacer referencia, en primer lugar, al desarrollo actual del papel que deben jugar las sociedades mercantiles en el tráfico económico<sup>144</sup>; la referencia al concepto

---

<sup>143</sup> Como señala KÜBLER, F., *Gesellschaftsrecht*, ob. cit., pg. 714, la polémica entre la teoría de la sede y de la constitución, refleja una serie de presupuestos y concepciones societarias de carácter elemental que a su vez, no son estables, sino, al menos a largo plazo, cambiantes.

<sup>144</sup> A este respecto es importante hacer notar, como subrayan URÍA, R., MENÉNDEZ, A., en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pg. 35, la influencia que la globalización de la economía ha tenido sobre el Derecho mercantil, lo que ha originado un derecho contractual de producción autónoma y, en el ámbito societario en particular, una tendencia a la unificación a través de distintos organismos supranacionales, en especial el Derecho comunitario. También en este aspecto EMBID IRUJO, J.M., "Aproximación al Derecho de Sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción", NUE, Núm. 252, 2006, pg. 6 y sig., quien destaca el proceso evolutivo del Derecho de sociedades en el ámbito comunitario poniendo de relieve la competencia entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros destacando, en esta materia, el influjo del Derecho de los Estados Unidos, pero a la vez señalando las diferencias entre uno y otro mercado.

actual de sociedad es ineludible, puesto que de otra manera no se puede explicar la opción por uno u otro modelo<sup>145</sup>.

En nuestro caso, el Derecho de sociedades español, profundamente influenciado por el Derecho alemán, partiendo de la interpretación contractualista del Código de Comercio<sup>146</sup>, evolucionó hacia una interpretación más institucional del mismo, estableciendo determinados principios configuradores<sup>147</sup> cuya principal labor es la de servir de referencia a la hora de poner límites a la autonomía de la voluntad de los socios. Se salvaguardan, de esta manera, determinados aspectos e intereses que confluyen en las sociedades mercantiles, cuya regulación y protección no deberían dejarse en manos de la

---

<sup>145</sup> En este sentido CARO GÁNDARA, R., *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Civitas, Madrid, 1999, pg. 30 y sig.

<sup>146</sup> Ver *supra* 1.C.

<sup>147</sup> Al respecto EMBID IRUJO, J.M., MARTÍNEZ SANZ, F., "Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital", *RdS* Núm. 7, 1996, pg. 17, destacan que éstos están destinados a asegurar que la Sociedad Anónima cumple efectivamente en el tráfico la función para la que se halla preordenada, pero que, sin embargo dado el notable grado de flexibilidad de la LSA, dichos principios han sido, en cierta medida "traicionados" por el legislador. Sobre el mismo tema, VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pg. 338.

autonomía privada, sino que requieren la intervención del legislador a través de normas imperativas cuya aplicación no pueda ser excluida ni por los socios, ni por los órganos de administración de las sociedades, verdaderos responsables de la eficacia de la empresa mercantil<sup>148</sup>

El *modelo institucional* considera a la sociedad como una institución de personalidad jurídica y de órganos colegiados que persigue un beneficio económico. La sociedad es un instrumento organizado por el legislador al que los socios se adhieren: aunque nace de un contrato, es un contrato normado en el que la autonomía de la voluntad de los socios tiene poco peso: es una mera adhesión. El contrato sólo opera como medio para que nazca la sociedad, que, como *institución*, es la que perdura en el tiempo<sup>149</sup>. Generalmente, el modelo institucional de la sociedad

---

<sup>148</sup> Al respecto también *infra* Cap. 5

<sup>149</sup> En el mismo sentido CARO GÁNDARA, R., *La competencia judicial...*, pg. 231, quien resalta el origen histórico de esta interpretación destacando la consideración de la sociedad "*como una organización dirigida a hacer triunfar la voluntad colectiva de la mayoría y en la que adquieren un carácter esencial los órganos, que se controlan mutuamente y se han de repartir los poderes existentes en su seno y en el ejercicio de las funciones*" de manera que "*los accionistas no son los propietarios de la sociedad, sino simples inversores, cuya personalidad no se confunde con la de este ente, equiparable al individuo, al que también se imputan derechos y*

está ligado a la *teoría de la concesión (octroi)*: la sociedad es un ente regulado imperativamente por el Derecho y es el Estado el que “otorga” personalidad a dicho ente mediante un acto público.

Por otra parte el *modelo contractual* considera a la sociedad como un producto de la voluntad de los socios que nace a través de un contrato y además se organiza a través de un “conjunto de contratos”. El Derecho de sociedades completa los contratos entre las partes interesadas reduciendo, con ello, los denominados costes de transacción<sup>150</sup>. Sin embargo, el tratamiento de los problemas que plantea la movilidad societaria desde un punto de vista puramente económico, debe ser abordado con prudencia, procurando no descuidar la protección de los intereses de terceros y/o socios. Por ello es necesario distinguir entre lo que se entiende por sociedad mercantil, y los límites que a ésta se le quieran imponer, tanto en relación a su posible traslado internacional, como los límites más genéricos relacionados con la regulación de la vida societaria.

---

*obligaciones. La sociedad se convierte de esta forma en una instrumento más al servicio del interés público-económico del Estado”.*

<sup>150</sup> Sin embargo, como señalaba GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998, pg. 5, no conviene “exagerar la preponderancia económica en la legislación de sociedades, confundiendo el aspecto económico con el jurídico”..

Es importante tener en cuenta que la teoría de la constitución permite cierta libertad a los socios para determinar la ley que controle la sociedad. Evidentemente la teoría de la sede real responde a la necesidad de un Estado de controlar, a través del centro efectivo de administración, a las sociedades que tienen algún tipo de conexión con dicho Estado, pero este no puede ser el único factor que decida la ley aplicable al contrato de sociedad. La teoría de la sede real se extralimita al convertir en norma estatal la necesidad de ejercer control sobre la misma.

Por otra parte, las discusiones doctrinales con respecto a estos dos modelos normativos podrían hacer pensar que el modelo de la sede no permite la movilidad societaria plena y que el de constitución sí. Esto no es cierto ni por un lado ni por el otro<sup>151</sup>. Como veremos a lo largo de este trabajo, siendo España un Estado que utiliza un modelo mixto<sup>152</sup> permite a sus sociedades

---

<sup>151</sup> También en este sentido, MUCCIARELLI, F.; "Company "emigration" and EC Freedom of establishment: Daily Mail revisited"; EBOR 9; 2008; pg. 290.

<sup>152</sup> Estos modelos normativos completos regulan la movilidad societaria de las sociedades constituidas bajo su régimen legal en el exterior, pero también la actuación de las sociedades extranjeras en el medio local. A riesgo de adelantar conclusiones creemos que el modelo español es mixto porque emplea elementos del modelo de sede real para sus sociedades nacionales, y elementos del modelo de constitución para regular la actuación de las sociedades extranjeras en su territorio.

nacionales el trasladar su domicilio estatutario a otro Estado. Por el contrario el Derecho inglés, paradigma de la aplicación del modelo de constitución no permite el traslado del domicilio estatutario de las sociedades constituidas bajo su legislación.

De manera que el problema de la movilidad del domicilio social estatutario debe analizarse siempre desde dos vertientes, la de “entrada” de sociedades extranjeras en un Estado, y la de “salida” de las sociedades nacionales. Sin perder de vista que en el actual contexto de competencia legislativa en el Derecho de sociedades a nivel comunitario, tanto una postura como la otra pueden servir a distintos propósitos.

Por otra parte en relación con la aplicación de la teoría de la constitución a nivel comunitario y la siempre temida *race to the bottom*, también sería interesante adelantar – aunque se estudiará en su momento<sup>153</sup> – que la aplicación de la misma no limita la capacidad del Estado para velar por los intereses que considere necesarios proteger a fin de preservar la seguridad del tráfico económico en su territorio<sup>154</sup>. De manera que la utilización

---

<sup>153</sup> Ver *infra* Capt. 4, II.

<sup>154</sup> A modo ilustrativo, KOLLER, T., “The English limited company – ready to invade Germany”, I.C.C.L.R., Vol. 15, No. 11, pg. 343, compara los elementos protectivos de los derechos de socios minoritarios y acreedores

de este modelo normativo no es óbice para la efectiva protección de los intereses en conflicto.

---

sociales en el caso de una *private limited company* inglesa con los de una *Gesellschaft mit beschränken Haftung* alemana, señalando que a pesar de que la primera aplica el modelo de constitución, regula las actividades de las sociedades extranjeras en su territorio empleando para ello correctivos legales destinados a proteger el tráfico económico interno que resultan más efectivos que la protección alemana a través de la norma de conflicto (por ejemplo en el caso de la aplicación a las mismas de la legislación societaria en materia de contabilidad y auditoría de las cuentas anuales, ver *infra* Cap. 4, III, 2, A).



PAOLA RODAS PAREDES

**Segunda Parte:**

**LA CONSECUCIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA A TRAVÉS DEL  
DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES MERCANTILES Y EN  
ALGUNAS LEGISLACIONES NACIONALES**

PAOLA RODAS PAREDES

### CAPÍTULO III:

#### EL DERECHO EUROPEO COMO FUENTE ARMONIZADORA DEL DERECHO SOCIETARIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y COMO FUENTE CREADORA DE FIGURAS SOCIETARIAS DE DERECHO EUROPEO

##### I. DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE DERECHO NACIONAL EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

El sistema comunitario de fuentes no está excesivamente jerarquizado, de manera que no contiene una gradación muy extensa de las normas en función de su rango. A pesar de ello este sistema distingue entre dos grandes grupos de disposiciones: las de Derecho comunitario originario o primario, que constituyen el Derecho fundamental de las Comunidades, y las de Derecho comunitario derivado o secundario, subordinadas

jerárquicamente a las primeras<sup>155</sup>. El Derecho comunitario originario comprende, fundamentalmente, los Tratados constitutivos de las Comunidades y los instrumentos que, a lo largo de su vigencia, los han ido modificando<sup>156</sup>. El Derecho

---

<sup>155</sup> En términos generales, HUESA VIAIXA, R.; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.; FORCADA BARONA, I.; SÁNCHEZ LEGIDO, A.; *Instituciones de Derecho Comunitario*; Tirant lo Blanch, 2da. Ed.; Valencia, 2000, pág. 173, nos explican que esta subordinación jerárquica constituye una de las piezas clave del sistema jurídico comunitario, como lo demuestra, entre otros, el hecho de que los actos adoptados por las instituciones pueden ser anulados por el Tribunal de justicia comunitario por motivos derivados de su violación de las disposiciones contenidas en los Tratados. Estos se sitúan, así, en la cúspide de la pirámide jerárquica comunitaria, con el rango de verdadera norma fundamental.

<sup>156</sup> De esta manera nos encontramos ante tratados internacionales multilaterales, sometidos en cuanto a su vigencia y aplicación al Derecho internacional y, en concreto, al Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, del que todos los Estados miembros son partes. Al ser tratados multilaterales, establecen derechos y obligaciones para las partes, incorporados en buena medida en disposiciones de carácter normativo. Por otra parte, se añade como característica especial el ser Tratados constitutivos de Organizaciones internacionales, de manera que, desde el punto de vista material, se asemejan a una verdadera «Constitución». Así, el Derecho originario crea y configura una nueva estructura jurídica e institucional a la que atribuye unas funciones específicas; efectúa la correspondiente distribución de poderes entre las instituciones así creadas; establece un procedimiento de adopción de decisiones y define, a su vez, el valor jurídico de las mismas. Por otra parte, formula, con carácter sustantivo, los que han de ser principios jurídicos rectores del funcionamiento de las Comunidades y de la Unión. De este modo, el Derecho originario se convierte en la base de la legalidad comunitaria, lo

comunitario derivado está compuesto, principalmente, por actos adoptados por las instituciones en el ejercicio de las competencias que el Derecho originario les atribuye<sup>157</sup>, se incluyen entre ellos: las Directivas del Consejo y de la Comisión, los informes de los diferentes Comités organizados a petición de

---

que, desde el punto de vista jerárquico, lo erige en norma fundamental y de rango superior a la que deben supeditarse los actos adoptados por las instituciones en ejercicio de los poderes que les han sido atribuidos. Este rango jerárquico superior viene, además, garantizado por los mecanismos de control de la legalidad comunitaria puestos al alcance del Tribunal de justicia.

<sup>157</sup> De acuerdo con el Artículo 5 TCE “El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos, por una parte, en las disposiciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas y de los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado y, por otra parte, en las demás disposiciones del presente Tratado”. Sin embargo, esto no quiere decir que los actos de Derecho derivado deban ser atribuidos expresamente por los Tratados, si no que, tanto éstos como la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad asumen la tesis de las competencias implícitas. En este sentido también debe tenerse en cuenta al artículo 352 TFUE [*anteriormente Art. 308 TCE*], en virtud del cual la Comunidad puede, bajo ciertas condiciones, adoptar actos en materias sobre las que no se ha efectuado atribución de competencias: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, adoptará las disposiciones pertinentes»

la Comisión] y, entre los más importantes: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

El desarrollo del Derecho societario en el ámbito de la movilidad societaria se desarrolla, como podremos ver a continuación a través de todos estos instrumentos normativos, cada uno con las particularidades que le son características a la hora de su tramitación. Por otra parte, existen otros instrumentos previos a los trámites legislativos, cuyo principal cometido es el de expresar los elementos de política legislativa que han de plasmarse en las normas comunitarias. Estos documentos oficiales no tienen ningún valor legal en sí, sin embargo han servido para dar a conocer las orientaciones y objetivos ha desarrollar por los órganos legislativos de la UE.

#### 1. INICIATIVAS PRE-LEGISLATIVAS DE DESARROLLO DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO SOCIETARIO

Desde que el Tratado de Roma incluyera entre sus tareas para la consecución del Mercado Interior, la elaboración de los Programas Generales para la supresión de las restricciones a la

libertad de establecimiento y libertad prestación de servicios<sup>158</sup>, se han elaborado una serie de Informes, Planes, e Iniciativas que con objetivos puntuales o generales, han intentado establecer las directrices generales del proceso de armonización comunitaria. Nos vemos en la obligación de hacer referencia a éstos, puesto que a través de los mismos se puede llegar a comprender, en cierta medida, el razonamiento del legislador comunitario. En efecto, en esta *soft law* se plasman las directrices que permiten la adopción de Directivas y Reglamentos.

Sin embargo, este trabajo sólo hará referencia a aquellos planes que están aún vigentes o que por su relevancia a la hora de explicar la toma de decisiones en relación con la adopción de legislación comunitaria, son importantes para el objeto que nos ocupa. En este sentido, en primer lugar debemos subrayar la importancia del *White Paper* de 1985, para completar el mercado interior<sup>159</sup>, que a pesar de dirigirse en gran medida a desarrollar la

---

<sup>158</sup> Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, *DO 2 de 15.1.1962, p. 36/45.*

<sup>159</sup> White Paper from the Commission to the European Council, on completing the internal market, COM (85) 310 final. De acuerdo con BERMANN, G., et al.; *Cases and materials on European Union Law*, 2a. Ed., West Group, St. Paul, 2004, pg. 540, señalan la importancia que este documento –junto con la introducción del Acta Única Europea – tuvieron para asegurar la continuación del proceso armonizador.



libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios, sentaría las bases para aplicar la norma del *reconocimiento mutuo* también al ámbito de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas.

Otra de las nuevas tendencias del Derecho societario europeo – una vez identificada la necesidad de modificar los criterios legislativos hasta entonces en uso – expresada en el Libro Blanco es la Iniciativa SLIM<sup>160</sup>, cuyo principal objetivo se centró en orientar la producción normativa en materia de sociedades *hacia una política de desregulación y simplificación legislativa*<sup>161</sup>. objetivos que se vieron posteriormente reflejados en el Tratado de Maastricht, a través del artículo 5, y del Tratado de Amsterdam, a través del “Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”<sup>162</sup>, introduciéndose además

---

<sup>160</sup> Por sus siglas en inglés *Simpler Legislation for the Internal Market*, Doc.XV/6037/99-ES

<sup>161</sup> ESTEBAN VELASCO, G.: “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”; RdS; Núm. 17; 2001; pág. 142.

<sup>162</sup> Nos referimos a los principios de *subsidiariedad y proporcionalidad*, según los cuales la UE solo debe legislar si la acción propuesta puede lograrse mejor a nivel comunitario, siempre y cuando dicha acción no exceda de lo necesario para alcanzar sus objetivos políticos, sea el método más económicamente eficiente, y adopte la forma legislativa menos

una nueva idea rectora en relación con el desarrollo del Derecho societario europeo, a saber, la de la *competencia de sistemas legislativos*.

Posteriormente, al paso del largo y conflictivo proceso legislativo de adopción de la 13ª Directiva, relativa a las ofertas públicas de adquisición de acciones<sup>163</sup>, y consecuencia de los escándalos financieros de la época<sup>164</sup>, nace un movimiento de reforma de *corporate governance*, que en el caso de la Unión Europea se expresó a través de un informe, encargado a un grupo de expertos presidido por el Prof. Jaap Winter, cuyo objetivo principal, en un primer momento, era el de establecer las normas europeas sobre OPAs, siendo posteriormente incluidos como objetivos el facilitar e incentivar, a través del Derecho comunitario de sociedades, la eficiencia y competitividad de las empresas societarias en la UE<sup>165</sup>, y el estudiar la adopción de nuevas formas societarias de Derecho Europeo.

---

intrusiva, A.G. Toth, The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, 29 C.M.L.R. 1079 (1992).

<sup>163</sup> Básicamente el rechazo de la Propuesta de 13ª Directiva en 2001.

<sup>164</sup> El caso Enron y Worldcom en Estados Unidos

<sup>165</sup> Al respecto, WINTER, J.; "EU Company law at the cross-roads...", op. cit., pg. 16.

En respuesta al *Informe Winter*, la Comisión Europea, elaboró una Comunicación al Parlamento Europeo sobre la “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar”<sup>166</sup>, a través del cual se pretende impulsar el proceso de armonización del Derecho de sociedades dada la tendencia, cada vez más marcada, de la sociedades europeas a realizar operaciones interestatales dentro del Mercado Interior europeo.

De todos estos planes e informes queda claro que su objetivo principal en los últimos tiempos ha sido el de asegurar la competencia legislativa a nivel de los Derechos nacionales de los Estados miembros, por una parte<sup>167</sup>, y por otra de crear *organizaciones empresariales* de Derecho europeo cuyo papel principal es de ayudar a la competencia a nivel global a través de la concentración empresarial, estos dos objetivos tienen como denominador común el realizar el Mercado Interior de manera que fortaleciéndolo la competitividad de las empresas europeas pueda hacer frente al mercado global.

---

<sup>166</sup> Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, COM (2003) 284 Final.

<sup>167</sup> Este objetivo viene a realizarse a través tanto de la adopción de Directivas como a través de la jurisprudencia del TJCE.

Por otra parte también debe destacarse la reciente tendencia a la simplificación normativa en nuestra materia en general, fruto de otro objetivo marcado por la Comisión Europea desde hace ya unos años<sup>168</sup>, aunque no podemos asegurar que dicha tendencia haya tenido resultados del todo positivos<sup>169</sup>.

## 2. DIRECTIVAS DEL CONSEJO EN MATERIA DE DERECHO DE SOCIEDADES Y SU IMPORTANCIA PARA LA CONSECUCCIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA

El núcleo del Derecho de sociedades comunitario lo constituyen las Directivas de armonización que, con objeto de hacer equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, han ido dictándose desde finales de los años

---

<sup>168</sup> “Actualizar y simplificar el acervo comunitario” COM (2003) 71 final, de 11 de febrero

<sup>169</sup> De acuerdo con SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.; “La simplificación legislativa en la Unión Europea: modernización del Derecho de sociedades”, en A.A.V.V.; *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 1252, el resultado de la aplicación de esta política no ha tenido los beneficiosos resultados que cabría esperar, entre otras razones porque las técnicas legislativas empleadas para realizar las modificaciones más recientes han descartado el uso de modelos científicos, para introducir disposiciones derivadas de organismos privados y elaborados sin participación de las instituciones comunitarias – por ejemplo los acuerdos alcanzados dentro de las rondas de negociación de la OMC – y que no corresponden al modelo legislativo continental.

sesenta<sup>170</sup>, con una ralentización entre finales de los ochenta y los noventa<sup>171</sup>, para nuevamente ser impulsadas desde comienzos de la presente década<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Primera Directiva de 9 de marzo de 1968 (68/151/CEE), “tendente a coordinar para hacerlas equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros”, regula el tema de la publicidad de la sociedad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad y nulidad de sociedades[recientemente reemplazada por la Directiva 2009/101/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, la cual viene a establecer nuevos mecanismos de publicidad legal así como a simplificar otros procedimientos previstos por la anterior Directiva]; Segunda Directiva de 12 de diciembre de 1976 (77/91/CEE), “tendente a coordinar para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificación de su capital”; Tercera Directiva de 9 de octubre de 1978(78/855/CEE), “relativa a las fusiones de las sociedades anónimas” (estas dos últimas, han sido también objeto de reforma parcial a través de las Directive 2009/109/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y la Directiva 2007/63/EC del Parlamento Europe y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, respectivamente); Cuarta Directiva de 25 de julio de 1978 (78/660/CEE), “relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad”; Sexta Directiva de 17 de diciembre de 1982 (82/891/CEE), “referente a la escisión de sociedades anónimas”; Séptima Directiva de 13 de junio de 1983 (83/349/CEE), “relativa a las cuentas consolidadas”; Octava Directiva de 10 de abril de 1984 (84/253/CEE), “relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables”;

Son las Directivas, de esta última fase las que en la actualidad se han visto ampliamente influenciadas por la aplicación de los

---

Undécima Directiva de 21 de diciembre de 1989 (89/666/CEE), "relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado"; y Duodécima Directiva de 21 de diciembre de 1989(89/667/CEE), "relativa a la sociedad de responsabilidad limitada de socio único" (actualmente también reemplazada por la Directiva 2009/102/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre 2009)

<sup>171</sup> De acuerdo con VICIANO PASTOR, J.: "La sociedad anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España"; en BOQUERA MATARREDONA, J.: (dir.); *La sociedad anónima europea domiciliada en España*; Thomson Aranzadi; Cizur Menor; 2006, pág. 35; el legislador comunitario dejó de regular de forma minuciosa el régimen jurídico de las sociedades y comienza a regular sólo aquello que se considera absolutamente imprescindible.

<sup>172</sup> Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición; Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; Directiva 2006/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 por la que se modifican las Directivas del Consejo 78/660/CEE relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, 83/349/CEE relativa a las cuentas consolidadas, 86/635/CEE relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras y 91/674/CEE relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros.

principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>173</sup>, de manera que se trata de establecer, en cada Directiva, principios generales

En relación con el tema de nuestro estudio, debemos hacer referencia a las propuestas de modificación de la Directiva de 9 de octubre sobre fusión de sociedades, y la Directiva de 17 de diciembre de 1982, sobre escisión de sociedades. En el primer caso, fue muy criticada la falta de coordinación real que dicha Directiva adoptó en relación a la protección de los acreedores en la fusión<sup>174</sup>, dado que consagró las divergencias que debería haber eliminado<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> De esta manera, de acuerdo con los nuevos procedimientos previos a la adopción de alguna directiva, primero debe determinarse si el Tratado CE permite la regulación de la materia a estudio, posteriormente, en aplicación del principio de subsidiariedad, se inicia un test de eficiencia que determinará, si la CE puede, y como debe actuar en el caso concreto.

<sup>174</sup> El Art. 13 permitía a los Estados miembros adoptar en sus legislaciones nacionales, tanto el sistema de protección *a priori*, como el sistema de protección *a posteriori*.

<sup>175</sup> VARA DE PAZ, N.; "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de las sociedades ", en A.A.V.V., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pg. 1105.

## A. La Directiva de fusiones transfronterizas<sup>176</sup>

El largo caminar de la Décima Directiva debe su adopción al Plan de Acción para la modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gestión empresarial, y en particular al consenso alcanzado en el seno de la Comisión en relación con el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea<sup>177</sup>.

A efectos del tema que nos ocupa, la aprobación de la Directiva de fusiones transfronterizas añade un elemento más a aquellos

---

<sup>176</sup> Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

<sup>177</sup> Fue en 1965 que por primera vez se intentó regular las fusiones internacionales, a partir de una Comisión de expertos, designados por la Comisión Europea, se elaboró un primer "Proyecto de Convenio sobre fusiones para el desarrollo del artículo 220 del Tratado de Roma, sin embargo dicho proyecto encontró numerosas dificultades – sobre todo en relación con la representación de los trabajadores en el órgano de administración de la sociedad resultante de la fusión, etc. – por esta razón se llegó a la conclusión de que, antes que regular las fusiones internacionales, debería armonizarse el régimen legal de las fusiones nacionales. De esta manera se presenta y posteriormente aprueba, la Tercera Directiva 78/855/CEE, sobre las fusiones de las sociedades anónimas de 9 de octubre de 1978. sin embargo, el Convenio de fusiones internacionales se retira, siendo reemplazado por un proyecto de Directiva de fusiones internacionales de 1984, cuyo estancamiento deriva en su retirada en 2001.



con los que podría llegar a contar una sociedad mercantil constituida en alguno de los Estados miembros que deseara trasladar su sede registral a otro Estado miembro<sup>178</sup>.

A las ventajas que presenta para el Mercado Interior el contar con un elemento como el de la fusiones *intraeuropeas*, se le añade un elemento más. Y es que debido a la necesidad que resulta de esta Directiva, los Estados miembros deberán trasladarla a sus legislaciones nacionales, por ende deberán actualizar sus legislaciones nacionales<sup>179</sup> – en algunos casos esto les obligará a incluir por primera vez en su legislación la posibilidad para sus sociedades mercantiles de realizar una fusión transfronteriza – de manera que es muy posible que terminen incluyéndola como una

---

<sup>178</sup> Como ya señalaran FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.L.; *Derecho mercantil*...; op. cit., pág. 197, existe entre ambos sectores normativos, una estrecha relación dada la posibilidad de establecerse en el extranjero a través de una fusión.

<sup>179</sup> También sobre este tema SIEMS, M.; “The European directive on cross-border mergers: an International model?”, *Colum. J. Eur. L.*; Vol. 11; 2005, pág. 174, quien además señala la incidencia del principio de subsidiariedad establecido en el Art. 5 del TCE, en cuanto a que la adopción de un texto directamente aplicable, habría significado una contravención a dicho principio.

posibilidad más, no sólo a nivel comunitario, sino también extra-comunitario<sup>180</sup>.

Por otra parte, el ámbito de aplicación de la regulación comunitaria, a través de la directiva de fusiones, abarca un mayor número de posibilidades de aplicación práctica, puesto que no sólo se aplica a las sociedades anónimas o entre ellas, sino que también se aplica a las sociedades limitadas y a las sociedades en comandita por acciones, así como también a "cualquier otra sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas por la [Primera Directiva de Derecho de sociedades] para proteger los intereses

---

<sup>180</sup> Tal es el caso de la legislación española que antes de la Directiva no contemplaba la posibilidad de realizar una fusión internacional, siendo esto posible desde la adopción de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la cual, además de transponer la Directiva de fusiones a nuestro ordenamiento, ha establecido al mismo tiempo, el régimen jurídico de las fusiones internacionales, ampliando el ámbito subjetivo de aplicación previsto en la ley a todas las sociedades mercantiles, al respecto SEQUEIRA MARTÍN, A.: "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias", RdS Núm. 31, 2008, pg. 33 y sig.

de socios y terceros”<sup>181</sup>. Por otra parte, la Directiva de fusiones no establece mínimos en cuanto al volumen de actividad económica o capital social de las sociedades a fusionarse.

Obviamente, la transposición de esta Directiva a los Derechos nacionales de los Estados miembros no esta exenta de dificultades. En efecto, la fusión transfronteriza puede ser utilizada como medio indirecto de consecución de la transferencia de la sede social. Así, una sociedad que desee trasladar su sede social a otro Estado miembro, puede conseguir dicho fin, por ejemplo, mediante la constitución en el Estado miembro receptor de una nueva sociedad, que posteriormente fusionaría por absorción con la sociedad a trasladar. De esta manera, se conseguiría el objetivo de tener una sociedad (la nueva sociedad, que es la sociedad absorbente y superviviente de la fusión) con domicilio social en el Estado miembro de destino, con extinción de la personalidad jurídica anterior y transmisión en bloque del patrimonio social de la sociedad originaria (la del Estado miembro de salida, que es la sociedad absorbida y extinguida por la fusión)<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Art. 2.1.b, Directiva 2005/56/CE.

<sup>182</sup> Podría plantearse si la fusión transfronteriza, cuando es utilizada con fines exclusivos de traslado de sede social, está siendo utilizada de

No obstante, nótese que la fusión transfronteriza no debería de ser el medio empleado, para conseguir el objetivo del traslado de sede social. De echo, la utilización por los operadores de la fusión como medio de consecución del traslado de sede social se debe a la inexistencia (o inadecuación) de un auténtico mecanismo (o de un auténtico mecanismo eficaz) de traslado de sede social. La fusión transfronteriza no está pensada legislativamente para ser un mecanismo de traslado de sede social, y probablemente comporta a las partes implicadas unas cargas económicas y legales que no son proporcionales a la finalidad perseguida.

Así, la fusión transfronteriza implica, para empezar, la necesidad de realizar un paso previo, cual es, el de constitución de la nueva sociedad. Este paso previo no está justificado, ni debería ser necesario, si lo que se pretende es un mero traslado social. Pero

---

forma que constituya un fraude de ley, en el sentido del artículo 6 del Código Civil. En nuestra opinión, la respuesta debe de ser negativa. El fraude de ley consiste en la utilización de una norma de cobertura para conseguir unos fines prohibidos en el ordenamiento jurídico. El traslado de sede social, como decimos, no es un objetivo prohibido (sino, inclusive, alentado) por la legislación comunitaria. Ciertamente es que el legislador español ha impuesto límites a las posibilidades de traslado de las sociedades mercantiles españolas. Pero esta limitación no es tanto una prohibición de traslados internacionales de sede social, como una limitación necesaria para asegurar que dicho traslado se realiza mediante un cauce normativo regulado y adecuado.

es que, además, la fusión comporta la activación de unos mecanismos de protección de terceros (principalmente, acreedores de las sociedades fusionadas), que no están justificados desde la perspectiva del traslado de sede social. Cabe recordar que estos mecanismos están previstos principalmente para proteger a los terceros ante una eventual variación en la solvencia de las sociedades fusionadas (así es, por ejemplo, en el caso del derecho de oposición de los acreedores), variación que se produce en el caso de la fusión transfronteriza, pero que no debería darse en el de traslado de la sede social. Incluso cuando dicho traslado de la sede social se realiza a través de una fusión transfronteriza cuya única finalidad sea, justamente, dicho traslado de sede, la misma no implica necesariamente una variación en la solvencia de la sociedad fusionada, en tanto que es de presuponer que la sociedad destinataria y superviviente de la fusión (la constituida en el Estado de destino) será una sociedad de nueva constitución sin que apenas su activo sea diferente al del capital social.

No creemos que sea igualmente posible distinguir dos regímenes distintos en la fusión: uno para fusiones que realmente lo sean (estas son, aquellas que no tienen como único objetivo el traslado de sede, sino la fusión en sí misma) y otro para fusiones que hayan sido acordadas con el único objetivo de trasladar su sede. Una eventual distinción entre ambos tipos de fusiones se

fundamentaría en un elemento teleológico (*la finalidad de la fusión*) de difícil prueba, y que podría dar lugar a que “fusiones reales” fueran tratadas como “fusiones con finalidad de traslado”.

Nótese que en otros ordenamientos jurídicos, como el estadounidense, la fusión sí es el mecanismo legal arbitrado para conseguir el traslado de sede<sup>183</sup> siendo la principal razón para ello la falta de una vía directa para conseguir ese traslado de domicilio social. De manera que es esta carencia normativa la que, incluso a pesar de los altos índices de litigiosidad que

---

<sup>183</sup> No debemos olvidar que es a través de las fusiones transfronterizas – en el entendido de que se realizan entre distintas jurisdicciones dentro de un mercado interno, como es el americano – que Estados Unidos ha conseguido garantizar la movilidad societaria que permite a la ley de sociedades de Delaware prevalecer, el proceso que ellos denominan *reincorporation* no es otra cosa que una fusión entre una sociedad constituida bajo las normas de un Estado con otra sociedad constituida *ex profeso* bajo la normativa de Delaware, de manera que permite a la primera ser absorbida por la segunda trasladando, a través de este proceso, su sede de registro y por tanto modificando la ley aplicable a la sociedad. Al respecto SIEMS, M.; “The European directive...”, op. cit., pg. 180.

conlleva un *merger*<sup>184</sup> es el procedimiento utilizado para alcanzar la movilidad societaria plena.

Todo ello nos lleva a pensar que la fusión transfronteriza no es la manera más eficiente para conseguir efectivamente el traslado de sede social y, por tanto, un auténtico Mercado Interior en los que los actores del mercado puedan decidir la sede de las sociedades constituidas a unos costes razonables<sup>185</sup>. Como decimos, la ineficiencia de la fusión para tal fin deriva no tanto de que el régimen legal previsto para la misma sea inadecuado (pues dicho régimen puede serlo, al estar pensado para fusiones

---

<sup>184</sup> Y que en el mismo existen elementos normativos comparables a las previsiones legislativas de protección de las minorías sociales pero no así de los acreedores sociales, pues como ha señalado BEBCHUCK, L. A., "Federalism and the Corporation: the desirable limits on state competition in corporate law", Harv. L. Rev., Vol. 105, Núm. 7, 1992, pg. 1489, los acreedores sociales, en la mayoría de los casos, pueden buscar mecanismos contractuales de protección de sus intereses. Sobre el *appraisal right* norteamericano véase CLARK, R.C., *Corporate law*, Aspen Publishers, New York, 1986, pg. 443, EISENBERG, M.A.; *Corporations and other Business organizations*, 9th Ed.; Foundation Press; New York, 2005, pg. 1048, y también PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>. P., *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital (Un estudio de las causas legales en los ordenamientos español y estadounidense)*, La Ley, Las Rozas, 2001, pg. 15 y sig.

<sup>185</sup> En el mismo sentido, WYMEERSCH, E., "Is a Directive on corporate mobility...", ob. cit. pg. 166.

como tales), sino del hecho de que la propia fusión como mecanismo de traslado de sede no es idóneo.

Esto debería hacernos cuestionar la propuesta anticipada por la Comisión de no profundizar en la articulación de un auténtico mecanismo de traslado de sede social a nivel comunitario (o en la armonización de las regulaciones nacionales al respecto), en tanto no se aprecie la utilidad o no de la fusión para los fines del traslado social. También debe tenerse en cuenta que en la actualidad existe un proyecto de modificación de la Directiva 78/855/EC sobre fusiones de Derecho interno, la cual permitirá establecer una mayor coordinación en el régimen jurídico general de la fusión.

**B.La Propuesta de Decimocuarta Directiva sobre la transferencia de sede estatutaria de una sociedad de un Estado miembro a otro con cambio de ley aplicable**

El tema de la transferencia de sede social has sido uno de los más conflictivos y difíciles de solucionar a lo largo del proceso de consolidación del mercado interior europeo. En un primer



momento se intentó la adopción de un Tratado internacional<sup>186</sup> que lamentablemente no prosperó.

Posteriormente el Asunto *Daily Mail*<sup>187</sup> dejó al descubierto la necesidad de mayores esfuerzos en cuando al desarrollo de la armonización del Derecho de sociedades a nivel europeo. De esta manera la Comisión encargó a la auditora *KPMG* la elaboración de un informe al respecto<sup>188</sup>. En el mismo se proponían dos soluciones alternativas destinadas a mejorar la

---

<sup>186</sup> En cumplimiento con lo establecido por el Art. 220 TCEE [en la actualidad Art. 293 TCE] dentro del período transitorio se llegó a elaborar un Proyecto de Convención entre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea sobre el Reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, firmado en Bruselas el 29 de febrero de Feb. 29, 1968, Bull. EG suppl. 2-1969

Tomando en cuenta que, de los miembros originales del Tratado CEE solamente los Países Bajos aplicaba el modelo de constitución y que, de haberse efectivamente adoptado el Tratado de Reconocimiento Mutuo, se habría establecido el sistema de reconocimiento potestativo de la personalidad jurídica, no es de extrañar que este Estado no haya ratificado el Tratado, dejando, de esta manera, como única norma legal acerca del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas descritas en el Art. 48.2, lo establecido en el Art. 48.1

<sup>187</sup> C/81-87 de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust PLC*.

<sup>188</sup> *KPMG, Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another*, Brussels, 1993.

movilidad societaria. La primera sugería la adopción de una variante de la teoría de la constitución<sup>189</sup>, cuya principal consecuencia era la abolición en todos los Estados miembros de la teoría de la sede real. El segundo texto propuesto preveía un cambio en la nacionalidad de la sociedad y fue el que finalmente sirvió de base para la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea a mediados de 1997<sup>190</sup>, y posteriormente modificada y presentada nuevamente en noviembre del mismo año<sup>191</sup>.

La Propuesta de Directiva se dejaba grandes temas sin especificar, el primero que nos llama la atención es el de la

---

<sup>189</sup> La propuesta contenía solamente seis artículos en los que se preveía el reconocimiento automático de la personalidad jurídica de la sociedad emigrante. No se trataba de una transferencia de domicilio social, sino de un traslado del registro (art. 4), de manera que la *lex societatis* de la sociedad interesada en el traslado, no se veía alterada por el traslado del registro. Esto evidentemente habría tenido como consecuencia que cada Estado miembro podría haber tenido en su Registro mercantil, sociedades regidas por otras legislaciones que no fueran las nacionales, imponiendo la carga de aplicar el Derecho extranjero a los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de que se presentasen problemas que debieran dilucidarse por dichos órganos.

<sup>190</sup> De acuerdo con SORENSEN, K., NEVILLE, M., *Corporate...*, cit., (nota 8) esta primera propuesta recibió en título de *internal doc. XV/6002/97*, sin embargo no hemos podido encontrar dicho documento.

<sup>191</sup> Disponible en: [www.uv.es/cde/TEXTOS/14thCLDd.pdf](http://www.uv.es/cde/TEXTOS/14thCLDd.pdf)

determinación de la aplicabilidad de la Directiva. En las Directivas ya adoptadas por el Consejo en materia de Derecho de sociedades, se ha procurado siempre establecer de manera inequívoca el alcance de la aplicabilidad de la Directiva. Sin embargo la propuesta simplemente establece su aplicabilidad “a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social y administración central estén situadas dentro de la Comunidad”. De esta manera se abría la puerta a la posibilidad de traslado, no sólo de las sociedades de capital, sino a cualquier otra forma corporativa, independientemente de los problemas que esta opción podría haber traído, llama la atención la falta de congruencia en el lenguaje de la propuesta, puesto que en la misma, a pesar de lo ya mencionado en el Art. 1, se denomina a los miembros de las sociedades como “*shareholders*”, de manera que no queda claro si la intención era, a través de esta denominación, limitar la aplicabilidad de la directiva a las sociedades de capital, o que esto fuera simplemente un lapsus en la redacción del texto.

Dado que la propuesta de Directiva, en su intento de dar cabida a los dos sistemas de determinación de *lex societatis*, no imponía a uno sobre otro, quedaba sin solucionar el tema de la

determinación del concepto de “administración central”<sup>192</sup>. Al respecto dada la amplia discusión acerca de la falta de unidad en la determinación de este concepto<sup>193</sup> en los distintos Estados miembros, sin haberse llegado a un criterio unitario, sorprende que la propuesta de Directiva no abordara el tema con mayor claridad.

Por otra parte, también se planteaba el problema de la aplicación del modelo de sede real a aquellas sociedades provenientes del sistema de constitución, puesto que las mismas podían ser rechazadas en el Estado destinatario si éstas no trasladaban al mismo tiempo su administración central<sup>194</sup>. Sobre el mismo problema pero en un supuesto diferente, tampoco se determinaban las consecuencias que el posible traslado de una sociedad constituida en un Estado que siguiera el modelo de sede real, y trasladara su sede social a otro Estado que siguiera dicho modelo, podría acarrear para dicha sociedad si ésta al trasladarse no modificara a su vez la ubicación de su sede real. De acuerdo con la normativa de su nuevo “domicilio” no estaría incurriendo en ningún ilícito/incumplimiento, sin embargo, no

---

<sup>192</sup> Contenido en la propuesta de Directiva en el Art. 2

<sup>193</sup> BLANCO-MORALES, P., *La transferencia...*, op. cit., pg. 71.

<sup>194</sup> Art. 11.2 de la propuesta.

queda claro si el Estado originario tendría o no la potestad de negarse a permitir el traslado.

El procedimiento elegido para realizar el traslado comprende la elaboración de una propuesta de traslado, a realizarse por el órgano de dirección y administración de la sociedad, que debería indicar: la propuesta de nuevo registro, la nueva forma social que adoptará la sociedad<sup>195</sup>, la propuesta de Estatutos incluyendo, en su caso, el nuevo nombre que adoptará la sociedad, una propuesta de cronograma de traslado, y allí donde fuera necesario la forma de participación de los trabajadores en aquellos casos en que éstos estuvieran representados en los órganos de la sociedad antes del traslado<sup>196</sup>. Al mismo tiempo el

---

<sup>195</sup> Normalmente, una sociedad que transfiera su domicilio estatutario intentará inscribirse en el Registro en su nuevo domicilio bajo la equivalente o más parecida forma social, sin embargo bajo los términos de la propuesta de Directiva, esto no era obligatoriamente así. Los comentarios adjuntos en el *Explanatory Memorandum* dejan entrever la posibilidad de que si no existiera una forma social equivalente en el Estado de destino, el traslado de sede debería combinarse con las reglas correspondientes a la transformación de forma social (Comentarios al art. 4 del *Memorandum*). Esta solución también se aplicaría a aquellos casos en que junto con el traslado de sede la sociedad quisiera adoptar una forma social distinta.

<sup>196</sup> Respecto a este punto, la propuesta estableció la provisionalidad de la redacción de esta parte de la propuesta, a la espera de las conclusiones del Informe Davignon.

órgano de dirección y administración también debería redactar un informe explicando y justificando las implicaciones que tendría el traslado para los socios y los trabajadores.

Al respecto en relación a la protección de los socios minoritarios, nos encontramos con que la propuesta de Directiva simplemente delegaba en las legislaciones nacionales la adopción de medidas en este caso<sup>197</sup>. También es posible que se planteara la solución propuesta por la que en aquellos momentos era la propuesta de Directiva de fusiones transfronterizas: la separación del socio<sup>198</sup>.

En relación con el problema de la protección de los acreedores, se ha argumentado que dado que un cambio de nacionalidad solamente indica un cambio de *lex societatis*, puesto que la persona jurídica sigue siendo la misma, no se puede decir que esto implique un cambio de deudor, de manera que los acreedores no tendrían que aprobar el cambio de nacionalidad<sup>199</sup>. Sin embargo debe tenerse en cuenta que dicho cambio significa, que el domicilio procesal de la sociedad se trasladará al estado

---

<sup>197</sup> Art. 7 de la propuesta.

<sup>198</sup> En el mismo sentido SORENSEN, K., NEVILLE, M., *Corporate...*, cit. Pág. 200.

<sup>199</sup> *Idem*, pág. 203.

de destino. En caso de reclamaciones judiciales esto significaría un coste adicional para los acreedores de la sociedad emigrante. También es cierto que en muchos casos después del traslado la sociedad mantendrá algún tipo de establecimiento o sucursal en su anterior sede, de manera que los acreedores podrán seguir ejerciendo sus derechos en el Estado de origen. De todas maneras aunque este no fuera el caso, un cambio en la ley aplicable a la sociedad no modificaría la ley aplicable a los contratos de la sociedad con sus acreedores<sup>200</sup>. Aún así la propuesta de Directiva preveía una protección general a todos los acreedores al otorgarles el derecho a exigir que la sociedad que decida trasladar su sede constituya garantías adecuadas a favor de los mismos<sup>201</sup>.

Por otra parte, la propuesta preveía un periodo de reflexión de dos meses después de la publicación del proyecto de traslado, debiendo adoptarse la decisión de trasladar por una mayoría de dos tercios de los votos en una junta general que deberá haber adoptado reglas especiales en caso de que el capital integre diferentes clases de acciones.

---

<sup>200</sup> Al respecto Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

<sup>201</sup> Art. 8.1 de la propuesta.

También se preveía un sistema de control de los procedimientos de traslado, aunque se dejaba a los Estados miembros decidir si dicho control sería ejercido por una autoridad judicial, notarial o de otra índole. En cualquier caso, la autoridad competente debía otorgar un certificado de que todos los requisitos para el traslado habían sido realizados. Con este certificado podía procederse al registro en la nueva sede.

El cambio de sede se establecía como efectivo desde la fecha en que se registraba el domicilio en la nueva sede, momento en el cual recién podía procederse a la eliminación del registro en la sede anterior. Por otra parte también se preveía la obligatoriedad de la publicación del registro de la nueva sede tanto en el Estado de origen como en el de destino. Así también se estableció la prohibición de traslado en caso de que la sociedad emigrante hubiera empezado el proceso de liquidación o concursal.

Por último, en el Artículo 14 de la propuesta se establecía la obligación de los Estados miembros de adaptar sus legislaciones a la misma hasta el 1 de enero de 2000, este requerimiento era bastante improbable. No solo por que se fijaba un periodo muy corto para la discusión de los términos de la Directiva en su



tramitación<sup>202</sup>, sino también porque a momento de hacerse público el texto de la propuesta, la Comisión se encontraba sumida en los trámites de adopción de la Décima Directiva, y del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea.

Lamentablemente, esta propuesta de Directiva, nunca fue seriamente debatida, al hilo del desarrollo jurisprudencial de los Art. 43 y 48 TCE, un auténtico debate fue retrasándose, tal vez con la esperanza de que a través de la jurisprudencia se hiciera innecesaria la adopción de esta Directiva<sup>203</sup>

En 2007 la Comisión preparó un informe en relación a la transferencia de la sede registral de las sociedades mercantiles dentro de la UE<sup>204</sup>. En el mismo se estudiaron los problemas que suscita la ausencia de una regulación que permita la transferencia de la sede registral de las sociedades mercantiles dentro de la UE procurando, al mismo tiempo, identificar las diferentes opciones

---

<sup>202</sup> Y dada la alta conflictividad que era de esperarse en esta materia, resulta significativo que no se hayan fijado plazos más extensos.

<sup>203</sup> También en este sentido WOOLDRIDGE, F.: "Überseering: freedom of establishment of companies affirmed", EBLR, Vol. 14, Issue 3, 2003, pg. 235.

<sup>204</sup> El texto y su anexo, publicados en diciembre de 2007, están disponibles en inglés en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm)

de que dispone la UE para rectificar la situación<sup>205</sup>; las conclusiones a las que llego este informe<sup>206</sup> hacían pensar nuevamente en un abandono de la elaboración del proyecto de Directiva<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup>Según desarrolla el *Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office* (COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Parte 1, SEC (2007) 1707, pg. 29 y sigs.), se analizó el estado de la cuestión así como dos posibles escenarios, la inacción legislativa, y las diferentes opciones legislativas al alcance de la Comisión: el tratado internacional, la Recomendación, Directiva o Reglamento (pg. 51 del estudio). De estos instrumentos se llegó a la conclusión de que la adopción de una Directiva en la materia sería – de optarse por una acción legislativa de Derecho comunitario – el medio más apropiado para asegurar un conjunto de reglas mínimas en todos los Estados miembros pero que permita, al mismo tiempo el mantenimiento de las especificidades nacionales (pg. 52).

<sup>206</sup> De acuerdo con el punto 6.2.4. del *Impact Assessment*..., pg. 39, tanto la implementación de la SE, la Directiva sobre fusiones transfronterizas, como el actual estado de desarrollo de la jurisprudencia del TJCE en materia de libertad de establecimiento ofrecen, por el momento, medios suficientes para alcanzar la movilidad societaria dentro del mercado interior europeo, de manera que se considera apropiado esperar para determinar las implicaciones que la adopción de todos estos recursos tiene en la movilidad societaria intracomunitaria.

<sup>207</sup> Según señalaba VOSSESTEIN, G.-J., “Transfer of the registered office. The European Commission’s decision not to submit a proposal for a Directive”, U. Law Rev., Vol. 4, I. 1, 2008, pg. 57, ya en junio de 2007 el comisario para el Mercado interior, Charles McCreevy se había pronunciado en contra de esta posibilidad.

A pesar de todo lo anterior, es posible que en un futuro cercano tengamos, cuanto menos, una nueva propuesta de Directiva, dada la reciente aprobación en el seno del Parlamento Europeo de una Resolución con recomendaciones a la Comisión para que elabore una nueva propuesta de 14ª Directiva<sup>208</sup> estableciendo para ello un contenido mínimo de la misma en cuanto a sus efectos<sup>209</sup>, procedimiento de traslado<sup>210</sup>, derechos de los

---

<sup>208</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009 (A6-0040/2009).

<sup>209</sup> Una de las principales preocupaciones de la legislación comunitaria a lo largo de todos los intentos de regular el traslado de sede social ha sido siempre el de asegurar la persistencia de la personalidad jurídica de la sociedad que se traslada. En este caso nuevamente se vuelve a manifestar esta preocupación señalándose que dicho traslado “no deberá eludir las condiciones jurídicas, sociales y fiscales” y que la empresa deberá conservar su identidad jurídica. En este punto queda la incógnita de saber si el TJCE hará extensiva a las personas jurídicas el principio de neutralidad fiscal por cambio de residencia establecido en la sentencia C-9W02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant*. Por otra parte también se recomienda que los efectos del traslado – es decir el cambio de *lex societatis* – surta efectos a partir de la fecha de registro en el Estado miembro de acogida.

<sup>210</sup> La recomendación del Parlamento establece una serie de datos que los administradores de la sociedad emigrante debería incluir en su Propuesta de traslado, muchos de ellos fueron incluidos ya en la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital. También nuestra legislación más reciente (artículo 95 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) los

trabajadores<sup>211</sup>, y protección de los derechos de terceros en relación con el traslado<sup>212</sup>.

---

incluye entre los datos relevantes del proyecto de traslado. En este caso la legislación comunitaria contempla la novedad de solicitar la inclusión, tanto del posible traslado de la administración central o principal lugar de actividad de la sociedad, como de los procedimientos con los que se determinarán las modalidades de participación de los trabajadores en el caso de que la sociedad emigrante contemple la participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad, y la legislación nacional del Estado de acogida no establezca dicho régimen como obligatorio. Por otra parte el procedimiento recomendado legitima a la junta de accionistas para aprobar la propuesta de traslado siguiendo para ello las mayorías necesarias para aprobar una modificación de estatutos sociales. Por último, también se contempla un régimen de coordinación de registros a través de certificaciones emitidas por la autoridad competente tanto en el Estado de origen como en el de acogida.

<sup>211</sup> Además de los derechos de información que se les garantiza a lo largo de la tramitación de aprobación y puesta en marcha del proyecto de traslado en sí, la recomendación establece que la propuesta de Directiva deberá establecer que los derechos de los trabajadores se registrarán en todo caso de acuerdo con la legislación del Estado miembro de acogida, pero que en caso de que en el Estado receptor no se prevea por lo menos el mismo nivel de participación que el aplicado en la empresa en el Estado miembro de origen, o en caso de que no prevea que los trabajadores de los establecimientos de la empresa situados en otros Estados miembros puedan ejercer los mismos derechos de participación de que gozaban dichos trabajadores antes del traslado, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE.

<sup>212</sup> La recomendación del Parlamento establece en este punto, en primer lugar que las empresas contra las que se hayan iniciado

### 3. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN SU APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES

En este apartado nos referiremos a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que poco a poco han ido configurando el actual contenido a nivel comunitario de la libertad de establecimiento<sup>213</sup>. En este sentido, es importante resaltar que el desarrollo jurisprudencial del alcance de la libertad de establecimiento establecida en el Art. 49 TFUE [*anteriormente Art. 43 TCE*] en conexión con el Art. 54 TFUE [*anteriormente Art. 48 TCE*], es posible dado el reconocimiento del *efecto directo* de

---

procedimientos de disolución, liquidación, insolvencia o suspensión de pagos, o procedimientos similares, no podrán proceder al traslado de su sede social dentro de la Comunidad, y que a efectos de los procedimientos judiciales o administrativos pendientes iniciados antes del traslado de la sede social, se considerará que la sede social de la sociedad que se traslada está ubicada en el Estado miembro de origen.

<sup>213</sup> Partiendo de la premisa señalada por CANARIS, (*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrecht* en su traducción al castellano: *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pg. 72) en cuanto a que las proposiciones doctrinales de la jurisprudencia son la expresión del carácter inconcluso y provisional del conocimiento científico, el desarrollo jurisprudencial de la libertad de establecimiento, obedece sin duda al carácter abierto del desarrollo de este conocimiento que a su vez integra el sistema, en este caso, de Derecho societario europeo.

estos artículos, reconocido a través de Art. 293 y además a través del asunto *Reyners*<sup>214</sup>

Debido a que del tenor literal de las disposiciones del Derecho comunitario originario no se pueden dilucidar criterios suficientemente precisos que nos ayuden a clarificar el régimen jurídico de la libertad de establecimiento, se hace necesario el estudio contextualizado de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Para ello hemos considerado conveniente dividir los casos a estudio entre aquellos referidos al Derecho de establecimiento primario, es decir, aquellos que tratan del traslado de la sede de una sociedad ubicada en un Estado miembro a otro Estado miembro; y los referidos al Derecho de establecimiento secundario, estos son, los que derivan de situaciones en las cuales no se pretende un cambio de sede social, si no la apertura de la sucursal en un Estado

---

<sup>214</sup> Caso-2/74, *Reyners v. Reino de Bélgica*, a través del cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, determino con respecto a la libertad de establecimiento prevista en el Art. 43 – aunque en este caso, con respecto a su aplicación a una persona física – que “desde el fin del período transitorio el Art. 52 [actualmente 43] del Tratado, es directamente aplicable”

miembro por parte de una sociedad constituida en otro Estado miembro<sup>215</sup>.

En razón de esta división el orden cronológico exacto se ha visto un poco alterado, sin embargo creemos que para una mejor comprensión de la materia esta alteración en la cronología se ve justificada<sup>216</sup>.

## A. Derecho de establecimiento primario

### a) Problemas en el Estado de origen

En este apartado estudiaremos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con los problemas que se le presenta a una sociedad mercantil que desea trasladar lo que el Estado en que se constituyó se considera la sede

---

<sup>215</sup> Un estudio detallado de los casos relativos a las restricciones a la Libertad de Establecimiento en relación a otros ámbitos como el de la discriminación por nacionalidad (Asunto 270/83 Comisión c. Francia [TJCE 1986W37], Asunto C-330/91 Commerzbank y Asunto C-1/93 Halliburton Services c. Staatsecretaris van Financiën) se puede encontrar en EDWARDS, V., *EC Company Law*, Oxford, 1999, pág. 344 y sig.

<sup>216</sup> De acuerdo con KIENINGER, E.M.; "The legal Framework of regulatory competition based on company mobility: EU and US compared"; GLJ; Vol. 6; Núm.4; pág. 748; el TJCE ha distinguido entre "move in" y "move out" casos;

registral y sirve al mismo tiempo de criterio de conexión en dicho Estado para que se la pueda considerar constituida según su derecho nacional.

a' .– *Daily Mail*<sup>217</sup>

La relevancia particular de este caso radica en ser una de las primeras en plantearse la delimitación de la libertad de establecimiento, en este caso primaria. En la misma, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ocupa directamente del tema del traslado de la sede social de una sociedad. A pesar de que en el Reino Unido y los Países Bajos – cuyas respectivas legislaciones son protagonistas del análisis realizado por el Tribunal – se utiliza el modelo de incorporación, es necesario referirnos a *Daily Mail* por haber planteado el problema de la distinción entre libertad de establecimiento primario y libertad de establecimiento secundario.

*Daily Mail and General Trust PLC* es una sociedad anónima constituida de acuerdo con el Derecho inglés, con domicilio social en Londres. Su actividad es la de una sociedad de inversión. En marzo de 1984 solicitó a las autoridades fiscales británicas una autorización con arreglo al artículo 482 de la

---

<sup>217</sup> Asunto 81/87, Rec 1988, pg. 5483 y sig.



*Income and Corporation Taxes Act* de 1970, con el fin de trasladar su domicilio social efectivo (*residencia fiscal*) a los Países Bajos<sup>218</sup>. Dicha solicitud fue rechazada.

El 24 de junio de 1986 *Daily Mail* interpuso recurso ante la *High Court of Justice Queen's Bench Division*, para que se declarara que al amparo del artículo 52 del Tratado CE podía trasladar su domicilio social efectivo a los Países Bajos sin tener que obtener la autorización de la Hacienda británica. La *High Court of Justice Queen's Bench Division*, suspendió el procedimiento y planteó un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para que se pronunciara sobre las siguientes cuestiones:

---

<sup>218</sup> En la solicitud se enumeraban algunas de las medidas que adoptaría para llevar a cabo el traslado. También se hacía referencia a las consecuencias fiscales, las cuales implicarían la sujeción de la sociedad al impuesto de sociedades neerlandés. Entre los motivos que justificaban el traslado, se hacía referencia a paliar la depreciación del valor de sus acciones en relación con el valor real de sus activos. En abril de 1986, en pleno proceso de negociación con el Fisco, *Daily Mail* comunica a las autoridades fiscales que ha decidido establecer una sucursal en los Países Bajos y que considera que el artículo 52 del Tratado CEE le concede el derecho a trasladar su residencia sin necesidad de obtener la autorización previa, solicitando a las autoridades fiscales que confirmaran este extremo o que otorgaran una autorización sin condiciones antes del 31 de mayo de 1986.

*1. Los artículos 52 a 58 del Tratado CEE, ¿se oponen a que un Estado miembro prohíba a una persona jurídica que tenga su sede de dirección en dicho Estado miembro trasladar, sin autorización previa ni aprobación, dicha sede a otro Estado miembro en uno y/u otro de los siguientes supuestos:*

*(a) Cuando dicha sociedad puede eludir el pago del impuesto sobre ganancias y beneficios ya obtenidos;*

*(b) Cuando dicha sociedad, al trasladar su sede de dirección, evitaría el pago de un impuesto al que estaría eventualmente sujeta si mantuviera su sede de dirección en el Estado miembro en cuestión?*

*2. La Directiva 73/148/CEE del Consejo, ¿confiere a una sociedad que tenga su sede de dirección en un Estado miembro el derecho a trasladar esa dirección central a otro Estado sin autorización previa ni aprobación, en los supuestos enunciados en la cuestión 1.? Si la respuesta es afirmativa ¿son directamente aplicables en el caso de que se trata la disposiciones previstas en la materia?*

*3. Si dicha autorización previa o aprobación puede ser lícitamente impuesta ¿puede un Estado miembro denegarla por los motivos indicados en la cuestión 1.?*

PAOLA RODAS PAREDES

*4.¿Tiene alguna consecuencia, y en su caso, cuál es, el hecho de que la legislación del Estado miembro de que se trata sobre dicha materia no impone una autorización en caso de un traslado de residencia a otro Estado miembro de una persona física o de una empresa?*

Tras analizar la cuestión prejudicial señala el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en esta Sentencia que "en el estado actual del Derecho Comunitario [los artículos 43 y 48 del Tratado CE (anteriormente 52 y 58 respectivamente)] no confieren a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tiene en éste su domicilio social, derecho alguno a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro". Lo cual conduce a afirmar que los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] no se pueden interpretar como atributivos del derecho a trasladar la sede social y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidos.

Esta sentencia a lo largo del tiempo ha sido motivo de arduas discusiones en cuanto a su validez y adecuación al TCE, sin embargo, a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, debemos plantear el análisis de esta sentencia tomando en cuenta las limitaciones

que la aplicación directa de la libertad de establecimiento primario tiene.

Como ya hemos señalado<sup>219</sup>, la libertad de establecimiento que el Tratado reconoce como directamente aplicable es solamente parcial, se reconoce el derecho de las personas físicas y el de las sociedades mercantiles como personas jurídicas, pertenecientes a un Estado miembro a constituir y gestionar empresas *en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*<sup>220</sup>, de manera que la posibilidad de trasladar la sede "primaria" de una sociedad, queda regulada por lo establecido por la normativa nacional de cada Estado miembro.

Esto que en la actualidad parece claro, no lo fue siempre, y la Sentencia en su día fue objeto de múltiples debates doctrinales. Es probable, como se ha señalado ya<sup>221</sup>, que la finalidad de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al dictar semejante fallo, en parte, fuera la de tratar de impedir que la realización de

---

<sup>219</sup> Ver *supra* Cap. II, Secc. IV, 3.

<sup>220</sup> Art. 43.2

<sup>221</sup> Entre otros: SANCHO VILLA, D.: *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, 2001; pág.177; RAMMELOO, S.: "*Corporations*...", pág. 51.

la libertad de establecimiento primario no se alcanzara a costa de la armonización fiscal, prácticamente inexistente en la época. Sin embargo, también es cierto que el contenido de la sentencia, de acuerdo con los objetivos finales de la CE, no habrían podido ser distintos, puesto que queda claro que ya entonces el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea delegaba en la armonización del Derecho de sociedades la posibilidad de poner al alcance de las sociedades mercantiles la libertad de establecimiento primario en cuanto al traslado de domicilio se refiere. Es evidente que con el transcurso del tiempo esta armonización ha sido más lenta y menos extendida de lo que en un primer momento se esperaba – razón por la cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha visto en la necesidad de establecer criterios de interpretación en cuanto al derecho de establecimiento secundario – pero ..

De manera que, en cierta medida, quienes interpretaban esta sentencia como una victoria de la teoría de la sede real<sup>222</sup>, estarían en parte en lo cierto. Solo en parte, puesto que si bien es cierto que la sentencia establece que artículos 43 y 48 del Tratado CE (anteriormente 52 y 58 respectivamente) no regulan la

---

<sup>222</sup> Entre otros BLANCO FERNÁNDEZ, J.M.; “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”; RDM, núm. 203/204, 1992, pág. 257.

determinación de la conexión para concretar la pertenencia de una sociedad a un ordenamiento jurídico, si que dejan claro que dicha determinación – al menos en lo referente a las sociedades de derecho nacional – corresponde a los Estados miembros<sup>223</sup>, al menos mientras el proceso armonizador comunitario, previsto por el artículo 293 del Tratado CE, no establezca reglas al respecto. Esta interpretación traía como consecuencia la interpretación restrictiva de la libertad de establecimiento, puesto que no se le reconocían más efectos que los estrictamente pertenecientes al ámbito de la extranjería en términos de pura prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad. Esto significaba que el artículo 49 TFUE [anteriormente Art. 43 TCE] dejaba intactas las restricciones no discriminatorias y que, por ello, las sociedades, en tanto que beneficiarias de la libertad de establecimiento, quedaban sometidas al Derecho del Estado miembro al que pertenecían. Del mismo modo, si este Estado miembro no reconocía la posibilidad del traslado de la sede social a otro Estado, dicha sociedad se vería en la obligación de disolverse como tal y volver a constituirse en el Estado de destino. La justificación para dicha restricción se encontraba en el condicionamiento de la efectividad de las libertades comunitarias fundamentales a la instauración previa de un

---

<sup>223</sup> También en este sentido, ESTEBAN DE LA ROSA, F.; “El establecimiento de sociedades ficticias...”, “; op. cit., pág. 383.

estándar mínimo, que garantizara suficientemente los intereses de acreedores, accionistas y trabajadores.

Como veremos posteriormente, estas interpretaciones acerca del régimen jurídico aplicable a los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] si bien en su momento pudieron ser tomadas como válidas, posteriormente fueron rebatidas y “explicadas” por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en otras sentencias dictadas por este órgano jurisdiccional<sup>224</sup>, si bien la primera de ellas resolvía un problema de derecho de establecimiento secundario, no se puede rechazar su validez, puesto que a través de la misma se clarificó o, mejor dicho, se modificó la postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con respecto a la interpretación de los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE]. Así, en el caso *Überseering* (explicado posteriormente), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea explico con abundancia de términos que puesto que una sociedad sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento, corresponde a ese ordenamiento jurídico

---

<sup>224</sup> Tanto en el caso *Centros* (C-212/97 [1999] ECR I-1459), como en el caso *Überseering* (C-208/00 [2002] I.09919) el TJCE se refirió a *Daily Mail* para aclarar la diferencia de casos y para reinterpretar el sentido de los fundamentos con los cuales se resolvió el proceso..

inacional determinar las modalidades a través de las cuales se puede llevar a cabo el traslado de la sede social de dicha sociedad a otro Estado miembro sin que la sociedad pierda su personalidad jurídica, atribuida y que posee en virtud, justamente, del Derecho del Estado en que se constituyó.

En nuestra opinión creemos que está ya suficientemente explicado el alcance de esta sentencia. Es comprensible que la misma haya causado opiniones divergentes en la doctrina, divergencias atribuibles probablemente a la escasez de casos fácticos que permitieran dilucidar el verdadero alcance de dicha sentencia en cuanto a la interpretación del régimen aplicable a la Libertad de Establecimiento, debe tenerse en cuenta que transcurrió mucho tiempo desde la resolución del caso *Daily Mail* y la de los casos *Centros* y *Überseering* (ambos explicados más adelante). Asimismo creemos que, a pesar de quienes insisten en interpretar esta sentencia de otra manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sido suficientemente claro en establecer a través de ella la potestad de los Estados miembros a fijar las normas en materia de constitución y existencia jurídica de las sociedades que quieran constituirse a través de sus correspondientes ordenamientos jurídicos.

b'.- Cartesio



Cartesio es una “*betéti társaság*” de Derecho húngaro<sup>225</sup>, domiciliada en Baja (Hungría), con dos socios, uno de ellos comanditario y el otro colectivo. Su actividad económica esta dirigida al sector de los recursos humanos, secretariado, traducción, enseñanza y formación. El 11 de noviembre de 2005, solicitó ante el *Bács-Kiskun Megyei Bíróság*<sup>226</sup> en su labor de *Cégbíróság*<sup>227</sup> se apruebe su traslado de domicilio social a Gallarate (Italia), de manera que se modifique la mención relativa a su domicilio social en el Registro Mercantil. Mediante resolución de 24 de enero de 2006, se desestimó dicha pretensión por considerar que el Derecho húngaro vigente no permite que una sociedad constituida en Hungría traslade su domicilio al extranjero y siga rigiéndose por la ley húngara como ley personal. A raíz de esta resolución, Cartesio interpuso un recurso de apelación ante el *Szegedi Ítéltábla*<sup>228</sup>. Al margen de consideraciones de índole competencial y de jurisdicción, el *Szegedi Ítéltábla* decidió

---

<sup>225</sup>Equivalente a nuestra sociedad comanditaria..

<sup>226</sup> Tribunal Regional.

<sup>227</sup> Juzgado de lo Mercantil.

<sup>228</sup> Tribunal de Apelaciones en Szeged.

plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que en su cuarta cuestión solicita saber<sup>229</sup> :

*4)a) Si una sociedad constituida en Hungría e inscrita en el registro mercantil húngaro, en virtud del Derecho de dicho Estado, desea trasladar su domicilio a otro Estado miembro de la Unión [Europea], ¿regula esta cuestión el Derecho comunitario o, a falta de armonización, son exclusivamente aplicables las disposiciones de los Derechos nacionales?*

*b) ¿Puede una sociedad húngara solicitar el traslado de su domicilio a otro Estado miembro de la Unión invocando directamente el Derecho comunitario (en el presente asunto, los artículos 43 CE y 48 CE)? En caso de respuesta afirmativa, ¿puede tal traslado estar sujeto –ya sea en el “Estado de origen” o el “Estado de acogida”– a algún tipo de requisito o autorización?*

*c) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 48 CE en el sentido de que es incompatible con el Derecho comunitario una*

---

<sup>229</sup> El Tribunal de apelaciones realizó consideraciones en cuanto a la interpretación del término “órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno” a que hace referencia el Art. 234 TCE en su último párrafo, planteando tres cuestiones al respecto al TJCE, sin embargo consideramos que dichas cuestiones al tratar temas de índole procesal no nos corresponde comentarlas, de manera que circunscribiremos el estudio de esta sentencia al problema de fondo expresado en la cuarta cuestión.

*norma o práctica de Derecho interno que, en lo tocante al ejercicio de los derechos relativos a las sociedades mercantiles, establezca diferencias entre dichas sociedades según el Estado miembro en el que se encuentre su domicilio?*

*[d)] ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 48 CE en el sentido de que es incompatible con el Derecho comunitario una norma o práctica de Derecho interno que impida que una sociedad [del Estado miembro de que se trate] traslade su domicilio a otro Estado miembro [...]?*

Una vez analizadas las alegaciones de las partes y expuestos sus razonamientos<sup>230</sup>, el Tribunal concluyó que: “En el estado actual

---

<sup>230</sup> Sobre las cuestiones planteadas, el Tribunal estableció, en primer lugar, que el Derecho húngaro no permite a las sociedades constituidas bajo su ley, el traslado de su domicilio al extranjero, señalando a continuación que según su doctrina, una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento (P. 104, haciendo referencia a la C-81/87, Asunto *Daily Mail*). Por ello, la posibilidad de que una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro traslade su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica que ostenta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución y, en su caso, los procedimientos de dicho traslado estarán determinados por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido. De este modo, un Estado miembro puede imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social

efectivo fuera de su territorio para poder conservar la personalidad jurídica que posea en virtud del Derecho de ese mismo Estado miembro.

A continuación, como ya hiciera en otros asuntos (nuevamente *Daily Mail*, y también *Überseering*, C-208/00), el Tribunal señala como dificultad no resuelta por las normas sobre el Derecho de establecimiento, la divergencia entre las legislaciones nacionales en relación con el criterio de conexión exigido para las sociedades regidas por dichas legislaciones como a la posibilidad y posible procedimiento de traslado de domicilio, estatutario o real, de una sociedad de Derecho nacional de un Estado miembro a otro. En este sentido, destaca que en el estado actual del Derecho comunitario, la cuestión de si el artículo 43 del Tratado CE se aplica a una sociedad que invoque la libertad consagrada por dicho artículo, constituye una cuestión previa que sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable. Únicamente si se comprueba que esa sociedad goza efectivamente de la libertad de establecimiento teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el Artículo 48 del Tratado CE, se plantea la cuestión de si tal sociedad se enfrenta a una restricción de dicha libertad en el sentido del artículo 43 del Tratado CE.

Siguiendo con el razonamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cada Estado miembro tiene la facultad de determinar tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerársela constituida según su Derecho nacional y, por ello pueda gozar del derecho de establecimiento, como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición (P. 110). Puntualiza que, dicha facultad engloba la posibilidad de que este Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando la sociedad pretenda trasladar su domicilio a otro Estado miembro, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.

A continuación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resalta la diferencia que existe entre el traslado de domicilio de una

del Derecho comunitario, los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que impida a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro según cuya legislación hubiera sido constituida”.

De acuerdo con la sentencia<sup>231</sup>, Cartesio no es una sociedad que quiera modificar su *lex societatis*, sino que aspira a conservar su condición de sociedad de Derecho húngaro, de manera que en este caso en concreto estamos hablando de una solicitud de traslado de sede real *sin cambio de ley aplicable*, es decir sin cambio de sede registral. Como anteriormente señalamos<sup>232</sup>, se trata de un caso de derecho de establecimiento primario, concretamente de un traslado de sede real o efectiva, cuya

---

sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro, sin cambio en el Derecho por el que se rige, y el traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro con cambio del Derecho nacional aplicable, manifestando que en este último caso, el Estado miembro de constitución no puede impedir a sus sociedades que éstas se transformen en sociedades de Derecho nacional de otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita(P. 112).

<sup>231</sup> P. 100

<sup>232</sup> *Supra* III.1.A

viabilidad o no, recae completamente en las normas de Derecho interno<sup>233</sup>. Dichas normas aplicaban en este caso el modelo normativo de sede real<sup>234</sup>, utilizando como factor de conexión el centro de dirección de las operaciones de su giro y tráfico, para determinar la aplicación del Derecho nacional húngaro al estatuto jurídico de Cartesio. Puesto que este modelo normativo en concreto exige la coincidencia de sede real con la sede registral, es lógico que la sociedad interesada haya encontrado una respuesta negativa a su solicitud de traslado<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> En este caso en las normas societarias del Derecho húngaro.

<sup>234</sup> De acuerdo con las recientes modificaciones del Derecho societario húngaro, la Ley LXI que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007 que modifica la Ley de sociedades y la Ley del Registro Mercantil se establece – junto con una serie de medidas destinadas a facilitar la constitución de sociedades y hacerla más atractiva a los capitales europeos – la modificación del modelo normativo de sede real anteriormente vigente por el de constitución, de manera que se reconoce el derecho de las sociedades húngaras a trasladar el centro de actividades principal (sede real) fuera del territorio húngaro, estableciéndose una serie de medidas – que no dejan de recordarnos a las que exige Delaware a sus sociedades – destinadas a asegurar que las sociedades húngaras que decidan trasladar sus actividades económicas fuera del territorio nacional designen una “oficina de notificaciones” – la ley señala que ésta deberá estar a cargo de un abogado – a través de la cual se pueda mantener el contacto con estas sociedades “emigrantes”.

<sup>235</sup> Ya apuntaba a una interpretación en este sentido, aunque de manera abstracta, VAQUERO LÓPEZ, C., “El traslado del domicilio social

Esto último podría parecer inconsistente con la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea<sup>236</sup> sin embargo, si se analiza detenidamente encontramos que la sentencia que nos ocupa es congruente con estos casos debido a que la misma se enmarca dentro de los problemas que se pueden plantear en los casos de “salida”. Conviene recordar que cuando se plantean estos problemas debe estarse, en primer lugar, a lo que determine la ley nacional<sup>237</sup>, al menos en el caso

---

dentro de la CE: nuevos criterios legislativos y jurisprudenciales”, RDBB, Núm. 86, 2002, pg. 225 y sig., desde el punto de vista de una sociedad danesa, HANSEN, J. L.; “A new look at Centros...”, op. cit., pg. 94, y también WYMEERSCH, E.; “Cross-border transfer of the seat of a company – Recent EU case law and the SE regulation”, en RICKFORD, J. (ed.); *The European Company. Developing a community law of corporations*; Intersentia, Antwerp; 2003, pg. 87, quien iba un poco más lejos, al asegurar que incluso en el caso de que una sociedad constituida bajo el modelo de sede real, transfiriera dicha sede a un Estado que aplicara el modelo de constitución, el Estado destinatario debería acoger a esta “homeless corporate citizen”, interpretación esta que creemos un tanto excesivamente optimista, dado que el TJCE ha dejado claramente establecido que para poder ser “recibida” en otro EEMM, la sociedad debe en primer lugar cumplir con su legislación nacional.

<sup>236</sup> PARLEANI, G. ; « L'arrêt Cartesio, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés », *Revue des sociétés*, 2009, Núm. 1, pg. 155,150–162, ha tildado la solución aplicada por el TJCE de « ortodoxa »

<sup>237</sup> Esta afirmación sólo es posible entenderla si tenemos en cuenta que para el TJCE el factor que le permite conocer si una sociedad puede o

de los traslados de sede *sin cambio de ley aplicable*<sup>238</sup>. Este argumento quedó aclarado en el caso *Marks & Spencer*<sup>239</sup>, puesto que en el mismo el Tribunal estableció que la normativa de Derecho interno que limita el ejercicio de derecho de

---

no *salir* – es decir trasladar, su sede real o registral – a otro Estado miembro, es la ley que rige a la sociedad en el momento de ser ésta constituida. También apuntaban a esta interpretación KINDLER, P., “Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? – Die *Centros*-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht”, NJW 28/1999, pg. 1196, y más recientemente SCHÖN, W., “The mobility of companies...”, ob. cit., pg. 133, LOMBARDO, S.; “Regulatory competition in Company Law in the EU after *Cartesio*”, EBOR, Núm. 10, 2009, pg. 635 y KOROM, V., METZINGER, P., „Freedom of establishment for companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* Decision in the *Cartesio* Case C-210/06” ECFR Vol. 6, I.1, 2009, pg. 151. En este sentido se expresaba también CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”; RdS, Núm. 28, 2007; pág. 64, los autores sostienen que el sistema utilizado por el TJCE es la “regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas” (*anerkenntnisprinzip*), basada en la tesis de la “extensión de los efectos” que permite que la situación legal creada en un Estado miembro deba producir en otro Estado miembro los efectos legales previstos en la Ley del Estado miembro de origen.

<sup>238</sup> P. 110

<sup>239</sup> Asunto C-446/03



establecimiento primario debe cumplir ciertos requisitos de admisibilidad<sup>240</sup>.

Sin embargo, el Tribunal ha abierto – al menos en el plano teórico – una nueva e “ingeniosa”<sup>241</sup> posibilidad de movilidad societaria intracomunitaria para aquellas sociedades cuyo objetivo sea la modificación de su estatuto societario. En efecto, en un sorprendente<sup>242</sup> o cuanto menos inesperado *obiter dicta* el TJCE ha señalado que “*la facultad ...* [de definir tanto el criterio de

---

<sup>240</sup> P. 35 de la sentencia, éstos son: que se apliquen de manera no discriminatoria, que encuentren justificación en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Sobre este último punto SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Privado Europeo*, Granada, 2002, pág.13; señala que este principio y el de *neutralidad*, son los únicos que pueden justificar la limitación a las libertades de circulación. Sin embargo en el *Informe Winter (Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework For Company Law in Europe*, pág. 103, además de los tres principios mencionados se incluyen el de *intervención mínima*, en el sentido de que estas normas no deben restringir esta libertad más allá de lo necesario; y el de *transparencia*, en el sentido de que las normas que limiten la libertad de establecimiento deberán ser suficientemente transparentes para de esta manera inhibir a la mínima expresión esta restricción.

<sup>241</sup> PARLEANI, G. ; « L'arrêt Cartesio... ob. cit « , pg. 160.

<sup>242</sup> LOMBARDO, S.; “Regulatory competition in Company Law... ob. cit.” pg. 646.

conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerársela constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición] ... *lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y de disolución de sociedades a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita*<sup>243</sup>, puesto que de ser así, se estaría restringiendo la libertad de establecimiento de la sociedad interesada, lo cual, a menos que la restricción estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general, iría en contra de lo establecido por el Art. 49 TFUE (anteriormente Art. 43 TCE)<sup>244</sup>.

Esto último encuadra con lo señalado por el Abogado Gral. Poiares Maduro en las conclusiones a *Cartesio*<sup>245</sup>, en cuanto a

---

<sup>243</sup> P. 112

<sup>244</sup> P. 113

<sup>245</sup> P. 30

que el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento al requerir cierto grado de reconocimiento mutuo y de coordinación de los diversos sistemas normativos implica que ninguna teoría [de las que definen el estatuto societario] puede aplicarse hasta sus últimas consecuencias lógicas, de manera que en el estado actual del Derecho comunitario, los Estados miembros, al menos en el caso de las sociedades que actúan en el mercado interior europeo, no tienen libertad absoluta para determinar la “vida y muerte” de las sociedades constituidas con arreglo a su Derecho interno.

Sin embargo, el análisis de lo señalado por el Tribunal nos plantea interrogantes en cuanto a los posibles efectos que la aplicación de esta interpretación podría tener<sup>246</sup>. En relación al Estado de origen, es decir aquel en el que la sociedad migrante fue constituida y bajo cuya legislación se encuentra organizada, habrá que determinar cuáles son los elementos protectivos de los derechos de los socios minoritarios y acreedores sociales en el

---

<sup>246</sup> También en este sentido LOMBARDO, S.: “Regulatory competition in Company Law... ob. cit.” pg. 647, quien sobre este tema, propone como única medida protectora de los intereses de socios minoritarios y acreedores sociales, que la decisión de esta “transformación intracomunitaria” cuente con el apoyo de la totalidad de los socios.

caso de esta “transformación intracomunitaria”<sup>247</sup>, lo mismo en relación a los problemas que podría suscitar la misma en relación a los mecanismos de registro y publicidad de la sociedad interesada<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Es quizá arriesgado especular en esta materia, sin embargo debemos decir que en nuestra opinión lo que los párrafos 112 y 113 de la sentencia, intentan sugerir, es la aplicación de la doctrina *SEVIC* – en su momento, en el caso de las fusiones internacionales, el TJCE determinó que los Estados miembros no podían prohibir a las sociedades procedentes de otros Estados miembros, la aplicación de elementos del Derecho nacional en materia de sociedades (en este caso la fusión) por el solo hecho de ser extranjeras – al traslado internacional de domicilio social, asimilando este a un proceso de mera transformación del tipo social. El peligro de este razonamiento, sin embargo, sería que, si bien es cierto que todas las legislaciones societarias de los Estados miembros prevén alguna forma de transformación del tipo social entre algunas o todas las sociedades mercantiles de Derecho nacional, estos procesos al estar pensados para ser efectivos dentro del mismo ámbito territorial no establecen mecanismos de defensa suficientes de los intereses ni de los socios minoritarios, ni de los acreedores sociales, u otros terceros, como lo podría hacer un mecanismo directo como es el traslado internacional del domicilio social. De esta manera, una vez más, nos encontramos con que se intenta utilizar mecanismos alternativos, en este caso el de la *transformación de tipo social* para llegar al mismo fin, cual es el de permitir la plena movilidad societaria internacional. Mejor prueba de la urgente necesidad de una Directiva comunitaria en la materia, es difícil encontrar.

<sup>248</sup> Por otra parte, como señalan KOROM, V., METZINGER, P., „Freedom of establishment for companies...”, ob. cit. pg. 155, si el Estado originario permite dicha forma de traslado, se le impone la carga de comprobar que el Estado receptor también lo permite.

Por otra parte, el Estado miembro receptor, de acuerdo con los p. 111–112, será el que determine la viabilidad o no es este mecanismo pues en su legislación societaria deberá permitir dicha posibilidad de transformación<sup>249</sup>.

#### b) Problemas en el Estado de destino

A continuación exponemos los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación a problemas de reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad constituida en un Estado Miembro al trasladar su sede a otro Estado miembro.

#### a' .– Überseering<sup>250</sup>

La sentencia que a continuación pasamos a analizar reviste importancia principalmente por haber sido la confirmación de la interpretación que el TCJE había realizado en relación a la libertad de establecimiento en la sentencia *Centros* en cuanto a la

---

<sup>249</sup> También en este sentido SZYDLO, M., “Case C–210–06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008, not yet reported” CMLR, Vol. 46, 2009, pg. 722.

<sup>250</sup> Asunto C–208/00, Recopilación de jurisprudencia 2002 pg. I–09919 y sig.

aplicación directa de los artículos 43 y 48 del Tratado CE, pero también en cuanto trata directamente el problema del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en el Estado de destino.

*Überseering BV* es una sociedad constituida y domiciliada en los Países Bajos. En octubre de 1990 adquirió un terreno situado en Düsseldorf (Alemania) que utilizó con fines empresariales. Dos años después, *Überseering BV* encargó a una sociedad alemana, *NCC GmbH*, las obras de renovación de un garaje y un motel construidos sobre dicho terreno. Las obras se llevaron a cabo, pero *Überseering BV* alegó vicios en la ejecución de las obras de pintura. En diciembre de 1994, dos nacionales alemanes residentes en Düsseldorf adquirieron todas las participaciones sociales de *Überseering BV*, consecuentemente el centro de administración principal de dicha sociedad se trasladó a Alemania. Tras exigir a *NCC*, sin éxito que subsanara los vicios detectados en la ejecución de la obra, *Überseering BV* presentó en 1996, ante el *Landgericht* de Düsseldorf, una demanda contra *NCC*, sobre la base del contrato de gestión de obras que las vinculaba, solicitando que se condenara a *NCC* al pago de los daños más intereses.

El *Landgericht* desestimó la demanda al considerar que no tenía capacidad procesal en Alemania, en virtud de lo dispuesto por el

artículo 50 de la *Zivilprozessordnung*, que remite esta cuestión a su estatuto personal, regido por el Derecho del Estado donde se encuentra su sede principal de administración. En este punto, estima el Tribunal alemán, al haberse trasladado la sede efectiva, de conformidad con el sistema alemán de reconocimiento de personas jurídicas que sigue la llamada "*Sitztheorie*", la adquisición de capacidad jurídica por parte de *Überseering BV*, habría requerido su previa disolución en Holanda y su nueva constitución conforme al Derecho alemán, cosa que no se había producido en este caso. El *Oberlandesgericht* Düsseldorf confirmó dicha resolución desestimatoria. Contra esta última resolución *Überseering BV*, decidió presentar un recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof*.

Al no estar clara cual debería ser la postura a adoptarse en relación a este tema, el *Bundesgerichtshof* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. *¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 48 CE en el sentido de que es contrario a la libertad de establecimiento de las sociedades que la capacidad jurídica y la capacidad procesal de una sociedad válidamente constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro se aprecien con arreglo al Derecho del Estado al que se ha trasladado su domicilio social*

*efectivo, cuando, en virtud de ese Derecho, no se puede invocar derechos derivados de un contrato ante los órganos jurisdiccionales del Estado de establecimiento?*

*2. En caso de respuesta afirmativa ¿exige la libertad de establecimiento de las sociedades (art. 43 TCE y 48 TCE) que la capacidad jurídica y la capacidad procesal se aprecien con arreglo al Derecho del Estado de constitución?*

De acuerdo con la sentencia, el Tribunal determinó que: 1 Los artículos 43 CE ( RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) y 48 CE se oponen a que, cuando se considera, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, que una sociedad, constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario, ha trasladado su domicilio social efectivo al primer Estado, éste deniegue a dicha sociedad la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal ante sus órganos jurisdiccionales nacionales para invocar los derechos derivados de un contrato celebrado con una sociedad establecida en dicho Estado .

2 Cuando una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro, los artículos 43 CE y 48 CE obligan a este último a reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la



capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución.

De esta manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ocupó, en primer lugar, de refutar los argumentos a favor de la aplicación del artículo 293 CE basándose en las conclusiones del Abogado General, y estableció que dicho artículo no constituye una reserva de legislación a favor de los Estados miembros. A pesar de que en dicha sentencia se invita a los Estados miembros a entablar negociaciones para facilitar la solución de los problemas resultantes de la disparidad de legislaciones relativas al reconocimiento recíproco de las sociedades y al mantenimiento de su personalidad jurídica en el caso del traslado transfronterizo de su domicilio social, esta invitación se realiza "*en tanto sea necesaria*"<sup>251</sup>, es decir, en el caso de que las disposiciones del Tratado no permitieran realizar sus objetivos. En el mismo sentido, señala el Tribunal que la aplicación de la libertad de establecimiento no puede estar determinada por la existencia o

---

<sup>251</sup> Como ya señaló LOMBARDO, S., (Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: an economic and comparative analysis of the allocation of policy competence in the European Union, EBOR, 2003-4, pág.306.) esta argumentación establece que el art. 293 TCE se configura como un medio auxiliar que no esencial, para el ejercicio de la libertad de establecimiento.

no de un tratado o convenio relativo al reconocimiento recíproco de las sociedades.

En segundo lugar, se desarrolla una amplia fundamentación explicativa a cerca de la sentencia *Daily Mail and General Trust*, que pretendía básicamente distinguir entre dicho caso, el caso *Centros* y el caso estudiado. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea explica que en *Daily Mail* el problema se suscitaba entre una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro, que tenía en dicho Estado, tanto su domicilio social estatutario como el domicilio social efectivo. Dicha sociedad quería trasladar este último a otro Estado miembro sin perder su personalidad jurídica ni su condición de sociedad inglesa, para lo cual necesitaba una autorización de los órganos competentes en el Reino Unido. Ahora bien, de acuerdo con el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, una sociedad constituida en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea destacó tanto las divergencias entre las legislaciones nacionales, en cuanto al elemento de conexión con el territorio nacional exigido para la constitución de una sociedad, como la posibilidad de que, una vez constituida, dicha sociedad modifique este elemento de conexión. Debido a la falta de un

Tratado o convenio entre los distintos Estados miembros, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea llegó a la conclusión de que las modalidades para efectuar estos traslados, están determinadas por la legislación nacional conforme a la cual se ha constituido la sociedad.

En estas circunstancias, de acuerdo con la opinión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los Estados miembros pueden imponer a las sociedades constituidas de acuerdo con su ordenamiento jurídico, restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio para conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de dicho Estado.

En referencia a la aplicación del modelo normativo de sede real en Alemania, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea llega a la conclusión de que, a pesar de que sus objetivos son proteger los intereses de los acreedores, trabajadores, socios minoritarios e inclusive la Hacienda Pública, estos objetivos no pueden justificar que se niegue la capacidad jurídica de una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro, puesto que una medida de este tipo equivaldría a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 43 y 48 TCE.

Una de las principales razones por las cuales esta Sentencia ha tenido repercusión se explica si analizamos detenidamente los fundamentos en los cuales se basa el Tribunal para emitir su veredicto. Esto se debe probablemente a que si bien es cierto que con la sentencia *Centros* se "restableció", por decirlo de alguna manera, la línea interpretativa iniciada con *Segers*, en esta el Tribunal tuvo el cuidado de querer explicar las razones por las cuales *Daily Mail* no podía aplicarse al presente caso.

Aunque en un principio hubiera parecido que el caso *Überseering* estaba comprendido entre aquellos casos que tratan un problema de aplicación del derecho de establecimiento secundario (pues el asunto deriva de una falta de reconocimiento de la personalidad jurídica de *Überseering* en Alemania), lo cierto es que el problema parte del traslado *de facto* del centro de administración principal o de lo que en ciertos EEMM se conoce como *sede real*, de Holanda a Alemania.

Quizá el factor que ha confundido, es el énfasis en el principio de igualdad de trato establecido en el párrafo segundo del artículo 43 del Tratado CE. Sin embargo dicho principio se aplica en el segundo paso del problema a estudio. El primer paso, y he aquí la aportación más relevante de esta sentencia, es el reconocimiento automático de la personalidad jurídica de una

sociedad que actúa como tal<sup>252</sup> – en este caso Überseering es una sociedad holandesa que actuaba en Alemania como sociedad holandesa – de manera que se le aplica la protección que el artículo 43 del Tratado CE reconoce a las sociedades constituidas de conformidad con la ley de un Estado miembro, para actuar en otro sin ser discriminada en éste en razón de su extranjería, en este caso a pesar de que el capital de la empresa había pasado a ser cien por cien alemán, no había modificación alguna en cuanto a la persona jurídica, en cuanto a la ley que regía el contrato de sociedad, ni en cuanto al registro de la misma.

De esta manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea establece que la *lex societatis* aplicable a las sociedades que han trasladado su sede del Estado donde se han constituido a otro Estado miembro de la CE, es la del Estado donde fueron constituidas<sup>253</sup>, reconociendo entonces la aplicabilidad a nivel

---

<sup>252</sup> En este sentido, LOMBARDO, S., (*Conflicts of Law Rules...*, op. cit., pág. 312) quien resalta el cambio de postura del TJCE y lo compara con el sistema americano, criticando además el modelo de sede real por su ineficiencia al precluir *ex ante* la posibilidad de utilizar ordenamientos jurídicos extranjeros mas eficientes.

<sup>253</sup> Este parecer fue primero expresado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.; La sentencia Überseering y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro; RDM No. 248, 2003, pg. 677.

comunitario del modelo de constitución<sup>254</sup>. Así, este caso pudo plantearse en Alemania porque en primer lugar el Derecho holandés otorga a sus sociedades – en este caso a *Überseering* – la libertad de trasladar su domicilio social efectivo a otro país, independientemente de que el receptor sea o no un Estado miembro de la UE. Una vez realizado el traslado, dentro del territorio de la UE, y puesto que, como ya hemos aclarado, el Tratado CE, reconoce a los Estados miembros la libertad de decidir si permiten o no a sus sociedades trasladar su sede social efectiva o la de registro, el Estado miembro receptor –en este caso Alemania – de conformidad con las disposiciones del Tratado CE– no puede negarse a reconocer a esa sociedad extranjera legalmente constituida de acuerdo con las normas de su país de origen<sup>255</sup>.

---

También WOOLDRIDGE, F.; “*Überseering: Freedom of establishment...*”; op. cit., pg. 234.

<sup>254</sup> Contraria a esta opinión se expresa ROTHE, N. (Freedom of establishment of legal persons within the European Union: an analysis of the European Court of Justice decision in the *Überseering* case; Am. U. L. Rev., 2004, Vol. 53, pág. 1135.) quien analiza esta sentencia tomando en cuenta únicamente el reconocimiento de la capacidad procesal de la sociedad holandesa frente a los tribunales alemanes.

<sup>255</sup> Ya apuntaba a esta solución, CHARNY, D.; “*Competition among jurisdictions...*”, op. cit., pg. 430.

Un problema distinto habría sido el caso de las sociedades constituidas en Estados que utilizan el modelo de sede real y que por tanto obligan a dichas sociedades a disolverse como tales en el Estado originario y volver a constituirse en el Estado de destino<sup>256</sup> en caso de traslado de su domicilio social efectivo. Sin embargo, después de la sentencia *Cartesio*, anteriormente analizada, queda claro que si el Estado de origen decide no poner al alcance de las sociedades constituidas bajo sus normas, la posibilidad de trasladar su domicilio social efectivo, éstas deberán acatar dichas limitaciones y, en caso de traslado, regularizar su situación a través de la liquidación en el Estado de origen y posterior constitución en el Estado de destino. En este sentido, parte de la doctrina alemana propuso, en un primer momento, la posibilidad de regular el cambio de *lex societatis*<sup>257</sup>,

---

<sup>256</sup> Tal sería el caso, por ejemplo, de las sociedades alemanas que quisieran trasladar su sede social a otro Estado de la UE. Como en el Estado de destino se aplicaría directamente el Derecho nacional alemán, y este obliga a las sociedades constituidas bajo dicho Derecho a que la sede social y la sede estatutaria coincidan, a la sociedad no le quedaría más solución que disolverse y volver a constituirse en el Estado de destino.

<sup>257</sup> En este sentido se expresa ROTH, W-H., "From Centros to Ueberseering: free movement of companies, private international law, and community law", *Int. & Comp. Law Q.*, 2003, Vol. 52, pág. 198 y sig., quien además criticaba al TJCE por establecer el criterio de que el Estado de origen, pueda impedir a las sociedades constituidas bajo su

sin embargo, en la actualidad, existe un proceso de reforma legislativa en la materia, que de llegar a término, al menos en el caso alemán, adoptará el sistema más flexible en la materia<sup>258</sup>.

b'.- Sevic Systems

En 2002 SEVIC Systems AG, sociedad alemana, y Security Vision Concept SA, sociedad luxemburguesa, firmaron un contrato de fusión a través del cual la empresa alemana absorbería a la luxemburguesa, transmitiendo ésta todo su patrimonio a la primera. Sin embargo al intentar inscribir esta fusión en el Registro Mercantil correspondiente, éste deniega la solicitud alegando que la normativa alemana de fusiones prevé únicamente las fusiones entre sujetos de Derecho con domicilio social en Alemania. A continuación SEVIC interpuso recurso contra esta resolución ante el *Landgericht* Koblenz, quien suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una cuestión prejudicial:

---

ordenamiento jurídico, que estas puedan trasladar su sede social a otro Estado miembro.

<sup>258</sup> Al respecto SONNENBERGER, H. J., (ed.); *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.



PAOLA RODAS PAREDES

*“Los artículos 43 CE y 48CE, ¿deben interpretarse en el sentido de que es contrario a la libertad de establecimiento de las sociedades denegar a una sociedad europea extranjera la inscripción en el Registro Mercantil alemán de su fusión proyectada con una sociedad alemana con arreglo a lo dispuesto en los artículos 16 y siguientes de la Umwandlungsgesetz debido a que el artículo 1, apartado 1, número 1, de dicha Ley tan sólo contempla la transformación de entidades jurídicas con domicilio social en Alemania?”*

De acuerdo con las conclusiones del Abogado General, el Tribunal estimó que el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso que se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado, haciendo posible la participación efectiva de los operadores económicos interesados en la vida económica del referido Estado miembro, en las mismas condiciones que las aplicables a los operadores nacionales.

En el presente caso, las operaciones de fusiones transfronterizas constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento, puesto que permiten, mediante una sola operación, comenzar a ejercer una actividad dada sin solución de continuidad, reduciendo las complicaciones, demoras y costes

resultantes de otras formas de agrupación de las sociedades. En la medida en que el Derecho alemán establece una diferencia de trato entre sociedades según la naturaleza interna o transfronteriza de la fusión, se puede establecer que existe una restricción en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE, que es contraria al derecho de establecimiento y que sólo puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general.

No caben pues, los alegatos del gobierno alemán en el sentido de que las fusiones transfronterizas presenten problemas específicos y que la solución a dichos problemas suponga la existencia de normas específicas destinadas a proteger los referidos intereses en el contexto de una fusión transfronteriza que conlleva la aplicación de varios ordenamientos jurídicos nacionales a una sola operación jurídica. Debe recordarse que, si bien es cierto que las normas comunitarias de armonización son útiles para facilitar las fusiones transfronterizas, la existencia de tales normas de armonización no puede erigirse en requisito previo para la aplicación de la libertad de establecimiento.

Por ello, concluye el Tribunal de Justicia de la Comunidad, los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] se oponen a que se deniegue por parte del Registro mercantil o de sociedades

de un Estado Miembro, de forma general y sistemática, la inscripción de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad, cuando a su vez una de las sociedades implicadas en la fusión tenga su domicilio social en otro Estado miembro. Esta denegación es contraria al Tratado CE si la inscripción de ese tipo de fusiones es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del Estado miembro del Registro mercantil o de sociedades correspondiente.

Para valorar correctamente esta sentencia, debe tenerse en cuenta que, cuando fue dictada, la Directiva relativa a las fusiones transfronterizas<sup>259</sup> todavía no había sido aprobada por el Consejo. Por tanto, eran de aplicación al caso los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] en relación al derecho de establecimiento primario. Con la reciente aprobación de esta Directiva, consideramos que resulta difícil que vuelva a presentarse dudas sobre el derecho de una sociedad a poder inscribir una fusión transfronteriza, debido a la claridad con la que se expresa el nuevo texto legal, que deja poco lugar a dudas

---

<sup>259</sup> Actualmente, Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005.

sobre la aplicación y compatibilidad de este tipo de fusiones con el Tratado CE<sup>260</sup>.

La fusión de sociedades es una modificación estructural que como tal puede tener como resultado la creación *ex novo* de una persona jurídica o la continuidad de una de las sociedades originarias, siendo las otras absorbida por la primera. En cualquier caso, y a los efectos de este trabajo, la relevancia que tiene la posibilidad de fusión para la movilidad societaria radica en que, dadas las características de la fusión, esta permite el traslado efectivo de la sede social de una de las sociedades que se fusionan<sup>261</sup> de manera que, por vía de la fusión transfronteriza, se puede conseguir el objetivo final de trasladar efectivamente la sede social<sup>262</sup>.

Otro importante aspecto de esta sentencia, en relación con la Directiva de fusiones transfronterizas es que ha supuesto un límite

---

<sup>260</sup> Véase Art. 3 Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Este artículo señala que:

<sup>261</sup> Comparte esta opinión VOSESSTEIN, G.-J.: "Companies' freedom of establishment after *Sevic*", ECL, Vol. 3, I. 4, 2006, pg. 182.

<sup>262</sup> Respecto a la problemática de la fusión en relación a nuestro tema de estudio, ver *supra* I.2.B

a la libertad de los Estados miembros a la hora de implementar dicha Directiva en sus legislaciones nacionales, de manera que la implementación en estas legislaciones no solo debe tener en cuenta los mínimos establecidos por la Directiva, sino que al mismo tiempo deberá cumplir con la doctrina de los “requisitos imperativos”<sup>263</sup> de manera tal que la legislación implementada deberá encontrar los elementos menos restrictivos posibles a la libertad de establecimiento<sup>264</sup>.

#### A. Derecho de establecimiento secundario

Es el derecho que el TCE reconoce a todas las personas jurídicas a establecer, en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstas fueron constituidas, una sucursal, O FILIAL.

---

<sup>263</sup> Doctrina desarrollada por el TJCE entre otras, a través de las sentencias *Cassis de Dijon*, C-120/78, *Rewe-Zentral AG*, C-120/78; *Futura Participations SA*, C-250/95; *Gebhard*, C-55/94 para. 37: *las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.*

<sup>264</sup> También en este sentido, ANGELETTE, B.: “The revolution that never came and the revolution coming, De Lasteyrie du Saillant, Marks&Spencer, Sevic Systems and the changing corporate law in Europe”, *Va. L. Rev.*, vol. 92, 2006, pg. 1214.

**a. Problemas de reconocimiento de la sucursal**

En ambos casos se tratan los problemas que se derivaron del reconocimiento de la legalidad de la sucursal en el Estado de destino.

*i. Segers*<sup>265</sup>

Los hechos que dan lugar al Asunto 79/85 proporcionaron al Tribunal de Justicia la primera oportunidad de pronunciarse acerca de una situación de abuso que puede ampararse en la libertad de establecimiento en relación al reconocimiento del derecho de establecimiento secundario.

El Sr. Segers, de nacionalidad holandesa era el director de una empresa con domicilio social en los Países Bajos. Para ampliar sus operaciones de intermediación en el mercado financiero, constituyó en el Reino Unido una *private company limited by shares* en junio de 1981, transformando seguidamente, su empresa holandesa en una filial de la sociedad británica, sin dejar de realizar sus actividades principales en los Países Bajos.

---

<sup>265</sup> Asunto 79/85, Rec. 1986, pg. 2375 y sig.

En este contexto y con el fin de acogerse a los beneficios que establece la ley neerlandesa relativa al seguro de enfermedad, en julio de 1981 el Sr. Segers se dirige a la "Asociación profesional del sector bancario, de los seguros, del comercio mayorista y de las profesiones liberales" para solicitar una baja por enfermedad, siendo rechazada su petición. Los argumentos para la negación se basaban en el hecho de que el Sr. Segers no tenía ningún contrato de trabajo con la sociedad británica (*Slenderose Limited*) y que consecuentemente no estaba subordinado a un empleador. En el mismo sentido, para esta Asociación, la transformación de una empresa de un Estado miembro en filial de una sociedad establecida en otro Estado miembro podría permitir a los nacionales del primer Estado sustraerse a la aplicación de su legislación nacional. Recurrida esta decisión ante los tribunales holandeses, se desestimó la demanda en primera instancia. En la apelación el señor Segers se remitió a la última jurisprudencia del *Centrale Raad van Beroep*, conforme a la cuál el administrador de una sociedad, aunque posea el mismo la mitad o más de las participaciones (como era el caso), debía ser considerado como trabajador por cuenta ajena a los efectos de estas prestaciones. Al respecto de este argumento la Asociación alegó que dicha jurisprudencia debía aplicarse solamente a los administradores

de sociedades cuya constitución se hubiera registrado en los Países Bajos y no en el de las sociedades constituidas en el extranjero<sup>266</sup>.

A la vista de estas alegaciones el *Centrale Raad van Beroep*, planteó dos cuestiones prejudiciales en las cuales en esencia se preguntaba al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea si los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios (arts. 52, 58, 60 y 66 TCE) obligaban a juez holandés a no hacer diferencias entre los directores de una sociedad neerlandesa y los de una sociedad constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, incluso si es manifiesto que esta última no ejerce actividades en el otro Estado sino únicamente en los Países Bajos.

De acuerdo con los fundamentos desarrollados en la sentencia, el Tribunal determinó que los artículos 52 y 58 del Tratado CEE prohíben a las autoridades competentes de un Estado miembro excluir del beneficio de baja por enfermedad al administrador de una sociedad basándose en que dicha sociedad se hubiera constituido de acuerdo con el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro donde a pesar de tener su sede social no conduzca ningún tipo de negocio.

---

<sup>266</sup> F.5.



Esta sentencia tocaba un tema secundario desde el punto de vista de nuestro estudio acerca de los modelos normativos para determinar la *lex societatis* aplicable a las sociedades; sin embargo, es interesante hacer referencia a ella por ser una de las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que empieza a marcar las líneas de interpretación de los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] acerca de la libertad de establecimiento.

La importancia que reviste esta sentencia se puede apreciar si se toma en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a través de la misma reconoce que la libertad de establecimiento prevista en los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] prevé que las personas jurídicas, independientemente del lugar en que hayan sido constituidas (dentro de la Unión Europea), puedan trasladar su domicilio social a cualquier otro Estado miembro. Esto es, sencillamente reconoce y da plena validez a la aplicación del modelo de constitución a nivel comunitario.

En contra de esta postura se ha argumentado<sup>267</sup> que dicha sentencia en realidad no establece la aplicación directa de los artículos 43 y 48 del Tratado CE, puesto que a través de los

---

<sup>267</sup> RAMMELOO, S.: “*Corporations*...”, op. cit., pág. 44.

hechos se puede apreciar que en realidad no era necesario ya que ambos Estados miembros (el Reino Unido y los Países Bajos) han adoptado el modelo de constitución. En este sentido, era más que lógico, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea llegara a la conclusión que al reconocer la personalidad jurídica de la sociedad extranjera en el Estado de destino, consecuentemente se debería aceptar que los administradores de dicha sociedad extranjera tuvieran los mismos beneficios que los que administraban sociedades constituidas bajo las leyes locales.

Estos argumentos no son del todo acertados, en el sentido de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dejó claramente establecido<sup>268</sup> que el reconocimiento de la personalidad jurídica de esta sociedad, y por tanto la aplicabilidad a la misma de los beneficios correspondientes a sus administradores, no se debió a que su legislación (esto es, el ordenamiento jurídico del Reino Unido) y la legislación del Estado de destino (en este caso, los Países Bajos) coincidieran en utilizar el modelo de constitución para determinar la *lex societatis* de la sociedad extranjera. Cuestión cierta, pero que sin embargo carece de relevancia en este problema, principalmente porque la

---

<sup>268</sup> F. 16

óptica desde la que se enfoca el asunto parte de la relación entre la legislación de dos Estados Miembros de la UE, y no desde el estricto punto de vista del Derecho Internacional Privado [no se puede actuar como si la UE no existiera] Se debió a que la Libertad de Establecimiento reconocida por el TCE establecía, a través de los artículos 43 y 48 del mismo, que dicha sociedad extranjera debería beneficiarse del Derecho de Establecimiento<sup>269</sup>, y que por tanto el administrador sr. *Segers* tenía derecho a los beneficios que reclamaba.

*ii. Centros*<sup>270</sup>

Este caso es, debido a las repercusiones posteriores, uno de los más comentados de entre todos los que han sido dictaminados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por ello creemos de suma importancia extendernos un poco en el estudio de los hechos y las alegaciones de las partes para posteriormente valorar el significado de los mismos y, acaso brevemente, referirnos a sus múltiples consecuencias.

En el año 1992, el matrimonio Bryde, de nacionalidad danesa y con domicilio en Dinamarca, adquirió la dos únicas

---

<sup>269</sup> COMMISSION v. FRANCIA

<sup>270</sup> Asunto C-219/97

participaciones de la sociedad *Centros Ltd.*, una *private limited company*, constituida poco tiempo antes conforme a la normativa inglesa y domiciliada en el Reino Unido. Una vez realizadas estas acciones, la señora Bryde, como administradora única de *Centros*, solicitó al *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (Dirección General de Comercio y Sociedades) la inscripción de una sucursal de esta sociedad en Dinamarca, a lo que se negó el organismo, basando esta negativa en que *Centros* no ejercía ninguna actividad comercial en el Reino Unido, y que en realidad su objetivo era el de constituir en Dinamarca su establecimiento principal eludiendo las normas relativas al desembolso de un capital mínimo obligatorio para las sociedades constituidas con arreglo a la normativa danesa vigente.

Así las cosas *Centros* recurre el fallo contra la resolución denegatoria ante el *Ostre Landsret*, que al confirmar dicha negativa, dio lugar a un segundo recurso ante el *Højesteret*. En el marco de este procedimiento, el *Højesteret* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en la que planteaba la compatibilidad con el artículo 52 del Tratado CE, en relación con los artículos 56 y 58 del Tratado CE, de la denegación de la inscripción de una sucursal de una sociedad legalmente constituida en un Estado miembro en otro, cuando la referida sociedad no ejerce, ella misma, ninguna actividad comercial y se ha creado con la finalidad de

ejercer toda su actividad en el otro Estado, y cuando cabe considerar que se ha utilizado este método con la finalidad de evitar la obligación de desembolsar una cantidad mínima en concepto de capital social, de acuerdo con el Derecho del Estado donde pretende establecerse la sucursal.

El Tribunal llega a la conclusión de que los artículos 52 y 58 del Tratado CE se oponen a que un Estado miembro deniegue la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social sin ejercer en él ninguna actividad comercial, cuando la sucursal está destinada a permitir que la sociedad controvertida ejerza toda su actividad en el Estado en que dicha sucursal se encontrara establecida, evitando que se cree en éste una sociedad y eludiendo así la aplicación de las normas sobre constitución de sociedades, que son más rigurosas en él en materia de desembolso de un capital social mínimo. Sin embargo, también reconoce el derecho de los Estados a adoptar cualquier medida apropiada para prevenir o sancionar fraudes, ya sea en relación a la propia sociedad, o con respecto a los socios con relación a los cuales se haya demostrado que en realidad lo que pretendan sea eludir sus obligaciones para con los acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado.

Mucho se ha escrito ya con respecto a las implicaciones jurídicas que esta sentencia ha tenido<sup>271</sup>. En primer lugar algunos autores consideran que a través de *Centros*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha establecido que el artículo 43 del TCE establece como modelo normativo para los Estados miembros, el modelo de constitución, esto debido a que al aceptar los argumentos de *Centros* en cuanto a que no se puede prohibir a una sociedad constituida bajo las normas de un Estado miembro, que ésta establezca una sucursal en otro Estado miembro, se estaría exhortando a todos los Estados miembros a que reconozcan automáticamente a las personas jurídicas constituidas en otro Estado miembro<sup>272</sup>. Reconocimiento este que es la base del modelo de constitución, lo cual también trae como

---

<sup>271</sup> En la doctrina española se puede encontrar un interesante análisis de los comentarios que esta sentencia ha inspirado en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; *La Sentencia "Centros": el status quaestionis un año después*, NUE Núm. 195, 2001, pág. 79-95.

<sup>272</sup> Se expresan a favor de este reconocimiento de la personalidad jurídica: ZIMMER, D., *Private International Law*..., op. cit., pág. 595, GRUNDMANN, S., *The structure of*..., pág. 611, HANSEN, J. L.: "A new look at Centros"..., op. cit., pg. 93, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La influencia del Derecho Comunitario en la configuración*... etc. pág. 328, ROTHE, N., *Freedom of establishment of legal persons*..., pág. 1134, SIEMS, M., *Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st. Century*, European Law Review No. 27, 2002, pág. 51, y VELASCO SAN PEDRO, L.A.; SANCHEZ FELIPE, J.M., *La libertad de establecimiento*..., op. cit., pág. 29,

consecuencia lógica la afirmación de que el modelo de sede real es incompatible con las disposiciones del Tratado CE<sup>273</sup> puesto que dicho modelo se basa en una regla general de no reconocimiento de la personalidad jurídica basada en el argumento de que al no coincidir la sede estatutaria con la sede real de la sociedad se estaría incurriendo en *fraude de ley*<sup>274</sup>, puesto que se presume que la disparidad entre una y otra sede intenta evitar que se aplique la ley del Estado donde se sitúa la sede real para defraudar al Estado de destino, a los acreedores de la sociedad, etc.

Reconocida dicha incompatibilidad, han surgido dos posibilidades en cuanto al modelo normativo que se debe

---

<sup>273</sup> En este punto en particular coinciden entre otros: GARCIMARTÍN ALFÉREZ (que expresa claramente su opinión al respecto de este tema a través de toda su bibliografía pero especialmente en *La Sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales 2000, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org)), LOMBARDO, S. (*Conflict of Law Rules*... , pág. 304); en contra ROTHE, N. (*Freedom of establishment of legal persons*...etc. pág. 1134) quien interpreta las decisiones del TJCE desde un punto de vista restringido argumentando que si bien el fallo establece que se debe reconocer la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, el fallo no determina cual ha de ser la ley que regirá a la sociedad después de este inicial reconocimiento.

<sup>274</sup> Critica esta interpretación, entre otros, ZIMMER, D.; *Private Internacional Law*... , op. cit., pág. 589.

emplear en estos casos: el llamado “*modelo de superposición*”, que establece que la *lex societatis* es la ley conforme a la cual la sociedad se haya constituido y, por consiguiente, si se ha constituido válidamente, la sociedad debe ser reconocida aunque localice su sede real en el territorio de otro Estado. No obstante, a los terceros y a los accionistas minoritarios hay que concederles el derecho a invocar las normas imperativas de la ley del Estado donde la sociedad tenga su sede real. Es así que estas normas se “superponen” sobre la ley de constitución para evitar que estos intereses queden desprotegidos<sup>275</sup>.

Este modelo es ampliamente criticable por dos razones: en primer lugar, porque al aplicarse se produce *de facto* un modelo de sede real, ya que conlleva la aplicación cumulativa de dos normas al régimen societario, lo cual plantea graves problemas de ajuste o contradicción normativa y genera una incertidumbre absoluta, ya que los socios no pueden prever *ex ante* cual ha de ser su nivel de responsabilidad. En segundo lugar, el modelo de superposición contradice el principio de equivalencia de

---

<sup>275</sup> Según nos explica GARCIMARTÍN, en *La Sentencia “Centros”: el status quaestionis* ..., op. cit., pág. 88; el principal exponente de esta opinión es SANDROCK, *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, BerDGesVR, 1978, pág. 169 y sig.



ordenamientos<sup>276</sup>, y es que el fundamento de la “superposición” del Derecho nacional se basa en reconocer como *insuficiente* la protección que garantiza el Derecho extranjero. Lo cual es criticable puesto que *Centros* establece con claridad que el “control”, es decir la normativa que se debe aplicar a la sociedad extranjera que quiere establecer una sucursal en otro Estado miembro, corresponde al Estado de origen, puesto que es su ordenamiento jurídico el que rige a la sociedad, y no el de destino.

Por todo ello, creemos que la tesis más correcta es la que establece un modelo de constitución acompañado de conexiones especiales<sup>277</sup>, conexiones que serían permisibles solamente en el caso de estar justificadas objetivamente. La identificación de estas conexiones especiales dependerá del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sin embargo, se pueden adelantar

---

<sup>276</sup> Debemos recordar que el TCJE en el Fundamento 28 de la sentencia que nos ocupa señaló que las sociedades constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado pueden establecerse en los demás y, a estos efectos, es irrelevante que el Derecho de sociedades no este armonizado, para mayor aclaración, en las conclusiones del abogado general quedo clara la idea de que esta afirmación se fundamenta en el principio de equivalencia de los ordenamientos (F. 21).

<sup>277</sup> Explica ampliamente las implicaciones de estas conexiones especiales GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, 2002, pág. 251 y sig.

unos cuantos criterios: la idea de que la protección de los accionistas minoritarios justifica una conexión especial no parece justificada, puesto que quien forma parte voluntariamente de una sociedad extranjera debe asumir el régimen de la *lex societatis* que rige dicha sociedad; en segundo lugar la protección de terceros acreedores sociales podría justificar la exigencia de una constancia registral completa del tipo societario y del ordenamiento jurídico conforme al que se ha constituido, y la de una conexión especial de protección del tráfico en materia de capacidad y responsabilidad. Por último, se ha propuesto la creación de una conexión especial para los derechos de cogestión de los trabajadores, que se vincularía a la *lex loci laboris*.

A pesar de todos estos argumentos, y antes de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea aclarara aun más su postura en la sentencia que estudiaremos a continuación, hubo autores<sup>278</sup> que vieron en ésta simplemente una “*abierta contradicción*” con el Derecho derivado de sociedades y con los principios básicos

---

<sup>278</sup> Es el caso de SANCHEZ LORENZO, S.: El derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “Sede real” en el ámbito comunitario; AEDIPr. T. 0, 2000, pág. 155 y sig., y SANCHO VILLA, D.: La dudosa compatibilidad con el derecho comunitario de la construcción doctrinal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd., La Ley, Unión Europea, 1999, pág.1 y sig.

de la libre circulación de servicios, basando dichas apreciaciones en el Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de 1961<sup>279</sup>, que en el caso del establecimiento de sucursales, agencias o filiales exigía “una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado”. Según esta línea de argumentación, dicho requisito previene que las “sociedades ficticias” se beneficien de la libertad de establecimiento, debiendo ser dicha normativa la que se debió aplicar en el presente caso.

No compartimos esta postura por dos razones fundamentales: en primer lugar, que dichos Programas Generales han dejado de ser aplicables, puesto que fueron creados para aplicarse exclusivamente durante un periodo transitorio limitado que ha transcurrido ya. En segundo lugar, estos Programas se aplicaban en el caso de sociedades cuyos vínculos objetivos se localizaran en un tercer Estado que no formara parte de la entonces CEE. Puesto que ese no es el caso de *Centros*, incluso en la hipótesis de que dichos Programas estuvieran todavía vigentes, no se podrían aplicar al caso de nuestro estudio.

---

<sup>279</sup> D.O.C.E., de 15 de enero de 1962, EE. 06/01.

**b. Problemas con la legislación aplicable a las sociedades extranjeras: Inspire Art<sup>280</sup>.**

Esta sentencia resuelve un problema que se presentó a la sucursal de una sociedad constituida en otro Estado miembro, con respecto a la legislación que el Estado miembro de destino había “creado” para dicho tipo de sociedad. Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea nuevamente abordó el tema de la libertad de establecimiento y del derecho al establecimiento secundario. Estos temas, que ya habían sido tratados en la sentencia *Centros* volvieron a estudiarse y su importancia radica principalmente en que delimita un poco más el ámbito de actuación que el Estado miembro de destino tiene para poder limitar o regular las actividades dentro de su territorio de la sucursal de una sociedad extranjera.

El 28 de julio de 2000 en Folkestone, Reino Unido, se constituyó como una *private company limited by shares*, *Inspire Art*, su administrador único, domiciliado en La Haya, estaba facultado para actuar en solitario y autónomamente en nombre de la sociedad. La denominación social con la que la sociedad decidió actuar en el mercado fue *Inspire Art Ltd.*, especializada en el

---

<sup>280</sup> Asunto C-167/01, Recopilación de jurisprudencia 2003 pg. I-10155 y sig.

sector de la venta de objetos de arte y con una sucursal en Amsterdam.

*Inspire Art* se inscribió en el Registro Mercantil de Amsterdam sin que constara que se trataba de una “*sociedad formalmente extranjera*”, mención obligatoria – tal y como se infiere de lo dispuesto en el Artículo 1 de la *Wet op formeel Buitenlandse Vennootschappen* (WFBV)– , para toda sociedad de capital, con personalidad jurídica, constituida de conformidad con una legislación distinta de la neerlandesa y que desarrolle sus actividades, total o casi totalmente, en los Países Bajos cuando, además, dicha sociedad no tenga un vínculo real con el Estado donde rige la legislación con arreglo a la cual fue constituida. En el mismo sentido, los artículos 2 a 5 de la WFBV imponen a las sociedades formalmente extranjeras la obligación de indicar esta calificación en sus documentos así como de suscribir un capital equivalente, por lo menos, al capital mínimo exigido a las sociedades de responsabilidad limitada neerlandesa y a poseer unos fondos propios por lo menos iguales al capital mínimo. La infracción de estas disposiciones lleva aparejada la responsabilidad solidaria, junto con la sociedad, de los administradores respecto de todos los actos jurídicos realizados durante su administración en nombre de aquella.

El 30 de octubre de 2000, la Cámara de Comercio e industria de Amsterdam (*Kamer van Koophandel Fabriken loor Amsterdam*), estimando que la mención de ser una *sociedad formalmente extranjera* era obligatoria en el caso de *Inspire Art* puesto que dicha sociedad sólo ejercía sus actividades comerciales en los Países Bajos, solicitó al *Kantongerecht* de Amsterdam que ordenase a la misma completar la inscripción en el Registro Mercantil. Presentada la demanda, *Inspire Art* negó que su inscripción hubiera sido incompleta aduciendo que no reunía los requisitos del artículo 1 de la WFBV. Y que en el caso de que así fuera dicha norma era contraria al Derecho comunitario, en particular a los artículos 43 y 48 CE.

En febrero de 2001 el *Kantongerecht* de Amsterdam declaró que *Inspire Art* reunía los requisitos establecidos en el artículo 1 de la WFBV, debiendo considerársela como una *sociedad formalmente extranjera*. Sin embargo, en cuanto a la compatibilidad de dicha norma con el Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea:

1. ¿Deben interpretarse los artículos 43 y 48 CE en el sentido de que prohíben que los Países Bajos, basándose en la *Wet op Formeel Buitenlandse Vernootschappen*, de 17 de diciembre de 1997, sometan a requisitos adicionales, como los contenidos en

los artículos 2 a 5 de dicha Ley, la creación en los Países Bajos de un establecimiento secundario de una sociedad constituida en el Reino Unido con la única finalidad de obtener determinadas ventajas en relación con las sociedades constituidas según el Derecho de los Países Bajos, el cual impone requisitos más estrictos que el Derecho inglés en materia de constitución de la sociedad y de desembolso de las acciones, finalidad que la ley neerlandesa infiere de la circunstancia de que la sociedad ejerce sus actividades total o casi totalmente en los Países Bajos y no tiene un vínculo real con el Estado donde rige el Derecho con arreglo al cual fue constituida?

2. En caso de que estas disposiciones deban interpretarse en el sentido de que lo dispuesto en la Wet op Formeel Buitenlandse Vernootschappen, es incompatible con los referidos artículos, ¿debe interpretarse el artículo 46 del Tratado CE en el sentido de que lo dispuesto en los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] no obsta a la aplicabilidad del régimen neerlandés de la Wet op Formeel Buitenlandse Vernootschappen, por contener ésta disposiciones que están justificadas por las razones aducidas por el legislador neerlandés?

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea determinó, en primer lugar, que es irrelevante, a efectos de la aplicación directa de los Art. 49 y 54 TFUE [anteriormente Art. 43 y 48 TCE] sobre

libertad de establecimiento, que la sociedad haya sido constituida en un Estado miembro con el único objeto de establecerse en otro Estado miembro, donde ejercería la totalidad de sus actividades económicas. Esta cuestión es distinta de la de determinar si un Estado miembro puede adoptar medidas para impedir que recurriendo a las posibilidades que ofrece el Tratado CE, algunos de sus nacionales intenten eludir de modo abusivo la aplicación de su legislación nacional.

Al respecto de este punto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea considera que las disposiciones de la WFBV imponen obligaciones adicionales cuya consecuencia directa es una aplicación imperativa de las normas neerlandesas del Derecho de sociedades sobre capital mínimo y responsabilidad de los administradores de las sociedades extranjeras, que ejercen su actividad exclusivamente, o casi exclusivamente, en los Países Bajos. Por tanto, se estima que la creación de una sucursal por parte de este tipo de sociedades, al estar sometida a algunas de las normas vigentes en el Estado de destino, obstaculiza su derecho de establecimiento y constituye una restricción a las libertades garantizadas por los artículos 43 y 48 del Tratado CE.

En lo que se refiere a la aplicación de la normativa establecida por la WFBV, estaría justificada debido a que su objetivo es luchar contra el fraude, proteger a los acreedores y garantizar la



eficacia de los controles tributarios. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea recuerda que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para estar justificadas: 1, que se apliquen de manera no discriminatoria; 2, que encuentren justificación en razones imperiosas de interés general; 3, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen; y 4, que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Puesto que *Inspire Art* se presenta al tráfico económico como una sociedad *inglesa* sus acreedores potenciales están suficientemente informados de que se les aplica una legislación diferente de la que regula la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en los Países Bajos. Por último, señala el Tribunal, el artículo 2 de la Undécima Directiva se opone a una normativa nacional, como la WFBV, que impone obligaciones de publicidad no previstas en dicha Directiva a la sucursal de una sociedad constituida en conformidad con la legislación de otro Estado miembro.

Esta sentencia profundiza un poco más en la delimitación del Derecho de Establecimiento secundario. Como hemos analizado anteriormente ya, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea había declarado que los Estados miembros debían

reconocer la personalidad jurídica de aquellas sociedades, constituidas en otro Estado miembro que desearan establecer una sucursal en sus respectivos Estados incluso en el caso de que dichas sociedades no ejercieran sus actividades principales en el Estado donde fueron constituidas. Sin embargo, en el caso *Centros*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reconoció también el derecho del Estado de destino a regular, a través de su legislación nacional, las actuaciones de dichas sucursales<sup>281</sup>. En este caso se trató de dilucidar si la legislación nacional que el Estado de destino (en este caso los Países Bajos) aplicaba a las sucursales de sociedades extranjeras podía o no aplicarse a las mismas.

Como ya hemos relatado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dictaminó que la legislación que se pretendía aplicar contenía medidas desproporcionadas para evitar dicho fraude, declarando dichas normas como incompatibles con los artículos 43 y 48 del Tratado CE. Opinión esta con la que concordamos, pues una vez revisada dicha legislación, se puede apreciar que

---

<sup>281</sup> Según establecía el F. 24 de *Centros*: "... un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta...".

sometía a las sociedades extranjeras a requisitos estrictos, no solo en cuanto a cuestiones formales y de información pública, sino también en cuanto a la exigencia del cumplimiento de mínimos de capital social adicionales a los que podría haber fijado el ordenamiento jurídico originario de la sociedad extranjera. En este punto, sin embargo, nos hacemos eco de las críticas que surgieron en torno a esta decisión<sup>282</sup>, en cuanto a que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, si bien estableció como inaplicable en este caso específico la legislación neerlandesa, no determinó concretamente cuales deben ser los parámetros que permitan a los legisladores nacionales regular las actividades de las sociedades extranjeras que deseen crear un establecimiento secundario en sus territorios.

De todas maneras, también creemos necesario mencionar que si bien, en *Inspire Art*, se obvió la especificación de esto parámetros, los mismos se han podido identificar un poco más

---

<sup>282</sup> En este sentido: LOOJESTIJN-CLEARIE, A.; Have the dikes collapsed? *Inspire Art* a further break-through in the freedom of establishment of companies? EBOR 5, 2004, pág. 417; DE KLUIVER, H-J.; "Inspiring a New European Company Law?... ", op. cit., pg. 121., y entre nosotros VAQUERO LÓPEZ, C., Comentario a la STJCE de 30 de Septiembre de 2003, Asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd.*, RdS Núm. 22, 2004, pág.288.

gracias a los casos referidos a las *Golden Shares*<sup>283</sup>, término utilizado para referirse a los mecanismos que, con diferente articulación y alcance, adoptaron estos Estados miembros para mantener cierto control por parte del Estado sobre empresas públicas privatizadas que pertenecen a sectores estratégicos tales como las telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, etc<sup>284</sup>.

Esta asimilación a la libertad de establecimiento de una interpretación surgida a través de unos casos originados por poner restricciones a la libertad de circulación de capitales, se encuentra justificada si se toma en cuenta la estrecha conexión entre esta libertad y la de establecimiento, como es sabido, para la creación de un establecimiento principal o secundario en un Estado miembro, es necesaria la importación de capitales; además de que estas *adquisiciones de control* son en realidad una derivación del Derecho de Establecimiento, en cuanto pueden servir para la implantación de una empresa de un Estado

---

<sup>283</sup> Son los Asuntos: C-367/98, Comisión c. Portugal; C-58/99, Comisión c. Italia; C-483/99 Comisión c. Francia; C-503/99, Comisión c. Bélgica; C-463/00 Comisión c. España; y C-98/01, Comisión c. Reino Unido.

<sup>284</sup> En particular sobre estas sentencias, GIPPINI FOURNIER, E.; RODRIGUEZ MÍNGUEZ, J. A.; "Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?"; GJUEC, Núm. 220, 2002, pág. 38 y sig.

miembro a otro<sup>285</sup>. En todo caso, al reconocer como admisible la utilización de estos instrumentos, se ha legitimado la injerencia de los poderes públicos en las empresas privatizadas, restringiendo de esta manera, tanto la libertad de circulación de capitales, como la de establecimiento.

Los requisitos para la admisibilidad de la legitimidad de estas restricciones responden a tres principios: el *principio de neutralidad*, que establece la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. En el caso de la sentencia contra Portugal, el TCJE consideró que la legislación nacional que se pretendía aplicar incumplía dicha prohibición ya que negaba el derecho de inversores extranjeros a adquirir acciones de ciertas empresas portuguesas por encima de un determinado límite<sup>286</sup>. En el caso de la legislación belga, francesa, inglesa y española, no se encontró incumplimiento en este sentido, ya que dichas legislaciones no distinguían los controles según la nacionalidad de los adquirentes de las participaciones.

---

<sup>285</sup> Tal fue la interpretación que el TJCE dio a esta restricción a la libertad de circulación de capitales en el Fundamento 56 tanto de la Sentencia del Asunto C-367/98, como en el de la del Asunto C-483/99.

<sup>286</sup> F. 39-42 del Asunto C-367/98.

En relación al *principio de necesidad*, en virtud del cual las normas nacionales deben ser adecuadas para garantizar el objetivo perseguido, se estableció que dicho principio concurría tanto en el caso de Francia, que justificaba las medidas en relación con el aseguramiento del abastecimiento de productos petrolíferos, como en el de Bélgica, que lo hacía con respecto al abastecimiento energético. Todo lo contrario del caso portugués, en el cual se encontró que los motivos alegados eran de naturaleza económica (elección de socios estratégicos, reforzamiento de la estructura competitiva, modernización de los medios de producción).

Por último, en relación al *principio de proporcionalidad*<sup>287</sup>, que establece que las restricciones a las libertades comunitarias no deben ser excesivas, se determinó que la legislación francesa era incompatible por tratarse de un régimen de autorizaciones previas que otorgaba un poder discrecional muy amplio al Estado. No siendo este el caso de la legislación belga, ya que su sistema de veto *“ex post”* a favor de la Administración estaba absolutamente reglado, garantizándose de esta manera su control jurisdiccional.

Bajo estos principios subyace la idea del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de que la protección de los *“eventuales*

---

<sup>287</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, también BUSTILLO SAIZ, M. M.: “Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro”, (Segunda Parte), RDM, Núm. 260, 2006, pg. 487 y sig., por otra parte, de acuerdo con SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Privado Europeo*, Granada, 2002, pág.13; este principio y el de *neutralidad*, son los únicos que pueden justificar la limitación a las libertades de circulación. Sin embargo en el *Informe Winter (Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework For Company Law in Europe*, pág. 103, disponible en:

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf)) además de los tres principios mencionados se incluyen el de *intervención mínima*, en el sentido de que estas normas no deben restringir esta libertad más allá de lo necesario; y el de *transparencia*, en el sentido de que las normas que limiten la libertad de establecimiento deberán ser suficientemente transparentes para de esta manera inhibir a la mínima expresión esta restricción.

*acreedores*<sup>288</sup>” es un motivo imperioso de interés general. Protección esta que justifica la limitación de la libertad de establecimiento. Por ello, podemos concluir que actualmente el Derecho de Establecimiento, si bien no ha sido delimitado en su totalidad a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, goza de buenos referentes jurisprudenciales que permiten a los Estados miembros, y por ende a sus órganos jurisdiccionales nacionales, conocer cuales son los parámetros a través de los cuales se puede limitar. La Libertad de Establecimiento, si bien reconoce a los Estados el derecho de elegir como modelo normativo el de sede real, también aplica a nivel comunitario el modelo de constitución para determinar la *lex societatis* que rige las sociedades que desean ya sea trasladar su sede social o implantar un establecimiento secundario en otro Estado miembro.

Quizá una de las conclusiones más interesantes que se pueden obtener de este caso, es la patente muestra de “neutralidad” que en realidad existe en la aplicación de los modelos normativos de determinación de la *lex societatis*<sup>289</sup>, puesto que queda

---

<sup>288</sup> Término utilizado por el Prof. G. SPINDLER para referirse a dicha justificación (Ver: *El derecho Europeo...*, , op. cit., pág.76)

<sup>289</sup> También en este sentido, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: la sentencia del TJCE de



demostrado que realmente el factor que determina la movilidad o no de una sociedad mercantil no es solo la legislación de su Estado de origen, sino también la del Estado de destino, especialmente si, como era el caso en *Inspire Art*, de lo que se trata es de la aplicación de la libertad de establecimiento secundario.

## II. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LOS TIPOS SOCIALES EUROPEOS

Abordar el tratamiento que la libertad de establecimiento recibe de los tipos sociales de Derecho europeo, es complicado. En primer lugar debe tenerse en cuenta que estos tipos sociales se han venido desarrollando desde el principio de la Comunidad Económica Europea<sup>290</sup>, siendo posible recién en 1985, adoptar la primera figura societaria con legislación europea directamente aplicable en todos los Estados miembros<sup>291</sup>.

---

30 de septiembre de 2003 (Asunto C-167/01: "Inspire Art"), DLL, Núm. 5924, 2003.

<sup>290</sup> Como estudiaremos a continuación en relación con la sociedad anónima europea.

<sup>291</sup> Ver el tratamiento de la Agrupación Europea de Interés Económico.

Adoptada durante un período de “esplendor” legislativo, la Agrupación Europea de Interés económico obedecía a planteamientos reguladores distintos a los que en la actualidad inspiran el proceso legislativo de los tipos sociales europeos, pues una vez superada la ralentización que el proceso de adopción de legislación europea sufrió durante la última década del siglo pasado, corresponde a los primeros años del siglo XXI el ser testigo del nacimiento no solo de la largamente esperada Sociedad Anónima Europea, sino también de la Sociedad Cooperativa Europea, ambas fuertemente influenciadas por el creciente interés en regular particularidades propias de épocas más recientes.

Este largo período de “gestación” de los tipos sociales europeos denota su alta conflictividad a la hora de determinar sus características principales, y eso lo que, en la mayoría de los casos, ha provocado que el sistema de fuentes de cada una de ellas sea, cuanto menos, complejo.

Por otra parte, otra consecuencia del alto grado de conflictividad a la hora de conciliar los diversos sistemas legales vigentes a nivel nacional en los Estados miembros en relación con los tipos sociales europeos, es la elección del modelo normativo de sede

real a la hora de regular la cuestión del domicilio social de estos tipos sociales y su traslado de un Estado miembro a otro<sup>292</sup>.

### 1. LA AGRUPACIÓN EUROPEA DE INTERÉS ECONÓMICO

Su principal objetivo es el de crear una entidad con plena capacidad jurídica, que en nuestro ordenamiento se conoce como *sociedad colectiva especial*<sup>293</sup>, su finalidad legal típica es la de “facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios”. En relación a su régimen jurídico, este se regula por lo dispuesto en el propio “contrato de agrupación”, exceptuando las cuestiones relativas a la capacidad de las personas jurídicas y al funcionamiento interno de la sociedad,

---

<sup>292</sup> En efecto, dado que los tipos sociales de Derecho europeo no necesitan plantearse el problema del reconocimiento mutuo, el siguiente “obstáculo” a la movilidad societaria dentro del mercado interior europeo se encuentra en la posibilidad de trasladar el domicilio social de un Estado miembro a otro. En este punto entra en juego el modelo normativo de elección de *lex societatis*, puesto que los tipos sociales europeos, a pesar de serlo, tienen, en mayor o menor medida, elementos del Derecho societario del Estado miembro donde la sociedad tenga su domicilio social, de manera que un traslado de domicilio significa una modificación de la ley aplicable a esos aspectos regulados por el Derecho nacional.

<sup>293</sup> VICENT CHULIÀ, F.; *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, 21ª Ed., Valencia, 2008, pág. 708, sin embargo MENÉNDEZ, A. (dir.); *Lecciones de Derecho mercantil*, Civitas, 4ta. Ed. 2006, pág. 524, solo le reconoce valor de *unión consorcial*.

que se regulan de acuerdo con lo establecido por la ley nacional del Estado donde la AEIE tenga su domicilio social.

De esta manera encontramos en esta regulación un precedente claro al Reglamento de la Sociedad anónima europea puesto que la misma ha utilizado este mismo sistema de remisiones a los Derechos nacionales. Es probable que la falta de conflictividad de esta figura haya sido el factor que determinó al legislador comunitario a optar por una solución similar para la SE. A nuestro entender, sin embargo, las consecuencias prácticas que el uso del modelo de sede real en la AEIE, que es una figura residual y de limitada aplicación práctica, han tenido, es muy distinto a las consecuencias que la aplicación de dicho modelo puede tener en la Sociedad Anónima Europea, llamada a ser una organización de derecho europeo que atraiga a empresas de importante peso económico.

#### **A. Traslado de domicilio**

En cuanto a la posibilidad de transferencia internacional de la sede social de la AEIE, el artículo 14 del Reglamento, establece la obligación de redactar un proyecto de transferencia, que deberá ser depositado en el Registro correspondiente y publicado en el boletín oficial apropiado del Estado en el que la agrupación tenga su sede, pudiendo tomarse la decisión de transferencia

sólo dos meses después de la publicación del proyecto, debiendo adoptarse por unanimidad de los miembros de la agrupación, y con efectos a partir de la fecha en que se registre a la agrupación en el Registro de la nueva sede. Esta inscripción sólo podrá realizarse previa prueba de la publicación del proyecto de transferencia de la sede.

Por otra parte, la cancelación de la inscripción de la agrupación en el registro de la sede precedente, sólo puede realizarse previa prueba de la inscripción de la agrupación en el registro de la nueva sede. La publicación del nuevo registro de la agrupación hace la nueva sede oponible frente a terceros en las condiciones previstas en el por el derecho nacional aplicable; sin embargo, mientras no se haya publicado la cancelación de la inscripción en el registro de la sede precedente, los terceros pueden continuar haciendo uso de la antigua sede, a menos que la agrupación pruebe que los terceros tenían conocimiento de la nueva sede.

Por último, la legislación de un Estado miembro podrá prever, en lo que se refiere a las agrupaciones registradas en ese Estado, de acuerdo con el artículo 6, que una transferencia de sede de la que resultaría un cambio de la ley aplicable, no surta efecto si, en el plazo de dos meses previsto en el apartado 1, se opone una autoridad competente de dicho Estado. Esta oposición

únicamente puede producirse por razones de interés público. Debe poder recurrirse ante una autoridad judicial.

### B. Influencia sobre otras figuras de Derecho europeo

Por otra parte, también se le ha atribuido, el honor de establecer – en sentido amplio – un concepto legal del término *personalidad jurídica*, a nivel comunitario<sup>294</sup>. También ha sido el modelo a seguir en relación al procedimiento de traslado internacional de domicilio social finalmente adoptado para la sociedad anónima europea<sup>295</sup>, y posiblemente para la futura sociedad privada europea.

## 2. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Un breve repaso histórico al largo proceso que precedió a la aprobación del Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea<sup>296</sup> (hoy conocida simplemente como Sociedad

---

<sup>294</sup> Al respecto, WERLAUFF, E.; *EU-Company Law. Common Business law of 28 states*; Djof Publishing, 2a Ed.; Copenhagen, 2003, pg. 2.

<sup>295</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, RVEH, No. 8, II, 2003, pg. 234.

<sup>296</sup> Reglamento (CE) Núm. 2157/2001, de 8 de octubre (LCEur 2001W3911).

Europea [SE]) nos permite observar que la SE fue uno de los primeros instrumentos que se proyectaron para superar los obstáculos con los que en la práctica se encontraba la libertad de establecimiento de las personas jurídicas<sup>297</sup>. Fue en 1959 cuando el Prof. P. SANDERS del Instituto Superior de Ciencias Económicas de Rotterdam planteó la conveniencia de establecer una sociedad que se rigiera por normativa exclusivamente europea. Es así que en 1966 la Comisión Europea le encarga la elaboración de un texto articulado<sup>298</sup> presentado al Consejo el 30 de junio de 1970. Posteriormente dicho texto fue examinado por el Parlamento Europeo y el Consejo Económico y Social. Para, en 1975, después de sufrir unas leves modificaciones, volver a presentarse al Consejo.

---

<sup>297</sup> De acuerdo con VELASCO SAN PEDRO, L.A.; SÁNCHEZ FELIPE, J.M.: *La libertad de establecimiento*... , pág. 33 (nota 63), los antecedentes de la SE se remontan a un período previo a la constitución de las Comunidades Europeas, cuando el Consejo de Europa adoptó el 16 de diciembre de 1949 una proposición dirigida a la creación de un Estatuto único para la aplicación a un restringido número de Compañías europeas encargadas de la producción de bienes y servicios de necesidad general.

<sup>298</sup> Según nos cuenta QUIJANO GONZALEZ, J.: *La Sociedad Anónima Europea*, en A.A.V.V., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. IV , Madrid, 2002, pág. 4287, Nota 3, Además de este proyecto, en 1965 el Gobierno Francés había presentado a la Comisión una propuesta formal elaborada por diferentes Congresos de Notarios y Abogados franceses que se celebraron en 1959 y 1960.

Esta propuesta de 1975<sup>299</sup> concebía a la SE, como una sociedad supranacional vinculada directamente al Derecho comunitario<sup>300</sup>. De esta manera, se intentaba garantizar su reconocimiento por los Estados miembros y su plena movilidad, puesto que al no implicar alteración del Derecho aplicable el traslado de sede social se limitaba a una escala *nacional*, asegurándose de esta manera su acceso al mercado comunitario<sup>301</sup>.

Sin embargo, tuvieron que pasar diez años para que se retomara el interés por esta figura<sup>302</sup>. Recién en 1985, con la publicación

---

<sup>299</sup> [1970] JO C124. Respecto a esta propuesta, véase en particular GIRÓN TENA, J.; (dir.); *Estudios y textos de derecho de sociedades de la comunidad europea*; Universidad de Madrid, Madrid, 1978.

<sup>300</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura*, GJUEC Núm. 217, 2002, pág. 10, llamó a este proyecto "un *modelo exhaustivo*" ya que se establecía una regulación completa y cerrada. Comprendía todo el régimen de constitución, estructura orgánica, adopción de decisiones, disolución, etc.

<sup>301</sup> Como nos explican FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO CARAVACA; *Derecho Mercantil*..., pág. 210, quienes hacen una análisis de fondo acerca de la propuesta de 1975, la implantación de la SE sería posible sin necesidad de recurrir a Convenios internacionales, puesto que al adoptar "*la vestidura de Reglamento comunitario*" podría aplicarse directamente en todos los Estados miembros.

<sup>302</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J.; *La Sociedad Anónima*..., pág. 4287 a 4292, analiza las razones de fondo por las cuales el debate sobre la aprobación



del Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del mercado interior, se reimpulsó el debate sobre su aprobación, de manera que en 1989 la Comisión presentó un nuevo Proyecto de Estatuto de SE<sup>303</sup>. Este proyecto<sup>304</sup> no pretendía ya, contener todo el régimen legal de la SE, sino simplemente establecer una regulación que combine la normativa europea con la legislación nacional del Estado miembro en que ésta fije su domicilio. Una vez el Parlamento y el Comité Económico y Social hubieron hecho públicos sus respectivos informes en relación con el proyecto, la Comisión elaboró un nuevo texto reformado que se hizo público

---

del Reglamento de la SE quedo *“en un estado de aparcamiento indefinido”*.

<sup>303</sup> [1989] OJ C236/41, además se presentó la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la implicación de los trabajadores (OJ C263/69), que, según ESTEBAN VELASCO, G.; “El compromiso de Niza...”, “; op. cit., pág. 144, constituyó *un todo indisociable*, que había de aplicarse conjuntamente. En el mismo sentido MARTÍNEZ–ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.; “La sociedad anónima europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”; en BENEYTO, J.M.; MARTÍNEZ–ECHEVARRÍA, A.; *El espacio financiero único de la Unión Europea. Los mercados de valores*; Marcial Pons; Madrid; 2005, pág. 156.

<sup>304</sup> Un análisis del mismo se puede encontrar en WOOLDRIDGE, F.; *Company Law in the United Kingdom and the European Community: its harmonization and unification*, London, 1991, pág. 118 y sig.

en 1991<sup>305</sup>. Por último, después de un largo período de discusiones y propuestas<sup>306</sup> en el Consejo Europeo de Niza en 2000 se llegó a un acuerdo político respecto a múltiples aspectos controvertidos<sup>307</sup>, lo cual permitió que en noviembre de 2001 se publicase el Reglamento definitivo.

El Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, renunció a establecer una regulación jurídica completa de Derecho comunitario de la SE, instituyendo en su lugar, una

---

<sup>305</sup> [1991] OJ C123/40.

<sup>306</sup> CERIONI, L.: "The approved version of the European Company Statute in comparison with the 1991 draft: some first remarks from the General Provisions and from the Directive on employees' involvement (Part I)", *Comp. Law*. Vol. 25, No. 8, 2004, pg. 228, señala, con respecto a estas últimas, el esfuerzo que se hizo para satisfacer las necesidades de las grandes empresas europeas, destinatarios finales de las propuestas posteriores a 1991.

<sup>307</sup> Debido a la diversidad de los modelos nacionales de información, consulta y participación de los trabajadores, lo cual provocó sendas discusiones a cerca de las posibles soluciones al problema. Un estudio pormenorizado de los acuerdos alcanzados en Niza se puede encontrar en ESTEBAN VELASCO, G.: "El compromiso de Niza...", "; op. cit., pág.141–162, y también TEICHMANN, C.: *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, pg. 249 y sigs.

entidad dependiente de la ley nacional que al efecto adopte el Estado miembro donde se encuentre su domicilio social<sup>308</sup>.

### A. El domicilio social de la SE

El domicilio estatutario de la SE cumple las funciones de localización de la sociedad con diferentes efectos jurídicos. En relación con el tema de nuestro estudio debemos decir que la SE ha optado como modelo normativo por el de sede real<sup>309</sup>; esta

---

<sup>308</sup> A modo de ejemplo: art. 3 establece que: "A efectos de los apartados 1, 2, y 3 del artículo 2 [que regula quienes pueden utilizar esta figura societaria], se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social". En este mismo sentido EMBID IRUJO, J. M.; en BOQUERA MATARREDONA, J. [dir.]; *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Ed. Aranzadi; Cizur Menor; 2006; pág. 25, quien señala el complejo sistema de fuentes que establece el Reglamento, a cuya consecuencia nacen dudas con respecto a la pretendida unidad del régimen jurídico de la SE. Destacando el carácter imperativo de la regulación tanto nacional como comunitaria, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "El reglamento de la sociedad europea en el marco del derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas" en ESTEBAN VELASCO, G., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pg. 28. También SCHWARZ, G., "Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft" ZIP, Vol. 22, 2001, pg. 1848 y sigs.

<sup>309</sup> El Artículo 7 del Reglamento no deja lugar a dudas: "El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además los Estados miembros

decisión ha sido criticada por algunos<sup>310</sup> y acogida con naturalidad por otros<sup>311</sup>, principalmente debido al amplio debate con respecto a la libertad de establecimiento y su compatibilidad con los diferentes Estados miembros<sup>312</sup>.

En nuestra opinión creemos entender las razones por las cuales se ha creído necesario *arraigar* a las SE dentro del Estado donde éstas establezcan su administración central. Si tomamos en cuenta el largo camino que ha recorrido el desarrollo de este

---

podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar”.

<sup>310</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *El reglamento de la sociedad*..., pg. 15, quien califica de “*inapropiado para las necesidades del tráfico*” el hecho de que tengan que coincidir el domicilio de la SE con el lugar donde la misma tenga su administración central, pues considera que la justificación de que de esta manera se garantiza la aplicación de la ley del Estado donde la sociedad centraliza la mayor parte de sus actividades no se justifica en una sociedad de tipo supranacional en la que los elementos esenciales estarán determinados por normas uniformes y no por el Derecho nacional.

<sup>311</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea), RDM Núm. 250, 2003, pág. 1494 y sig; también AGUILÓ PIÑA, J., La sociedad anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos, RDM Núm. 246, pág. 1802, quien resalta su similitud con el modelo español (Nota 10).

<sup>312</sup> Al respecto TEICHMANN, C.; “Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft – Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber”; ZGR, Vol. 31, 2002, pág. 458.

reglamento, entenderemos que ha sido preciso llegar a multitud de acuerdos con respecto a diferentes temas relacionados con la SE y sus órganos. Es así que para conseguir dicho consenso se decidió optar por este modelo. Esta elección, no obsta para que el modelo de constitución se pueda aplicar a las sociedades nacionales constituidas bajo el ordenamiento jurídico de Estados miembro que hayan elegido dicho modelo normativo. Si bien es cierto que dichos Estados tendrán que adaptar su legislación para hacer obligatoria la coincidencia de domicilio social-administración central en el caso de las SEs domiciliadas en su territorio, también lo es que, al permitir que la SE se “*amolde*”<sup>313</sup> a lo dispuesto por la legislación del Estado miembro donde se domicilie, se impulsa la “competencia de leyes” casi en la misma proporción que en el caso de las legislaciones nacionales.

Por otra parte, se ha argumentado que la SE “es una forma societaria que tan sólo tiene sentido en el interior del territorio de la CE, estando específicamente diseñada para operar desde su interior”<sup>314</sup>, utilizando este razonamiento se ha pretendido

---

<sup>313</sup> Término utilizado por VELASCO SAN PEDRO, L.A.; SANCHEZ FELIPE, J.M.; *La libertad de establecimiento*... , pág. 35.

<sup>314</sup> PALAO MORENO, G. “El domicilio social de la Sociedad Anónima Europea y su traslado”; en BOQUERA MATARREDONA, J. [dir.]; *La sociedad anónima europea*... , cit. pág. 69

justificar la elección del modelo normativo de sede real para esta figura societaria. Sin embargo, creemos probable que la elección de este modelo va más allá de lo necesario para asegurar la vinculación efectiva y continua que supone el modelo de sede real. Ya que simplemente con establecer que tanto el domicilio social<sup>315</sup> como el centro principal de administración y dirección deben encontrarse dentro del territorio de la CE se consigue el objetivo de asegurar su validez exclusiva dentro de la CE<sup>316</sup>. Este razonamiento también encuentra apoyo en el inciso a) del artículo 69 de las Disposiciones Finales del Reglamento, que establece que a más tardar cinco años después de la entrada en vigor del mismo, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del Reglamento analizando la conveniencia de “permitir la radicación de la

---

<sup>315</sup> Entendiendo éste como la *sede de registro* de la SE.

<sup>316</sup> Quizá el argumento que motivó la adopción de este modelo normativo se deba a la presión ejercida por aquellos Estados miembros que tradicionalmente han utilizado dicho modelo y que teniendo, al mismo tiempo, un modelo determinado de estructura orgánica en cuando a la administración de las sociedades y los derechos de los trabajadores en la misma, han querido asegurar la supervivencia de estas estructuras. Sin embargo es posible que en estos mismos Estados miembros se den modificaciones normativas importantes que permitan un mayor grado de libertad contractual a la hora de asegurar la movilidad societaria de la SE.

administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados miembros”<sup>317</sup>.

Otro problema que plantea la elección del criterio *domicilio social* – *administración central* es el de determinar de manera efectiva esta última<sup>318</sup>, puesto que a la hora de determinar su contenido

---

<sup>317</sup> También en este sentido WERLAUFF, E.; “The SE Company – A new common European company from 8 October 2004”; EBLR, i. 1, Vol. 3; 2003, pág. 93; y FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “Domicilio y “nacionalidad” de la SE...”, ob. cit., pág. 172; por su parte TEICHMANN, C.: “La *Societas Europaea...*”, ob. cit., pág. 122, considera al artículo 69 el “caballo de Troya” de la teoría de la constitución en el Derecho europeo de sociedades.

<sup>318</sup> Ya apuntaba este problema PALAO MORENO, G. “El domicilio social de la Sociedad Anónima Europea y su traslado”; en BOQUERA MATARREDONA, J. [dir.]; *La sociedad anónima europea...*, cit. pág. 72., y también FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “Domicilio y “nacionalidad” de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”; en ESTEBAN VELASCO, G.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coord.); *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*; Marcial Pons, Madrid; 2004; pág. 123., señala, este último la falta de congruencia del legislador comunitario en relación a la terminología empleada para seleccionar “los puntos de conexión reales”. Desde otro punto de vista, ENRIQUES, L.; “Silence is Golden: the European Company Statute as a catalyst for Company law arbitrage”, ECGI, LWP 07/2003, pg. 10, hace una lectura positiva del reenvío tácito del término “administración central” que utiliza el Reglamento, puesto que al establecerse su interpretación a través de la legislación nacional donde se encuentre constituida la SE, surge una oportunidad para provocar una competencia legislativa que atraiga a las SEs al EEMM que interprete este término de manera que permita *de facto* una mayor movilidad societaria. El autor considera ventajas similares en

pueden tenerse en cuenta aspectos directivos – *sede real* como lugar desde el que se dirige la empresa, *pivot des intérêts*<sup>319</sup> – o más bien técnicos – *sede real* como centro de explotación, *centre d'activité technique*<sup>320</sup> –, quizá el mejor criterio es el que estableció el Reglamento del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; el *centro de intereses principales*, entendido como el lugar donde se ejerce de modo habitual la administración de sus intereses<sup>321</sup>.

Como a continuación estudiaremos, este problema de determinación cobra una especial importancia dada la necesidad de coincidencia intracomunitaria exigida por el artículo 7, ya que de no darse esta coincidencia, el Reglamento obliga, en último

---

cuanto a la emisión de obligaciones y bonos, y las acciones de distinta clases. Sobre esta posible “ventaja” también MCCAHERY, J.; VERMEULEN, E.; “Does the European Company prevent the Delaware effect?”, Eur. L. Jour., Vol. 11, Num. 6, 2005, pg. 799.

<sup>319</sup> LOUSSOUARN, Y.; BOUREL, P.; *Droit International privé*, Dalloz, Paris, 1996, pág. 697.

<sup>320</sup> *Idem*.

<sup>321</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “Domicilio y “nacionalidad” de la SE...”, op. cit., pág. 125., GARCIMANRÍN ALFÉREZ, F.J.; “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”; GJUE, 2002, pág. 15, y WERLAUFF, E.; “The SE Company...”, op. cit., pág. 97, al respecto PALAO MORENO, G. “El domicilio social...”, op. cit., pág. 73, aboga por una interpretación jurisprudencial del término.



caso, a la liquidación de la SE. Obviamente antes de llegar a este extremo, la normativa apunta una serie de actuaciones, tanto por parte de la propia SE como por parte del Estado miembro donde se encuentre la administración central de la SE.

## B. El traslado del domicilio social de la SE

Al estudiar el traslado de domicilio, nuevamente debemos hacer la distinción entre domicilio *de facto*, es decir de la administración central, y domicilio *formal* o domicilio social, puesto que el Reglamento ha previsto ambos casos.

### a. Traslado de la administración central<sup>322</sup>

En este supuesto, al haberse establecido el modelo de sede real, el Reglamento instituye un sistema de control que, a través del artículo 64, pretende sancionar la infracción del artículo 7: Por

---

<sup>322</sup> En este punto nos referiremos en exclusiva al traslado intracomunitario de la administración central de la SE ya que en el caso de traslado del mismo dentro del territorio del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social, el Reglamento no lo considera irregular – de manera que habrá de estarse a lo que señale la ley nacional en la materia –, y en el caso de la transferencia extracomunitaria, el artículo 64.4 no tiene la fuerza de imponer al Estado receptor la obligatoriedad de comunicar dicho traslado, más aún si se diera el caso de que este utilizara el modelo de constitución.

una parte se obliga a las autoridades pertinentes, en el Estado miembro de origen, a que ejerzan una labor de vigilancia que le permita conocer los casos de incumplimiento del artículo 7, y que, de demostrarse dicho incumplimiento, le permita *obligar* a la SE a reimplantar su administración central en el Estado donde se encuentra fijado su domicilio, o trasladar dicho domicilio mediante el procedimiento previsto en el artículo 8. En caso de que la SE no cumpla ni lo uno ni lo otro, el Reglamento obliga al Estado miembro donde la incumplidora tuviera su domicilio social a proceder a la liquidación de la misma.

En la misma línea, el Reglamento obliga al Estado miembro receptor a poner en conocimiento de las autoridades pertinentes en el Estado miembro de origen, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 7.

#### **b. Traslado del domicilio social**

De acuerdo con los considerandos que preceden al texto del Reglamento, la remoción de obstáculos para la reestructuración y reorganización empresarial “a escala comunitaria” es una exigencia que tiene como objetivo último la realización del mercado interior, y la mejora de la situación económica y social. Es así que el Reglamento establece el derecho de la SE a trasladar internacionalmente su sede de dirección de manera que

se pueda modificar su *lex societatis*<sup>323</sup>. Al efecto se reconoce expresamente la conservación de la personalidad jurídica en el traslado, procurando establecer un sistema de garantías a todos los intereses en juego<sup>324</sup>, instituyendo, a su vez, un sistema

---

<sup>323</sup> Artículo 8.1 del Reglamento SE.

<sup>324</sup> Se establece la exigencia de que los correspondientes órganos de dirección o administración presenten un proyecto de traslado de domicilio que debe ser adoptado con los requisitos de modificación de estatutos y con un determinado contenido mínimo: denominación, domicilio social y número de registro actual de la SE, domicilio social propuesto, estatutos propuestos, en su caso, una nueva denominación social, repercusión en el sistema de implicación de los trabajadores, fechas de traslado, derechos previstos para la protección de accionistas y/o trabajadores. También debe redactarse un informe en el que se expliquen y justifiquen los aspectos económicos y jurídicos de la transferencia, exponiéndose las consecuencias del traslado para los accionistas, acreedores y trabajadores. Se reconoce el derecho de información sobre el proyecto de traslado y el informe, a los accionistas y acreedores de la SE durante un mes antes de la Junta General, pudiendo adoptar, los Estados miembros, disposiciones especiales en protección de los accionistas minoritarios que no estén de acuerdo con el traslado. En relación con los intereses de los acreedores, se dispone que, antes de que la autoridad competente expida el certificado que acredita de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse antes del traslado de la SE, esta debe demostrar que dichos intereses –anteriores a la publicación del proyecto, o simplemente anteriores al traslado en sí, si así lo prevé la legislación del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio de origen – han quedado protegidos en conformidad con lo establecido por el Estado miembro de origen. La decisión de trasladar la sede no podrá adoptarse hasta dos meses después de la publicación del proyecto de traslado. En este plazo la

coordinado de registro que permita la inscripción del traslado en el registro de origen y en el de destino<sup>325</sup>.

Debe resaltarse, sin embargo, que el régimen legal previsto en el RESE en materia de traslado de domicilio, a nuestro juicio ha comprometido el uso de esta figura societaria al tratar el traslado como un evento extraordinario, que requiere el cumplimiento de innumerables procedimientos previos y esta sujeto a la aprobación no solo de los socios de la SE, sino también de los acreedores sociales y las autoridades competentes del Estado miembro donde tenga su domicilio la SE. De manera que la ventaja de “movilidad societaria” que se planteaba como una de las características u objetivos de la SE, se ve en gran parte

---

autoridad competente – autoridad financiera de control – podrá oponerse al traslado por razones de interés público.

<sup>325</sup> Por otra parte, solamente una vez cumplidos los requisitos para la inscripción en el Estado miembro del nuevo domicilio, procederá a realizarse dicha inscripción, y solo tras la correspondiente notificación al registro del domicilio social anterior, podrá cancelarse la inscripción en el primer registro. Los efectos del traslado empezará a producirse a partir de de la fecha de inscripción en el nuevo registro. El nuevo domicilio será oponible a terceros a partir de la publicación de la nueva inscripción, a pesar de ello los terceros podrán hacer valer el domicilio anterior hasta que no se publique la cancelación del primer registro,, salvo que la sociedad pruebe que éstos tenían conocimiento del nuevo domicilio.

disminuida al tratarse el traslado como una modificación estructural en toda regla<sup>326</sup>.

Uno de los aspectos más controvertidos a cerca de la regulación del traslado de domicilio de la SE, es la posibilidad que se reconoce a los Estados Miembros de negarse a autorizar el traslado de domicilio por razones de “interés público”<sup>327</sup>. A pesar de ello, es posible, e incluso esperable que la oposición a la transferencia de domicilio por parte de las “autoridades

---

<sup>326</sup> En el mismo sentido STORM, P., “The *societas europaea*: a new opportunity?” en VAN GERVEN, D., STORM, P., *The European Company*, Vol. I, Cambridge UP, Cambridge, 2006, pg. 7 y sigs., CERIONI, L.; “The approved version...”, “, op. cit., pg. 237, quien además resalta la similitud del tratamiento del traslado de domicilio en la SE al previsto para las fusiones en la Tercera Directiva. Por otra parte QUIJANO GONZÁLEZ, J.; “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea”, en PÉREZ CARRILLO, E. (coord.); *Estudios de Derecho mercantil europeo*; Marcial Pons, Madrid, 2005, pg. 159, hace hincapié en señalar la relevancia que la introducción de esta medida de control público tuvo para la aprobación del Reglamento sobre la sociedad anónima europea.

<sup>327</sup> Al respecto, de acuerdo con CERIONI, L.; “The approved version...”, “, op. cit., pg. 236, y WERLAUFF, E.; “The SE Company...”, “, op. cit., pág. 100, debe resaltarse la diferencia terminológica entre “orden público” e “interés público”, dado que el primer término lleva consigo una vasta interpretación jurisprudencial por parte del TJCE que quizá el segundo término no pueda aplicar del todo.

competentes”<sup>328</sup>, deba pasar algún tipo de “test comunitario” de proporcionalidad, es decir que solamente se permita en el caso de que sea el único modo de conseguir la protección de interés público que se desea proteger<sup>329</sup>.

En cuanto a las limitaciones a este traslado, el Reglamento prohíbe, a través del artículo 37.3, el traslado de una SE a otro Estado miembro con motivo de transformación. De esta manera se intenta impedir que, por vía de la transformación, se obvие el

---

<sup>328</sup> El párrafo segundo del Art. 8.14 del Reglamento, también reconoce legitimidad para oponerse al traslado a la autoridad financiera de control, en el caso de que las actividades de la SE que pretende trasladarse este, además, supervisada por ésta.

<sup>329</sup> Al respecto, creemos acertada la sugerencia de CERIONI, L.: “The approved version...”, op. cit., pg. 237, quien señala que en este apartado quizá lo que se pretende es asegurar un elemento de protección destinado a asegurar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la SE que se traslada, de manera que habrá que esperar un pronunciamiento institucional respecto del tratamiento fiscal que el traslado de domicilio recibirá. VAQUERO LÓPEZ, C., “El traslado del domicilio social...”, op. cit., pg. 212, también apunta a esta postura, incluyendo también los motivos de carácter administrativo. Por otra parte, GUTMANN, D.: “The transfer of the registered office of a European Company. Some tax thoughts from a Franch perspective”, *InterTax*, Vol. 34, I. 5, 2006, pg. 258, aboga por una total neutralidad fiscal en caso de traslado de domicilio de una SE, a fin de asegurar el cumplimiento de los fines del TCE.

proceso previsto para el traslado de domicilio<sup>330</sup>. Por último, también se debe tener en cuenta, desde la perspectiva de la movilidad societaria en el mercado interior europeo, que si la SE no obtiene ningún beneficio con el traslado de domicilio, no hará uso de él<sup>331</sup>.

### C. Las particularidades de la SE domiciliada en España.

En relación con el caso de una SE española que, estando en infracción del artículo 7, hubiera sido conminada a regularizar la situación, transcurrido el plazo que señala la ley para llevar a cabo la misma, el artículo 313.2 de la LSA prevé el inicio de los trámites para la disolución de la SE, según lo establecido en el

---

<sup>330</sup> Al respecto también FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; "Domicilio y "nacionalidad" de la SE...", op. cit., pág. 177, quien a modo de ejemplo, plantea el caso de una sociedad limitada española que, transformándose en anónima – arts. 87 LSRL y 221 RRM –, posteriormente en SE española – ex art. 37 RESE –, proceda a trasladar su domicilio como tal a Francia – valiéndose de lo establecido por el art. 8 RESE –, y una vez realizado dicho traslado, proceda a transformarse en una SA francesa, llegando finalmente a un tipo equivalente a través de una última transformación en un SARL francesa. Llegados a este punto, totalmente hipotético desde luego, destaca el autor la falta de razonabilidad en la limitación subjetiva del derecho de transferencia internacional del domicilio.

<sup>331</sup> También en este sentido, LOMBARDO, S., PASOTTI, P., "The "Societas Europaea" a network economics approach", ECGI, LWP Núm. 19/2004, pg. 24.

Capítulo IX de la LSA, estableciéndose también la posibilidad de que el Gobierno pueda designar a la persona *que se encargue de intervenir y presidir la liquidación y de velar por el cumplimiento de las leyes y del estatuto social*<sup>332</sup>.

#### D. Aplicabilidad práctica de la SE

Con la Sociedad Anónima Europea implementada a través del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, se renunció en realidad, a establecer una persona jurídica de Derecho comunitario<sup>333</sup>, instituyendo en su lugar, una entidad dependiente de la ley nacional que al efecto adopte el Estado miembro donde se encuentre su domicilio social<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Este último aspecto ha sido criticado [Editorial], “Adiós, sin haber llegado, a la SE”; DN, núm. 184, 2006, pág. 3.

<sup>333</sup> La propuesta de Reglamento de 1975 ([1970] JO C124) concebía a la SE como una sociedad supranacional vinculada directamente al Derecho comunitario, comprendía todo el régimen de constitución, estructura orgánica, adopción de decisiones, disolución, etc. Al respecto GIRÓN TENA, J.; (dir.); *Estudios y textos de derecho de sociedades de la comunidad europea*; Universidad de Madrid, Madrid, 1978.

<sup>334</sup> A modo de ejemplo: Art. 3 establece que: “A efectos de los apartados 1, 2, y 3 del artículo 2 [que regula quienes pueden utilizar esta figura societaria], se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social”. En este mismo sentido EMBID IRUJO, J. M.; en BOQUERA



A efectos del tema que hoy nos ocupa, podemos decir que esta figura comunitaria no ha resultado ser la vía más efectiva para asegurar a la mayoría de las sociedades de Derecho nacional un medio que les permita ejercitar el derecho de establecimiento primario con cambio de ley aplicable<sup>335</sup>. Imaginemos que una sociedad, constituida en un Estado Miembro, deseara trasladar su sede registral a otro Estado Miembro y quisiera, para tal efecto, valerse de la figura de la SE. Con este fin, debería de salvar una serie de obstáculos jurídicos y económicos que nos

---

MATARREDONA, J. [dir.]; *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Ed. Aranzadi; Cizur Menor; 2006; pág. 25, quien señala el complejo sistema de fuentes que establece el Reglamento, a cuya consecuencia nacen dudas con respecto a la pretendida unidad del régimen jurídico de la SE. Sin embargo, esta misma diversidad de fuentes normativas fue tempranamente apuntada más como ventaja que inconveniente (ENRIQUES, L., "Silence is Golden..." ob. cit., pg. 10), siendo nuevamente señalada como tal por EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., HORNUF, L., "Incorporating under European law: the Societas Europaea as a Vehicle for legal arbitrage" EBOR Vol. 10, 2009, pg. 3.

<sup>335</sup> Cabe aclarar que nos estamos refiriendo al acceso que las PYMES que, de acuerdo con el Memorándum explicatorio adjunto a la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea [COM (2008) 396/3, pág. 2], integran el 99 por ciento de las sociedades mercantiles existentes en la Unión Europea, podrían tener a esta figura societaria. Por otra parte MENJUCQ, M.; *Droit International et européen des sociétés*, Domat ; Paris, 2001, pág. 138, señala que la SE no debería ser el único vehículo que permita la movilidad societaria, puesto que en un mercado unificado por la economía y la moneda, las sociedades mercantiles deberían beneficiarse de la libertad de establecimiento.

parecen excesivos en comparación al objetivo perseguido. Así, el primer obstáculo que se encontraría sería el capital mínimo que requiere el Reglamento (120,000€); el segundo obstáculo lo encontramos en el requisito de que la SE sólo puede crearse si, como mínimo, dos sociedades constituidas bajo las leyes de dos Estados miembros distintos, deciden fusionarse<sup>336</sup>.

Por otra parte el régimen previsto para el traslado del domicilio social tampoco resulta sencillo y mucho menos competitivo, a la

---

<sup>336</sup> Como es bien sabido (véase entre otros FERRANDO VILLALBA, L.: "Sujetos que pueden participar en la constitución de la Sociedad Anónima Europea"; en BOQUERA MATARREDONA, J. [dir.]; *La sociedad...*, etc.; pág. 57), el artículo 2 del Reglamento sobre la Sociedad Europea (RESE), recoge cuatro modos de constitución de una SE: fusión de sociedades anónimas o SEs; creación de una SE holding por sociedades anónimas, limitadas o SE; constitución de una SE filial por otra SE u otros tipos societarios nacionales, y transformación de una sociedad anónima en SE. También debe añadirse la posibilidad – prevista por el artículo 3.2 RESE – de creación de una SE filial íntegramente participada por otra SE ya existente. La autora no deja lugar a dudas sobre la falta de legitimación de las personas físicas para participar en la constitución de una SE. Del mismo estudio se desprende el grado de complejidad previo a la constitución de una SE que pone de relieve como "tipo societario privilegiado" a la sociedad anónima, identificada para mayor exactitud con una sociedad de grandes dimensiones

hora de asegurar la movilidad societaria<sup>337</sup>. Otro problema importante a la hora de elegir esta forma societaria, como ya hemos tenido ocasión de hacer notar, es el problema de la fiscalidad, no tan solo a la hora de constituir una SE, sino también a la hora del traslado de esta a otro EEMM<sup>338</sup>.

En su informe SEC (2007) 1707, la Comisión Europea ha determinado que en los primeros tres años desde la introducción de esta figura, solamente se han constituido alrededor de 100

---

<sup>337</sup> Por otra parte BLANQUET, F.; "Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea "SE"), ZGR, Vol.1, 2002, pg. 63 y sig., presenta una visión más optimista de la utilidad práctica de la SE.

<sup>338</sup> Al respecto, WINTER, J.; "Thalassa! Thalassa! – The SE as a glimpse of the future?"; en RICKFORD, J. (ed.); *The European Company. Developing a community law of corporations*; Intersentia, Antwerp; 2003, pág.114, quien considera estos problemas fiscales determinantes a la hora de asegurar la aplicación práctica de la SE. Aunque considera que la SE puede ser de utilidad a las joint ventures. Sobre el mismo tema también WYMEERSCH, E.; "Cross-border transfer of the seat...", op. cit., pg. 93, quien se preocupa sobre todo de la carga fiscal en caso de traslado de la SE, desde un punto de vista más optimista en cuanto a la fiscalidad de la SE, AITKEN, R; MORGAN, C.; "Societas Europaea: Is tax an incentive or a barrier?", EBLR, Vol. 15, I. 6; 2004, pg. 1343–1349, sobre el mismo problema EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., HORNUF, L., "Incorporating under European law...", ob.cit., pg. 9, señalan que es probable que aquellos Estados miembros con peores condiciones fiscales para sus sociedades nacionales serán los más interesados en constituir SEs.

SEs<sup>339</sup>, señalando como principales causas para esta baja implantación la ausencia de un régimen legal verdaderamente unificado, la falta de armonización en muchas áreas del Derecho en relación con la SE (a modo de ejemplo se citan los requisitos específicos exigidos por la regulación bancaria y de seguros, así como también la legislación fiscal<sup>340</sup>), los largos y complejos procesos de negociación de la participación de los trabajadores, la falta de incentivos fiscales<sup>341</sup>, etc.

---

<sup>339</sup> Commission Staff working document SEC (2007) 1707.

<sup>340</sup> Habrá que tener en cuenta, en el caso de la legislación en materia fiscal la reciente Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado de domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

<sup>341</sup> Claro ejemplo de las distintas dificultades que conlleva la creación de una SE: SKOIE MORKVE, C.; "The European Company in Scandinavia: Nordea's transformation to a SE"; EBLR, Vol. 16, 2; 2005, pág. 353–358, ponía de relieve el grado de imprevisibilidad del resultado del proyecto de transformación, no solo por los distintos obstáculos en materia laboral, sino también debido al alto grado de control que el Reglamento permite, en este caso la aprobación del proyecto dependía en última instancia del gobierno estatal – en este caso la Autoridad de Supervisión Financiera de Noruega – es así que finalmente dicha transformación no llegó a consolidarse.

Todo lo anterior pone en evidencia que, a pesar de los esfuerzos por dotar a los operadores económicos intracomunitarios de una figura de Derecho europeo que les permita actuar en el mercado interior con facilidad<sup>342</sup>, lo cierto es que, la SE resulta una figura societaria, cuando menos, compleja y que por tanto no esta al alcance de la mayoría de las empresas.

### 3.LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA<sup>343</sup>

Sobre la sociedad cooperativa europea, se ha dicho que es un *capricho [innecesario] más de la burocracia europea*<sup>344</sup>, opinión

---

<sup>342</sup> Al respecto, EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., HORNUF, L., "Incorporating under European law...", ob.cit., pg. 32, se muestran altamente optimistas en relación al elevado número de SEs alemanas, sin embargo dado que este interés por este tipo social en concreto se fundamenta, como los autores del estudio reconocen, en la voluntad, de los operadores económicos alemanes, de reducir, en incluso eliminar, los efectos de las reglas de co-gestión, creemos que estos resultados no pueden generalizarse al resto de Estados miembros. Reflejo de lo anterior, son las recientes sugerencias realizadas por un grupo de abogados alemanes (STUDY GROUP FOR GERMAN STOCK CORPORATION AND CAPITAL MARKETS LAW, "The eight most important Recommendations for modification of the SE Regulation" EBOR Vol. 10, 2009, pg. 285) destinadas a flexibilizar y hacer aún más atractivo el régimen de la SE en Alemania.

<sup>343</sup> Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003.

que creemos quizá excesivamente negativa, en cuanto, no puede dejar de señalarse la voluntad del legislador comunitario de crear una figura de Derecho europeo específica, probablemente con el fin de incentivar la adaptación del régimen jurídico cooperativo al mercado interior europeo<sup>345</sup>. Otra cosa es que el Reglamento de la SCE no haya tenido en cuenta, o al menos haya evitado hacer referencia expresa, a los principios cooperativos que, se supone, inspiran esta forma social<sup>346</sup>, y que “orientan unitariamente la interpretación y aplicación del Derecho de cooperativas”<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; “Sociedad cooperativa europea: aspectos de Derecho internacional privado”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*; Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pg. 533, el autor argumenta, en este sentido, que dado que a las sociedades cooperativas se les aplica lo establecido con carácter general para las personas jurídicas, la creación de un “tipo societario específico” no es necesaria.

<sup>345</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, J. M.; “Aproximación al significado jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa...*”, op. cit., pg. 34–36. Por otra parte, destaca ARGAS LARIO, N., “La sociedad cooperativa europea como forma de concentración empresarial”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa...*”, op. cit., pg. 89, la vocación de instrumento para la concentración empresarial al alcance del movimiento cooperativo que permitirá la mejor satisfacción de las necesidades de sus socios.

<sup>346</sup> Al respecto, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., BENAVIDES VELASCO, P., “La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico”, RdS Núm. 27, 2006, pg. 281, y también

De esta manera, nos encontramos ante una sociedad *con elementos de Derecho europeo*, pero que, al igual que ocurre con la SE, depende en gran medida de la legislación del Estado miembro donde este domiciliada para determinar su verdadero régimen jurídico<sup>348</sup>. Y es allí donde se plantean los mayores retos de su aplicación práctica, pues frente al largo proceso de análisis y estudio de las diferentes propuestas para regular la SE, la regulación de la sociedad cooperativa europea por el legislador europeo ha sido, cuanto menos, inesperada y fruto, sin duda, de la gran influencia que el Derecho de las sociedades de capital tiene sobre la regulación de las sociedades cooperativas.

#### A.El domicilio en la SCE y su traslado de un EEMM a otro

---

RODRÍGUEZ ABELEDA, P., "La Sociedad cooperativa europea y su adecuación a los principios de la ACI", *RJESCoop.*, Núm.15, 2004, pág. 129 y sig.

<sup>347</sup> EMBID IRUJO, J. M.: "Aproximación al significado jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea", en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa...* ", op. cit., pg. 35

<sup>348</sup> ESCUÍN IBÁÑEZ, I; PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M.: "Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales", en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa...* ", op. cit., pg. 100 y sigs.

Un elemento más que representa la influencia del RESE sobre el régimen jurídico adoptado por el legislador comunitario para la SCE es la total coincidencia de uno y otro en materia de domicilio social.

En efecto, el RSCE establece con igualdad prácticamente simétrica las mismas obligaciones para las cooperativas europeas que el RESE para las SEs. De esta manera las SCE deberán establecer su domicilio social en el mismo Estado miembro donde tengan establecido su domicilio social, siendo potestad de la legislación nacional de los EEMM el establecer si ambos deben o no coincidir<sup>349</sup>.

Dada la gran influencia que el Reglamento de la SE, tuvo en la adopción de la SCE, no debe extrañarnos que se haya escogido un procedimiento de traslado de domicilio prácticamente idéntico al que prevé el RESE<sup>350</sup>.

### B.La SCE en España

A pesar de haberse establecido por la doctrina que “las cooperativas satisfacen las exigencias del concepto genérico de

---

<sup>349</sup> Art. 6 RSCE.

<sup>350</sup> Art. 7 RSCE.



sociedad”<sup>351</sup>, en la actualidad el legislador español se ha decidido por establecer una regulación específica para las SCE domiciliadas en nuestro territorio, de manera que ha excluido la aplicación de la LMESM<sup>352</sup> a las sociedades cooperativas.

En particular, en el caso del traslado internacional de domicilio social, la nueva regulación comunitaria ha traído como consecuencia que solo las SCE puedan realizar dicho traslado<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, op. cit., pg. 111.

<sup>352</sup> Excepto en materia de transformación, pues el Art. 4 LMESM, incluye entre os supuestos de transformación los de las sociedades mercantiles en sociedades cooperativas y viceversa, además de establecer como única vía de acceso por transformación, a la SCE el de la transformación de una sociedad cooperativa en SCE, al respecto, VEIGA COPO, A.; “Transformación” en, ARROYO, I.; EMBID, J. M.; GÓRRIZ, C.; *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. I, 2ª. Ed., Tecnos, 2009, pg., A-17

<sup>353</sup> Como ha señalado CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, *Diario La Ley*, Nº 7294, 2009, Ref. D-370, pg. 2, dado que cada Comunidad Autónoma regula las sociedades cooperativas cuyo centro de actividades principales se encuentren en el territorio de dicha Comunidad, y el legislador estatal, a través de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, regula «las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal» (art. 2.1), así como «las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y

Sin embargo, esta capacidad de movilidad societaria a nivel comunitario de las SCE se ve amenazada por el complicado sistema de fuentes de la cooperativa europea que, al igual que la SE, la hacen dependiente de la legislación nacional del Estado donde tenga su domicilio social, para determinar aspectos vitales para el desarrollo de las actividades empresariales de la cooperativa, como son la fiscalidad, la legislación en materia de Derecho de la competencia, propiedad intelectual y los procedimientos de insolvencia<sup>354</sup>.

Por todo ello es difícil considerar que este nuevo tipo social "europeo" pueda llegar, en un futuro inmediato, a cumplir con el objetivo principal de su implementación que fue el poner al alcance de los operadores económicos bajo la influencia de los principios que rigen el movimiento cooperativo, un nuevo medio de organización empresarial que les permita expandir sus actividades económicas en otros Estados miembros asegurándoles una regulación mínimamente homogénea .

---

Melilla», y puesto que en ninguna de estas normativas existe ningún específico régimen legal del traslado internacional de domicilio de tales sociedades, dicho traslado internacional de domicilio social de las cooperativas resulta inviable.

<sup>354</sup> En este mismo sentido CARRASCOSA GONZÁLEZ; J.: "Sociedad cooperativa europea...", en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa europea...*, ob. cit., pg. 553

#### 4. EL PROYECTO DE SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA

El actual Proyecto de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea (PRSPE)<sup>355</sup>, elaborado por la Comisión Europea a pedido del Parlamento Europeo<sup>356</sup>, contempla como principales objetivos crear una forma jurídica que permita a los empresarios constituir una SPE siguiendo una normativa simple y flexible. Otro objetivo es el de reducir los costes de creación y operatividad derivados de la disparidad normativa entre las distintas legislaciones nacionales tanto en la constitución como en el manejo de las mismas.

---

<sup>355</sup> Una anterior propuesta fue elaborada por el Grupo de trabajo CCIP/MEDEF en 1997, siendo estudiado por BOUCOURECHLIEV, J.; HOMMELHOFF, P; *Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft*, Schmidt; Colonia; 1999, y en nuestra doctrina por ESTEBAN VELASCO, G., "La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la Sociedad Europea?" RdS, Núm. 13, 1999, pg. 163 y sigs., sobre este anterior proyecto cabe destacar, en nuestra materia, que se optaba por el modelo de sede real "para impedir la elusión de normas nacionales y concretar el Derecho nacional aplicable en los campos en que deba operar".

<sup>356</sup> Esta propuesta ha desarrollado sus propios contenidos basándose en el "*Consultation document of the internal market and services directorate-general on a possible statute for a European Private Company*", cuya síntesis se puede consultar en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/epc/consultation\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/consultation_report.pdf);

A este respecto es importante destacar que la Propuesta, prevé en su sistema de fuentes una remisión a la legislación del Estado donde se constituya la SPE en todas aquellas materias que no estén cubiertas por el Reglamento o que, de acuerdo con el Anexo I, deban ser obligatoriamente reguladas por los estatutos sociales<sup>357</sup>. Por último, se pretende asegurar la neutralidad fiscal<sup>358</sup>. En el aspecto laboral, contable o de insolvencia, la SPE se regirá por lo establecido por el Derecho nacional de los Estados miembros o por la regulación europea vigente, lo mismo en el caso de las obligaciones contractuales de la SPE o de sus

---

<sup>357</sup> Sobre este tema, señala DRURY, R.: "The European private company", EBOR, Vol. 9, 2008, pg. 131, como una cuestión a evitar, la aplicación indiscriminada de la técnica del reenvío a las legislaciones nacionales, dado que de esta manera podría ocurrir – como ya ocurrido en el caso de la SE – que la SPE se convierta en una sociedad europea solo en nombre. Al respecto, encontramos interesante, aunque algo complicada de llevar a la práctica, la sugerencia que realiza el autor, en relación a la aplicación sucesiva –en los temas no previstos en el texto del Reglamento de la SPE – de los principios generales establecidos en el Reglamento, los principios del Derecho comunitario de sociedades, y por último, el de los principios generales que sean comunes entre las legislaciones nacionales, siempre que estos últimos, no fueran incompatibles con el Reglamento de la SPE.

<sup>358</sup> De acuerdo con la Propuesta de Reglamento [COM (2008) 396/3] se pretende extender a la SPE la aplicación de la Directiva relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE), la Directiva de fusiones (90/434/CEE), y la Directiva relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones (2003/49/CE).

socios, excepto en el caso de las que deriven de los estatutos de la SPE.

#### A. El domicilio social de la SPE

En cuando al tema que nos ocupa, es importante destacar que la SPE, a diferencia de la Sociedad Europea (SE), también puede ser constituida por personas físicas<sup>359</sup>. Por otra parte, uno de los elementos más importantes para asegurar la movilidad societaria de la SPE en el mercado interior europeo es, sin duda, la falta de obligatoriedad de que la SPE tenga su centro principal de actividad en el mismo Estado donde tenga la sede registral<sup>360</sup>.

#### B. El traslado del domicilio en la SPE

En aplicación de los nuevos objetivos de la Comunidad Europea en relación a la simplificación del ordenamiento jurídico societario en orden a facilitar a las pequeñas y medianas empresas – *target* de la SPE – el traslado intracomunitario del domicilio social, y con el fin de que éstas puedan ejercer actividades económicas en otro Estado miembro sin tener que asumir los costes y las

---

<sup>359</sup> Art. 3.1.(e) de la Propuesta.

<sup>360</sup> De esta manera se asegura la libertad de establecimiento primaria de la SPE en relación al traslado de domicilio social efectivo.

formalidades administrativas inherentes a tener primero que disolver la sociedad en su país de origen y luego tener que volver a constituir la en el Estado miembro de destino – especialmente teniendo en cuenta que los procesos de disolución societaria y de constitución en el Estado receptor puede llevar un tiempo considerable durante el cual la sociedad se verá incapacitada para ejercer sus actividades empresariales en uno u otro Estado – el Proyecto de Reglamento SPE ha escogido como modelo normativo el criterio de la constitución, como queda reflejado en el texto del proyecto.

#### **a. Traslado de la administración central**

El traslado del domicilio social efectivo – entendido como sede real – en la SPE no plantea mayores inconvenientes dado que el PRSPE establece como límite territorial el Espacio Económico Europeo, de manera que una sociedad privada europea podrá establecer sus actividades económicas principales y accesorias en cualquier Estado miembro, independientemente de la legislación subsidiaria que le sea de aplicación y del lugar donde tenga fijado su domicilio estatutario.

#### **b. Traslado del domicilio social**

La propuesta de la Comisión prevé dotar a la SPE de la posibilidad de trasladar su sede primaria registral de un Estado

miembro a otro, exigiendo para hacer efectivo dicho traslado la elaboración de una propuesta de traslado<sup>361</sup>, que deberá ser puesta en conocimiento de los socios y representantes de los trabajadores, o, si no es este el caso, de los trabajadores, poniéndola también a disposición de los acreedores de la SPE.

En relación al derecho de información de los socios una vez empezado el procedimiento de traslado, debe destacarse que a diferencia de lo establecido en el Art. 8, 2. e) del RESE, el texto propuesto para regular la SPE no contempla la obligatoriedad de dar a conocer a los socios y/o terceros los recursos previstos para la protección de sus intereses<sup>362</sup>. Quizá el razonamiento para esta omisión por parte del legislador comunitario se encuentre, en el caso de los intereses de los socios, en que a éstos se les ha

---

<sup>361</sup> Que deberá incluir por lo menos (Art. 36) el nombre de la SPE y el domicilio registral en el Estado de origen; la propuesta de nombre y domicilio registral en el Estado de destino; la propuesta de Estatutos, la propuesta de cronograma de transferencia; la fecha en la cual se propone que las transacciones contables de la SPE serán consideradas como realizadas en el Estado de destino; las medidas a tomar en el caso de transferencia de trabajadores; y, en caso de ser necesario, información detallada de la transferencia del centro principal de actividad de la SPE.

<sup>362</sup> Sobre este punto también VAN DEN BRAAK, S., "Transferring the registered office" en ZAMAN, D., SCHWARZ, C., et al. (eds.), *The European Private Company (SPE) A critical análisis of the EU draft Statute*, Intersentia, Antwerp, 2009, pg. 189.

otorgado el derecho a separarse de la sociedad en caso de traslado<sup>363</sup>, sin embargo, en relación a los acreedores sociales no encontramos medida protectora similar.

Por lo demás, el órgano administrativo de la SPE deberá elaborar un informe para los socios, justificando los aspectos legales y económicos de la propuesta, y señalando las implicaciones que la transferencia ocasione a los socios, acreedores y trabajadores.

La propuesta también reserva a los socios – allí donde la SPE estuviera sujeta a un régimen de participación de los trabajadores – el derecho de condicionar la transferencia a la ratificación expresa, por parte de los trabajadores, de aceptación de las condiciones relativas a la participación de los trabajadores en el Estado de destino.

Con relación a la participación de los trabajadores, la propuesta procura salvaguardar los derechos de los trabajadores, de manera que si en la legislación nacional del Estado de destino éstos no estuvieran previstos, se procuraría llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores para establecer la

---

<sup>363</sup> Véase Art. 18 1 (b) del RSPE También en este sentido, VIERA GONZÁLEZ, J., “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, RDM Núm. 270, 2008, pg. 1385.



manera de regular los derechos de participación en el Estado de destino<sup>364</sup>; en el caso de no llegar a un acuerdo, se seguiría aplicando la regulación de las leyes del Estado de constitución.

Por último la propuesta señala la obligatoriedad de los Estados miembros de fijar una autoridad competente que verifique la legalidad de la transferencia y la haga constar a través de un certificado que deberá adjuntarse a la proposición de estatutos y la propuesta de transferencia aprobada por los socios para la efectiva inscripción en el Registro del Estado de destino.

A través de estos mecanismos, la propuesta de SPE pretende reducir significativamente los costes de constitución y operación<sup>365</sup> en comparación con las formas societarias nacionales<sup>366</sup>. Así también el alto grado de flexibilidad, en relación con la organización del órgano de administración, hace

---

<sup>364</sup> Al efecto la propuesta [Art. 38.5] establece un período de negociaciones de seis meses ampliables a otros seis.

<sup>365</sup> Especialmente en cuanto a capital social y asesoramiento legal en material de sociedades.

<sup>366</sup> Sin embargo esta reducción de costes, tal y como refleja el Commission staff working document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE), Impact Assessment [SEC(2008) 2098], pág. 18, será superior en la constitución y operación de subsiguientes SPEs.

prever que, de adoptarse este Reglamento en un futuro próximo, será un elemento de mucha utilidad a la hora de proporcionar a las empresas un tipo de organización empresarial que sea eficiente desde un punto de vista legal y económico para las mismas.

Una de las esperadas, ventajas de adoptar esta figura de Derecho europeo, es la de asegurar una marca europea que sirva, a las PYMES con aspiraciones de expansión dentro del mercado único, de carta de presentación<sup>367</sup>, sin embargo, al estar el Reglamento en pleno proceso de tramitación legislativa, sólo cuando culmine dicho proceso podremos conocer el verdadero impacto que este tipo social europeo puede tener.

---

<sup>367</sup> También en este sentido, DRURY, R.: "The European private...", op. cit., pg. 127, y HOMMELHOFF, P.: "The European private company before its pending legislative birth", GLJ, Vol. 9, No. 6, 2008, pg. 802.

PAOLA RODAS PAREDES

## CAPITULO IV

### LA MOVILIDAD SOCIETARIA EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL SISTEMA BRITÁNICO, NORTEAMERICANO Y ALEMÁN

#### I.INTRODUCCION

El objetivo principal de este capítulo es el de analizar de manera sintética, los diferentes elementos que conforman el régimen de movilidad societaria en determinados ordenamientos jurídicos, que por una u otra razón resultan de gran interés para nuestro estudio.

En el caso de la legislación inglesa, el objetivo que pretendemos alcanzar es el de analizar la legislación del Reino Unido que, como estado miembro de la Unión Europea, debe cumplir con las obligaciones que le imponen los Tratados y el Derecho europeo derivado, pero que al mismo tiempo aplica a sus sociedades nacionales la doctrina de la constitución.

De esta manera, resulta de gran interés analizar la estructura sobre la que se articula la aplicación de esta doctrina tanto en los supuestos de actuación de las sociedades inglesas a nivel europeo e internacional, como en el plano de la recepción de sociedades extranjeras en el Reino Unido. Este análisis cobra

mayor importancia si se tiene en cuenta la reciente reestructuración del Derecho societario inglés que a través de la *Companies Act 2006* pretende incentivar el uso de su legislación en materia de sociedades limitadas por parte de las pequeñas y medianas empresas y también asegurar la protección de los socios inversionistas de las sociedades cotizadas, sin descuidar la protección de los intereses de los acreedores sociales de sociedades extranjeras con establecimiento en el Reino Unido.

Por otra parte, en la línea del estudio del Derecho anglosajón no podíamos dejar de prestar atención al Derecho norteamericano, no solo por la importancia económica de este país, sino también porque es, en definitiva, el precursor en el uso de la competencia legislativa en Derecho societario, de manera que consideramos que es importante conocer cuales son los elementos que dieron lugar a esa competencia y en que estado se encuentra en la actualidad, para así poder establecer si existen o no paralelismos con la que se desarrolla en la actualidad a nivel europeo.

Al analizar esta legislación también era de nuestro interés el establecer si las sociedades norteamericanas gozan o no de movilidad societaria internacional y en que términos para, de esta manera, contar con mayores elementos de comparación en relación a la movilidad de las sociedades constituidas bajo otras legislaciones.

En relación con nuestro análisis del Derecho alemán, debemos señalar que su estudio en materia de movilidad societaria cobra gran interés no sólo por haber sido el ordenamiento jurídico que con mayor fuerza y rigor ha aplicado el modelo de sede real, sino que dada su influencia como modelo a seguir por otras legislaciones nacionales tanto del ámbito europeo como internacional adquiere mayor relevancia el determinar los elementos que en la actualidad permiten la movilidad societaria de las sociedades alemanas.

Sobre el mismo tema, es importante subrayar los importantes cambios que ha sufrido la tradicional configuración del Derecho societario alemán en esta materia, puesto que no solo se permite ya que las sociedades alemanas puedan trasladar su establecimiento principal fuera de Alemania, sino que también el régimen legal de las sucursales de sociedades extranjeras ha sido objeto de modificación en orden a establecer nuevas obligaciones a éstas.

## II. COMPANY AND CORPORATION LAW

It is important to state that although there are some differences between what is known as Company Law and Corporation Law (that is, in a broad sense the law referred to the business organization that entrepreneurs choose as a mean to organize its

industry through one or some of the legal entities that British and American law have created for this purpose), we consider this differences to be mainly historical<sup>368</sup>.

Both systems intend to guarantee their users the access to means which allow corporate mobility. Both have obviously succeeded in this goal, although by different means, in different levels and protecting their markets through different methods. As we will see the British system does not allow its domestic companies to modify their registered office, neither within its national jurisdiction, nor at the international level. Although it recognizes foreign corporations that operate in its territory, it requires from them heavy disclosure rules, whether these corporations come from EEA States or not.

---

<sup>368</sup> According with BLUMBERG, P.; *The multinational challenge to corporation law*, Oxford UP; New York, 1993, pg. 15; the law related to business organizations developed in England through the evolution of the joint-stock company – originally a form of partnership – as opposite to the development of corporate charters, being this the reason why modern English business law developed as company law and not as corporation law. On the same subject CHEFFINS, B.; “Law, the market and Corporate Enterprise”, in ARMOUR, J.; PAYNE, J. (eds.); *Rationality in Company law. Essays in Honour of DD Prentice*; Hart Publishing, Portland, 2009, pg. 306, follows the same reasoning, pointing out that the lack of development in this area of the Law had negative consequences for the economic development of England.

On the other hand the American corporation law system as a multijurisdictional State has made a different approach to corporate mobility within the US and on the international level. In the first case each State is free to decide whether and to what extent, it allows its companies to migrate to other States and under which conditions either through the *domestication* process or through an interjurisdictional merger. On the international arena options for mobility are narrower as very few States contemplate the possibility of receiving and/or letting their local companies migrate to other countries.

### III. THE LAW OF THE UNITED KINGDOM RELATING COMPANY MOBILITY

The United Kingdom is a *multiple* legal system country. That means that several legal systems coexist under the United Kingdom, each regulating companies in a different manner and with different statutory instruments. In this [Section] we will study the regulation on companies in England and Wales<sup>369</sup>.

---

<sup>369</sup> We therefore do not deal with regulations for Scotland or Northern Ireland. In this [Chapter] when we refer to regulations in the United Kingdom or the English or British legislation, we refer only to the legislation in England and Wales.



English legislation is a common law system and, therefore, court precedents play a role substantially more important than courts precedents in continental Europe. English law has developed through years and years of case law referred to specific problems. Companies' regulation is not an exception to this. Nowadays important court decisions are still used as source of law in Company law<sup>370</sup>.

However, the United Kingdom started few years ago a sort of codification process of its Company regulation. This process has been historically influenced by the European Directives, but also by the chaotic situation created by the different regulations and statutory instruments applying to Companies. This process has crystallised in the approval in November 2006 of the new Companies Act (the "CA 2006"). We further analyze below this process.

However, we find it compulsory to refer to historical and what in a continental system could be regarded as superseded law – in the sense that a new Companies Act would be expected to regulate all companies incorporated before the adoption of the new Act – given the particularity of English legislation in this area which, in

---

<sup>370</sup> Such as the paradigmatic *Salomon v Salomon & Co (1897)* which is the key to understand the principle of separate corporate personality of the company.

direct application of the concession theory, considers that a registered company can only exist and act according with, and by virtue of, the Companies Act under which it was incorporated<sup>371</sup>. So as English Law does not require these corporations incorporated by other forms of incorporation or by past Companies Acts to re-register – that is to comply with the regulations of a new Companies Act – we must refer to all regulations because they are still active and valid for those corporations that were first incorporated at the time these Acts were in force<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> On this subject, also, MAYSON, S.; FRENCH, D.; RYAN, C.: *Company Law*, Oxford UP, 22<sup>nd</sup> Ed.; Oxford, 2005, pg. 19.

<sup>372</sup> DAVIES, P.: *Gower and Davies' Principles of modern Company Law*, Thomson Sweet & Maxwell; 8<sup>th</sup> Ed.; London, 2008, pág. 21; refers to these forms of incorporation as alternatives to registration under the Companies Act, clarifying that when the machinery for the formation of a company by registration under a general Act of Parliament was introduced in 1844, it supplemented but did not replace, the existing methods of forming companies, namely by special Act of Parliament or by means of a charter granted by the Crown, either under the Royal Prerogative or under powers conferred upon de Crown by statute to grant charters of incorporation. The continued effectiveness of such incorporations was implicitly recognized by section 716 of the Companies Act 1985, prohibiting partnerships of more than 20 persons. This ban could be complied with by registration under the Companies Act but also by incorporation "in pursuance of some other Act of Parliament or of letters patent"

## 1. HISTORICAL BACKGROUND

Before analyzing the current English regulation on corporate mobility, it is necessary to make a brief review of the evolution of company law on this matter.

### A. Origins

At first incorporation seems to have been used only in connection with ecclesiastical and public bodies, such as chapters, monasteries and boroughs, these had their corporate personality conferred upon them by a charter from the Crown<sup>373</sup>. Then it

---

<sup>373</sup> GOWER, L.C. B.; PRENTICE, D.D.; PETTET, B.G., *Gower's Principles of modern company law*; Sweet & Maxwell, 5<sup>th</sup> Ed., London, 1992, p.19 (footnote 2) explain the ambiguity of English law in the matter of whether or not it has committed itself to the "fiction" theory of corporation, anyhow it seems to have adopted the "concession" theory which assumes that incorporation depends upon a State grant. Even so, only by the end of the 18<sup>th</sup> century did the Parliament actually began to grant such charters and only as a way to amplify the royal prerogative by authorizing the Crown to confer a charter of incorporation with privileges beyond those which the Crown alone could confer.

It should also be noted that a direct consequence of this historical developments English law recognizes two sorts of corporations: corporations sole, which are essentially governmental, municipal, or religious officers given corporate status for the purposes of administrative convenience, and corporations aggregate, which are made up of several human members. Both sorts of corporation are considered to possess

became popular among guilds of merchants mainly because it was the only effective method of obtaining for their members a monopoly of any particular commodity or branch of trade. At that time this was the only real advantage incorporation offered mainly because each member traded on his own account subject only to the obedience to the regulations of the guild. Later on the partnership principle of trading on joint account was adopted by the regulated companies which became joint commercial enterprises instead of trade protection associations<sup>374</sup>.

As time went by, the monopolistic characteristics of the chartered companies began to diminish due, not only to historical developments but also to the growth in domestic trade. By the beginning of the eighteenth century a vast majority of companies began to attract investors from the general public, this boom

---

artificial personality, although corporations aggregate may have different capacities according to the law.

<sup>374</sup> That was the case of the famous East India Company which received its first charter in 1600, granting it a monopoly of trade with the Indies. Originally any member could carry on that trade privately, although there was also a joint stock to which members could, if they wished, subscribe varying amounts. At first this joint stock and the profits made from it were re-divided among the subscribers after each voyage. From 1614 onwards, however, the joint stock was subscribed for a period of years. This practice subsisted until 1653 when a permanent joint stock was introduced.

stopped abruptly with the enactment of the Bubble Act<sup>375</sup> which prohibited the use of the corporate entity or the raising of transferable stock or shares without the previous consent of the legal authorities by Act of Parliament or by Crown charter<sup>376</sup> as a consequence public confidence in joint stock companies and their securities was destroyed so effectively it could only be recovered during the industrial revolution. Hence throughout the century the development of incorporated companies diminished

---

<sup>375</sup> The South Sea bubble has been referred to in economic history has one of the first speculative schemes, designed to attract investors. As prof. GRIFFIN illustrates (*Company Law Fundamental principles*; Pitman Publishing; London, 1994; p. 4) it attempted to buy out government creditors or to persuade them to take shares in the South Sea Company in exchange for their claims in the National Debt, the idea being that the National Debt was a high interest bearing loan. As a consequence the value of the South Sea shares increased rapidly bringing along a speculative boom in the general value of share prices of this and other companies many of which had dubious corporate objectives. In the end Parliament took action by enacting the said Bubble Act which prevented further share transactions except for those companies that had been granted by individual Acts of Parliament.

<sup>376</sup> As SCHMITTHOFF (*Palmer's Company Law, Vol. I, the Treatise*; Stevens & Sons Publishers; 23rd. Ed; London 1982; p. 2-01 [6]) pointed out with the Bubble Act the legislator confused the fraudulent used of companies' flotations with the innocent form of the company.

drastically so businesspeople found an alternative device in the unincorporated association<sup>377</sup>.

It was only in 1844 that the first kind of registered company was created through the Joint Stock Companies Act; the Act prohibited large unincorporated companies and granted the newly created registered companies certain privileges such as capacity to sue and be sued as a separate entity and the holding of property. It did not confer, though, limited liability to the members of the company. It was by the Limited Liability Act 1855 that this feature of modern company law was introduced<sup>378</sup>

One of the main principles that interest us in this study had already been introduced and consolidated: the incorporation

---

<sup>377</sup> This association gave birth to the *deed of settlement company* by which the subscribers would agree to be associated in an enterprise made between various shareholders and a trustee or trustees with whom the shareholders covenanted to observe the provisions of the deed. The main idea of this organization was to make it as nearly as possible a corporation with continuous existence, and with transferable and transmissible stock, but without any individual right in any associate to bind the other associated members or to deal with the assets of the association.

<sup>378</sup> However, this Act was almost immediately superseded by the Joint Stock Companies Act 1856 which according with the times made the incorporation process a lot easier than previously. About corporate personality, the most important case in English company law is *Salomon v. Salomon & Co. Ltd. (1897)*.

principle. As RAMMELOO<sup>379</sup> underlines, the traditional attitude of hospitality towards foreign companies conducting business in England<sup>380</sup> comes from early times in the development of company law and it is based on the need to expand commerce and secure recognition of the British companies abroad, as it has been reflected by precedent<sup>381</sup>.

The evolution of company Law continued although given the method of legislative reform before the enactment of the CA 2006, the applicable legislation was much more diffused and not

---

<sup>379</sup> RAMMELOO, S.; *Corporations in private International law. A European perspective*; Oxford U.P. Oxford; 2001; p. 129.

<sup>380</sup> He proposes as the first precedent in which this principle was applied was *Henriques v Dutch West India Co. [1728]* 93 Eng. Rep. 1378–1865; although he notes that the critical element in this decision lies in the admission of incorporation in proceedings before an English Court.

<sup>381</sup> As DRUCKER, T.; “Companies in private International Law”; *Int’l & Comp. L.Q.*; Vol. 17; 1968; p. 29.; points out, the approach of the English courts is to first examine what the precise status of a foreign legal entity is under the system of law under which that entity was formed. Once this has been ascertained, the English courts examine whether that entity is analogous, as the case may be, to a company, or to a partnership, as defined by English law, that being the case, it will in general be treated as a company for the purposes of the English proceedings. That was the case both in *The General Steam Navigation Company v. Guillou* [(1843) 11 M.&W. 877], and *C.L. Dreyfus v. Commissioners of Inland Revenue* [(1929) 14 T.C. 560]

at all programmatic<sup>382</sup>. When the need to implement European Community harmonising directives arose<sup>383</sup> this implementation process was seldom made thinking in the whole structure of the domestic law<sup>384</sup> and normally without considering the implications for other statutory provisions<sup>385</sup>.

## B.2006's Companies Act

---

<sup>382</sup> According to DE LACY, J. (ed.); *The reform of United Kingdom Company Law*. Cavendish Publishing Ltd.; London; 2002; p. 5; British Company Law had been reviewed at approximately 20-year intervals by different royal commissions, for instance, the Jenkins Committee of 1962 made a series of proposals which gave way to several technical amendments and additions to meet current needs or abuses, but no coherent re-examination of the whole.

<sup>383</sup> When the United Kingdom joined the then European Economic Community in 1972 [*European Communities Act 1972* (c. 68)] it had to give effect to the First Council Directive on Harmonization of Company Law which had already been approved by the Council of Ministers on March 9, 1968, and successively with the following European regulations in order to comply with the harmonization process.

<sup>384</sup> Also on this matter MAYSON, S.; FRENCH, D.; RYAN, C.; *Company... etc.*; cit., pg. 35.

<sup>385</sup> As an example, DE LACY, J. (ed.); *The reform ...; etc.*; p. 6; cites the additions made in 1989 to the existing code on the appointment and removal of auditors in order to implement the European Union's Second directive.



One of the main purposes of the CA 2006 refers to shareholders; the new Act intends to promote an active role for them in order to create a long-term investment culture<sup>386</sup> through the creation of the concept of Enlightened Shareholder Value which has three pillars: the clarification of directors' duties and their responsibilities, an improvement of the law regulating their conflicts of interest, and also on the quality of the auditing process<sup>387</sup>. Derivative actions, which so far had been a right available to shareholders in certain circumstances as a matter of common law are included and regulated in the new Act. Clarifying as well the provisions on alterations of class rights and extending them to companies without share capital.

It has also been a major objective of the reform process to provide for separate and better-adapted default articles for private companies<sup>388</sup>. At the same time, the decision-making process

---

<sup>386</sup> *White Paper* (March 2005).

<sup>387</sup> An analysis of the restatement of the common law of directors' duties can be found at DAVIES, P.; RICKFORD, J.; "An introduction to the new UK Companies Act", ECFR, 1/2008, pg. 64.

<sup>388</sup> The CA 2006 also includes specific Model Articles for private companies in the new Table "A". An specific study of the CA 2006 for SMEs can be found in VAN DUZER, P.; *Companies Act 2006: A guide for private companies*; Jordan Publishing, Bristol, 2007.

was simplified by making it easier to take decisions by written resolution. Annual General Meetings (AGMs) for these companies become optional rather than mandatory<sup>389</sup>, and also the need for a company secretary was eliminated<sup>390</sup>.

About reporting and auditing, the new Act increases the definition of “small company” for accounting purposes<sup>391</sup>. It also creates the obligation for public companies to provide an Operating and Financial Review (OFR) which is a narrative report on a company’s business, its performance and future plans, etc. Quoted

---

<sup>389</sup> The previous requirement for an AGM (§ 366 (1) CA 1985) has been repealed as the new § 281 (1) CA 2006 allows for resolutions of the members to be passed either at a meeting or as a written resolution, this could mean, according with § 299 CA 2006, that the company could send the resolution to a member by means of a website and, pursuant to § 298 CA 2006, the recipients would be able to signify their consent by electronic means, if the company has provided an electronic address.

<sup>390</sup> About private company relaxation in the new Companies Act, see also DAVIES, P.; RICKFORD, J.: “An introduction to the new UK Companies Act. Part II”, ECFR 3/2008, pg. 261.

<sup>391</sup> According to s. 382.3 the company must satisfy two or more of these requirements: turn over not more than £5.6 million; balance sheet not more than £2.8 million; or number of employees no more than 50.

companies are also required to prepare a directors' remuneration report<sup>392</sup>.

The new Companies Act also attempts to encourage companies incorporated by other forms of incorporation<sup>393</sup> to register under the Act. This encouragement is provided by enabling them to register under the Companies Act without having to form a new company and wind up the old one<sup>394</sup>. Finally, it has recognised public limited companies the right to be incorporated with a single member<sup>395</sup>.

## 2. BRITISH COMPANY LAW RELATED TO COMPANIES INCORPORATED IN ENGLAND AND WALES

### A. Business organizations in the United Kingdom

The legal system in the United Kingdom recognises different kinds of companies. Although the main distinction known to the general

---

<sup>392</sup> Chapter 6, CA 2006

<sup>393</sup> See supra II and note 41?

<sup>394</sup> Chapter 1 of Part 33 of the Act.

<sup>395</sup> S. 7 (1)

public is between public<sup>396</sup> and private companies, the vast majority of companies are private companies. Those that hit the news headlines tend, however, to be public companies and this may give a distorted view of the numerical significance of public companies<sup>397</sup>. The surprising feature of English company law is that, with some exceptions, the same rules apply to public companies as to private companies. The Second EC Directive on Company Law<sup>398</sup> did, however, lead to a re-writing of the distinction between public and private companies, given the fact that its requirements apply only to public companies, introducing also a further distinction, ever since private companies have to include in its name the word "limited" or "Ltd", and the public ones the word "public limited company" or "Plc".

Other distinctions between them are that private companies are usually used to carry out smaller businesses, cannot offer securities to the public and have a minimum capital of 1p. – if

---

<sup>396</sup> The old sense of the term "public company" is explained by MAYSON, S.; FRENCH, D.; RYAN, C.; *Company... etc.*; cit., pg. 6.

<sup>397</sup> According to the DTI, *Companies in 2005–2006*, Table A2, the number of private companies existing at that period of time exceeded the two million, whereas public companies were to be count reaching only the eleven thousands.

<sup>398</sup> Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976

limited by shares –, whereas public limited companies can offer shares or debentures to the public and have a minimum capital of 50,000 pounds.

Public companies offer a further distinction where all companies quoted on the London Stock Exchange are “listed” companies<sup>399</sup>, and all other public companies are “quoted” companies<sup>400</sup>.

Another classification divides companies according to the form of incorporation: chartered, statutory, and registered companies. The first are companies which have been formed by a Royal charter which is the instrument that confers them corporate personality. As it has been pointed out<sup>401</sup>, the main concern about these companies relates to the fact that as they are not created by registration under the current or previous Companies Acts, their provisions do not apply to them. So third parties dealing with such companies are inadequately protected.

Nevertheless, it should also be taken into account that s. 1043, CA 2006, has made applicable to “bodies incorporated in and

---

<sup>399</sup> Subject to the Financial Services and Markets Act 2000, and to the rules made by the Financial Services Authority.

<sup>400</sup> *E.g.* Companies quoted on the Alternative Investment Market (AIM).

<sup>401</sup> DAVIES, P.: *Gower and Davies' Principles...*, etc., p. 22.

having a principal place of business in the United Kingdom”, regulations of the CA 2006 relating to accounts and audits, corporate capacity and director’s authority, company investigations and fraudulent trading. Prof. DAVIES<sup>402</sup>, considers this an interesting nod on the part of English law towards the “real seat” doctrine, given the fact that § 1043 is not applicable to a English unregistered company that does not have a place of business in the United Kingdom’s territory, whereas a company registered under the Companies Act will be governed by it even if all its activities are carried out outside the United Kingdom.

Here we have a perfect example of the United Kingdom’s policy relating to the protection of third parties when dealing with a company, through s. 1043 CA 2006, the United Kingdom protects its citizens or any person that conduct business in the United Kingdom’s territory with a company that has its principal place of business there. This approach proves to be far more reliable than the “real seat” doctrine, because it applies only to those who have their main activities in the territory who wants to be protected.

---

<sup>402</sup> Idem, note. 99.

Statutory companies are those which have been formed under general public Acts<sup>403</sup>. In the past centuries, statutory incorporation by private Acts were commonplace, given as they were mainly used to create companies which would provide the general public with what is now known as public services<sup>404</sup>, they needed special legislation since these undertakings required monopolistic rights. Although many of these corporations have now been “privatised” and become registered companies, some still remain and the Acts under which they were incorporated are still in force<sup>405</sup>.

Companies can also be classified by the way they guarantee their activities, limited by shares; unlimited by shares; and limited by guarantee. A company limited by shares... An unlimited company limited by shares has as its main advantage the privacy and flexibility of capital structure, since these companies do not need to file annual accounts if certain conditions are met<sup>406</sup>, although

---

<sup>403</sup> Charities Act 1993, Friendly Societies Act 1992, Building Societies Act 1986, Industrial and Provident Societies Act 1965.

<sup>404</sup> E.g. Railway, gas, water and electricity.

<sup>405</sup> Part 33 of the CA 2006, implicitly recognizes so, as it authorizes some of these companies to register under the CA 2006.

<sup>406</sup> S. 448, CA 2006.

they do have the obligation to produce this accounts for the members of the company.

On the other hand, companies limited by guarantee are those whereby the company's memorandum provides a liability on the part of the company's members to contribute to a fixed sum of money towards the liabilities of the company should the company be wound up while he is a member, or within a year after he ceases to be a member<sup>407</sup>. Most of the companies that choose this form have charitable objectives, the main reason is that with this organization any profits made by such a company are not distributed as dividend, and also because the members do not have to put any money into the concern when it is set up. This type of company has nowadays a new competitor in the form of the new Community Interest Company<sup>408</sup>.

Different from these companies there are also other types of business organizations, there is the Limited Partnership<sup>409</sup>, which has among its special features, the right to sue and be sued in

---

<sup>407</sup> S. 11, CA 2006.

<sup>408</sup> See Companies Act 2004, s. 26(1), which remains in force according to s. 6 of the CA 2006.

<sup>409</sup> Regulated under the Limited Partnership Act 1907, and 1890, and also by the common law of partnership.



the name of the company but is not a separate entity from that of its members<sup>410</sup>. The 1907 Act also allows a member of a partnership to attain a limited liability status<sup>411</sup>, although it precludes the said partner from taking an active role in the management of the partnership. Another core feature from partnership law is that this type of organization does not need to comply with the many formalities required of a registered company.

The more specific Limited Liability Partnership (LLP)<sup>412</sup>, is also a corporate body with legal personality separate from its members. Although it is likely to have features similar to an ordinary partnership, the law relating to general partnerships does not apply to them, except in two main areas: taxation – the members are taxed as if they were partners – and the managerial organization – there are no directors – so all members are entitled to be involved in the management of the LLP.

---

<sup>410</sup> Re Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society (1889) 22 QBD 470.

<sup>411</sup> DAVIES, P.; *Gower and Davies' Principles...*, etc.; p. 7. calls it a "sleeping partner"

<sup>412</sup> Regulated by the Limited Liability Partnerships Act (LLPA) 2000, and the Limited Liability Partnership Regulations 2001.

## B.Domicile and residence in English law

It has long been recognized by English Courts that a corporation may not exist beyond the limits of the State or country to whose laws it owes its being<sup>413</sup>. Similarly FARNSWORTH states that "All the incidents of domicile, which in the case of an individual would be determined by the *lex domicilii*, are in the case of a corporation determined once and for all by the conditions under which it was incorporated, that is to say by the law of its incorporation<sup>414</sup>". A consequence of the application of this rule is that a company can have only one domicile since it can, in general, only be incorporated under a single system of law<sup>415</sup>.

The main idea behind this principle was, and to this day continues to be, to secure the application of the English legal system, even in the event that such company had dealings in a foreign jurisdiction. So, the situation of the company's registered office

---

<sup>413</sup> De Beers Consolidated Mines, Ltd. V Howe [1905] A.C. 455.

<sup>414</sup> FARNSWORTH, A.; *The residence and domicile of corporations*; Butterworth & Co. Publishers; London; 1939, p. 212.

<sup>415</sup> *Gasque v. Inland Revenue Commissioners* [1940] 2 K.B. 80, 84 ; established that the domicile of origin, or the domicile of birth, using with respect to a company a familiar metaphor, clings to it throughout its existence.

reflects the domicile and nationality of that company, but it does not necessarily determine its residence, this is an “extension” of the anthropomorphic interpretation of a company as a “being<sup>416</sup>”, hence it may have residence in more than one country at the same time, but can only have one registered office.

The reason why the identification of a company's residence is important for the United Kingdom's law is because it is the material factor in determining whether or not the company is liable to United Kingdom tax law<sup>417</sup>. According with the legislation a company resident in the United Kingdom is chargeable to

---

<sup>416</sup> Or as a “person”, BIRKS, P. (ed.); *English Private Law*, Vol.I; Oxford University Press; Oxford; 2000; p. 147.

<sup>417</sup> In *Cesena Sulphur Co. v. Nicholson* (1876) 1 Ex. D. 428, it was ascertained that a company resides for purposes of income tax where its real business is carried on. In another ruling it was also said that “[...] *the definition of the word “residence” [...] is therefore inapplicable to the artificial and legal person whom we call a corporation. But for the purpose of giving effect to the words of the Legislature an artificial residence must be assigned to this artificial person, and one formed on the analogy of natural persons*”, *Calcutta Jute Mills v. Nicholson* 1 Ex. D. 428.

But it was in *De Beers Consolidated Mines, Ltd. V Howe*, that it was clearly stated that “the real business is carried on where the central management and control actually abides”.

Corporation tax on its worldwide profits<sup>418</sup>, whereas a non-resident is liable only upon the amount of the profits arising from the trade carried on in the United Kingdom. According with the income and corporation taxes Act “a body corporate shall be deemed for the purposes of this section to be resident or not to be resident in the United Kingdom according as the central management and control of its trade or business is or is not exercised in the United Kingdom”<sup>419</sup>

### C. Company migration

Under English Law, English companies acting in a foreign State (either if they are Public and private companies) depend on the internal system of recognition chosen by the host State.

On the contrary, and according to the recognition system currently in force, a foreign company duly incorporated is automatically

---

<sup>418</sup> LYMER, A.; OATS, L.: *Taxation. Policy and Practice*, Fiscal Publications, 15<sup>th</sup>. Ed., Birmingham, 2008, pg. 316. When doubts arise about a particular company’s residence status, the Inland Revenue……..

<sup>419</sup> Although, as noted by BOOTH, N.: *Residence, domicile and UK taxation*; Butterworths, London, 1986, p. 140, this rule, that introduced the idea of “central management and control”, was only the statutory acceptance of an already existing rule which had been coined for the first time in the *De Beers Consolidated Mines, Ltd. V Howe* (cit.) case.

recognized in England as such. For tax revenue purposes these companies are only deemed “residents” in the United Kingdom when: 1, 2, 3

The incorporation principle allows foreign businesspeople to “use” English Company Law and it has been made a government policy to attract this kind of investment. It is important to stress the idea that England sees itself as a receptive country<sup>420</sup>, perhaps not as much as Delaware in the US but similar and it intends to continue to attract businesses in this way.

*a. Transfer of a company's registered office*

A change of registered office from a company incorporated within the United Kingdom is at the moment, not permitted<sup>421</sup>. So in order to achieve a transfer an enterprise should look for an

---

<sup>420</sup> PRENTICE, D.; “The incorporation Theory – The United Kingdom”; EBLR, vol. 14, i. 6; 2003, p. 641.

<sup>421</sup> § 88 of the CA 2006, should not be confused with an authorization to change the registered office of a company, this regulation only offers the possibility for a company registered in Wales to alter the statement so as to toggle between “Wales” and “England and Wales” in order to be able to use the Welsh language in the company's official documents and in communications with the Companies House.

indirect method<sup>422</sup>. The main reason being, as already mentioned<sup>423</sup>, that the English system considers that a company can have only one place of registration as it can be created only in one place. This is a direct consequence of the high level of protection that the English system places in favour of the company's creditors<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> See *infra* b), and also LEWIS, D.: "Corporate redomicile"; *Comp. Law*. Vol.16, i. 10 p. 296–297, the author refers to the possibility to promote their own private legislation in order, for a company, to ensure migration to a foreign jurisdiction, as this is a complex process which is not within the reach of the wide majority of companies and it is not regulated in the Companies Act, we decline further reference to this method of migration.

<sup>423</sup> *Supra*. B. Domicile and residence in English Law.

<sup>424</sup> DAVIES, P.: *Gower and Davies' Principles*..., cit...; pg. 138. Although as noted by SCHÖN, W.: "Playing different games?..., etc.", cit., pg. 354, and also HERTIG, G.; KANDA, H.: "Creditor protection", in KRAAKMAN, R.; DAVIES, P., et al.; *The anatomy of corporate law*, OUP, Oxford, 2004, pg. 91, this protection is mainly directed at insolvency proceedings, which operates on a territorial base, so any English company with its head office outside Great Britain will not be regulated by this rules. In particular about creditor protection see BACHNER, T.: "Creditor protection through insolvency law in England", in LUTTER, M.; *Legal Capital in Europe*; De Gruyter Recht; Berlin, 2006, pg. 427. However, the BERR's powers of investigation, as noted by HALBHUBER, H.: "National doctrinal structures and European company law"; *CMLR*, Vol. 38, 2001, pg. 1404, is mainly directed at consumers and investors' protection.

Although finally rejected by the British government, the Company Law Review, made, in its Final Report<sup>425</sup> a proposal to provide companies with the possibility of changing its registered office. It was mainly based on the provisions held by the European Company Statute, but it provided for transfers not only limited to the scope of the European Community. The principal elements of protection that the proposal conferred to shareholders and creditors were the production of a proposal of transfer, to be made by the board<sup>426</sup>. Afterwards, the proposal had to be approved by a special resolution of the shareholders – so has to require a three-quarters majority approval – and it was also to allow dissenting members to apply to the court which could order a relief in any quantity as it see fit.

The protection of creditors was to be achieved through a solvency statement to be made by the directors of the migrating company, clearly stating its ability to pay its debts as they fell due for a year after the emigration<sup>427</sup>. Then, once the board had prepared the proposal of emigration, creditors would also have the right to apply to court to challenge its terms. The proposal also provided

---

<sup>425</sup> COMPANY LAW REVIEW, *Final Report*, vol. I and II, URN 01/943, July, 2001

<sup>426</sup> *Idem*, pp. 14.5, pg. 302

<sup>427</sup> *Idem*, pp. 14.8, pg. 302

for the company to accept service in the United Kingdom, even after transferring the registered office, regarding claims arising from commitments entered into before the transfer. The idea behind being that creditors would not need to commence proceedings against a migrated company in its new jurisdiction. When the company maintained a place of business in the United Kingdom's territory after migration, it would become subject to the provisions relating overseas companies<sup>428</sup>. In the other case, it would have to file with the Companies House contact details regarding its new jurisdiction<sup>429</sup>.

The proposed text made distinctions relating to the final destination of the registered office of the migrating company. If the transfer was to be made within the United Kingdom, the proposal of transfer would be less detailed and the right of dissenting shareholders to apply to court would be removed<sup>430</sup>, however, the creditors' protection would still apply in full, since there are considerable differences in security and property law

---

<sup>428</sup> See, *infra* 3. (overseas companies).

<sup>429</sup> COMPANY LAW REVIEW, *Final Report*, ..

<sup>430</sup> *Idem*, paras. 11



between all the United Kingdom jurisdictions<sup>431</sup>. In case of a European transfer<sup>432</sup>, with the compliance of the above requirements, the company was free to migrate. When the destination of the transfer was to be a non-EU country, after compliance with the regulations it would still need an statement of approval from the Secretary of State who would have to examine whether the levels of creditor protection would suffice.

Unfortunately, this part of the proposal for the Companies Act 2006 was rejected by the Government<sup>433</sup> on the grounds of a potential loss of tax revenues. So British incorporated companies if they decide to move its registered office will have to rely on a cross-border merger or, perhaps, in a future EC Directive on the transfer of a company's registered office.

#### ***b. Cross-border mergers as means of migration***

---

<sup>431</sup> England and Wales, Northern Ireland and Scotland, have all different regulations about business law and they all come from different law traditions.

<sup>432</sup> The proposal considered a transfer to be European not only if it was to be made to a Member State of the European Union, but also if it was to be made to an European Economic Area member, thus including Iceland, Norway, Switzerland, and Liechtenstein.

<sup>433</sup> SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY; *Modernising Company Law*, Cm 5553-I, vol.I, July 2002, p. 54.

Domestic mergers have never had a specific regulation in English law; even the terminology of the area is confusing<sup>434</sup>. In the new CA 2006 the possibility to merge one company into another is embedded in the Arrangements and Reconstructions part of the Act<sup>435</sup>. A possible explanation for this lack of interest could be found in the highly regulated takeover's regulations<sup>436</sup> which have traditionally been the vehicle for this restructuring process<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> GOWER, L.C. B.; PRENTICE, D.D.; PETTET, B.G., *Principles of modern...*, *op. cit.*, p. 689, refer to the English legal terminology, differentiating "reconstructions", "re-organizations", and "schemes of arrangement", from "amalgamations" or "mergers". The first three being employed when only one company is involved – in the case of the "schemes of arrangement" it comprehends also an agreement which, besides modifying the rights of shareholders, also modifies those of the creditors of the company – whereas the last two are commonly used when two or more companies are merged.

<sup>435</sup> See Part. 26 and sig., CA 2006. The Insolvency Act 1986 also provides a procedure for mergers: when a company goes into voluntary liquidation, the liquidator may accept shares from a transferee company in exchange for assets of the company. The shares of the transferee company are then distributed to the former members of the transferor company.

<sup>436</sup> The City Code on Takeovers and Mergers is published and administered by the Takeover Panel, a self-regulatory body designed to ensure fair and equal treatment of all shareholders in relation to takeovers. As described by DIGNAM, A.; LOWRY, J.; *Company Law*, Oxford UP, 4<sup>th</sup> Ed., Oxford, 2006, pg. 72, the Panel has an executive which provides advice to the interested parties in a takeover, its decisions can be appealed to the full Panel, and

European Company Law has made necessary the adoption of legislation in order to implement the Cross-Border Mergers Directive. This has been achieved through the adoption of the Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007<sup>438</sup>. These Regulations came into force on 15th December 2007.

The Cross-Border Regulations provide a framework whereby companies may engage in a cross-border merger. The term "cross-border merger" is defined<sup>439</sup> by reference to three categories: a merger by absorption, a merger by absorption of a wholly-owned subsidiary, and a merger by formation of a new company. The merger must involve at least one company formed and registered in the United Kingdom (a "UK company" ), and at

---

afterwards to the Panel's Appeal Committee. They can also be review by the judicial authorities but only after the takeover has been completed.

The Code applies to offers for all listed and unlisted public companies considered by the Panel to be resident in the United Kingdom, the Channel Islands or the Isle of Man – mainly that the company was incorporated in one of these jurisdictions and that it has its place of central management in one of them.

<sup>437</sup> See Annex C Final Regulatory Impact Assessment September 2007.

<sup>438</sup> SI 2974.

<sup>439</sup> Regulation 2.

least one company formed and registered in an EEA State other than the United Kingdom (an “ EEA company” ).

It is also required<sup>440</sup> that each United Kingdom company involved in a cross-border merger must obtain a court order under Regulation 6 certifying that the pre-merger requirements<sup>441</sup> have been complied with<sup>442</sup>. Afterwards it is also required to comply with certain conditions regarding the content of the proposed terms of the merger, the directors' report explaining the effect and grounds of the merger, and the independent expert's report<sup>443</sup>. These documents should be available for inspection by the company's members for a period of one month<sup>444</sup>, also the draft terms of the merger must be registered and published<sup>445</sup>. These

---

<sup>440</sup> Regulation 16.

<sup>441</sup> Regulations 7 to 10 and 12 to 15.

<sup>442</sup> Another important feature of the creditor's protection is found in regulation 14 related to regulation 11 where creditors are given the right to demand a meeting, once it has been held they are entitled to approve or not the merger. By doing so, the Regulations go beyond the Directive's requirements.

<sup>443</sup> Regulations 7, 8 and 9 respectively.

<sup>444</sup> Regulation 10.

<sup>445</sup> Regulation 12

terms of merger must be approved by the company's members<sup>446</sup> and, when a meeting of the company's creditors is summoned, the draft terms of merger must be approved by them as well<sup>447</sup>.

When as a consequence of the merger the result is a United Kingdom company, a United Kingdom court may make an order approving the completion of the cross-border merger, if the company to which the assets and liabilities of other companies concerned are transferred<sup>448</sup>. The consequences of the cross-border merger, which include the dissolution of and the transfer of assets and liabilities of, all but one of the companies involved, are defined in Regulation 17. Finally, Regulations 19 to 21 lay down requirements relating to the registration of the merger in the United Kingdom and in other EEA States.

The employee participation regulations are the most extensively regulated aspect with almost half of the total regulations, it has been divided in nine chapters, the first of which sets out the respective application of each of the chapters, including the provision at paragraph (2) that the obligation to provide for

---

<sup>446</sup> Regulation 13

<sup>447</sup> See *supra* note 37.

<sup>448</sup> Regulation 16

employee participation in the transferee company only applies where a merging company is a large company and operates employee participation, or where employee representatives participate in an administrative or supervisory organ of a merging company.

The second Chapter imposes certain pre-merger requirements on a United Kingdom merging company, including the provision of relevant information to employees or their representatives<sup>449</sup>, creation of a special negotiating body<sup>450</sup> and how that body should be composed<sup>451</sup>. Regulations 24 and 27 are enforcement provisions in respect of those obligations.

Chapter 3 prescribes the procedural arrangements whereby an employee participation agreement can be settled. It is also provided that the relevant parties must negotiate in a spirit of co-operation and that negotiations shall last up to 6 months, with potential to extend that time to 12 months<sup>452</sup>. The minimum content of an employee participation agreement is laid down in

---

<sup>449</sup> Regulation 23.

<sup>450</sup> Regulation 25.

<sup>451</sup> Regulation 26.

<sup>452</sup> Regulation 28.

Regulation 29, whereas Regulation 30 concerns the operation of the special negotiating body. A description of the circumstances in which the special negotiating body may choose not to open or terminate negotiations and the consequences of that choice, is regulated in Regulation 31. The final Regulation of this chapter (32) is an enforcement provision in respect of duties imposed on the special negotiating body.

The fourth Chapter prescribes the arrangements for election or appointment of United Kingdom members of the special negotiating body. The next Chapter provides for the standard rules of employee participation including regulations which set out where the standard rules should apply<sup>453</sup> and the effect of the standard rules applying<sup>454</sup>. Chapter 6 concerns the handling and disclosure of confidential material, pursuant to provisions of Part 4. Chapter 7 confers a broad range of rights and entitlements on employees and their representatives in the context of a cross-border merger, including the right not to be subject to unfair treatment on grounds of their activities in connection with the merger. This Chapter also provides for the enforcement of those

---

<sup>453</sup> Regulation 36.

<sup>454</sup> Regulation 37.

rights and entitlements, making amendment to primary legislation as required.

The last two Chapters of the Regulations are concerned with disputes about the operation of an employee participation agreement or the standard rules of participation, including<sup>455</sup>, any penalties that may be imposed in this context, and also set out certain procedural requirements and jurisdictional matters for enforcement of rights and entitlements under the Regulations, including amendments to primary legislation as required.

### 3.OVERSEAS COMPANIES

Given the openness of the English legal system towards foreign corporations, it should not surprise us to find that they have since the 1908 Companies legislation regulated the information obligation for companies incorporated outside the United Kingdom<sup>456</sup>. It should be noted that, although this goal is to be regarded as another example of the openness to foreign

---

<sup>455</sup> Regulation 55.

<sup>456</sup> See Overseas Companies Regulations *Impact Assessment 2007*, p. 5; available at <http://www.berr.gov.uk/whatwedo/businesslaw/co-act-2006/draft/page40411.html>



companies from the British legal system, this area is not exempted of difficulties,

An overseas company means a company incorporated outside the United Kingdom, the main objectives of this regulation is to ensure the availability of some basic information about a company incorporated elsewhere which has established a presence in the United Kingdom, and from which the aforementioned company does business. That information is, essentially, the information a British company would have to provide on incorporation or as part of its annual financial returns, and some information about those who represent the company in the United Kingdom.

The principal problem this legislation has had in the past was deciding the connecting factor<sup>457</sup> for determining which overseas

---

<sup>457</sup> Before the United Kingdom joined the EC, there was a duty to register particulars of a "place of business" for foreign companies. Unfortunately, this concept was never clearly defined. Relevant to solution this lack of definition, case law decided that establishing a place of business requires "a degree of permanence or recognisability as being a location of the company's business" (*Re Oriol Ltd* [1986] 1 W.L.R. 180 at 184), but it would also comprehend a case where the central management and control of the company is to be found in the United Kingdom. On the other hand, the concept of 'branch' was purely a European Union term with registration requirements set out in the 11th Company Law Directive, which were implemented in the United Kingdom by the Companies Act legislation (prior

companies should be subject to the disclosure requirements<sup>458</sup> stated by the relevant legislation. Fortunately the recent law reform has seen a clarification of the criteria, although the CA 2006 does not commit to a particular connecting factor<sup>459</sup>, the CLR in its draft Overseas Companies Regulations 2008<sup>460</sup> has adopted as a new connecting factor the “establishment” which

---

to 2006’s reform it was regulated under section 690A of and Schedule 21A to the 1985 Companies Act). But the Directive did not define what a “branch” was so the concept had to be taken from the European Court of Justice’s Case 33/78 (*Sofamer v Saar-Ferngas*) where it was stated that “a branch has the appearance of permanency and is physically equipped to negotiate business with third parties directly.

<sup>458</sup> While the “place of business” and “branch” systems were in force, those under the first regime would need to register it with the Companies House, as well as provide a certified copy of the charter, statutes or memorandum and articles of the company’s constitution; a form containing a list of the company’s directors and secretary; a list of the names and addresses of some one or more persons resident in Great Britain authorized to accept service of process on the company’s behalf. Also, they would have to file accounts under Section 700 of the CA 1985. The “branch” companies besides complying with the rules set for “place of business” companies would also need to file full accounts prepared and audited in accordance with the requirements of their “home” Member state.

<sup>459</sup> See § 1044, CA 2006.

<sup>460</sup> This Regulations are to enter into force on 1<sup>st</sup> of October 2009, available at <http://www.berr.gov.uk/whatwedo/businesslaw/co-act-2006/draft/page40411.html>

comprises a “branch” in the meaning of the 11<sup>th</sup> Directive, and also a place of business that is not a branch<sup>461</sup>

### A. Disclosure obligations

One of the most important changes that the new Regulations will impose on overseas companies is that they establish a permanent obligation of disclosure information to be filed. Within one month of having opened a United Kingdom establishment, an overseas company must deliver to the registrar a return containing the particulars of the company<sup>462</sup>, and the particulars of the

---

<sup>461</sup> Regulation 2 (1).

<sup>462</sup> A certified copy of the company’s constitution (in the case of a company which is not incorporated in a Member State, those particulars also include the law under which the company is incorporated. In the case of a company required to prepare or disclose accounts under parent law, the period for which the company is required by the law under which it is incorporated to prepare accounts, together with the period allowed for the preparation and public disclosure of accounts for such a period. Non EU countries must also disclose the address of its principal place of business in its country of incorporation or, if applicable, its registered office, its objects, and the amount of its issued share capital, unless disclosed already), and if the company is required to file copies of accounting documents, copies of the said documents, which should be the latest accounting documents prepared in relation to a financial period of the company that have been disclosed in accordance with its parent law.

establishment<sup>463</sup>. If the information disclosed were to become outdated, the alterations should be notified to the Register twenty-one days after the alteration is made, in the case of an alteration of any of the particulars of the United Kingdom establishment, or in the case of any other alteration, within twenty-one days after the date on which notice of the alteration in question could have been received in the United Kingdom in due course of post<sup>464</sup>. If the company or any officer or agent of the company were to fail to comply with these requirements it should be considered as a criminal offence liable on summary conviction to a fine. Nevertheless it should be noted that the requirements are less detailed if the company is incorporated in a Member

---

(aa)<sup>463</sup> The address of the establishment, the date on which it was opened, the business carried on at it, the name of the establishment if different from the name of the company registered under regulation 5(1)(a), the name and service address of every person resident in the United Kingdom authorized to accept service of documents on behalf of the company in respect of the establishment, or a statement that there is no such person, a list of every person authorized to represent the company as a permanent representative of the company in respect of the establishment containing with respect to such persons, the extent of the authority of any authorised to represent the company, including whether that person is authorised to act alone or jointly and if this person is not authorised to act alone, the name of any person with whom he is authorised to act.

<sup>464</sup> Regulation 12.

State, than if it is not<sup>465</sup>. This is a direct consequence of the harmonized regulations at European Union level regarding public registers<sup>466</sup>.

Another extensively regulated problem is that of the servicing of legal documents on the company. As it has been already stated<sup>467</sup> the company should disclose in the particulars, the name and address of every person resident in the United Kingdom authorised to accept service of documents on behalf of the company in respect of the establishment, or include in the particulars a statement that there is no such person<sup>468</sup>. Furthermore, the filed particulars must also state the extent of the powers of the directors of the overseas company who are authorised to represent the company in dealings and in legal proceedings<sup>469</sup>.

Operating disclosure obligations are divided in two categories, the first being the rules applied to overseas companies in relation to

---

<sup>465</sup> Regulation 5.

<sup>466</sup> First Directive (68/151/EEC).

<sup>467</sup> See *supra* (note 78).

<sup>468</sup> Regulation 6 (1) (e), and also § 1056 CA 2006.

<sup>469</sup> Regulation 5 (1) (e).

any third party who deals or might deal with them<sup>470</sup>, namely that any third parties dealing with an overseas company be able to know so, this is achieved by the requirement to the overseas company to display its name and country of incorporation at every location at which it carries business<sup>471</sup>, and in every document that it produces in its daily activities<sup>472</sup>. Non-compliance with these requirements carry out civil consequences similar to those that apply to domestic companies, as much as penalties<sup>473</sup>.

Another disclosure category relates to the annual reports, although only to those overseas companies which are deemed to have an “establishment” in the United Kingdom as defined by s. 1046 of the CA 2006. If the company were required by its parent law to disclose annual accounts it should deliver a copy of the said accounts to the Registrar<sup>474</sup>. Otherwise it should comply with

---

<sup>470</sup> § 1051, “trading disclosures”.

<sup>471</sup> Regulation 86.

<sup>472</sup> Regulation 82.

<sup>473</sup> Regulations 85 and 86.

<sup>474</sup> Regulation 17.

the accounting and filing requirements applied to domestic companies<sup>475</sup>.

The Registrar should also receive notice if an overseas company intends to close an establishment in the United Kingdom, or if the company itself has been wound up or has entered into insolvency proceedings.

#### B. Other requirements

Other rules relating overseas companies regulate the company's names<sup>476</sup> under which it will carry on business in the United Kingdom. That could be its corporate name or an alternative one<sup>477</sup>.

### IV.ELEMENTS OF AMERICAN CORPORATE MOBILITY<sup>478</sup>

---

<sup>475</sup> Regulation 26 which will modify s. 394 of the CA 2006

<sup>476</sup> Currently there is a draft Statutory Instrument in this matter for domestic companies which will indirectly apply to overseas companies as shown below.

<sup>477</sup> § 1048 CA 2006.

<sup>478</sup> For the purposes of our current research although we might refer from time to time to the "American corporate legislation" or to a specific state's company's legislation our study will take as principal objects both the

Although business corporations are not the only business organization form available, we have decided not to refer to other forms of business associations – mainly partnerships<sup>479</sup>, joint ventures, limited partnerships<sup>480</sup>, limited liability companies<sup>481</sup>,

---

Delaware General Corporation Law (DGCL) and the Model Business Corporation Act (MODEL BUS. CORP. LAW) as most American corporations have been incorporated under the influence of one or the other. It should also be taken into account that we regard “companies” and “corporations” to be of the same or very similar legal structure – as previously explained in *supra* footnote 344, so these two terms will be used interchangeably.

<sup>479</sup> Unincorporated associations not generally recognized as a *legal* unit but rather regarded as an aggregation of individuals operating the business as co-owners with individual rights and duties. Recently the Revised Uniform Partnership Act (1992) which has been adopted in a number of States takes the partnership as an entity separate and distinct from its members.

<sup>480</sup> It recognizes two classes of partners: general partners, who have complete control, manage the enterprise and are subject to full liability, and limited partners, who are similar to firm creditors but are subordinated to them if the firm becomes insolvent or is liquidated, these limited partners do not take part in day-to-day control of the business, although recent versions of the Uniform Limited Liability Partnership Act (last version dates from 2001) recognizes limited partners the right to involve themselves in the partnership without risking their loss of limited liability provided that they do not attempt to exercise control of the business.

<sup>481</sup> Newly adopted business organization (the first State to enact an statute authorizing limited liability companies was Wyoming in 1977), it enjoys partnership status regarding federal income tax, while preserving the State law benefits of limited liability for the company’s owners (in more detail see EISENBERG, M.A.: *Corporations... op. cit.*, p. 494)



etc. – because we consider that our research must focus on the business company, as it is the legal vehicle by which an important percentage of the market is organized.

The United States being a federation has chosen to concede each State the right to regulate the corporate entity. So when a group of people intend to carry out business using a company it has first to select a State of incorporation, a company with only a few owners will almost invariably incorporate locally, that is, in the State where it has its principal place of business<sup>482</sup>, whereas a business enterprise that is to be publicly held might prefer to be incorporated in Delaware or in a State that has been enacted under the influence of the Model Business Corporation Act<sup>483</sup>, the

---

<sup>482</sup> According to EISENBERG, M.A.; *Corporations... op. cit.*, pg. 107, this is due to tax reasons: if a company does business in a State, that State will impose a doing-business tax on the company on a basis that reflects the amount of that business. If a company is incorporated in a State, the State will impose a franchise tax for the privilege of incorporation, even if the company does not do business in that State. Elements of the doing-business and franchise taxes may overlap, so that if a company is doing business mainly in one State, its total tax bill usually will be less if it is also incorporated in that State. Furthermore, local attorneys familiar with local corporate law may be hesitant about rendering formal opinions on the laws of other States, and they are likely to recommend local incorporation.

<sup>483</sup> Although the Model Business Corporation Act itself has no official status, it serves as the basis for statutes of many States.

main reason being that adopting one of these regulations guarantees a series of advantages for the company<sup>484</sup>.

But before we enter the actual debate about corporate charter competition in the United States, we should make a brief reference to the development of the American corporate regulations so that we can have a larger view of the unfolding events that came to create the current state of corporate mobility within the US.

Also it is important to state that our research has focused not only in *interstate* corporate mobility, but also in the *international* options for the mobility of American corporations. Although in this matter due to the idiosyncrasies of American corporate law, but also to the years of economic influence in the international arena, there has been little interest on the development of this type of mobility.

## 1. HISTORICAL BACKGROUND

As a former British colony the American corporate law development has its roots in British company law<sup>485</sup>. After gaining

---

<sup>484</sup> Vid. (II.3)

independence, equality and autonomy of each former colony from central government was carefully sought. Consequently the federal system was adopted to ensure each State freedom to regulate everything that was not of federal prerogative.

#### A.Pre-industrial period

During most of the nineteenth century, States did not compete to sell corporate charters. At that time a company was considered as a “franchise” (privilege): the very existence of the company was conditioned upon a grant from the State, this grant, also called the “charter”<sup>486</sup> embodied the outlines of the arrangement among the associates and also stated the privileges the State granted the company, so the charter, which was deemed to be a “contract”, was a product of a threefold negotiation involving the State and the combined associates, and between the groups of associates acting for themselves<sup>487</sup>.

---

<sup>485</sup> SODERQUIST, L.; *et al.*; *Corporate law and Practice*; PLI Press, New York, 1999, pg. 2, underline the common roots of English and American corporate law, stating that in both legal traditions, a business company charter must always be granted by the State

<sup>486</sup> Equivalent to today’s “certificate of incorporation”.

<sup>487</sup> BERLE, A.; MEANS, G.; *The modern Corporation and private property*; Transaction Publishers, New Brunswick; 1997; p. 121; they refer to CLARK,

Similar to the developments of company law in England, in the US the vast majority of business companies chartered before 1800 were engaged in the provision of services traditionally associated with government, so they became to be regarded as public agencies<sup>488</sup>. Consequently State legislatures took a close look at every step a domestic chartered company gave<sup>489</sup>. According to this semi-public status, it was also assumed corporate law had a territorial effect so that activities outside the incorporating State

---

MARSHALL, *Private corporations; ... as stated on FN 8: "The charter of a corporation having a capital stock is a contract between three parties and forms the basis of three distinct contracts. The charter is a contract between the State and the Corporation; second, it is a contract between the Corporation and the stockholders; third is a contract between the stockholders and the State"*.

<sup>488</sup> According to the American judiciary "a corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of the law {...} being the mere creature of law, it possesses only those properties which the character of its creation confers upon it.." *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518, 636 [1819], from this concept onwards

<sup>489</sup> As reflected by TUNG, F.; "Before competition: origins of the internal affairs doctrine"; *Jour. Corp. L.*; Nr. 32-1; 2006, p. 22; the public service nature of Business corporations' activities, together with States' active involvement in overseeing and investing in their domestic companies, help explain the ideology of States' dominion over their companies. BERLE, A.; MEANS, G.; *The modern Corporation... etc.* ; p. 122, emphasizes on the protections State legislatures devised in order to control companies: the enterprise's main activities were required to be defined and was carefully limited in scope; the contributions of capital were rigidly supervised; and a rigid capital structure was set up.

were permitted only if they complied with the host State's regulations for foreign corporations.

Consistent with this approach, each State had complete regulatory control over its local firms. It was tremendously difficult for local corporations to exit their home jurisdictions, since their product and labour markets, as much as most of their capital markets were at home. At this time it was seen as logical that a company's internal affairs were to be regulated by the legislation in force in the State where such company had been organized, as this was consistent with the notions of territorial sovereignty in effect at that time<sup>490</sup>.

### **B. Industrialization**

By the mid-nineteenth century industrialization had taken a fast growing pace, with enormous advances being made in industrial technology, energy, transportation and communication. To allow all this many local corporations began to cross State lines, multistate markets created a need for corporations' mobility. But this mobility meant moving operations completely; corporations were expected to maintain territorial ties with its incorporating State, which in exchange, expected to secure local employment

---

<sup>490</sup> TUNG, F.; "Before competition...", op. cit., pg. 15-16.

and the industrial tax base<sup>491</sup>. But this geographical mobility allowed corporations to choose between jurisdictions with attractive corporate law, so State legislators had to respond to the demands of both local and out-of-State capital.

This new demand was the main reason why States decided to enact general incorporation statutes<sup>492</sup>, for instance New York adopted its first general incorporation law in 1811, although it had a very limited application because it was directed to specified businesses: textile manufacturing, production of glass, etc. All of

---

<sup>491</sup> *Idem*, p. 28; explains the requirements and practices of local corporate law, at that time even provided for the number of corporate officers and directors who had to be State residents, with most of their director's meetings and shareholder meetings to be compulsory held in-State.

<sup>492</sup> According to BALLARN, D.: "The evolution of the government-business relationship in the United States: colonial times to present"; *Am. Bus. L.J.*; Vol. 31; 1994; p. 590; this general incorporation statutes were also seen as a method for eliminating the aura of privilege that special charters brought to the mind of commercial firms, so "*When special charters were the only avenue for incorporation, the States could maintain control by determining who received the charters. With the shift to general incorporation laws this element of control was lost...*". Also of the same point of view HOVENKAMP, H.: "The classical corporation in American legal thought"; *Geo. L. J.*, vol. 76, 1987-1988, pg. 1635-1636.

the other States had enacted similar statutes by the end of the nineteenth century<sup>493</sup>.

The adoption of general incorporation laws allowed businessmen to use the corporate form for all kinds of commercial purposes. States legislatures lost their ability to directly influence and control business activity, providing an environment in which individuals could have the freedom to prosper.

Although general incorporation laws created a national product market, corporations continued to be perceived as public agencies created by its sovereign. Courts contributed to this interpretation by recognizing the territorial limits of their own authority, wishing to avoid adopting decisions that would require enforcement in other States they found the *internal affairs doctrine* to present them with the perfect justification for this approach. This doctrine that had emerged earlier in the century ensured that if a corporation decided to make interstate business only the State under whose laws it was incorporated would have jurisdiction over this corporation's internal affairs.

---

<sup>493</sup> BERLE, A.; MEANS, G.; *The modern Corporation...* ; op. cit., pg. 126, considered Connecticut' statute (1837) to be the first really modern type of statute because it permitted incorporation "for any lawful business".

At this time a change in the Supreme Court's interpretation of foreign companies acting outside its incorporation State allowed for a much bigger development of interstate commerce<sup>494</sup>. According to the well known *Bank of Augusta v. Earle*<sup>495</sup> companies in one State could do business in another State, subject to that State's permission and regulation<sup>496</sup>. This served to discourage trading with a foreign corporation on a usual basis.

Later on this approach was rejected first by the extension of protection of the Commerce Clause<sup>497</sup> to corporations, but mainly

---

<sup>494</sup> Previously, discrimination against foreign banking and insurance companies was common as States resorted to different protectionist measures to ensure the prevalence of local corporations

<sup>495</sup> 38 US 519 (1839).

Also, according to *Marshall v. Baltimore and Ohio Railroad Co.*, 16 How. 314 (1853): "The corporation being the mere creation of local law, can have no legal existence beyond the limits of the sovereignty where created... Having no absolute right of recognition in other States, but depending for such recognition... upon their assent, it follows, as a matter of course, that such assent may be granted upon such terms and conditions as those States may think proper to impose. They may exclude the foreign corporation entirely.... The whole matter rests in their discretion".

<sup>496</sup> HOVENKAMP, H.; "The classical corporation...", op. cit., pg. 1649.

<sup>497</sup> According to article I, Sec. 8., clause 3 of the American Constitution "The Congress shall have Power . . . to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes". Case



by directly eliminating the possibility for States to prohibit foreign companies' activities. That was the case for *Paul v. Virginia*<sup>498</sup> where the Supreme Court held that the State of Virginia<sup>499</sup> could impose restrictions to foreign companies, but that a State could not prohibit a foreign company from doing interstate business *per se*.

This landmark development in case law derived into State competition to attract incorporations, being the first to develop an attractive Incorporation Act the State of New Jersey<sup>500</sup> in 1875. Seeing all the benefits that arose from the incorporation business

---

law has determined that this Clause confers Congress the power to regulate interstate commerce. This task is normally carried out through the enactment of federal regulations but, if Congress has not regulated a specific matter (that means that the regulatory capacity of Congress remains "dormant") the Supreme Court can declare unconstitutional certain State or local legislation, if it considers these legislation to damage or in any way limit interstate commerce.

<sup>498</sup> 75 U.S. 168 (1868).

<sup>499</sup> That had imposed restrictions on a "foreign" company.

<sup>500</sup> According to TALBOT, L.E.: *Critical Company Law*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2008, p. 14, it is generally attributed to a New York attorney by the name of James B Dill the amendment of the New Jersey Incorporation Act. Mr. Dill had sought to accomplish this Act in order to secure clients as they would offer to act as agents for interested parties.

it also adopted legislation in favour of holding companies<sup>501</sup> which allowed companies to control or own the stock or assets of other firms<sup>502</sup>.

## 2. CHARTER COMPETITION

It has been argued for a very long time that State legislatures compete to sell corporate charters in order to raise State revenues, this may have been true for the first part of the XX century, but nowadays it is difficult to ascertain whether or not there is competition for incorporations at all. We will closely examine below the early development of the charter competition and the current state of this competition.

### A. The internal affairs doctrine

The internal affairs doctrine is a choice-of-law rule that selects the law of the incorporating State to govern disputes over the company's internal affairs<sup>503</sup>, this has been also known as the *lex*

---

<sup>501</sup> The New Jersey holding Company Act, was enacted in 1891.

<sup>502</sup> In more detail COMPTON, W. R.; "Early history of stock ownership by corporations", Geo. Wash. L. Rev., vol. 9, 1940, p. 125.

<sup>503</sup> Such as what powers belong to the board of directors, what limitations can be placed on their compensation, what kinds of self-interested transactions can members of the board of directors enter into, what duties

*incorporationis*, and is the main reason why the location of the corporate domicile is so important. As we have previously studied, it developed in a historical context that has long since been overcome<sup>504</sup>. It should also be noted that this principle has no legal basis although it has been pointed out that the contractual autonomy principles that are in the basis of the company contract as its most plausible source of legitimacy<sup>505</sup>

It is important to establish then, which elements of company law are included in the *internal affairs* concept: a corporation's internal affairs are involved whenever the issue concerns the relations *inter se* of the corporation, its shareholders, directors, officers or agents<sup>506</sup>. So when a Delaware company moves its principal place of business to another State, it takes with it the possibility to still benefit from the Delaware legislation on shareholders rights,

---

must directors and officers perform, and in what ways can directors and officers be found liable for breaches of those duties.

<sup>504</sup> See sec. 1.B of this chapter.

<sup>505</sup> A complete analysis of the classical justifications for the endurance of this doctrine can be found at Note: "The internal affairs doctrine: theoretical justifications and tentative explanations for its continued primacy"; Harv. L. Rev., Vol. 115, pg. 1480.

<sup>506</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, (Second) Restatement of Conflicts of Laws § 313

public offerings, merger and takeover protection, etc, even though the company has no real ties with the State.

Another consequence of the application of this rule is that at an internal level, that is, within the United States, there is not an standard regulation of the possibility to modify the legislation of the internal affairs of the company<sup>507</sup>. Consequently a company wishing to modify the legislation applicable to its internal affairs will have first to examine whether its State legislation and that of the State where it wants to migrate allow this migration. As many do not contemplate this process migrating companies are only able to achieve a modification of the law applicable to its internal affairs by means of a different element of business reorganization<sup>508</sup>.

#### B. Development of the competition

As it has previously been noted, the first State to enact a permissive modern incorporation act was New Jersey<sup>509</sup>. Its

---

<sup>507</sup> See *infra* III about the domestication process.

<sup>508</sup> See 4.B of this section.

<sup>509</sup> See COX, J. D., HAZEN, T. L.; *Corporations*, Aspen Publishers, 2<sup>nd</sup> Ed., New York, 2003, p. 33; also in detail SELIGMAN, J.; "A brief history of Delaware's General Corporation Law of 1899"; Del. J. Corp. L., Vol. 1,

success in attracting incorporation business and the revenues these incorporations had brought inspired other States to adopt similar statutes<sup>510</sup>. The core feature of New Jersey's success in attracting corporations to its State was that its corporation legislation<sup>511</sup> authorized corporations organized under its law to purchase and hold shares of stock in other corporations, consequently the creation of holding companies with numerous subsidiaries was made possible, thus allowing for the concentration of economic power in the hands of a small group of persons.

This, plus other advantages for the companies set up in this State attracted many of the most powerful business organizations in the

---

1976, p. 265, who underlines as the most important features of the New Jersey company legislation that it did not limit the number of shareholders, nor did it in any way restrict the purposes or duration of existence of the company. It also allowed for the main activities of the company to be managed in any other State, granting it, as well, the power to merge at will, and to alter their charter at any time with the sole requirement of a majority in the board of directors.

<sup>510</sup> See KIRK III, W. E.; "Case study in Legislative Opportunism: How Delaware used the federal State system to attain corporate pre-eminence"; *Jour. Corp. L.*, vol. 10, 1984, pg. 269.

<sup>511</sup> The General Corporation Law of 1888 was later on superseded by an even more liberal corporate legislation in 1896.

country, allowing them to engage in concentration procedures, giving way to the creation of strong monopolies and trusts<sup>512</sup>.

All this changed drastically in 1913, when the New Jersey corporate legislation was reformed in order to amend its more permissive provisions. It was then that the Delaware corporate legislation began to attract those companies seeking to continue its business<sup>513</sup>.

Other elements of the Delaware company law that favoured charter competition, apart from those who had been “inspired” by the New Jersey corporate legislation<sup>514</sup>, facilitated a number of operations to large corporations which contributed to the initial

---

<sup>512</sup> As reflected by KIRK, W. E.; “Case study in Legislative Opportunism...”, etc”, cit., pg. 247, New Jersey became increasingly liberal with its companies’ legislation in order to secure the rising revenues derived from the franchise tax all companies had to pay annually in order to benefit from this legislation. COMPLETE WITH NEW JERSEY...

<sup>513</sup> Delaware had already adopted a liberal companies’ legislation in 1899 but it was only after New Jersey reformed its legislation that Delaware became the principal competitor in the charter competition.

<sup>514</sup> That a company came into being when its charter was filed with the Secretary of State, perpetual corporate existence, no upper limits on capitalization, but most importantly the capability of the Delaware company to buy, hold sell, transfer, mortgage or otherwise dispose of the stocks and bonds of other corporations of any state or nation.

pre-eminence of Delaware's company legislation over its competitors. Among these can be found, for instance, the promotion of out-of-state operations<sup>515</sup>, authorization for the Delaware companies to do business, have offices, and hold property outside the State when such actions were permitted in their charters, also the compulsory residence in the State for all the companies' directors was almost completely eliminated as it was the obligation to hold shareholders' meetings in the incorporating State, although it imposed the obligation to maintain a resident agent in the State, upon whom service of papers could be made<sup>516</sup>.

The reaction came years after with the Model Business Corporation Act, which first appeared in 1950 as a mean to serve as a drafting guide for the States, although it has been criticized for been "enabling" and "permissive"<sup>517</sup>. Eventually, the MBCA

---

<sup>515</sup> KIRK, W. E.; "Case study in Legislative Opportunism...", etc", cit., pg. 253

<sup>516</sup> Another important provision of the act created the "sequestration" of

<sup>517</sup> COX, J. D., HAZEN, T. L.; *Corporations*, cit., pg. 34. A brief summary of the evolution of the MBCA can be found on BOOTH, R. A.; "A chronology of the evolution of the MBCA"; *Bus. Law*, Vol. 56, 2000, pg. 63.

has become the pattern to follow for large parts of the business corporation statutes in most States<sup>518</sup>.

As other States – mainly California<sup>519</sup>, Nevada<sup>520</sup> and New York<sup>521</sup> – developed their own business corporation Acts to match or at least compete with that of Delaware – especially during the 60's and 70's – two theories were formed as to where this competition led. Some saw the signs of a “race to the bottom”, that would decrease shareholder wealth by favouring managers over owners<sup>522</sup>, whereas others saw the race “to the top” on the

---

<sup>518</sup> It corresponds to the Committee on Corporate Laws of the American Bar Association to revise, from time to time, the text of the MBCA. After a revision has been made typically most States under its influence, amend their corporation statutes to adopt the latest revisions.

<sup>519</sup> See COLLINS, A.; “Choice of Corporate domicile: California or Delaware?”, U. S. F. L. Rev., Vol. 13, 1978, pg.103.

<sup>520</sup> WILLMARTH, F.; “Choice of a corporate domicile”; Cal. L. Rev.; Vol. 49, 1961, pg. 518; and more recently ROBERTS, D. M.; PIVNICK, R.; “Tale of the corporate tape: Delaware, Nevada and Texas”, Baylor L. Rev.; Vol.52; 2000, pg. 45.

<sup>521</sup> ISRAELS, C.; “The corporate triangle – some comparative aspects of the New Jersey, New York, and Delaware statutes”; Rutgers L. Rev., Vol. 23, 1969, pg. 615.

<sup>522</sup> CARY, W.; “ Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware”; Y. L. Jour.; vol. 83, N.4, 1974, pg. 697, where he suggests there should be principles to be followed *so that states shall not compete with each other by*



idea that permissive statutes actually would increase the value of the firm because migrating corporations would only choose the most shareholder friendly set of rules thus constraining any proclivities managers could have to benefit themselves at the expense of shareholders<sup>523</sup>. A different approach indicates that the predominance of Delaware in the charter competition is based

---

*lowering standards for competitive reasons or for the purpose of generating revenue*; HAZEN, T. L.; "Corporate directors' accountability: the race to the bottom – the second lap"; N.C. L. Rev., Vol. 66, 1987, pg. 179; ROMANO, R.; "The State competition debate in corporate law"; Cardozo L. Rev.; Vol. 8; 1987, pg. 720.

<sup>523</sup> See FISCHER, D. R.; "The "race to the bottom" revisited: Reflections on the recent developments in Delaware's Corporation Law"; Nw. U. L. Rev.; Vol 76, 1982, pg. 923, who argues that if another State's corporation law were to be more conducive to maximizing shareholder's welfare that the law of Delaware, founders of corporations would move to that other jurisdiction, thus ensuring a "race for the top" rather than to the bottom. Also WINTER, R. K.; "State law, shareholder protection and the theory of the corporation", J. Leg. Stud.; Vol. 6, 1977, pg. 290; and more recently EASTERBROOK, F. H.; FISCHER, D. R.; *The economic structure of corporate law*, Harvard Univ. Press; Cambridge, 1991, pg. 222, KLAUSNER, M.; "Corporations, Corporate law and networks of contracts", Va. L. Rev., Vol. 81, 1995, pg. 842, and CARNEY, W. J.; "The political economy of competition for corporate charters"; J. Leg. Stud, Vol. 26, 1997, pg. 313. ALVA, C.; "Delaware and the market for corporate charters: history and agency"; Del. J. Corp. L., Vol. 15, 1990, pg. 919, adds to the debate that Delaware's pre-eminence in the charter market derives also from its ability to reduce agency costs for shareholders.

on the structure of American corporate law and the interrelation of legal and organizational rules<sup>524</sup>.

### C. Current debate

Is there competition now? It has been argued that there is no active competition among States for corporate charters anymore because other States are not making significant efforts to attract out-of-State incorporations<sup>525</sup>, and because the corporate law system offered by Delaware includes not only the substantive corporate-law rules, but also an institutional infrastructure which furthers its predominance<sup>526</sup>. Consequently, it would be difficult for other States to ever be as successful as Delaware in attracting

---

<sup>524</sup> EISENBERG, M. A.: "The structure of corporation law", Colum. L. Rev.; Vol. 89; 1989, pg. 1505, who states that competition for incorporations derives from the relevance for corporations of mandatory rules. LOEWENSTEIN, M.

<sup>525</sup> KAHAN, M.; KAMAR, E.: "The myth of state competition", Stan. L. Rev.; Vol. 53, 2002, pg. 725, and BEBCHUCK, L. A.; HAMDANI, A.: "Vigorous race or leisurely walk: reconsidering the competition over corporate charters", Yale L. J., Vol. 112, 2002, pg. 580.

<sup>526</sup> The specialized Corporate Court, Chancery Court and Supreme Court, see KLAUSNER, M.: "Corporations, Corporate law, etc.", cit., pg. 845. Also see KAHAN, M.; KAMAR, E.: "Price discrimination in the market for corporate law", Cornell L. Rev., Vol. 86, 2001, pg.1223,

re-incorporations<sup>527</sup>. Thus, if there were a continuing charter competition for incorporations at present, it would be very weak given the almost monopolistic position of Delaware in the incorporation market<sup>528</sup>.

It is at this point that a renewed debate arises among scholars about whether or not there should be some mandatory Federal rules regarding corporations similar to those already imposed to corporations by federal securities laws<sup>529</sup>. Those in favour of the continuing State competition for incorporations – even if Delaware’s supremacy is accepted – state that such competition better aligns the incentives of issuers and of regulators, with the perspectives of investors, consequently the continuing competition increases the likelihood of promulgating rules that investors

---

<sup>527</sup> For a different interpretation of the current state of the charter competition see ROE, M. J.; “Delaware’s politics”; Harv. L. Rev.; Vol. 118, 2005, pg. 2542, on the idea that Delaware only creates the initial rule that can then be modified by the federal legislator through the securities federal regulations.

<sup>528</sup> BEBCHUCK, L. A.; HAMDANI, A.; “Vigorous race... etc.”, cit., pg. 596.

<sup>529</sup> *Idem*, pg. 607, and in more detail about takeover legislation that would be beneficial for shareholders if there were to be some optional federal rules on the subject, see BEBCHUCK, L. A.; FERRELL, A.; “A new approach to takeover law and regulatory competition”; Va. L. Rev., Vol. 87, 2001, pg. 143.

prefer<sup>530</sup>. Also, in a competing market it is more likely to have frequent innovative responses to new problems, whereas federal rules are amended once every decade or two<sup>531</sup>.

About competition in the US compared to that currently in development in the EC, it has been noted that the wide amount of mandatory provisions in the European Directives is a consequence of the pressure of institutionalized interest groups in the EC<sup>532</sup>. Although we believe that it is the result of democratic political institution which represents a wider range of interests than those represented in the production of the Delaware company law<sup>533</sup>.

Last but not least, it should also be taken into account that contrary to what happens in national Company Law of the European Union's member states, in the US one of the main incentives for the development of the State charter competition is

---

<sup>530</sup> ROMANO, R.: "Is regulatory competition a problem or irrelevant for corporate governance?"; *Oxford Rev. Econ. Pol.*, Vol. 21, No.2, 2005, pg. 216.

<sup>531</sup> *Idem*, pg. 216.

<sup>532</sup> CARNEY, W. J.: "The political economy of competition for corporate charters"; *J. Legal Stud.*, vol. 26, 1997, pg. 303.

<sup>533</sup> Also MAYSON, S.; FRENCH, D.; RYAN, C.; *Company... etc.*; cit., pg. 35.

the high litigation rate when mergers, initial public offerings (IPOs) and takeover take place<sup>534</sup>.

### 3. BUSINESS TRANSACTIONS OF FOREIGN COMPANIES AND NON-US COMPANIES IN AMERICAN CORPORATION LAW

Traditionally American corporation law has made no difference between corporations from other States and that of other countries<sup>535</sup>. However, in order to distinguish between companies from other States and companies from countries outside the US it is better to refer to companies organized under the law of an American State other than the one in which they have been incorporated as “foreign companies” and those organized under the law of any country that is not the United States of America as non-US companies. For the purposes of our study, we will make reference to both regimes, so as to reflect the corporate mobility elements at the *interstate* as much as the *international* level.

---

<sup>534</sup>ROMANO, R., *The genius of American Corporate Law*, AIP, Washington D.C., 1993, pg. 32.

<sup>535</sup> As noted by DREXLER, D.; BLACK JR.; L.; SPARKS III, G.; *Delaware corporation law and practice*, Vol. II, LexisNexis, Newark, 2006, pg. 44-1, prior to the 1967 reform, the Delaware General Corporation Law did not clearly state whether companies from other countries fell into the scope of the “foreign corporations” concept.

When a company, that has been organized according with the legislation of a different jurisdiction than that in which it intends to trade, or in any other manner accomplish any kind of business, it should either apply for qualification to “do business” in State, or, if it plans to establish a permanent connection with the State, it should “domesticate”. As we will see, the first option is similar in its consequences and especially in its requirements to that of the *overseas companies* in the United Kingdom, whereas the latter would be best compared with the regulations on transfer of a company’s registered office.

A non-US company may, according to its needs, use either the “doing business” regulations, or the “domestication” process, but a foreign company would only qualify for the first, since domestication has been designed only for non-US companies.

#### **A.Foreign companies doing business in a different State**

American corporate legislation allows for a foreign corporation to “do business” in a State different from that under whose legislation the said company is organized. The provisions that regulate the activities of companies in a foreign State include not only branch offices, but also mere agents or representatives. Obviously as most companies are organized under the Delaware legislation it is more important to know the legislation related to

foreign companies in those States that will be receiving Delaware companies such as New York Business Corporation Law or any of the States that use the Model Bus. Corp. Act.

#### a. General requirements

The Delaware General Corporation Law requires any corporation wishing to do business in this State proof of its corporate existence and an official statement setting forth the name and address of the registered agent in the State, the assets of the corporation, the business it intends to accomplish in the State and also that it is authorized to accomplish that business in the jurisdiction of its incorporation<sup>536</sup>.

Although the Model Bus. Corp. Act 2005 and the N. Y. Bus. Corp. Law have similar requirements<sup>537</sup>, they also focus their efforts in the definition of the “doing business” concept, for this reason both legal texts list the actions that a foreign company can accomplish in a State without being considered to be doing

---

<sup>536</sup> § 371(b) of the Del. Gen. Corp. Law which also requires an official translation of the certificate whenever it be given in other language than English. See also c) of the same § for the terms under which a foreign company whose name conflicts with a local company assumes a new name to be used when doing business in Delaware.

<sup>537</sup> § 15.03, and § 1304, respectively.

business<sup>538</sup> in order to define this concept in a negative way by stating the activities which do not constitute the transaction of business. In general terms, any conduct more regular, systematic, or extensive than that described in section 15.01(b) Model Bus. Corp. Act constitutes the transaction of business and requires the corporation to obtain a certificate of authority<sup>539</sup>.

In all three legal texts there are additional requirements, related to change of name, change of business purpose, merger or consolidation<sup>540</sup>, with new obligations emerging once the foreign company has qualified<sup>541</sup> to do business in the receiving State.

---

<sup>538</sup> Model Bus. Corp. Act § 15. 01(b) and N. Y. Bus. Corp. Law § 1301(b).

<sup>539</sup> Typical conduct requiring a certificate of authority would include maintaining an office to conduct local intrastate business, selling personal property not in interstate commerce, entering into contracts relating to the local business or sales, and owning or using real estate for general corporate purposes.

<sup>540</sup> The Del. Gen. Corp. Law regulates these on § 372, whereas the N. Y. Bus. Corp. Law does so in § 1308

<sup>541</sup> Mainly the obligation to file an annual report on a calendar year basis (Del. Gen. Corp. Law §374, Model Bus. Corp. Act 2005 § 15.30, N. Y. Bus. Corp. Law § 1308), pay the due fees and processing chargers, and the clarification of the available methods of service (Del. Gen. Corp. Law §376, Model Bus. Corp. Act 2005 § 15. 10).



However, both the Del. Gen. Corp. Law and the Model Bus. Corp. Act have been careful to clarify that this recognition for a foreign company to transact business in its State does not in any way imply for the company any imposition to apply the host State's legislation to the internal affairs of the foreign company even if some of those internal affairs occur within the host State<sup>542</sup>. Contrary to this approach the N. Y. Bus. Corp. Law has chosen to provide for the application of certain provisions<sup>543</sup> to foreign companies not traded on a national securities exchange with a specified level of contact with the local legislation<sup>544</sup>.

#### **b. Withdrawal procedure**

It can be accomplished according to the Del. Gen. Corp. Law by the filing with the Secretary of State of a certificate of withdrawal

---

<sup>542</sup> Particularly, see § 15. 01(b) 2, Model Bus. Corp. Act 2005.

<sup>543</sup> § 1316 (Voting trust records), § 1317 (Liabilities of directors and officers of foreign corporations), § 1318 (Liability of foreign corporations for failure to disclose required information) and § 1319 (Applicability of other provisions).

<sup>544</sup> See § 1320 N. Y. Bus. Corp. Law. Another State that has taken a similar approach to foreign companies is California, whose Corporations Code § 2115 states the circumstances under which certain provisions of the Cal. Corp. Code apply to the foreign companies that have been authorized to transact business there.

and, when the withdrawal is caused by voluntary or judicial dissolution or by merger, an official certificate of the State of incorporation reflecting such act<sup>545</sup>.

The effect of the withdrawal is to terminate forthwith the authority of the registered agent and to substitute him with the Secretary of State as the company's agent for service in any action arising out of activities within the State during the period in which it was qualified<sup>546</sup>, thus providing with a trustful .

#### **B. Temporary transfer of the registered office of a non-US business company**

Since the 1984 reform the Delaware General Corporation Law allows non- United States companies either to change the situs of its incorporation to Delaware<sup>547</sup>, or to transfer temporarily its domicile to Delaware because of an emergency condition in its situs of incorporation<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> § 381 Del. Gen. Corp. Law; § 1310 N. Y. Bus. Corp. Law.

<sup>546</sup> § 15.20(c) Model Bus. Corp. Act 2005; § 381(c) Del. Gen. Corp. Law; § 1311 N. Y. Bus. Corp. Law

<sup>547</sup> § 388 (b) Del. Gen. Corp. Law

<sup>548</sup> § 389 Del. Gen. Corp. Law.

The latter option is limited in its application to cases of war or armed conflict, revolution, insurrection, etc.<sup>549</sup>, although in reality it has no limitations as to cause of the temporary transfer because it also includes as such any *other event which, under the law of the jurisdiction governing the internal affairs of the non-United States entity, permits the non-United States entity to transfer its domicile.*

**a. Requirements**

Under the terms of the Section, this temporary transfer can only be effected if the law governing the internal affairs of the corporation does not expressly prohibit such transfer. It should also be taken into account that such transfer would be allowed only to those corporate entities that at the time of the temporary transfer be able to produce the documents and comply with all requirements set forth in § 389(c)<sup>550</sup>.

The transferring company will also have to pay an annual fee and file an annual certificate – executed by an appropriate officer or

---

<sup>549</sup> § 389 (a)(3).

<sup>550</sup> Particularly problematic to non-registered companies would be (2) a certificate issued by an authorized official of the jurisdiction the law of which governs the internal affairs of the non-United States entity evidencing its existence.

director of the non-US entity – which would certify either that all documents submitted to Delaware authorities remain in full force and effect, or attach any amendments or supplements in those documents on or before March 1 each year, prior to the temporal transfer to Delaware, during the time that transfer lasts and so long as the time the transferring company desires to continue to be subject of Delaware. If the company fails to file the certificate all certificates and filings would be deemed to be void and null on March 2.

**b. Effects of the temporary transfer**

Once all documents required are on file with the Secretary of State, the non-US company may transfer its domicile to Delaware by means of a written communication addressed to the Secretary of State, and signed by at least one of the persons designated in the list maintained in the previously filed documents. When the Secretary of State certifies that the non-US entity has filed all documents and paid all fees required, the transferring company shall be deemed to have transferred to Delaware<sup>551</sup>.

The principal consequence of the temporary transfer under the Delaware provisions is that the company – although the exact

---

<sup>551</sup> <sup>551</sup> § 389 (e) Del. Gen. Corp. Law

wording of the Delaware Code refers to “entities” – continues to have the same substantive powers which it had prior to said transfer under the laws of the jurisdiction that had governed its internal affairs theretofore. Also, directors and officers will be able to conduct their business in accordance with its original jurisdiction’s law except as expressly prohibited by the laws of Delaware.

Although this section has already been in force for more than a decade, we have no current knowledge of it ever been used. Against its actual use would be, of course, that such legislation will always need a similar legislation in the transferring company’s original country of incorporation, so we cannot see yet, if this possibility for international corporate mobility is indeed a device to insure, for the duration of a corporation’s stay in Delaware, that its operations can go forward as normally and with as broad legal recognition as possible<sup>552</sup>.

**C. Transfer of the registered office of a non-US business company (*Domestication*)**

---

<sup>552</sup> Drexler, D.; Black Jr.; L.; Sparks III, G.; *Delaware... etc.*, Vol. II, cit., pg. 45-10.

The first time Delaware considered the concept of adopting provisions in order to allow a transfer of domicile by a non-United States company, was in 1964 when it was considered as part of the study previous to the reform of the General Corporation Law in 1967<sup>553</sup>, however at that time the proposal did not succeed and was finally discarded. That proposal was based on the study of the problems that arose on occasion of World War II in reference to the overseas assets of the companies of occupied countries. At that time the need to clarify the legal status not only of these companies' assets but also of the companies themselves<sup>554</sup> was obvious but did not have an immediate response from legislators. This problem was finally addressed by the Delaware legislators in the reform of 1984 by a bifurcated approach which regulated the permanent transfer of the registered office of a non-United States

---

<sup>553</sup> DREXLER, D.; BLACK JR.; L.; SPARKS III, G.; *Delaware corporation...*, etc, cit., pg. 45-1, who refer to the *Minutes of Meeting of Delaware Corporation Law Study Committee*, 1964, whose Report (also known as the "Folk Report") was the principal source of discussion of the problems the reform would address.

<sup>554</sup> Taking into account that most of the European legislations applied the *siege reel* theory, in order to ensure that they would continue to exist after the transfer of both their registered and administrative office, there had to be a legislative reform in order to include the possibility of and international transfer of registered office.

company to Delaware, and also the temporary transfer based on emergency conditions.

#### a. Requirements

In order to become incorporated in Delaware, a non-United States company whose internal affairs are governed by the laws of any jurisdiction other than the United States, and State, the District of Columbia, Puerto Rico Guam or any other possession or territory of the United States, should file with the Delaware Secretary of State a certificate of domestication and a certificate of incorporation. The first must certify, the jurisdiction where the company was first formed, the date of incorporation, the name of the company immediately prior to the filing of the certificate of domestication, the name of the company as set forth in the accompanying certificate of incorporation and the jurisdiction that constitutes the seat, siege social, or principal place of business or central administration of the company immediately prior to the filing of the certificate of domestication<sup>555</sup>. The certificate of

---

<sup>555</sup> § 388 Del. Gen. Corp. Law.

incorporation must comply with the requirements set forth in § 102 Del. Gen. Corp. Law<sup>556</sup>.

#### **b. Consequences of domestication**

Once the certificate of domestication and the accompanying certificate of incorporation have been filed, the transferring company is constituted for all purposes as a Delaware corporation. However, in spite of § 106 of the Del. Gen. Corp. Law, the existence of the domesticated corporation is deemed to have commenced on the date the non-US corporation came into being in the jurisdiction in which it was first formed, rather than on the date the Delaware certificate of incorporation was filed. This complies with the idea that the transfer of the registered office provided in the Delaware legislation ensures the continuance of the legal entity that has moved to a new jurisdiction.

Another important feature from this legislation is that domestication in Delaware does not affect the non-US entity's property, debt, causes of actions, liabilities, duties, rights, and

---

<sup>556</sup> The name of the corporation, The address (which shall include the street, number, city and county) of the corporation's registered office in this State, and the name of its registered agent at such address; The nature of the business or purposes to be conducted or promoted, etc.



privileges and powers, so these are not deemed transferred as the result of the domestication process<sup>557</sup>.

#### 4. INTERNATIONAL CORPORATE MOBILITY OF AMERICAN BUSINESS CORPORATIONS

As explained previously, when studying the corporate mobility available for US companies, it should be taken into account two main factors: first, as Corporate Law belongs to State legislation, each State has the power to regulate business organizations under the corporate contract, thus they take as “foreign” corporations those incorporated under the law of other States but they also use this term to refer to corporations incorporated in non-US countries.

Second, it should also be noted that US companies do not have a tradition of “moving” outside the State where they were first registered, consequently the legislation regulating the transfer of a company’s registered office has not been adopted until very recently and only by the most permissive and advanced Corporate Law legislation, that is that of the State of Delaware.

---

<sup>557</sup> See § 388 Del. Gen. Corp. Law

It could be argued that Chapter 15 (Foreign Corporations) of the Model Bus. Corp. Act 2005 does not in fact define what it understands to be a foreign corporation, thus allowing this chapter to be applied to non-US companies. But the real concern is that neither the Model Bus. Corp. Act 2005, nor the N. Y. Bus. Corp. Law, or the Cal. Corp. Code, or any other State, have included in their legal texts any provision related to the international transfer of a company's registered office, thus denying international corporate mobility to US companies.

**A. International transfer of the registered office of a Delaware business company**

It was through the 1995 reform that the Delaware General Corporation Law regulated for the first time ever in the US the possibility for a (Delaware) corporation to transfer its registered office *to any jurisdiction other than the United States, any State, the District of Columbia, Puerto Rico, Guam or any possession or territory of the United States.*

Section 390 of the Delaware General Corporation Law pioneers in this matter regulating not only what we know as the transfer of the registered office of a corporation to a foreign country, but also for the *domestic continuance* of existence of the transferring company – that is, that the transferring company will continue to

exist as a Delaware corporation so Delaware corporate law shall continue to apply to the company even after the transfer has been made –, the only system we have found of similar consequences was included as an option in the *Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another*<sup>558</sup>, although the European Directive that was to be inspired by the *Study* has not yet been adopted.

Given the established tradition of corporate immobility that characterizes US corporations, it is not surprising to find that so far, no other State has imitated Delaware in this aspect. It is also true that we have been unable to find whether this regulation has ever been used by a Delaware corporation<sup>559</sup>, which would explain why it has not been adopted by other US jurisdictions.

#### a. General requirements

---

<sup>558</sup> KPMG; *Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another*, Brussels, 1993.

<sup>559</sup> There are some references as to the use of §390 in Court, but unfortunately they do not refer to the actual application of the said section, rather than to the possibility of an international transfer. See *infra c.*

Upon its enactment in 1995<sup>560</sup>, §390 of the Del. Gen. Corp. Law intended to facilitate and simplify reincorporation of Delaware corporations in jurisdictions outside the United States upon the fulfilling of three requirements: a vote by 100% of the Delaware corporation's shareholders in favour of the transfer; the payment of all fees required by the General Corporation Law; and the filing of a certificate of transfer with the Secretary of State<sup>561</sup>.

From these three requirements the most important and, in our opinion, difficult to comply with is, of course, the first one. It is difficult to imagine that a mighty Delaware corporation, either publicly or closely held, would ever have a one hundred per cent positive vote for an international transfer<sup>562</sup>. So this provision simulates an open door for international corporate migration but, at the same time, it reduces its practical use to off-the-shelf corporations.

---

<sup>560</sup> Although the "continuance of existence" option was included in the Delaware Code through the 1997 amendment, we refer in this paragraph to all three processes.

<sup>561</sup> §390 (b), (c) Del. Gen. Corp. Law.

<sup>562</sup> Note that §390 (b) Del. Gen. Corp. Law, includes among the voting shareholders not only ordinary shareholders, but also those holding *nonvoting* shares.

Another sign of how little real (USE) of this section is expected among established corporations, is that besides the resolution approving the transfer, or continuance of existence in a non-US jurisdiction, the board of directors is not compelled to give any other information to the shareholders, nor about the future legislation that is to regulate the transferring corporation, or about the bylaws that are to be part of the new corporation.

As with other provisions relating international matters, the transfer, domestication or continuance of the corporation out of Delaware, is deemed not to affect any of the obligations or liabilities of the corporation incurred prior to the transfer<sup>563</sup>, although it is really difficult to imagine whether creditors of a Delaware corporation that begins the process of international transfer would ever agree to such transfer but, again, given the little chance of a practical use of this section it is not surprising to find that there are no

---

<sup>563</sup> §390 (f) mandates that notwithstanding the international transfer, domestication or continuance, all rights of creditors and all liens upon any property of the transferring corporation shall be preserved unimpaired, and all debts, liabilities and duties of such corporation shall remain attached to the resulting company, and may be enforced against it to the same extent as if said debts, liabilities and duties had originally been incurred or contracted by the resulting entity

references as to rights or prerogatives of the transferring company's creditors<sup>564</sup>.

**b. Consequences of transfer or domestication<sup>565</sup>**

Upon the issuance of the certification, by the Secretary of State, that the certificate of transfer and required fees have been paid, the transferring corporation is to be deemed to cease existence as a Delaware corporation when the certificate of transfer becomes effective.

---

<sup>564</sup> According to the Delaware Code Annotated, § 390, has only been cited in two legal processes: Asarco LLC and Southern Peru, Holdings, LLC v. Americas Mining Corporation [2009 WL 961002]; and Lehman Brothers Holdings, Inc. v. Laureate Realty Services, Inc. Netbank, Inc. [2006 WL 1436251] (8 Del.C. § 390, see Citing Court documents from KeyCite), only in the last one there was a real attempt of transfer, but as the destination country was not a "foreign jurisdiction" in the sense of § 388 (a) (1), no real application of the process was made.

<sup>565</sup> It should be noted that the term "domestication" is used in American corporate law to refer to the statutory requirements a foreign corporation is to comply with before being able to do business in a State that is not its own. Whether such statutes create a new corporation or only confer certain powers on the foreign corporation must be determined from the language of the statute (FLETCHER, W. M.; *Fletcher Cyclopaedia of the Law of Corporations*; Thomson-West, Eagan, 2009, § 4050), so a "domesticated" company could be a new corporation or just a foreign corporation that has been authorized to do business in a certain State. See also *infra* our analysis of the domestication procedure and its legal consequences in 4.C. of this chapter.

Among other obligations arising from the adoption of the transfer agreement, the transferring company must also adopt an irrevocable agreement appointing the Secretary of State as its agent to accept service of process in any proceeding for enforcement of any obligation of the corporation arising while it was a Delaware corporation, and specifying the address to which a copy of such process shall be mailed by the Secretary of State<sup>566</sup>.

c. Consequences of continuance of domestic corporations

When a transferring Delaware Corporation chooses the *continuance* option, after the process of transfer is completed it is deemed to continue its existence as a corporation in a jurisdiction outside the United States and also preserve its existence and status as a Delaware corporation.

This procedure is similar to that of the international transfer<sup>567</sup>, but instead of a certificate of transfer, a certificate of *transfer and*

---

<sup>566</sup> §390 (b) (5)

<sup>567</sup> It must be proposed by the board of directors for approval of all voting and non-voting shareholders, and it should also be approved by a hundred per cent positive votes.

*domestic continuance* should be filed to the Secretary of State, and also when the said certificate becomes effective, the transferring company shall not be deemed to cease existence as a Delaware company.

About this form of international corporate migration, we have already stated our opinion about how little practical use we believe this section is to have. Another sign that reinforces this interpretation in the particular case of the “continuance” option is found in the lack of regulation of the status, in the State of origin and in the receiving country, which the transferring companies that choose to continue their existence as Delaware corporations, are to have<sup>568</sup>.

It is clear, from the study of other sections related to the modification of the registered office, the registered agent or both, that much care is put on identifying where it is to be located and who the legislation defines as the corporate agent. But none of these concerns seem to have bothered the Delaware legislators when enacting §390. So it is unclear whether after the

---

<sup>568</sup> Acknowledging the problems that may arise from a practical application of §390 see JACKSON, D., *et al.*: “The global role of corporate law”, Del. J. Corp. L, Vol. 25, 2000, pg. 122–123.



international transfer there is to be a registered agent or not<sup>569</sup>, or if it expected from the transferring corporation to maintain a corporate agent in Delaware following the same regulations of those corporations that do not have within the Delaware territory its principal place of business.

It is only when we read §390 (h) that some light is shed as to the real purpose of the entire section<sup>570</sup>. It is perhaps a bold interpretation but, given the history of Delaware corporate law legislation, we believe it could be possible to speculate that the entire section or at least the part referring to the possibility of *continuance of existence* has been adopted with the purpose of exporting Delaware corporations to other countries.

### B. Mobility through mergers

As with English legislation, there has always been some confusion about the use of the term “merger” in American English. Like the

---

<sup>569</sup> See *supra* (b) about §390 (b) (5).

<sup>570</sup> No vote of the stockholders of a corporation shall be necessary to authorize a transfer, domestication or continuance if no shares of the stock of such corporation shall have been issued prior to the adoption by the board of directors of the resolution approving the transfer, domestication or continuance.

term “consolidation”<sup>571</sup> the term “merger” is permissibly used to denote various arrangements by which two or more corporations become united in interest. Strictly speaking, a merger means the absorption of one corporation that ceases to exist into another that retains its own name and identity and acquires the assets and liabilities of the former where the latter also retains its name and corporate identity with the added capital, franchises and powers of the merged corporation<sup>572</sup>.

Analyzing mergers from the point of view of interstate corporate mobility, we find that the advantages of charter competition, which have already been studied<sup>573</sup>, could not be attained through the transfer of the company’s registered office, mainly because

---

<sup>571</sup> A consolidation is the unification of two or more corporations or other organizations by dissolving the existing ones and creating a single new corporation or organization, GARNER, B.: *Black’s Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> Ed., Thomson–West, 2004.

<sup>572</sup> Whether a particular transaction is in reality a sale, conversion, consolidation or merger may depend to a great extent on the circumstances surrounding each particular case, and the provisions of the agreement of the parties, construed together. A court will look behind the form to the substance, and the term or title given by the parties to a particular transaction or agreement is not conclusive as to what it may actually be in practical operation, FLETCHER, W. M.: *Fletcher Cyclopaedia*... op. cit., § 7041.

<sup>573</sup> See *supra* III.3.

the States that have adopted this process, mainly Delaware, have done so only for non-US transfers of domicile<sup>574</sup>.

Another factor to consider in the interstate application of mergers as an instrument to enable corporate mobility was that when New Jersey began the incorporation competition market it did not provide for other means of changing the *lex societatis* of an existing company but through a merger of a non-New Jersey corporation with a local company<sup>575</sup>. As noted by BEBCHUCK<sup>576</sup> this is the reason why most successful competing States direct their efforts to attract *reincorporating* companies.

In case of Delaware corporate law, it was the possibility to select, in the consolidation or merger agreement the law of the jurisdiction under which one of the merging companies was

---

<sup>574</sup> See *supra* footnote (152 [ASARCO – LEHMAN]) for § 390

<sup>575</sup> Although the actual possibility of a “foreign company” to merge with a local company has always been a matter of legal conflicts, FLETCHER, W. M.; *Fletcher Cyclopaedia*... op. cit., § 7048), all States authorize some statutory procedure to ensure a lawful merger. Most authorizations are to be contained in the charters of the respective corporations, so failure to comply with the statute authorizing the merger may leave the corporation without a common law or statutory right to merge; see *Shilder v. All American Life & Financial Corp.*, 775 F2d 917 (CA8 1985).

<sup>576</sup> “Federalism and the Corporation...” cit., pg. 1459.

organized as the law that shall govern the merger or consolidation and the consolidated or surviving corporations that encouraged the development of the charter competition through mergers<sup>577</sup>.

Some jurisdictions expressly provide that upon a merger of domestic and foreign corporations, each corporation must comply, in carrying out the merger or consolidation, with the applicable provisions of the laws of its state of incorporation<sup>578</sup>.

Under the Revised Model Business Corporation Act, a foreign business corporation or a foreign other entity may merge with a domestic corporation, or may be created by the merger, only if the merger is permitted by the laws of the foreign business corporation or entity and it complies with those laws<sup>579</sup>. The Revised Model Act further provides that upon a merger becoming

---

<sup>577</sup> §252 Del. Gen. Corp. Law

<sup>578</sup> EISENBERG, M.A.; *Corporations... op. cit.*, p. 1049, on the usefulness of the appraisal right in mergers, states that this right has seen its importance to shareholders diminish because in most statutory formulas the value of dissenting shares have been used to also valuate share when using the appraisal remedy, and as exemplified in *Piemonte v. New Boston Garden corp.* [377 Mass. 719, 387 N.E. 2d 1145] were it is shown that the elements of valuation under the "block method" and the elements of valuations in the real world differ substantially.

<sup>579</sup> Model Bus Corp Act § 11.02(b).

PAOLA RODAS PAREDES

effective, a foreign corporation or entity that is the survivor of the merger is deemed to; (1) appoint the secretary of state as its agent for service of process in a proceeding to enforce the rights of shareholders of each domestic corporation that is a party to the merger who exercise appraisal rights and (2) agree that it will promptly pay the amount, if any, to which such shareholders are entitled under the statutory appraisal provisions<sup>580</sup>.

## V. GERMAN COMPANY LAW AND CORPORATE MOBILITY

### 1. THE STRUCTURE OF GERMAN COMPANY LAW RELATING CORPORATE MOBILITY

Traditionally German International Private Law has been known for the application of the *Sitztheorie* on the international conflict of laws related to companies. This theory had as its main objective to protect the internal commercial traffic and force the mandatory application of core institutions of German company law – such as the rules on supervisory codetermination by employees, or those

---

<sup>580</sup> Model Bus. Corp. Act § 11.07(d)

related to the legal capital of business companies<sup>581</sup> – in its relations with foreign companies.

Important elements of this structure have found new judicial interpretation in the past decade due to the development of the ECJ case-law related to corporate mobility in application of the freedom of establishment<sup>582</sup> for companies from other European Union member States in their relations with Germany or their activities in German territory. So the traditional approach has evolved into a theory that – at least at European Union level – has milder consequences than those it had in the past, although it cannot be said it has been completely abandoned yet<sup>583</sup>.

#### A. The traditional German Private International Law system

Until very recently, the conflicts of law theory that German private international law applies, the *Sitztheorie*<sup>584</sup>, had as consequence of a German company's office being moved outside Germany to

---

<sup>581</sup> SANDROCK, O.; DU PLESSIS, J.; « The German corporate governance model in the wake of company law harmonization in the European Unión”; Comp. Law.; Vol. 26, N. 3, 2005, pg. 88.

<sup>582</sup> See *supra* Cap. III, I, 3.

<sup>583</sup> See *infra* 5. B of this Chapter.

<sup>584</sup> In general about this theory see *supra* Cap. II, 3, B.

be deemed dissolved<sup>585</sup>. The application of this doctrine dates back to the beginning of the twentieth century, when German courts and scholars held that a company should be governed not by the law under which it has been incorporated, but by the law in effect at the place where its main administration is seated.

The main idea behind the application of this theory was the attempt to protect the German domestic market against companies organised under abusive foreign rules, and to supervise all companies conducting their business from inside Germany. Companies organised under foreign legislations but with their main business activities been carried out in Germany – so-called pseudo-foreign companies – were barred from legal recognition in Germany whenever they were administered from outside their state of incorporation, in particular if they were actually managed from within Germany<sup>586</sup>. So, in order to acquire legal standing in German courts, those companies had to be reorganised under the laws of a German business company.

---

<sup>585</sup> KNOBBE-KEUK, B.: "Umzug von Gesellschaften in Europa", ZHR, 154, 1990, pg. 325, also KEGEL, G.; SCHURIG, K.: *Internationales Privatrecht*, 9<sup>th</sup> Ed., C.H. Beck; München, 2004, pg. 572, who states that *[der Sitz] ist der Mittelpunkt, von dem die Tätigkeit der juristischen Person ausgeht*".

<sup>586</sup> KEGEL, G.; SCHURIG, K.: *Internationales Privatrecht*, cit., pg. 574.

This interpretation worked not only in order to prevent foreign companies from not applying German legislations if their principal activities were based in German territory, but it also effectively barred all German companies from transferring the seats of their administrations into another State without re-incorporating themselves under the laws in effect at the new place of their administration<sup>587</sup> because by doing so, German courts would interpret the international transfer of the administrative office as a resolution of dissolution of the company. In consequence, all hidden reserves would become subject to taxation and the company would have to reorganise itself under the laws of the foreign State to which it had transferred its administrative office in order to regain its status as legal entity.

All these steps made it impossible for a company to move its administrative office into another State as it was extremely uneconomical to do so; the same can be said in respect to the international transfer of the registered office.

---

<sup>587</sup> See also, KÜBLER, F.: *Gesellschaftsrecht*, cit., pg. 713.



This strict approach<sup>588</sup> is based on the power of the Sovereign to grant the legal personality, and its main purpose is to protect those promoters, directors, officers, shareholders, and debt-security holders of a company who are more likely to be concentrated in the country where the genuine head office of the company is located<sup>589</sup>. By giving this country the possibility of deciding which forms of corporate entities are to be admissible within its national territory, the *Sitztheorie* prevented, or tried to prevent more lax foreign laws from undermining domestic company law<sup>590</sup>.

---

<sup>588</sup> See P. BEHRENS, "Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland", *RIW*, 986, 592, GROBFELD, B.: "Internationales Gesellschaftsrecht" in STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Gruyter Verlag, 1998, notes 153 et seq.; BEHRENS, P.: *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, 2nd ed., Walter de Gruyter, 1997, pg.4 et seq.

<sup>589</sup> BGH, ZIP 1991, 1582 et seq.; BGHZ 97, 269 et seq.; BayObLG, EuZW 1992, 548 et seq.; OLG Munich, RIW 1986, 820 et seq.; OLG Oldenburg, NJW 1990, 1422.

<sup>590</sup> The full application of the real seat theory by German courts before the *Überseering* decision would result in a company's legal capacity being determined solely according to the statutory provisions applicable at the place of its effective management, so any company, validly organised abroad and initially recognised in Germany as having legal capacity, would lose its legal capacity if it were to establish its permanent effective centre of

Obviously, the full application of the *Sitztheorie* has known some restrictions, in particular those dictated by State treaties<sup>591</sup>, but the most important restrictions to its full application have come from the ECJ<sup>592</sup>.

#### B. German Company law and the protection of interests on restructuring cases

---

administration in Germany (See BGH, IPrax 2000, 423). Consequently, a company organised under a foreign legislation with its effective centre of administration in Germany would be neither capable of being vested with rights and obligations nor could it be a party to judicial proceedings because it would be deemed inexistent. As we will see (*infra* 5 of this chapter) a new interpretation was soon applied due to the ECJ interpretation of art. 43 and 48 EC

<sup>591</sup> For instance, the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of 1954 between Germany and the United States, Art. 25 pg.5 provides that the juridical status of a company organised within the territory and under the laws of one signatory state is to be recognised in the other signatory state. Thus, corporations organised under the laws of a US federal state are to be recognised as having legal capacity in Germany even if they do not carry on their business activities in the country of incorporation. See also BGH, BB 2003, 810 et seq.

<sup>592</sup> See *infra* 5, A.

German company law distinguishes between three forms in which a business enterprise may be pursued: sole proprietorship<sup>593</sup>, partnerships<sup>594</sup>, and companies<sup>595</sup>. Due to the economic importance of their international activities and interests we shall focus our study on the last group of business organizations<sup>596</sup>.

Within this group our main interest will be focused on the *Aktiengesellschaft* (AG) and on the *Gesellschaft mit beschränkten*

---

<sup>593</sup> Or *Einzelkaufmann*, which concerns a natural person doing business himself and is considered independently a merchant by means of registration into the commercial register (*Handelsgesetzbuch* [HGB] § 2).

<sup>594</sup> German Law recognizes three different types of *Personengesellschaften*, the so-called civil partnership (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*), an association of two or more individuals for the joint pursuance of any concerted purpose and governed exclusively by the *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*, § 705–740); the general partnership (*Offene Handelsgesellschaft*) and the limited partnership (*Kommanditgesellschaft*), both considered “commercial partnerships”, thus governed not only by the *BGB* but also by the *HGB* (§ 105–177).

<sup>595</sup> Mainly, the public limited company (*Aktiengesellschaft, AG*) and the private limited company (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*).

<sup>596</sup> Of other legal forms which can also be classified as companies as the *GmbH & Co. KG*, and the *Partnerschaftsgesellschaft (PartGG)*, plus the European companies as the *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)*, and the *Europäische Aktiengesellschaft (SE)*, we will make short reference, our study being mainly concerned with the stock and limited liability companies.

*Haftung*<sup>597</sup> (GmbH), as they represent the majority of companies registered under German law. We have considered important to begin our study of the German company mobility scheme by first addressing the importance that German company law has traditionally put in the protection of minority shareholders and third parties when a company goes into a restructuring process<sup>598</sup>.

Given the structure of German company law related to the dual-system of management and supervisory board, the employees' codetermination regime allows them to elect half of the members of the supervisory board<sup>599</sup>. The protection of this regime, in relation with international transfers to or from Germany has been

---

<sup>597</sup> Given the recent introduction of a new legal form based on the GmbH, the *Unternehmergesellschaft (UG)*, we will refer to its particularities when considering those of the GmbH.

<sup>598</sup> For the purposes of the study of the means of protection available to these subjects we will limit the scope of the restructuring cases to those referring to mergers and transformations

<sup>599</sup> A brief reference to the historic origins of the codetermination regime in German company law can be found at KÜBLER, F.; *Gesellschaftsrecht*, cit., pg. 382.

so far achieved through the application, by German international private law, of the *Sitztheorie*<sup>600</sup>.

## 2. NEW DEVELOPMENTS OF GERMAN LAW RELATED TO THE INTERNATIONAL MOBILITY OF COMPANIES

It cannot be said that the application of the *Sitztheorie* in German law has been pacific<sup>601</sup>, but for a very long time it seemed the right method for protecting the German market from foreign companies trying to circumvent the application of the German legislation and/or German companies willing to avoid such rules.

### A. The influence of European Union law on German law

---

<sup>600</sup> See GROßFELD, B.; "Internationales Gesellschaftrecht" in STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Gruyter Verlag, 1998, note 620

<sup>601</sup> About legal entities in general, VON TUHR, A. (*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, on its spanish translation *Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 465,) states that although legal entities have a seat similar to a physical person's domicile, which shall be stated on the by-laws or by the applicable law of the place where the central administration is based, this arrangement could be disadvantageous for third parties but the fact that the information contained in the by-law is not relevant could be even more harmful.

The strict application of the *Sitztheorie* was challenged in 2002 due to the *Überseering* ECJ decision<sup>602</sup>, but it should also be taken into account a case presented before the Civil Division II of the BGH which on its 2002 resolution stated that a company organised under foreign law with its principal place of establishment in Germany would no longer be refused legal capacity, instead, the company law regime in force in Germany would be applied, and if the foreign company were denied recognition as a business company<sup>603</sup>, it would be treated as a German civil law or a German general partnership<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> It is true that before the *Überseering* case, the *Centros* decision (C-212/97, of March 9<sup>th</sup>, 1999; see *supra* Cap. 3, I, 3, B, b') had already forced wide discussion on the extent of the application of the *Sitztheorie* in the European Community context of the freedom of establishment for business companies, but this discussion had not been made over the application of German legislation as was the case in the *Überseering* decision.

<sup>603</sup> Pursuant to § 41 para.1 sent.1 of the German Stock Corporation Act (AktG) or § 11 para.1 of the German Act on Limited Liability Companies (GmbHG)

<sup>604</sup> See BGH WM 2002, 1929. Another consequence of the application of this ruling by German courts was the elimination of the liability of the person acting on behalf of a company organised under foreign law which had its effective centre of administration in Germany, this liability was supported by the analogous application of either s.179 BGB or also s.11 para.2 GmbHG

Although this judgement was reached before the ECJ's *Überseering* and *Inspire Art* decisions, German scholarship has discussed the fact that the personal liability imposed on the shareholders of German civil law partnerships and German general partnerships would have deterrent effects on shareholders of the foreign company so the application of such regime would be irreconcilable with the freedom of establishment<sup>605</sup>.

#### B. The new *Sitz* regulation on the AktG and on the GmbHG after the MoMiG

Although some scholars have argued that the *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Misbräuchen* (MoMiG), is not a reaction to the ECJ's decisions on freedom of establishment<sup>606</sup>, it is difficult to imagine that such significant reform plus the creation of an specific sub-category

---

as well as s.41 para.1 sent.2 AktG (See OLG Oldenburg, NJW 1990, 1422, 1423; KG, NJW 1989, 3100, 3101).

<sup>605</sup> Wymeersch, "ECGI—Law Working Paper No.08/2003", BEHRENS, P., „Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art" IPRax Vol. 23, No. 3 2003, pg. 203.

<sup>606</sup> Among others, this is the view of NOACK, U.; BEURSKENS, M.: "Modernising the German GmbH – Mere window dressing or fundamental redesign?"; EBOR, Vol. 9, 2008, pg. 98

(UG), plus a partial modification of the *Sitztheorie* would have been implemented without the pressure coming from the European Community

Others have discussed that the GmbH reform has as its main objective to “attract” incorporations although we believe it would be better described as a mean to encourage, among German entrepreneurs, the use of German Companies legislation rather than that of foreign EU member States<sup>607</sup>

#### a. §4 GmbHG and §5AktG

Both §4 GmbHG and §5AktG have been repealed by Art. 1.4 the former, and Art. 5.1, the latter, of the MoMiG, and have both come to use almost the same wording stating that<sup>608</sup> “*the seat of the company is on the place, within German territory, where the articles of association [state/choose]*”<sup>609</sup>.

---

<sup>607</sup> See,

<sup>608</sup> The translation is ours.

<sup>609</sup> §4 GmbHG actually states that „*Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt*“, whereas §5 AktG, uses the word „*Satzung*“, instead of „*Gesellschaftsvertrag*“. Some authors have translated *Sitz* as equivalent of „registered office“ (See WIRTH, G.; ARNOLD, M.; GREENE, M.; *Corporate law in Germany*, C.H. Beck, Munich, 2004, pg.



In the past, the *Sitz* legislation linked its location to the place where the company had a facility or the place where the management was located or where the administration was conducted. The actual legislation in force has eliminated this obligation, what remains is the requirement to place the company's *Sitz* within German territory.

#### b. Special transparency and creditor protection rules

Contrary to the idea that the new *UG* is actually a variation on the GmbH, we consider important to stress the differences both in relation with transparency rules and that of creditor's protection that apply to this new legal form, given the fact that its creation

---

200 for the GmbHG's translation and pg. 259–269 for that of the AktG) we believe this to be highly improbable since the new (and past) regulations of the HGB regarding the public registration of the company's *Sitz* clearly implies that a German company can have a *Sitz* outside Germany ( i.e. § 13e HGB *Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit Sitz im Ausland*) pursuant to the newly amended §4 GmbHG and §5 AktG this can only be possible if we admit the word used by the HGB and the GmbHG and AktG refers to an establishment, that is a "seat", of the company and that in the event that such company would have its principal *Sitz* (the HGB refers to the company's *Hauptniederlassung*) outside Germany it will always need to have another *Sitz* within German territory which will act as the company's registered office.

has been regarded as a reply to the use of the English private limited company in German territory<sup>610</sup>.

Regarding general transparency and publicity rules, the first obligation would be to use a different denomination – *Unternehmergeellschaft UG* – even though the UG is actually a GmbH with some particular rules, the purpose being to let the public know that this company may have little or very little legal capital<sup>611</sup>

With regard to creditor protection, it is widely accepted that the minimum legal capital has always been considered paramount in the protection of creditors<sup>612</sup>, so the possibility to have a business

---

<sup>610</sup> See FREITAG, R., RIEMENSCHNEIDER, M.; „Die Unternehmergeellschaft – GmbH light als Konkurrenz für die Limited?“, ZIP, Vol. 32, 2007, pg. 1485.

<sup>611</sup> See SEIBERT, U., „Der Regierungsentwurf des MoMiG und die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft“; GmbHR, Vol. 98, 2007, pg. 675. It should be noted that under the new legislation a UG does not require a minimum capital in order to be legally formed – no other German company has this possibility – although it does require that whatever the amount of the new company’s legal capital be fully paid up before registration with no possibility of non-cash contributions to be made (§ 5a(2) GmbHG)

<sup>612</sup> As noted by KÜBLER, F.; *Gesellschaftsrecht*, cit., pg. 381, the principle of legal capital’s integrity and intangibility seeks, in the limited liability company as much as in the stock company, to protect creditors from

company that might start business with almost no legal capital<sup>613</sup> seems to contradict the legislator's main goal which was to strengthen their position in case of the company's liability<sup>614</sup>. Regarding this matter, new rules on manager's<sup>615</sup> and shareholders'<sup>616</sup> liability in case of insolvency are deemed to fulfil this objective.

---

liabilities ensuring, through various statutory provisions, the maintenance of the registered share capital.

<sup>613</sup> According with § 5 GmbHG the new UG does not require any minimum capital as such, but since all shares have to be worth at least 1€, the factual minimum will be that amount. It could be argued that the new legislation required the UG to save 25 per cent of its profits every year in order to raise its legal capital to match that required for a "regular" GmbH – that is 10.000€ – but, as noted by NOACK, U.; BEURSKENS, M.: "Modernising the German GmbH...", cit., pg. 112, there are no additional rules regarding liability of the shareholders while the UG has not "transformed" to a regular GmbH.

<sup>614</sup> SCHMIDT, J.: "German company law reform: makeover for the GmbH, a new "mini-GmbH" and some important news for the AG", ICCLR, Vol. 18, 2007, pg. 306.

<sup>615</sup> § 64 GmbHG

<sup>616</sup> § 15a *Insolvenzordnung* (InsO) that imposes shareholders the duty to file for bankruptcy if there is no management available to do so, and § 39, para.1, No. 5 InsO, that subordinates obligations to shareholders compared to obligations of third parties in case of bankruptcy.

**c. Consequences regarding corporate mobility for German companies**

The modification regarding the *Sitz* of the *GmbH* and the *AG* has as its principal consequence to allow German companies, the same level of international "mobility" that, for instance, English companies have. This is no small matter, given the fact that in the past five years, the number of "limited" companies with all their business activities been carried out mainly in Germany increased meteorically<sup>617</sup>.

Allowing both the *GmbH* and the *AG* to locate their head offices outside Germany thus creates a "level playing field" in comparison with other European legislations<sup>618</sup>.

This reform on the *Sitz* regulation has also revalidated the distinction between primary and secondary establishments of companies that has been widely used by the ECJ's in matters related to the application of the freedom of establishment of companies. It is only through this classification of the different *Sitz* that a German company will be able to have its principal

---

<sup>617</sup> See, EIDENMÜLLER, H.; "Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen", ZGR, Vol. 36, 2007, pg . 173

<sup>618</sup> As noted by SCHMIDT, J.; "German company...", etc.", cit., pg. 309.

establishment outside Germany and a secondary establishment – which will be the company’s registered office – within German territory.

For the international projection of German companies this change will also mean the possibility to create networks of subsidiaries which under the legal form of the GmbH or the AG – or any of their respective sub-types – will be able to conduct their business activities outside Germany<sup>619</sup>.

On this matter, it should be noted that although the legislation regarding secondary company establishments within German territory and abroad has also been amended by the MoMiG, we find there was also a need to regulate the activities of those German companies which under the new *Sitz* regulations choose to have in Germany only a secondary establishment<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> Also, NOACK, U.; BEURSKENS, M.; “Modernising the German GmbH...”, cit., pg. 118, and SEIBBERT, U., “Close corporations – Reforming private company law: European and international perspectives”, EBOR, Vol. 8, 2007, pg. 90. In addition, as noted by SCHMIDT, J.: “German company...”, etc.”, cit., pg. 309, the reform of the *Sitz* will add a new element to the debate about whether prohibiting companies from transferring their head office to a place outside Germany is in line with the freedom of establishment guaranteed by Arts 43 and 48 EC

<sup>620</sup> In contrast English legislation does provide for specific statutory provisions regarding not only the failure to register the company’s registered

C.The reform of the Private International Law related to the transfer of German companies' registered office: the Proposal on international company law of the *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*

Influenced by the ECJ's case law on freedom of establishment related to companies<sup>621</sup>, on September 10<sup>th</sup> 2003 the German Council for International Private Law set up a committee on international company law whose main purpose was to draw up proposals for legislation on international company law<sup>622</sup> in order to restore the legal certainty lost as a result of the ECJ's case law<sup>623</sup>

---

office – see § 86 and 87 CA 2006 – but also the legal consequences of such failure.

<sup>621</sup> In particular cases C-212/97, *Centros*; C-208/2000, *Überseering*; and C-167/01, *Inspire Art.*

<sup>622</sup> Note that the proposal interpreted the term „company“ in its broadest possible sense, including not only business companies but also associations, foundations and other legal persons governed by civil, commercial and private law, see SONNENBERGER, H. J., (ed.); *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pg. 6 and also the proposed § 10 (1) of the *EGBGB*.

<sup>623</sup> Before both, the proposal for modification of the *EGBGB* and the Proposal for a EC Regulation on the law applicable to companies, the committee assembled to discuss general options for the establishment of a

PAOLA RODAS PAREDES

### a. Reform of the Einführungsgesetz der Bürgerliches Gesetzbuch (EGBGB)

The Proposal intended a modification in the connecting factor of the law applicable to companies<sup>624</sup>. According to the explanatory notes this modification would allow an easier determination of the legal status of foreign companies<sup>625</sup>. It also intended to clarify the scope of the law applicable to such companies on restructuring cases with international elements involved<sup>626</sup>

---

connecting factor on international company law, the limits and implications of the articles of association and of the national legislation in insolvency and public records and accounting obligations, plus, in general the special rules to be applied in case of international mergers and other restructuring cases.

<sup>624</sup> Companies would be subject to the law of the state in whose public register they were entered or, in case no registration had taken place, to the law of the State under whose law they were organized or, if no determination was possible from these two criteria, by the conflict-of-law applicable to contractual obligations. See § 10 (2) of the Proposal.

<sup>625</sup> See, SONNENBERGER, H. J., (ed.); *Vorschläge...*, *op. cit.*, pg. 86.

<sup>626</sup> § 10a (1) of the Proposal lists such situations, while subsequent provisions (§ 10b, c, and d) intended to further the specifications of applicable law in case of international mergers, divisions, asset transfer and change of applicable law. See in particular, KIENINGER, E. M.: 'Anknüpfung grenzüberschreitender Umstrukturierungen von Gesellschaften – Sitzverlegung, Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung', in SONNENBERGER, H. J., (ed.); *Vorschläge...*, *op. cit.*, pg. 581.

The main purpose of the Proposal was to establish clear rules to determine the applicable law in case of restructuring situations of German companies acting at international level, and also foreign companies with activities in Germany<sup>627</sup>; this purpose was to be accomplished through the change of the traditional *Sitz* theory to the *incorporation* theory.

It would seem that at this moment this Proposal has lost much of substance in relation with German legislation because different legislative reforms have now introduced new regulations on most of the areas this proposal wanted to cover<sup>628</sup>. Perhaps the German legislator prefers to let the substantive legislation be defined on a case-by-case basis by the judiciary instead of a direct amendment of the traditional international private law system which would leave little room for a modification of the interpretation of such system, whereas now the new material legislation while allowing flexibility on international corporate mobility cases, has established some basic rules in order to let

---

<sup>627</sup> On this matter, BEHRENS, P.; "Sonderanknüpfungen im Internationalen Gesellschaftsrecht", in SONNENBERGER, H. J., (ed.); *Vorschläge...*, *op. cit.*, pg. 466 established the main points the Proposal should cover such as the general protection of economic activities, creditors and minority shareholders.

<sup>628</sup> See the new regulation of a company's *Sitz* in § 4 GmbHG and § 5 AktG, and the regulation on intraeuropean mergers in the UmwG 2006



the judiciary establish the new boundaries of such mobility. It remains to be seen whether this new approach will be more beneficial.

**b. Proposal for a European Regulation on the applicable law of companies**

Based on the competence conferred to the European legislators by the provisions on Art. 81 [*previously Art. 65*] and Art. 114 [*previously Art. 95*] ECF Treaty, the *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, also proposed a text for a European Regulation on the law applicable to companies<sup>629</sup>. The group found best to propose the adoption of a European Regulation instead of a Directive in order to avoid the complications of differing approaches by Member States and securing, at the same time, similar judicial results<sup>630</sup>. The text of the proposed Regulation reproduced that of the *Deutscher Rat* for the modification of the EGBGB.

Unlike the uncertain future of the Proposal for the modification of the EGBGB, a proposal for a uniform European legislation on

---

<sup>629</sup> SONNENBERGER, H. J., (ed.); *Vorschläge...*, *op. cit.*, pg. 7.

<sup>630</sup> *Idem*, pg. 78.

company mobility within the EU is being elaborated<sup>631</sup>. Although the *Deutscher Rat* recommended an EC Regulation, the European Parliament has asked for a Directive. In any case the proposed Regulation could be used as a working document in order to establish the subject matter the Directive should cover.

### 3. INTERNATIONAL TRANSFER OF THE REGISTERED OFFICE OF A GERMAN COMPANY

Traditionally neither the stock corporation Act (AktG), nor the private limited liability Act (GmbHG) included any option for a German company to move or otherwise transfer its registered office – along with its seat, central administration or principal place of business – outside of the German territory in order to modify their *lex societatis*.

They used to provide for a change of the registered office within Germany – at least the AktG did – but subject to the approval of the original Court which approved the register or, if the company moved outside the district of the court responsible for the previous

---

<sup>631</sup> See *supra* Note 000 on Chapter 3 (Parlamento europeo marzo 2009)

registered office, with the approval of the receiving court as well<sup>632</sup>.

This approach has been somewhat relaxed and important changes have been made – at least regarding the national or international transfer of the company’s principal establishment – due to the enactment in May 2007 of the Law on the modernization of the law of private limited liability companies and to combat abuses (MoMiG<sup>633</sup>), but this new legislation has no effect on the lack of statutory provisions regarding the international transfer of the registered office of a German company, so no direct transfer can be achieved through this via so far.

#### 4. ALTERNATIVE MEANS OF INTERNATIONAL TRANSFER OF A GERMAN COMPANY’S REGISTERED OFFICE

In the current state of the German International Private Law related to international transfer of companies only through a German

---

<sup>632</sup> § 45AktG,

<sup>633</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

European Company could such a transfer be directly achieved<sup>634</sup>, but we do not consider this method to be within the reach of most business companies due to the high administrative expenses<sup>635</sup>.

Another indirect via for German companies since the adoption of the European Directive on cross-border mergers is to use this restructuring instrument to allow a German company to move its registered office to another EU member State by means of a merger with a company from another jurisdiction<sup>636</sup>. The recently amended *Umwandlungsgesetz* (UmwG) has conferred German companies, whose legal capital responds for the company's

---

<sup>634</sup> See, DRESCHER I. § 5, in SPINDLER, G.; STILZ, E.: *Kommentar zum Aktiengesetz*, C.H. Beck, München, 2007, pg. 29, note 17, and also ZIMMER, D.; RINGE, W.-G.: „Art. 8 SE-VO (§§ 12–14 SEAG) in LUTTER, M.; HOMMELHOFF, P.: *SE – Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pg. 133.

<sup>635</sup> It should also be taken into account that the SE has been directed to businesses with important economic capital. To deem possible that a small or medium size enterprise would choose to transform into a SE only to be capable of leaving the German jurisdiction without having to enter into dissolution, is then improbable.

<sup>636</sup> On German mergers see also FRENZEL, R.: *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften*; Dr. Kovac; Hamburgo, 2008, pg. 121.

liabilities, the ability to merge with business companies organized under other European Union member state's legislation<sup>637</sup>.

## 5. FOREIGN COMPANIES IN GERMAN LAW

So far German legislation had taken a strict attitude towards foreign companies establishing its principal seat in Germany<sup>638</sup>, but according with the ECJ's case law, all foreign companies are to be recognized as such if they comply with their legislation<sup>639</sup>.

Art. 3 MoMiG has also modified the Registry obligations of business companies, eliminating those provisions referred to change of registered office of companies with their principal establishment in Germany<sup>640</sup>. Instead, the legislation in force has simplified this procedure by requiring that subsequent

---

<sup>637</sup> Unlike other EU member states, the reform of the UmwG has included among the states with which German companies can merge not only to EU member states but also EEA member states.

<sup>638</sup> See *supra* V. 1. A.

<sup>639</sup> Also of this view NOACK, U.; BEURSKENS, M.; "The reform of the German private limited company: is the GmbH ready for the 21<sup>st</sup> century?" GLJ, Vol. 9, 2008, pg. 1078.

<sup>640</sup> §13 to §13c of the HGB used to regulate the procedure by which companies were to act in order to register their secondary establishments in Germany.

establishments of a company be registered at the court where the head office of the company is inscribed indicating the domestic business address of the secondary establishment or establishments. It is yet unclear if those companies that choose to establish their head office outside Germany will be able to register as their business address that which will be located abroad or the secondary establishment registered in Germany.

Other measures introduced by the MoMiG related to foreign companies are the duty to indicate a domestic business address upon registration of a branch<sup>641</sup> and the express codification of a disqualification provision for directors: via the new §13e(3) of the HGB<sup>642</sup> disqualification provisions for GmbH directors<sup>643</sup> and members of the AG management organ<sup>644</sup> will also apply accordingly to permanent representatives of branches of foreign companies.

---

<sup>641</sup> See the new §13e(2) of the HGB.

<sup>642</sup> Which reflects a recent judgment of the OLG Jena of March 9, 2006, 6 W 693/05, [2006] NZG 434

<sup>643</sup> §6(2) GmbHG

<sup>644</sup> §76(3) AktG

PAOLA RODAS PAREDES

**Tercera Parte:**

**LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y SU INFLUENCIA EN LA  
MOVILIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS**



PAOLA RODAS PAREDES

## CAPÍTULO V

### EFFECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES MERCANTILES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### I. INTRODUCCIÓN

Este apartado analizará el grado de movilidad geográfica que tiene una sociedad mercantil española<sup>645</sup>, para ello es menester conocer cuales son los pasos que se han de seguir para trasladar dicha sociedad a otro Estado. Esto nos plantea diferentes posibilidades prácticas que se intentará analizar. Sin embargo antes de poder responder a ellas, es preciso conocer los elementos que entran en juego a la hora de trasladar una sociedad a otro Estado.

Para ello en primer lugar deberemos hacer referencia a la legislación vigente en materia de domicilio social y traslado de domicilio. Asimismo deberemos estudiar la regulación de la

---

<sup>645</sup> Para los efectos de esta investigación hemos decidido centrar el estudio en la regulación de la sociedad anónima y la limitada.

nacionalidad de las sociedades mercantiles y cuales los criterios para su atribución.

## 1. ANTECEDENTES

En la actualidad la posibilidad de “trasladar” una sociedad mercantil española pasa por efectuar un cambio en su domicilio social. Puesto que éste determina la *nacionalidad* de la sociedad, tenemos que un cambio de domicilio social al extranjero determina también un cambio de nacionalidad. Para comprender cómo se ha llegado al estado actual de la regulación en esta materia es preciso referirnos a la legislación anterior a la LSA 1989, pero también será necesario contextualizar el Código de Comercio y el Código Civil vigentes (1885 y 1889, respectivamente).

Como se verá a lo largo de este apartado, el problema de la regulación de la movilidad geográfica de las sociedades mercantiles, tal y como se encuentra configurada actualmente, radica en que no ha habido una unidad legislativa en cuanto a los preceptos legales que la regulan.

### A. Regulación anterior al Código de 1829

La legislación histórica en España en materia de sociedades se inicia con las Ordenanzas de Bilbao (1737)<sup>646</sup>. No fue sino hasta que surgió la necesidad de organizar la explotación de las rutas comerciales a los territorios de ultramar que se dio un verdadero impulso a la evolución de lo que posteriormente sería el contrato de sociedad<sup>647</sup>. De esta manera empezó a desarrollarse la *compañía de comercio*, al mismo tiempo también se desarrollaron sociedades mercantiles con igual o parecido propósito en el resto de Europa.

---

<sup>646</sup> Fuertemente influenciadas por las Ordenanzas del Comercio (1673) y de la Marina (1681) francesas, como expone GONDRA ROMERO, J. M.: *Derecho Mercantil I. Introducción*; Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pg. 23.

<sup>647</sup> De acuerdo con HIERRO ANIBARRO, S. (El origen de la sociedad anónima en España. La evolución del asiento de avería y el proyecto de compañías de comercio de Olivares (1521–1633); Tecnos, Madrid, 1998, pg. 298) la posición de la doctrina española se caracterizó por asumir como propias las conclusiones del debate sobre el origen de la sociedad anónima del Derecho comparado ante el convencimiento de la ausencia de precedentes propios. El carácter extranjero de ese debate produjo una actitud ecléctica en la que se reprodujeron algunas de las más relevantes teorías sobre el origen de la sociedad anónima, sin que se llegara a tomar partido abierto por una de ellas.

Debe destacarse, sin embargo, el estudio al respecto realizado por GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, 1971, pg. 59.

En este estadio del desarrollo comercial al existir monopolios comerciales las compañías de comercio estaban inherentemente arraigadas a la ley del Estado que las creaba, puesto que se constituían por medio de cédula real<sup>648</sup>, de manera que al gozar de una *lex specialis* gozaban de un *status* cuasi institucional<sup>649</sup>.

En cuanto a la legislación aplicable a las sociedades extranjeras que realizaban actividades en territorio español, destacan los distintos privilegios concedidos, también por orden expresa de la Corona, a los comerciantes extranjeros<sup>650</sup>, creándose posteriormente el llamado “fuero de extranjería” consistente en un ordenamiento privilegiado administrado por un orden jurisdiccional propio a favor de extranjeros. En sus orígenes, fue aplicable a

---

<sup>648</sup> La fundación de la compañía de comercio dependía de un acto de la autoridad pública conocido como *octroi* o carta patente del rey, que contenía un doble privilegio en el sentido estricto del término, tanto de naturaleza legislativa, porque otorgaba un régimen jurídico propio, aunque limitado a la concreta compañía, como de explotación comercial, cuya manifestación más evidente era el monopolio

<sup>649</sup> Al efecto pueden encontrarse diversos ejemplos acerca de los privilegios de que gozaron algunas de dichas compañías en: GIRÓN TENA, J.; “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”; RDM, núm. 10, 1947, pg. 17 y siguiente, nota 15.

<sup>650</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transferencia internacional de sede social”, RGD, Vol. 591, Valencia, 1993, pg. 11884, destaca los capítulos concedidos por Felipe III a la Hansa Teutónica en 1607.

todos ellos sin distinción, pero posteriormente sólo a “los comerciantes transeúntes que van y vienen a estos Reinos a comerciar por mayor y no a los avecinados y arraigados en España”<sup>651</sup>.

### B. La primera codificación

La revolución francesa, bajo los postulados del capitalismo liberal, modificó sustancialmente la regulación de las sociedades mercantiles. El Código de Comercio napoleónico procuró establecer un sistema de constitución de sociedades estrictamente privado, de manera que la sociedad anónima, separada del Estado, ya no se funda por *octroi*, sino por voluntad de los socios, sin perjuicio de quedar supeditada a la previa concesión o autorización gubernativa, como medida de control de la legitimidad y de la conveniencia de su creación. Nuestro Código de 1829, sin embargo, se limitó a exigir la aprobación de las escrituras fundacionales por los Tribunales de comercio; en él aparece, ya privatizada, la sociedad anónima en todo lo relativo a su organización y funcionamiento; desaparecen los privilegios, desaparece la injerencia del Estado en la vida social, y ésta se va

---

<sup>651</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, “*Transferencia internacional...*”, ob. cit., pg. 11884.

a regir democráticamente por la voluntad de los socios en régimen de igualdad de derechos<sup>652</sup>.

Durante este primer periodo de desarrollo de la legislación mercantil, la regulación de la nacionalidad de las sociedades españolas no era un tema de relevancia práctica y por tanto la regulación en esa materia era prácticamente inexistente. Ello se debió a que el Código de Comercio ni siquiera se planteaba el tema de la personalidad jurídica de la sociedad anónima limitándose los requisitos para la constitución de sociedades a la simple exigencia de la escritura notarial, inscripción en el Registro y la aprobación judicial<sup>653</sup>. Al respecto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS destaca el endurecimiento del intervencionismo estatal en la constitución de las sociedades anónimas por acciones y de las comanditarias por acciones que supuso la Ley de 28 de enero de 1848, pues imponía que, la publicidad oficial de la constitución precediera, bien la *aprobación dada por el Gobierno*, bien, en ciertos casos, una *ley especial*. Además, señala que en el

---

<sup>652</sup> Al respecto GIRÓN TENA, J.: *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*. Civitas, Madrid, 1986, pg. 40; destaca como principal aportación del Código de SAIZ DE ANDINO el esfuerzo por destruir las estructuras gremiales y artesanales del Antiguo Régimen.

<sup>653</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2da. Ed.; Madrid; 2006; pg.38.

correspondiente expediente gubernativo relativo a la creación de cada sociedad se exigía, entre otros requisitos, una información acreditativa de que el objeto de la compañía era de utilidad pública.

Posteriormente, esta política tan restrictiva es eliminada fruto de los acontecimientos históricos de 1868 que traen consigo la derogación de la Ley de 1848. Mediante ley del 11-12 de octubre de 1869 se establece para las sociedades por acciones, el sistema de *libre constitución*, si bien se imponían como requisitos la autorización notarial de la constitución y la *publicación* de esta escritura, con los estatutos y reglamentos de la sociedad, en los periódicos oficiales y la inscripción en el Registro público de comercio. En cuanto a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, ésta se acepta *como verdad científica*, en la doctrina y la jurisprudencia, a partir del Proyecto de Código Civil de 1851<sup>654</sup>.

En relación a la legislación aplicable a las sociedades extranjeras, éstas mantenían los privilegios de los *comerciantes extranjeros* que les reconocían los tratados vigentes con sus gobiernos respectivos o, de no existir dichos tratados, las mismas

---

<sup>654</sup> Al respecto DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984, pg. 54.



facultades y franquicias de que gozaran los españoles comerciantes en los Estados de que procedieran<sup>655</sup>. Esta regulación, sin embargo, se vio restringida en sus niveles de rigurosidad, ya que en la práctica el reconocimiento de las compañías extranjeras que actuaban en el país era ampliamente conocido y aceptado<sup>656</sup>, no siendo este el caso – mayormente–

---

<sup>655</sup> Art. 19, CCom 1829.

<sup>656</sup> BLANCO-MORALES, P.; *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pg.95 y ss., cita una variedad de casos del Tribunal Supremo en los cuales se admite la incompetencia de los tribunales españoles para conocer “un asunto entre extranjeros” (STS 10 de mayo 1876) etc. En el mismo sentido FERNÁNDEZ DEL POZO, “*Transferencia internacional, op. ob. cit.*”, pg. 11885, hace referencia al modelo de despegue industrial dependiente o subordinado a la inversión extranjera que se organizaba y domiciliaba en Londres o París y explotaba recursos naturales o prestaba servicios en España. Consecuencia de esta política de atracción de inversiones extranjeras se dictó, por ejemplo, la Ley de 28 de enero de 1856 que liberalizó la creación de bancos, sociedades de crédito, concesionarias de obras públicas, etc.

En el mismo sentido FERNÁNDEZ ROZAS (*La banca extranjera en España*, Univ. de Oviedo; Oviedo, 1981, pg. 10) destaca sobre este período la asimilación entre nacionales y extranjeros, en gran parte derivada por la interpretación jurisprudencial interna que establecía el ejercicio del comercio como una facultad derivada del Derecho de gentes, de manera que el Estado no podía poner limitaciones a la actividad mercantil desarrollada por los extranjeros

de los comerciantes "persona física" a quienes se aplicaba las normas del Código de Comercio y no el fuero de extranjería<sup>657</sup>.

En relación con este tema, debe tenerse en cuenta la influencia de los principios generados por la revolución francesa en cuanto a la defensa de los intereses del capitalismo liberal que se iniciaba<sup>658</sup>. De este modo, según destaca FERNÁNDEZ ROZAS<sup>659</sup>, los Estados conceden un régimen de gran libertad a las sociedades comerciales, al mismo tiempo que tratan con desconfianza a las personas jurídicas de carácter no lucrativo. Esas últimas podían ser un instrumento indeterminado al servicio de una ideología, que podía llegar a poner en peligro su soberanía. Por el contrario, la actividad comercial, dado su ánimo de lucro, era algo concreto<sup>660</sup>. Posteriormente, a la creación del Registro Mercantil

---

<sup>657</sup> Como señala PUENTE EGIDO, *Derecho Internacional Privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Dykinson, Barcelona, 1988, pg. 18, el Art. 31, núm.2 del RD de extranjería, declaraba excluido del fuero [de extranjería] a los juicios que procedieran de operaciones mercantiles.

<sup>658</sup> A saber: el del libre cambio; la libertad de comercio y el de la igualdad de trato entre el comerciante extranjero y el nacional.

<sup>659</sup> *La banca extranjera...*, ob. cit., pg. 15.

<sup>660</sup> Esto explica las profundas reflexiones que motivó entre la doctrina española la existencia o no de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, ver: DE CASTRO; *La persona jurídica...*, pg. 35, y también PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *El anteproyecto...*, ob. cit, pg. 41.

en 1885 se impuso la obligación de que se tomara razón de su existencia en el Registro de la provincia o provincias donde desearan funcionar y de esta manera hacer saber al público los estatutos y reglamentos, así como sus balances anuales.

### C. El Código de Comercio de 1885

El nuevo Código, redactado en pleno período de industrialización, decidió –dados los muchos ejemplos de sociedades de capital extranjero y centro de explotación principal en territorio español – vincular las sociedades constituidas en España a las actividades que éstas desarrollasen en el país. De esta manera, reconoce a todos los extranjeros sin distinción y a las sociedades constituidas en el extranjero la facultad de ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes (de su país de origen) en lo que se refiere a su capacidad civil para contratar pero con sujeción a las disposiciones del Código del Comercio en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español a operaciones de comercio y a la jurisdicción de los tribunales españoles<sup>661</sup>.

---

<sup>661</sup> En aquel momento todavía se intentaba “...atraer, más que rechazar” de acuerdo con la Exposición de Motivos; en el mismo sentido FERNÁNDEZ ROZAS (*La banca extranjera...*, ob. cit., pg. 45) destaca la notable equiparación entre españoles y extranjeros

En relación con las sociedades españolas, en un principio no sufrieron mayores modificaciones en su régimen legal, puesto que la Ley de 21 de octubre de 1869, de libre creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento y de Sociedades de Crédito<sup>662</sup>, había establecido la libertad de creación de sociedades para estos fines, que con el Código de Comercio se extendió en general a cualquiera que fuera el objeto mercantil elegido y los pactos constitutivos acordados. Sin embargo, debemos subrayar la crítica a este Código que realiza GIRÓN<sup>663</sup> respecto de su falta de actualización, así en relación al empresario destaca que él y su “significación formal y organizativa en el sistema de la economía de mercado, al margen del tipo de actividad no están presentes...”, las Sociedades no aparecen en tanto sujetos, más que en la mención del Art. 1º, 2, sino como contratos, como contrato “de” comerciantes; todavía está presente la “sociedad general” de mercaderes, precedente de la Colectiva”.

#### D. El Código Civil

---

<sup>662</sup> Gaceta de Madrid, Año CCVIII, Núm. 311.

<sup>663</sup> GIRÓN TENA, J.; *Tendencias actuales...*; ob. cit., pg. 96.

Con respecto a las *personas jurídicas*<sup>664</sup>, el Código Civil, se separa del Proyecto de Código Civil de 1862 en cuando que se rechaza la idea de la persona jurídica como *creación* de la Ley<sup>665</sup>, se la entiende como seres reales y vivientes que constituyen, como los individuos físicos, “otros tantos sujetos de derecho privado”. Sin embargo, se atribuye al Estado la capacidad de *reconocer* a dichos sujetos, si bien dicho reconocimiento, no se estima necesario para todas las personas jurídicas, sino, particularmente, para aquéllas que son consecuencia del derecho de asociación, en particular las que *persiguen bienes materiales*. También se establece que el reconocimiento no puede negarse sino cuando el fin de la persona jurídica sea ilícito o inmoral o contrario al orden social.

El Código de 1889 introduce por primera vez el elemento “nacionalidad” como factor determinante de la aplicabilidad o no de las normas españolas, y lo atribuye a las personas jurídicas.

---

<sup>664</sup> En este punto es importante distinguir entre las personas jurídicas de tipo *fundación*, y las de tipo *asociativo*, en nuestro caso, nos referimos a estas últimas, particularmente a las sociedades.

<sup>665</sup> Ver PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *El anteproyecto...*, ob. cit., pg. 41. quien a su vez comenta las ponencias de distintos miembros del Congreso Jurídico Español, que tenía como principal tarea la de colaborar en la terminación del Código Civil, entre sus ponentes se encontraba el senador Romero y Girón, cuyos comentarios aquí mencionamos.

Posteriormente, entre la entrada en vigor del Código Civil y la promulgación de la LSA de 1951, el optimismo del liberalismo económico se encuentra cara a cara con la realidad política e histórica de las dos guerras mundiales, a nivel internacional, y a nivel nacional con la Guerra Civil en España.

Todos estos acontecimientos propiciaron un giro total en cuanto a la regulación de las sociedades mercantiles en el ámbito internacional. Ya durante la Gran Guerra nació la *teoría del control*<sup>666</sup> y, posteriormente, la legislación nacional, acorde con

---

<sup>666</sup> De acuerdo con BLANCO-MORALES (*La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pg. 42) dicha teoría determina la *lex societatis* en función de la nacionalidad de los socios. Originada en el transcurso económico de la guerra angloamericana de 1812, los períodos más importantes de su aplicación han coincidido con situaciones bélicas: tanto en la Primera como en la Segunda Guerra Mundial se utilizó este mecanismo para identificar al “enemigo”, de esta manera los tribunales de los Estados contendientes *levantaron el velo* de la personalidad jurídica de las sociedades para descubrir a los socios. Expresión legal de la aplicación de dicha teoría en nuestro país, y que se refleja en el comentario al CCom de GAY DE MONTELLA (*Código de Comercio español comentado*, T. 1, Bosch, Barcelona 1936, pg. 114) es sin duda la base 2da. De la ley de 2 de marzo 1917, sobre protección y fomento de la industria nacional, que para considerar española a una sociedad estableció requisitos en cuanto a la nacionalidad de los socios y miembros de la administración de la sociedad. Al respecto SERICK (*Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*; Ariel, Barcelona, 1958, pg. 170 y sig.) cuya principal preocupación era determinar el criterio por el cual se puede considerar “enemiga” una persona jurídica, llega a la conclusión de que este problema

los tiempos que corrían prevé restricciones en cuanto al capital extranjero en sociedades españolas dedicadas a determinadas actividades de producción industrial<sup>667</sup>.

### E. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951

Por lo que respecta a la Ley de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, se observa un amplio desarrollo de la regulación societaria fruto de la *necesidad de someterse a ciertos*

---

debe resolverse exclusivamente en atención a los fines perseguidos por el legislador con la legislación respectiva, como argumento señala diversos ejemplos de la jurisprudencia inglesa, francesa y alemana que utilizaron dicha teoría a través de la doctrina del levantamiento del velo; destacando, sin embargo que "en el país que había forjado la doctrina del *disregard of legal entity*..."(esto es, Estados Unidos) los tribunales se negaron a levantar el velo de la persona jurídica para establecer su carácter de enemigo, empleando como criterio de clasificación el del lugar donde se hubiera constituido la persona jurídica..

<sup>667</sup> La Ley de 24 de noviembre de 1939 sobre ordenación y defensa de la industria (BOE Núm. 349, pg. 7034 de 15 de diciembre de 1939) incluía no sólo a las industrias para la Defensa Nacional y a las industrias auxiliares para la Defensa Nacional, sino también a las industrias básicas para la Economía Nacional, cajón de sastre para incluir cualquier organización empresarial (Art. 3, C, apartado e, y también D); entre las restricciones que imponía, además del límite mínimo de capital social activo español en sus tres cuartas partes, se establecía también que en la decisión de los asuntos sociales, cualquiera sea la forma jurídica, las  $\frac{3}{4}$  partes de los votos sean de españoles, etc.

*esquemas legales insustituibles por el arbitrio individual*<sup>668</sup>. En nuestra materia se observa, la naciente confusión en cuanto a los requisitos para considerar *extranjera* a una sociedad<sup>669</sup>.

Al respecto, en relación con las sociedades españolas se llega a la conclusión de que la función del artículo 5<sup>670</sup> es la de imponer a éstas el domicilio dentro de territorio español, de manera que se impida la elección caprichosa y fraudulenta de un domicilio en España por sociedades que realmente sean extranjeras, y, de otro, se impide a las sociedades españolas la elección arbitraria de un domicilio dentro de España; de acuerdo con estos criterios, se siguió el principio de que debe existir un vínculo real entre el domicilio de la sociedad y el lugar en que realmente se desarrolla la empresa regida por la sociedad.

En relación con las sociedades extranjeras, dada la falta de modificación del criterio de la *nacionalidad* en el CC, no se

---

<sup>668</sup> Exposición de Motivos LSA 1951.

<sup>669</sup> GARRIGUES, J.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, 2da. Ed.; Madrid, 1953; pg. 130; señalan la falta de coordinación existente entre el Art. 28 del CC y el Art. 15 del CCom

<sup>670</sup> *La sociedad de nacionalidad española tendrá su domicilio dentro de territorio español y en el lugar en que se halle establecida su representación legal o en donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto.*



estableció ninguna modificación a su régimen jurídico, de manera que para éstas seguía aplicándose lo establecido en el Art. 15 por el CCom<sup>671</sup>.

## II. LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El primer problema que nos plantea la movilidad de una sociedad española es la dificultad interpretativa de las normas en vigor. En efecto, tal y como se desprende de nuestro anterior análisis de la legislación histórica en la materia, la normativa reguladora de las sociedades de capital actualmente en vigor no ha sido coordinada siguiendo una estructura lógica que permita conocer claramente los mecanismos al alcance de aquellas sociedades españolas que deseen emprender actividades en el extranjero.

Por otra parte la legislación en materia de sociedades extranjeras, ha disfrutado de una amplia libertad a la hora de realizar actividades en España, y desde la Ley 3/2009<sup>672</sup>, también cuenta

---

<sup>671</sup> Esta falta de regulación en la materia fue criticada por GARRIGUES (*Comentario a la Ley...*, pg. 139) que consideraba injusto este criterio legal puesto que hace depender la nacionalidad del arbitrio de los fundadores y no de la realidad del negocio.

<sup>672</sup> Véase X más adelante en este capítulo.

con la posibilidad de adquirir la nacionalidad española permanentemente, si así lo estiman conveniente.

### 1.REGULACIÓN VIGENTE

La legislación vigente en España pone a disposición de las sociedades mercantiles españolas tres mecanismos básicos para poder movilizarse a otros Estados (incluyendo a otros Estados miembros de la Unión Europea): el mecanismo, podríamos decir “auténtico” que es la transferencia internacional de sede social, las fusiones internacionales<sup>673</sup>, que constituyen un mecanismo indirecto, pues la finalidad primaria de la institución de la fusión no consiste en movilizar una sociedad, sino en coadyuvar a la concentración empresarial y, más indirectamente aún, las ofertas públicas de adquisición de acciones. Aunque estas últimas no necesariamente tienen como consecuencia una modificación de la organización empresarial societaria, sí modifican el criterio de control de la sociedad, de manera que, indirectamente puede ser considerada una forma de movilidad aunque no en el sentido estricto.

---

<sup>673</sup> Incluyendo, dentro de este apartado, la constitución por fusión de una Sociedad Anónima Europea.

De este panorama de opciones, nuestro estudio se centrará principalmente en el primer, es decir en el del traslado internacional de domicilio social. Por lo que respecta a las opciones indirectas de movilidad societaria internacional, creemos que no nos corresponde abordar su estudio, sino ofrecer, si acaso, las razones por las cuales consideramos impropia su instrumentalización como elementos de movilidad societaria en detrimento de los auténticos fines para los que han sido ideados.

De estas manera, en primer lugar, debemos empezar por establecer el sistema que el Derecho internacional privado español aplica a las sociedades mercantiles en sus actividades extranjeras, debiendo tomar en cuenta la reforma del marco normativo aplicable a las sociedades anónimas producida a raíz de la incorporación de España en la Unión Europea, así como las últimas reformas en materia de sociedades mercantiles

#### **A. Cuestiones previas**

La movilidad societaria tiene en el traslado del domicilio social un elemento nuclear. Un análisis correcto el régimen jurídico del régimen del traslado debe comenzar por determinar por qué el domicilio social juega un papel tan relevante dentro de la movilidad societaria. La respuesta la encontramos al analizar la

legislación vigente en materia de nacionalidad de las personas jurídicas que establece que “*la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción [...]*”<sup>674</sup>.

Al respecto, nos hacemos eco del análisis desarrollado en cuanto a la nacionalidad de las sociedades en el Derecho mercantil español, que determina que la misma actúa “*como mecanismo de selección de las normas aplicables al contrato de sociedad tanto en su dimensión obligatoria como en su dimensión organizativa*”<sup>675</sup>, de manera que al hablar de nacionalidad nos referimos a la sujeción – por parte de la sociedad – a la ley de un determinado país, en este caso la española. Al haberse establecido al domicilio social estatuario como el elemento que determina la aplicación de la nacionalidad española a una

---

<sup>674</sup> Art. 9.11 CC. Sin embargo como señala BENAVIDES VELASCO, P.: *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pg. 23, este artículo no contiene ningún criterio que permita atribuir de manera inequívoca la nacionalidad a una persona jurídica. Como señala SANCHO VILLA, D.: *La transferencia...*, cit.: pg. 86, esta norma trae como consecuencia para las sociedades de Derecho nacional el recurso a otras disposiciones que la concreten, mientras que para determinar la nacionalidad extranjera de una sociedad será preciso acudir al ordenamiento cuya nacionalidad se pretende.

<sup>675</sup> PAZ-ARES, C.: *Cap.22 Atributos y límites de la personalidad jurídica*, en URIA, R.; MENENDEZ, A., *Lecciones de derecho mercantil*, cit.: Pg. 536

sociedad mercantil, corresponde que sea este el que este obligatoriamente situado en territorio español.

Como es bien sabido, existen dos sistemas<sup>676</sup> de determinación de la ley aplicable a la sociedad<sup>677</sup> (*lex societatis*), a saber: el

---

<sup>676</sup> Estudiados ya en nuestro Cap.1

<sup>677</sup> La complejidad particular que comprende la determinación de la *lex societatis* reside en *varias* razones. En primer lugar, la «*lex societatis*» no regula exclusivamente una relación contractual bilateral, sino una entidad compleja con multiplicidad de relaciones. De manera que no afecta solamente a la sociedad, sino también, de forma más o menos directa, a las relaciones entre los socios o miembros de la sociedad y ésta, a las relaciones entre los socios o miembros entre sí e, inclusive, y en la medida en que la «*lex societatis*» regula aspectos económicos relevantes en la sociedad –tales como los relativos al capital, a su mantenimiento, a las cuentas anuales, a la publicidad de las mismas –, a las normas relativas a aplicación y distribución de resultados, a las relaciones de los acreedores y la sociedad. En ciertos países (en particular aquellos con sistema de administración dualista en el que existe participación de los trabajadores en alguno de los dos órganos), la «*lex societatis*» llega incluso a incidir en aspectos relevantes de la relación entre la sociedad y sus trabajadores. Por otra parte, las sociedades son un elemento esencial dentro de las economías de los países. De esta manera se entiende que en los aspectos relativos a su determinación han incidido planteamientos no solamente mercantiles, sino también tributarios y de proteccionismo económico. En tercer lugar, no existe, en el ámbito de la Unión Europea, un acuerdo general sobre sistema de determinación de la «*lex societatis*» de las sociedades mercantiles constituidas bajo la legislación de los Estados miembros. A diferencia de las normas de conflicto aplicables a situaciones contractuales con elemento extranjero, que han sido acordadas desde el Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y que

basado en la voluntad de los socios (teoría de la constitución), y el basado en vínculos objetivos (teoría de la sede real). La legislación española, lamentablemente, no ha sabido reflejar de manera clara su preferencia por uno u otro sistema<sup>678</sup>. En nuestra opinión, esto se debe a la falta de coordinación entre la norma general, establecida tanto por el CC como por el CCom, y las normas especiales, establecidas por la LSA y LSRL.

#### **B. La aplicación del modelo de sede real y del modelo de constitución en la legislación anterior**

---

actualmente se regulan por el Reglamento CE 593/2008 (Roma I), no existe un reglamento o convenio internacional similar para la determinación de la «lex societatis». Como hemos señalado en este trabajo (Cap. 3), esto ha llevado a que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea haya tenido que establecer un criterio de interpretación del alcance de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas que ha venido configurando paulatinamente unas reglas que constituyen el esquema de lo que, sin duda, se plantea como el sistema europeo de determinación de «lex societatis». La complejidad de la determinación de este sistema de atribución de la «lex societatis» de las sociedades se diría pues, de que estamos asistiendo al nacimiento del sistema conflictual europeo en materia societaria, frente a la larga tradición en materia contractual.

<sup>678</sup> También es importante tener en cuenta que de la elección de un criterio u otro no sólo depende, en este caso del criterio de conexión para la determinación de la aplicabilidad de la ley española a una sociedad, sino que también determina los términos en los que reconoce a las sociedades extranjeras en su actuación en el territorio del Estado en cuestión.

Para clarificar la confusión reinante en relación con la determinación del sistema normativo vigente en España en materia de nacionalidad de sociedades mercantiles<sup>679</sup>, habremos de tener en cuenta, en primer lugar que, cronológicamente hablando, la primera regulación en materia de sociedades – esto es el Código de 1829 – no se plantea la existencia de las *corporaciones* más allá del territorio español. Es el CCom de 1885 el primer texto legal en España que regula la actuación de las mismas en nuestro país, estableciendo un principio de reconocimiento automático de las sociedades extranjeras. BLANCO-MORALES<sup>680</sup> realiza un análisis de la jurisprudencia de la época a través del

---

<sup>679</sup> GARCIMARTÍN, *Derecho de sociedades...*, cit.: pg. 289, y SANCHO VILLA, D.; *La transferencia...*, ob. cit.: pg. 89, exponen diversos casos de la doctrina extranjera en los que queda patente la confusión que reina sobre el mismo.

<sup>680</sup> BLANCO-MORALES, P.; *La transferencia...*, ob. cit., pg. 95-98, entre los casos allí citados destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1912, en el que se planteaba que la *Sociedad Minera del Moncayo*, con domicilio en Bruselas, habría trasladado su sede real a España dado que se había inscrito en el Registro Mercantil de Soria. El Tribunal rechazó esta afirmación puesto que la sociedad "además de que nació al amparo y bajo las leyes belgas a las que se ajustó su constitución y desarrollo, que son distintas a las españolas [...] sin que sea cierto, como erróneamente se pretende en la sentencia que existan señalados por la *Moncayo* dos domicilios, uno en Bruselas y otro administrativo para Soria, pues aún suponiendo que la sociedad belga hubiese inscrito en Soria su constitución muchos años después, jamás Soria podía ser su domicilio, porque en la escritura social se consignaba Bruselas".

cual se intuye que, al menos jurisprudencialmente, el criterio aplicado en aquel momento era el de la constitución<sup>681</sup>.

En ese momento, la legislación general en la materia implementa, a través del CC de 1889, el criterio de la *nacionalidad de las personas jurídicas*, estableciendo a través de su artículo 28 que “*las corporaciones [...], reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tenga el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código*”. En este sentido, debe tenerse en cuenta que este artículo regulaba la atribución de nacionalidad de las sociedades mercantiles ligándolo a la constitución de las mismas “*con arreglo a las disposiciones del*

---

<sup>681</sup> También en este sentido, PRETEL SERRANO, J.J.; *Nacionalidad y domicilio... etc*; cit.; pg. 190; FERNÁNDEZ DEL POZO, “*Transferencia internacional...*”, ob. cit., pg. 11885; SANCHO VILLA, D.; *La transferencia...*, cit.; pg. 55. Estos dos últimos junto con GIRÓN TENA, J.; *Derecho de sociedades...*, ob. cit., pg.323 parecen interpretar este artículo más bien como una normativa reguladora del ejercicio del comercio por extranjeros dentro de España FERNÁNDEZ DEL POZO realiza su análisis desde el punto de vista más bien registral. Al respecto creemos que si bien es cierto que esta interpretación restrictiva es posible, no parece suficiente puesto que cualquier norma que regule la actuación de una sociedad extranjera en el país, debe primero determinar si reconoce como personas jurídicas o no a dichas sociedades, siendo en este caso el factor que hace posible dicho reconocimiento el que las mismas estén constituidas de acuerdo con *las leyes de su país*.



*presente Código*". De manera que, efectivamente se completa la adopción del modelo de determinación de la *lex societatis* basado en la constitución<sup>682</sup>.

La aplicación de este modelo se extiende prácticamente hasta la LSA de 1951. Sin embargo, transcurridas las guerras mundiales, y especialmente después de la Guerra Civil española, el Estado buscó maneras de arraigar al territorio nacional a las sociedades españolas, probablemente más como una medida de protección de terceros en general, aunque también consecuencia del aislacionismo político-económico resultado de la conflagración nacional. De este objetivo es consecuencia el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947<sup>683</sup>, sobre regulación parcial de sociedades

---

<sup>682</sup> La doctrina mayoritaria señala en la actualidad que el modelo español se basa en el criterio del domicilio-constitución que determina como sociedades de Derecho español aquellas en la que se produce la concurrencia de dos elementos: la localización del domicilio en España y la constitución conforme al ordenamiento español. Esta afirmación será estudiada con detenimiento a continuación. Sin embargo estando vigentes solamente el CCom y el CC – es decir antes de la entrada en vigor de la LSA 1951 – no se puede afirmar que el criterio español incluyera como requisito para la concesión de la nacionalidad española a las sociedades mercantiles, que estas además de regirse por las normas del CCom tuviesen que tener su domicilio social en territorio Español. Quienes así lo interpretan señalan que la obligatoriedad de coincidencia deviene de la parte primera del texto ("*domiciliadas en España*").

<sup>683</sup> BOE Núm. 206, pg. 4187 de 25 de julio 1947.

españolas, que establecía en su primer artículo que las sociedades *“cualesquiera que sean sus componentes, la situación física de los bienes que integren el activo social y el lugar donde desempeñen sus actividades, deberán tener siempre su domicilio en territorio sometido a la soberanía del Estado Español, entendiéndose que este precepto limita la capacidad de cambiarlo que los respectivos Estatutos u otros ordenamientos sociales otorguen a sus organismos de gestión, incluida entre éstos a la Junta General de accionistas”*.

Esta normativa representa el principio de la transición de un modelo de constitución por así decirlo *puro*, a un modelo mixto como el que tenemos en la actualidad. Al dar mayor relevancia al domicilio estatutario como centro de control de la sociedad<sup>684</sup> se introduce un criterio objetivo para su determinación – que pasa a ser aquel señalado por los socios en los Estatutos y en el que se debe celebrar la junta general –. Sin embargo, con esta normativa no se había relacionado al domicilio social estatutario con la determinación de la nacionalidad de las sociedades, ya que el

---

<sup>684</sup> El artículo 2 del Decreto-Ley establecía que para que la junta general de accionistas fuera válida, debía celebrarse en la ciudad donde se encontrase establecido el domicilio social.

centro principal de actividad, de acuerdo con el Decreto-Ley a estudio, podía encontrarse fuera del territorio español<sup>685</sup>.

Una vez en vigor la LSA de 1951<sup>686</sup>, el modelo normativo aplicable a las sociedades anónimas adopta ya un elemento de conexión claramente ligado al domicilio social estatutario y a la obligatoriedad de que el mismo coincida el centro principal de actividades de la sociedad y que se encuentre en territorio español. Siendo el objetivo principal, como hemos señalado ya<sup>687</sup>, el de limitar la voluntad de los socios a la hora de elegirlo a través de su vinculación con el lugar en que realmente se desarrolla la actividad empresarial<sup>688</sup>. Aún así, esta limitación no

---

<sup>685</sup> PRETEL SERRANO, J.J.: *Nacionalidad y domicilio*...; ob. cit.; pg. 193, la considera una cuestión no resuelta totalmente, lo cual resulta bastante evidente si se toma en cuenta que antes del Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, no había obligación legal de que las sociedades mercantiles – en este caso las anónimas – fijaran un domicilio estatutario que fuera conocido por el Registro Mercantil; de hecho, el CCom no preveía nada respecto del domicilio de la sociedad anónima.

<sup>686</sup> De la que se hace eco la LSRL de 1953.

<sup>687</sup> Ver *supra* I.1.E

<sup>688</sup> También en este sentido BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio*... ; ob. cit., pg. 62. y OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ, LOZANO, P. L.; “Art. 5, Nacionalidad”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dirs.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Civitas, Madrid, 2007, pg. 459.

fue absoluta, puesto que se permitía la opción de señalar como domicilio estatutario el lugar donde se hubiera establecido su *representación legal, donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto*. De esta manera, se instituye al domicilio social estatutario como requisito de formación de la SA, por lo que la omisión de su ubicación en los estatutos sociales a la hora de constituir la sociedad era motivo de denegación de inscripción en el Registro Mercantil.

Por su parte, la LSRL de 1953 fue mucho más liberal a la hora de establecer la regulación jurídica del domicilio social con respecto a esta forma societaria, su Art. 4 simplemente preveía la obligatoriedad de que el mismo se encontrara *en territorio español*, sin que fuera necesario la coincidencia del mismo con el lugar donde se encontrara la representación legal, alguna de sus explotaciones o se ejerciera las actividades de su objeto.

De manera que la transición hacia un modelo de *sede real* se presume incompleta<sup>689</sup>, puesto que nada habría impedido a una

---

<sup>689</sup> Sobre la actuación de las sociedades extranjeras, destacaba DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudios de Derecho...*, *ob. ob. cit.*, pg. 643–644, la evolución de la legislación española, desde un sistema liberal y tolerante en exceso, a otro de signo contrario, llegándose a una postura intermedia a partir de la primera ley de sociedades, aunque ésta última no se haya caracterizado por su precisión y claridad técnica en esta materia.

sociedad anónima española fijar su domicilio social estatutario en el sitio donde tuviera su representación legal, tener fuera de territorio español, su centro principal de explotación, o ejercer fuera de España las actividades propias de su objeto. En efecto, por la vía jurisprudencial se llegó a determinar que el Art. 5 permitía establecer el domicilio en cualquier lugar si en él se fijaba la representación legal de la sociedad<sup>690</sup>.

### C. Interpretación actual a la luz del Derecho comunitario

La normativa vigente en España en materia de sociedades es fruto de la adaptación de nuestro Derecho de sociedades al Derecho comunitario. Al acceder España a la CEE era preciso adaptar la legislación nacional a la normativa europea vigente<sup>691</sup>,

---

<sup>690</sup> Anteriormente ya la STS de 30 de marzo de 1973, [RJA 1973/1133] definía al domicilio estatutario como aquel que haya designado en sus Estatutos, como sede jurídica de sus órganos de representación, administración, dirección y centro donde éstos deban ejercer las funciones mercantiles que les están encomendadas, para el logro de los fines perseguidos por la entidad de que se trate [...]. La STS de 30 de marzo de 1978, [RJA 1978/856] fue un paso más allá al establecer que el Art. 5 [...] no constriñe forzosamente a que dicho domicilio tenga que fijarse, precisamente, en donde radiquen sus explotaciones o se desarrollen sus actividades, sino que concede opción para establecerlo en cualquier lugar, si en él se fija su representación legal.

<sup>691</sup> En este caso a las Directivas en materia societaria, al efecto la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación

al mismo tiempo surge la necesidad de revisar la normativa del Reglamento del Registro Mercantil<sup>692</sup> y, con posterioridad a la incorporación de España como miembro de la UE, también se revisa la legislación en materia de sociedades limitadas<sup>693</sup>.

A través de estas reformas se introdujeron una serie de modificaciones que supusieron, en opinión de muchos<sup>694</sup>, un intento frustrado de clarificación de los problemas de interpretación a los que daba lugar el antiguo artículo 5 de la LSA. Es así que las cuestiones relativas a la nacionalidad de las

---

mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades autorizó al Gobierno en su disposición final 1<sup>a</sup>. a unificar en un solo texto la legislación de la sociedades anónimas, de esta manera mediante el RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre se aprobó el Texto Refundido de la LSA que entró en vigor el 1 de enero de 1990.

<sup>692</sup> Dada la autorización al respecto en la disposición final 4<sup>a</sup>. de la Ley 19/1989, se publica, el RD 1597/1989, de 29 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil actualmente en vigor.

<sup>693</sup> Ley 2/1995, de 23 de marzo de sociedades de responsabilidad limitada.

<sup>694</sup> Entre otros MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: *Denominación y Domicilio Social*, en ALONSO UREBA, A.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; ESTEBAN VELASCO, G., y otros (coord.); *Derecho de Sociedades Anónimas / La fundación*; Madrid, 1991. pg. 239.

sociedades españolas se determinan en el artículo 5.1 LSA<sup>695</sup> que ampara, al mismo tiempo, la determinación de la *lex societatis*<sup>696</sup> de las sociedades españolas y de aquellas que tuvieran su domicilio en España.

Sobre las consecuencias prácticas que estas regulaciones normativas han tenido, se han generado diferentes hipótesis en cuanto a su interpretación: hay quienes han interpretado el artículo 5.1 y 5.2 de la LSA en conexión con el art. 6 LSA en el sentido de que a través de los mismos, al señalar el domicilio estatutario como punto de conexión para determinar la Ley personal de la sociedad anónima, y puesto que éste debe coincidir con el “domicilio real”, se establece como modelo normativo para la determinación de la *lex societatis*, el modelo de sede real<sup>697</sup>.

---

<sup>695</sup> “Nacionalidad.- 1. Serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido”.

<sup>696</sup> En este sentido nos hacemos eco de ARROYO MARTÍNEZ, I.; MERCADAL VIDAL, F. *Artículo 5*; en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J.M.; *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*; 2ª. Ed., Vol. 1; Tecnos, Madrid, 2009, pg. 75., quienes hacen referencia a la inercia por la cual dicho artículo todavía regula la *nacionalidad* y no la *lex societatis*.

<sup>697</sup> En este sentido expresan su opinión entre otros: SÁNCHEZ CALERO, F.; *La nacionalidad de la sociedad anónima*; RdS Núm. 1; 1993, pg. 46; VICENT

Esta interpretación llegaba a la conclusión de que la nacionalidad de la sociedad anónima se adquiere por el lugar de ubicación del domicilio social<sup>698</sup>, con independencia de su sede de constitución. Por lo tanto, podría pensarse que una sociedad constituida en el extranjero, y cuya personalidad jurídica se ve determinada por esa legislación extranjera, como consecuencia del ejercicio de su actividad y por imposición de la Ley española, se ve obligada a cumplir con los requisitos que ésta le impone en materia de sociedades<sup>699</sup>.

---

CHULIÁ, F., *Introducción...*, 21ª Ed., ob. cit., pg. 342, VAÑO VAÑO, M.J.: *Fusiones transfronterizas en la Unión Europea*; RGD, ; pg. 7075; PRETEL SERRANO, J.: *Nacionalidad y domicilio...*, ob. ob. cit., pg. 220 y ss., por último GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Tomo I, Madrid, 1976, pg. 323, quien señalaba al respecto que "la Ley quiere que la determinación de la nacionalidad se haga por un acto de sometimiento a la Ley española y una realidad efectiva de actuación directiva en España fijando en ella su domicilio".

<sup>698</sup> En el caso de las sociedades en las que de los términos del contrato no resulte clara la voluntad de constituirse de acuerdo a nuestro derecho, deberá atenderse a la localización en España del domicilio estatutario. (art. 41 CC: "Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto").

<sup>699</sup> Como ocurre en otros Estados que aplican el modelo de *sede real*, un ejemplo a nivel comunitario lo encontramos en el C-208/00 de 5 de noviembre de 2002, *Überseering BV*.



Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que la LSA se refiere al *domicilio registral*, y la LSRL al *domicilio que conste en el registro*<sup>700</sup>. Sobre el mismo tema, se ha intentado establecer una interpretación de la norma según la cual los destinatarios del artículo 5.1 LSA, y 6.1 LSL sólo pueden ser las sociedades españolas, puesto que de acuerdo con el art. 9.11 del CC, es la ley personal de las sociedades la que debe regular su *constitución*. De manera que una sociedad española no puede existir como tal si no se constituye de acuerdo a esta legislación y que lo que en el mismo se dispone no afecta a las sociedades extranjeras – a las que sí les afecta el Art. 15 CCom – pues éstas no se han constituido conforme a dicha Ley<sup>701</sup>. En relación con el art. 5.2 LSA y 4.2 LSL, sus destinatarios serían las sociedades extranjeras cuyo principal establecimiento o explotación radiquen en España, a las cuales, siempre según esta interpretación, se las estaría obligando a someterse a la legislación española.

Sin embargo, esta última idea entra en conflicto directo con nuestra legislación en materia de reconocimiento de sociedades

---

<sup>700</sup> MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.; *Denominación y Domicilio... etc.*; ob. cit., pg. 236 y sig.

<sup>701</sup> A favor de esta interpretación, además de BLANCO FERNÁNDEZ, J.M.; *La nacionalidad...*, ob. cit., pg. 264, también URÍA, R.; *Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, pg. 169., y ARENAS GARCÍA, R.; *La lex societatis en el Derecho de las sociedades internacionales*, Der. Neg. Núm 70/71, pg. 21.

extranjeras<sup>702</sup>. Ello se debe a que el antes mencionado Art. 15 del CCom establece el reconocimiento automático de las mismas con el solo requisito de que estas sociedades extranjeras cumplan con su legislación nacional<sup>703</sup>. De manera que una sociedad extranjera constituida en su Estado de origen de acuerdo con sus normas, si su legislación le permite elegir libremente el lugar de su centro de efectiva administración y dirección, o principal explotación – como ocurre en los países que siguen el modelo de constitución – estaría, de acuerdo con nuestras leyes en materia de sociedades extranjeras, en perfecto cumplimiento de sus normas de capacidad, y por lo tanto no se le podría imponer la *nacionalidad* española – es decir que no se le podría exigir el cumplimiento de nuestra legislación en materia

---

<sup>702</sup> No debemos perder de vista, como señala SANCHO VILLA, D.: *La transferencia...etc.*; pg. 59, que la legislación española sigue una técnica *bilateral* de atribución de la nacionalidad, es decir, si bien establece cuáles son los criterios para determinar qué sociedades ostentan la nacionalidad española, no precisa cuál es la nacionalidad de una sociedad no española, a diferencia de aquellos Estados que emplean una técnica *unilateral* que utiliza el mismo criterio para determinar quienes son sus nacionales y quienes los extranjeros.

<sup>703</sup> En este sentido se pueden citar las Resoluciones de la DGRN de 11 de septiembre de 1990 y la del 29 de febrero de 1992(RJ 1992W2882), en cuanto a que en las mismas se señala como único requisito para reconocer a las *sociedades extranjeras* es las mismas se hubieran constituido válidamente de acuerdo con su legislación nacional.

de sociedades y, por lo tanto, no se le podría imponer la obligación de tener su domicilio social en España .

Distinto sería el caso de que la sociedad extranjera que desea actuar en España, tuviera, según su legislación mercantil, la obligación de mantener, a lo largo de la vida societaria, la coincidencia de centro de actividades o explotación principal y domicilio social estatutario – como ocurriría si el Estado de origen aplicará el modelo de *sede real*. Si dicha sociedad no lo hiciera, y actuara en nuestro territorio, estaría incumpliendo su normativa de origen y por lo tanto nuestra legislación no podría reconocerla como sociedad.

Este difícil camino por el cual debemos atravesar para determinar si una sociedad debe ser considerada nacional o extranjera, ha dado pie a una multitud de interpretaciones y construcciones doctrinales que unidas a la frecuente confusión del término “domicilio”, para referirse al domicilio estatutario<sup>704</sup>, y el

---

<sup>704</sup> De acuerdo con la STS de 28 de noviembre de 1998 ( RJ 1998/9325), “el «domicilio social» de las sociedades anónimas, no sólo constituye la sede oficial de la entidad, que garantiza a la misma la recepción y práctica de cuantas comunicaciones y notificaciones hayan de trasladársele para su conocimiento, con plenitud de efectos, sino también, la ubicación que por su naturaleza formal y necesidad de inscripción registral, asegura a los terceros, que, con ella, se relacionan, la certeza de aquel conocimiento, como elemento indispensable de la seguridad del tráfico mercantil. No cabe, pues, que las sociedades anónimas tengan un domicilio «de hecho»

“domicilio real” o “domicilio efectivo”<sup>705</sup> para referirse a la sede de administración o de explotación, explican la diversidad de interpretaciones en cuanto a nuestro modelo normativo<sup>706</sup>.

A nuestro entender, el sistema español responde, en la actualidad, al modelo de constitución en relación con las

---

con trascendencia jurídica”. En el mismo sentido STS de 4 octubre 1999 (RJ 1999W7013), AP Barcelona (Sección 17ª), sentencia de 31 julio 2002. (JUR 2002W271448). Por otra parte en otros ámbitos jurídicos, la STS (Sala Social) de 18 de septiembre 2001 (RJ 2002/588) consideró válida la citación realizada en el domicilio registral aún cuando en el mismo no existía ningún tipo de actividad.

Aunque este parece ser el criterio seguido en la actualidad, no debemos olvidar que también se ha reconocido, la prevalencia del domicilio real sobre el estatutario..SAP de Madrid de 28 de octubre de 1997.

<sup>705</sup> Al respecto tanto PRETEL SERRANO, J.J.; *Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima*; AAMN, Tomo XXX; 1991; pg. 213, como ARROYO MARTÍNEZ, I.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.; “Artículo 6”, en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M.; *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*.; Tecnos, Madrid, 1997; pg. 80, consideran obligatoria la coincidencia entre domicilio legal y domicilio real, debiendo, en todo caso, prevalecer este último en caso de discordancia.

<sup>706</sup> Sobre este punto, cabe destacar el análisis realizado por OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ, LOZANO, P. L.; “Art. 5ª”, ob. cit., pg. 335, señalan los autores que en la actual legislación vigente el vocablo *domicilio* siempre resulta utilizado para tomar en consideración, directa o indirectamente, el *domicilio social*, en el sentido de la mención que ha de constar en los estatutos sociales, de manera que es acertado interpretar el párrafo 1 del art. 5 LSA en el sentido de que también este utiliza la palabra *domicilio* en el sentido de *domicilio estatutario*.

sociedades extranjeras comunitarias<sup>707</sup> y extracomunitarias<sup>708</sup> que actúan en España, debiendo, dichas sociedades cumplir con las normas imperativas de su Derecho de origen para ser reconocidas como sociedad por nuestra legislación.

Más difícil resulta determinar cuál es modelo seguido por nuestra legislación en cuanto a las sociedades españolas. Y esta dificultad se produce porque, como hemos comentado, en los antecedentes legislativos más inmediatos en la materia se intentaba seguir un modelo de sede real sin coordinar la nueva legislación con lo establecido en el CCom. Actualmente, en nuestra opinión, la legislación española todavía aplica un modelo de sede real en relación con las sociedades españolas, aunque bastante menos estricto en cuanto a sus consecuencias jurídicas, pues a diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno, las

---

<sup>707</sup> Ello no puede ser de otra forma, pues lo contrario sería contradecir las resoluciones en la materia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase, Capt. 3.

<sup>708</sup> Por aplicación del Art. 15 CCom. Al respecto, OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ, LOZANO, P. L.; "Art. 5...", ob. cit., pg. 319 y sig., señalan con acierto que dicho artículo no es una regla de atribución de la nacionalidad española, puesto que no forman parte del sistema español de la nacionalidad de las personas jurídicas, sino que delimita el ámbito de actuación de los extranjeros en España, en este caso, de las sociedades mercantiles extranjeras.

consecuencias de incumplir la normativa son, en cierta medida, bastante menos rigurosas.

En efecto, a diferencia de las legislaciones que siguen un fuerte modelo de sede real, la infracción de esa obligación por una sociedad española no conlleva – la consecuencia jurídica de tal infracción no es – la pérdida de la nacionalidad española o el no reconocimiento de la personalidad jurídica<sup>709</sup>, nulidad o anulación de la sociedad<sup>710</sup>, sino simplemente la habilitación para que los terceros puedan elegir a su arbitrio como domicilio social, en el marco de un proceso judicial contra la sociedad en cuestión, el

---

<sup>709</sup> Como señala ALBALADEJO, M.: *Compendio de Derecho Civil*, Librería JM Bosch, 11ª Ed.; Barcelona, 2002, pg. 73, la legislación en materia de atribución de personalidad jurídica establece la misma – en el caso de las sociedades mercantiles – por cumplimiento de las disposiciones normativas determinadas por la ley, de manera que una vez atribuida esta, la sociedad continuará operando y funcionando aunque en su proceso de constitución se haya incurrido en irregularidades.

<sup>710</sup> Por imperativo legal (Art. 34.2 LSA), la discordancia del domicilio estatutario con el *domicilio real*, no puede dar lugar a la declaración de inexistencia, nulidad o anulación de la sociedad, dado el carácter taxativo de las causas de nulidad enunciadas en el Art. 34.1 LSA. También en este sentido OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ, LOZANO, P. L.; “Art. 6, Domicilio”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dirs.); *Comentario al régimen legal...*, ob. cit., pg. 481.

domicilio social estatutario o el real<sup>711</sup>. Por lo tanto, el domicilio real o efectivo, realmente no juega, en nuestra legislación, ningún papel relevante a la hora de determinar la nacionalidad de una sociedad española.

No ocurre lo mismo en el caso de un Estado que adoptase un modelo de sede real fuerte. Tal era el caso de la legislación societaria alemana – anterior a la entrada en vigor de las

---

<sup>711</sup> BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio*; ob. cit., pg. 86, a su vez, SÁNCHEZ CALERO, F.; “Art. 6. Domicilio”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T1; Edersa, Madrid, 1997, pg. 194. En este mismo sentido OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ, LOZANO, P. L.; “Art. 6...”, ob. cit., pg. 482 y sigs., quienes llegan a la conclusión, respecto de la discordancia entre el *domicilio efectivo* y el *domicilio social estatutario*, que si bien tal discordancia no conlleva la nulidad de la sociedad, el principio de legitimación registral enunciado en los Arts. 20 CCom y 7 RRM al legitimar a los terceros interesados para emprender acciones legales en orden a declarar la inexactitud y nulidad de la mención registral acerca del domicilio social, tiene o podría tener como última consecuencia – si una vez declarada la inexactitud por la vía judicial, el órgano jurisdiccional obliga a la sociedad a fijar su domicilio estatutario y la Junta General no lograrse ponerse de acuerdo sobre el lugar donde debe fijarse este – la disolución de la sociedad al concurrir *imposibilidad manifiesta de realizar el fin social* o la *paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento*. Esta consecuencia es, a nuestro juicio, quizá demasiado estricta, puesto que la disolución no devendría por la falta de fijación del domicilio social, sino por la imposibilidad de que la Junta General se ponga de acuerdo.

reformas introducidas por el MoMiG<sup>712</sup> – que podía resultar, por ejemplo, en que en el caso de que una sociedad alemana tuviera su sede real en España, el Juez español conocedor de la causa, debería determinar que dicha sociedad no cumplía con las obligaciones impuestas por su ley nacional. Siendo esto acertado, nótese sin embargo que ello es así no porque exista una norma en España que diga que, si una sociedad tiene su sede real en España es española –pues ello, como se ha comentado, sería contrario a los planteamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – sino porque, justamente, el Juez debería determinar, conforme al sistema de Derecho internacional privado vigente en España, en primer lugar que la legislación aplicable es la alemana – porque la sociedad está constituida conforme a dicha legislación – para luego aplicar la norma alemana correspondiente que obligaba a desconocer la personalidad jurídica en caso de discrepancia entre la sede real y la sede social.

Por lo tanto, se reconoce como españolas, y por lo tanto sometidas a la legislación española, a las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho español, las cuales, en cumplimiento de las normas legales respecto del domicilio social estatutario, deberán, al mismo tiempo, fijar este último en el

---

<sup>712</sup> Véase *supra* Cap. IV, V (2).



mismo lugar donde tengan su *principal establecimiento o explotación*.

De esta manera nos encontramos ante un modelo de determinación más bien mixto, pues partiendo del criterio de la sede real, aplicable a las sociedades constituidas en España, se aproxima en sus consecuencias prácticas a la de la constitución<sup>713</sup>, aplicable a las sociedades extranjeras.

Las consecuencias de este “sistema mixto” son básicamente dos: la primera, que la aplicación de la normativa española sobre sociedades de capital se aplicará solamente a aquellas sociedades que cumplan con el requisito de constituirse en España y ubicar dentro de territorio español la sede social de la sociedad, y la segunda que las sociedades extranjeras para actuar en nuestro territorio sólo deben cumplir con sus normas legales (con las matizaciones que hemos realizado en relación con sociedades extracomunitarias) para ser reconocidas como tales.

---

<sup>713</sup> PRETEL SERRANO, J.J.: *Nacionalidad y domicilio*... ; ob. cit.; pg. 222; SÁNCHEZ CALERO, F.: *La nacionalidad*... ; ob. cit., pg. 46; MARTÍNEZ SANZ, F.: *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*; McGraw-Hill; Madrid 1997, pg.59.

Desde el punto de vista de la actual *competencia de legislaciones* a nivel comunitario, si nuestro objetivo fuera incentivar la constitución de sociedades españolas estaríamos en clara desventaja, ya que nuestra normativa exige la coincidencia domicilio social estatutario–sede real y por lo tanto sólo aquel empresario que pensara tener su centro principal de actividad en España podría plantearse constituirse bajo nuestra legislación societaria. Lo más seguro es que elegiría constituirse bajo una normativa que le permitiera trasladar su centro de intereses de un Estado a otro con mayor facilidad – utilizando quizá la legislación británica, por ejemplo – de manera que si en algún momento de su actividad económica decidiera, o el mercado le fuera más favorable para, trasladarse a otro Estado de la UE no tendría que plantearse la disolución y liquidación de la sociedad, ni siquiera el traslado de domicilio, sino simplemente el mero traslado de la sede real. Y ello independientemente de que recientemente nuestra legislación haya adoptado medidas para permitir el traslado de domicilio con cambio de ley aplicable, ya que, como hemos estudiado anteriormente<sup>714</sup>, la ventaja no está en permitir o no un cambio de ley aplicable, sino en no tener que plantearse la obligatoriedad de dicho cambio.

---

<sup>714</sup> Ver Cap. 4, I.

### III.ELEMENTOS AL ALCANCE DE LAS SOCIEDADES ESPAÑOLAS PARA MOVILIZARSE AL EXTRANJERO

De acuerdo con la legislación en vigor, pueden establecerse dos tipos de mecanismos principales al alcance de las sociedades mercantiles españolas a la hora de realizar actividades en el extranjero mediante una estructura más o menos estable (dependiendo del mecanismo finalmente empleado). En primer lugar, tenemos aquellos mecanismos expresamente previstos para el caso, como es el traslado internacional de domicilio registral, cuya normativa ha sido recientemente modificada<sup>715</sup>. Y por otra parte, contamos con la regulación en materia de sucursales.

Al mismo tiempo, también se encuentran al alcance de las sociedades españolas otros elementos que hemos dado en calificar de *impropios* para conseguir la movilidad societaria, sobre la base de que dichos instrumentos han sido diseñados por el legislador para conseguir otros objetivos diferentes de la propia movilidad, pero que los operadores pueden utilizar para conseguir ésta, al ser la misma una consecuencia de dichos instrumentos. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la fusión internacional,

---

<sup>715</sup> Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Art. 92-103.

cuya finalidad primera es la reestructuración empresarial, pero que entre sus consecuencias prácticas incurre en una modificación del estatuto societario de por lo menos una de las sociedades partícipes en la fusión, o a las ofertas públicas de adquisición de acciones cuya finalidad primera sería la toma de control de una sociedad cotizada por otra. Dado que la movilidad no es el objetivo primario de estos instrumentos jurídicos, su uso para conseguir la movilidad societaria lleva consigo una carga extra de recursos. Por ello, prever estos mecanismos como los únicos instrumentos para conseguir la movilidad societaria puede hacer, en nuestra opinión, aún más dificultosa la consecución de la misma.

#### 1. INSTRUMENTOS DIRECTOS: EL TRASLADO DE DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO

El traslado de domicilio social al tener dos ámbitos de aplicación práctica distintos – el nacional y el internacional – es a su vez, según se trate de uno u otro, una modificación estatutaria y estructural. En efecto, en relación al estudio de nuestro interés, el traslado internacional del domicilio social estatutario, debe considerarse una *modificación estructural*, en razón de la alteración que su modificación significa en el contenido objetivo

de las normas imperativas y potestativas que rigen la vida societaria<sup>716</sup>.

De esta manera, se entiende la extensión del concepto “modificaciones estructurales<sup>717</sup>” al régimen del traslado del domicilio social al extranjero, ya que el mismo supone la modificación de la configuración básica de la sociedad, siendo esta la razón por la que el legislador reconoce a los socios minoritarios y a los acreedores sociales, la posibilidad de proteger sus derechos a través del derecho de separación para unos, y del derecho de oposición para los otros.

---

<sup>716</sup> También en este sentido, SEQUEIRA MARTÍN, A.: “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social”; RdS, 2008 (31), 83; BENAVIDES VELASCO, P.: *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 168.

<sup>717</sup> Definidas por EMBID IRUJO, J. M., “La fusión y la escisión en la nueva Ley de sociedades anónimas”, en *Jornadas sobre el nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Min. de Justicia, Madrid, 1991, pág. 143, como “aquellas operaciones que ponen en juego la misma existencia o configuración básica de la sociedad modificada”

Por otra parte, como hemos visto anteriormente<sup>718</sup> la falta de coordinación legislativa en cuanto a la regulación del domicilio social como elemento para determinar la *nacionalidad* española de las sociedades mercantiles, junto con la deficiente regulación del régimen jurídico del traslado, ha dificultado que pueda ser tomado en cuenta como instrumento para la movilidad societaria internacional de las sociedades mercantiles españolas.

Efectivamente, antes de la reciente reforma en materia de modificaciones estructurales, la regulación en materia de traslado internacional de domicilio se centraba principalmente en sede de anónimas, en el Art. 149 LSA, y en sede de limitadas en el Art. 72.2 LSL<sup>719</sup>. Estos preceptos eran considerados *una norma para el futuro*<sup>720</sup> puesto que, doctrinalmente, se había llegado a la conclusión de que no era posible su aplicación práctica dada la falta de Convenios internacionales vigentes en España que permitieran la transferencia del domicilio social al extranjero

---

<sup>718</sup> Punto II del presente capítulo.

<sup>719</sup> Esta última esta técnicamente aún vigente, dada su no inclusión en la Disposición Derogatoria de la LMESM.

<sup>720</sup> BLANCO-MORALES, P.; *La transferencia...*, ob. cit., pg. 133.

garantizando el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad<sup>721</sup>.

Sin embargo, los avances en relación con la armonización del Derecho comunitario de sociedades, así como la jurisprudencia comunitaria en la materia<sup>722</sup>, finalmente han conseguido que el legislador español vea la necesidad de completar y ampliar el régimen jurídico del traslado de domicilio. Dicha ampliación se ha llevado a cabo a través del Título V (art. 92 al 103) de la Ley 3/2009. Esta reforma, no puede ser sino bienvenida, aunque se hecha en falta una regulación más completa en el ámbito del régimen legal de la nacionalidad de las sociedades mercantiles

---

<sup>721</sup> BLANCO FERNÁNDEZ, J.M.; *La nacionalidad...*; ob. cit., pg. 273, BLANCO-MORALES, P.; *La transferencia...*, ob. cit., pg. 133, PRETEL SERRANO, J.; *Nacionalidad y domicilio...*, ob. cit., pg. 243; OLIVENCIA, M.; "Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas" en *Academia Sevillana del Notariado*; Edersa; Madrid, 1993, pg. 506., MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*; ob. cit., pg. 64, SÁNCHEZ CALERO, F.; *La nacionalidad...*; ob. cit., pg. 57; 59

<sup>722</sup> Ver de manera general sobre el proceso de armonización de la legislación comunitaria, EMBID IRUJO, J. M.; "Aproximación al Derecho de Sociedades...", ob. cit.; y también Capt. 3.

que, como acabamos de analizar, carece en estos momentos, de una regulación sistemática<sup>723</sup>.

En cuanto a los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la regulación del traslado de domicilio, a nuestro entender son tantos como tipos societarios a los que va dirigido<sup>724</sup>: desde el

---

<sup>723</sup> También debe tomarse en cuenta, aunque excede del ámbito de nuestro análisis, que el mayor o menor éxito de esta nueva regulación sobre el traslado de domicilio dependerá, no solo de los factores que a continuación estudiaremos, sino también del trato en materia fiscal que la transferencia de los activos de la sociedad reciban por parte de la Hacienda española. En este punto, como ya habíamos señalado, será interesante conocer si se aplicará, al menos a los traslados "intracomunitarios", el principio de neutralidad fiscal para los traslados de residencia fiscal establecido por el TJCE en el Caso 9~~W~~02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant*. Sobre la misma problemática aunque será decisiva, sin duda, la transposición al nuestro Derecho de la reciente Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

<sup>724</sup> La legislación anterior solo preveía el traslado de las sociedades anónimas y de las sociedades limitadas. En el primer caso, el Art. 149.2 (*cambio de domicilio*) establecía que las sociedades sujetas a la LSA solo podían transferir al extranjero el domicilio de la sociedad *cuando exista un Convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de su misma personalidad jurídica*, dada la escasez de acuerdos internacionales en este sentido, la mayor parte de la doctrina había adoptado la postura de considerar como única vía de "traslado" de



punto de vista de las grandes empresas – normalmente organizadas bajo la forma de sociedades anónimas – el traslado de domicilio de una sociedad cuyo principal actividad conlleve la producción de bienes o servicios puede significar el traslado de los medios de producción<sup>725</sup>. Por distintas razones de índole económica, el traslado al extranjero puede ser un instrumento de supervivencia de la sociedad, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas que estuvieran organizadas bajo

---

domicilio el de la previa disolución y liquidación en territorio español con posterior cesión en bloque del patrimonio social a la sociedad extranjera creada *ex novo*; en este sentido GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades...*, ob. cit., pg. 570 consideraba que la correspondencia entre domicilio y nacionalidad requería que el acuerdo de traslado de domicilio tuviera como principal efecto la disolución de la sociedad española; por otra parte MUÑOZ MARTÍN, N.; “Art. 149, Cambio de domicilio”; en ARROYO, I.; EMBID IRUJO, J. M.; *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, ob. cit., pg. 1720, señala que el principio de territorialidad limitaba el derecho de la mayoría por sobre la minoría, de manera que el acuerdo de traslado debía ser vinculante sólo en caso de alcanzar mayoría suficiente, siendo esta la razón por la que a los socios minoritarios contrarios al traslado al extranjero, se encontraban protegidos por el derecho de separación según el Art. 147. La legislación en materia de sociedades de responsabilidad limitada (Art. 72.2) venía a repetir las mismas ideas aunque dejaba el reconocimiento del derecho de separación al Art. 95, b)..

<sup>725</sup> No porque así lo establezca la LMESM, dado que a nuestro entender y como explicaremos más adelante, el traslado de domicilio no está, en todos los casos, condicionado al traslado del centro de producción o administración central de la sociedad.

alguna de las formas societarias a las que la nueva normativa permite el traslado de domicilio al extranjero.

En relación con las fuentes que han servido de fundamento para esta reforma legislativa es innegable, como ya ha sido señalado<sup>726</sup>, la influencia que el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea y la propuesta de 14<sup>a</sup> Directiva sobre la transferencia de sede estatutaria de una sociedad de un Estado miembro a otro con cambio de ley aplicable, han tenido en relación con la ordenación de este instituto<sup>727</sup>. De ello es testigo la regulación respecto al proyecto de traslado y posterior adopción del acuerdo junto con las garantías de publicidad en el proceso, así como también la inclusión de los derechos de los socios minoritarios y de los acreedores sociales para la sociedad española que se traslada al extranjero.

---

<sup>726</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A.; "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social"; RdS Núm.31, 2008, pg. 84.

<sup>727</sup> Al respecto debemos recordar que la adaptación de la legislación nacional al Reglamento (CE) Núm. 2157/2001, de 8 de octubre, dio lugar a la modificación de la LSA 1989, que a través de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre incorporó a nuestra legislación la regulación de la sociedad anónima europea domiciliada en España, que en sus artículos 315 y 316, regula el traslado de la SE domiciliada en España a otro Estado miembro.

En efecto, son elementos esenciales en el proceso de traslado de domicilio, de acuerdo con la nueva legislación en la materia, el proyecto de traslado (Art. 95 LMESM) junto con el Informe explicativo a elaborar por los administradores de la sociedad (Art. 96 LMESM), las garantías de publicidad y, en el caso de los socios minoritarios, el derecho de separación y, en el caso de los acreedores sociales, el derecho de oposición al traslado, junto con las garantías registrales a la hora de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil.

Sin embargo, antes de analizar estos aspectos, es conveniente delimitar el ámbito subjetivo de aquellos sujetos a quienes la nueva legislación les reconoce la posibilidad de trasladar su domicilio social dentro o fuera de nuestro país.

#### **A.Ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de traslado internacional del domicilio social**

La nueva normativa del traslado de domicilio regula tanto los supuestos de recepción de sociedades extranjeras en nuestro país, como el traslado de sociedades mercantiles españolas al extranjero, en relación con estas últimas, el legislador ha decidido aplicar un ámbito subjetivo más restringido que el previsto con carácter general por la LMESM.

En efecto, mientras que la LMESM únicamente exige para su aplicabilidad que la sociedad sea mercantil, para la aplicación de la normativa del traslado de domicilio se establecen dos requisitos adicionales. En primer lugar, se requiere que la sociedad mercantil sujeto de traslado sea considerada española<sup>728</sup>.

En un contexto de integración dentro del Mercado Interior Europeo, esta limitación es, por una parte, lógica, y además acertada, puesto que de esta manera se evitaría el “uso” de nuestra normativa para regular el traslado que una sociedad extranjera (y precisamos, aunque la misma actuara exclusivamente en nuestro territorio) pudiera hacer con la esperanza de evitar la aplicación de su normativa societaria de origen.

---

<sup>728</sup> Esta aseveración puede parecer superflua a primera vista; sin embargo, debemos tener en cuenta que la atribución de la nacionalidad española a las sociedades mercantiles no es un tema pacífico, de manera que es posible que en el futuro surjan problemas en esta sede. Mientras que el legislador no adopte un criterio claro para determinar la nacionalidad a las personas jurídicas que no dependa de los enrevesados argumentos a que nos condenan los vigentes Art. 5 y Art. 6 de la LSA y Art. 4 y Art. 5 de la LSL deberá asegurarse la aplicabilidad de la nacionalidad española a la sociedad que decida su traslado al extranjero.

Otro requisito a cumplir es el de que la sociedad que desee trasladarse este previamente inscrita en el Registro Mercantil. Y ello porque el nuevo régimen legal establece determinadas garantías de publicidad a favor tanto de socios, como de los acreedores sociales y de los trabajadores de la sociedad. Estas garantías estarían vacías de contenido si no se garantizara, a través de la inscripción registral, la publicidad de los aspectos más relevantes de la vida social, así como también un cierto grado de control formal dado que la misma esta sometida al escrutinio y posterior calificación del registrador mercantil en su función de garante de la legalidad de los actos societarios que son sometidos a su calificación.

Por otra parte, en relación con las sociedades extranjeras a las que se permitirá trasladar su domicilio, y por ende sus actividades, a territorio español<sup>729</sup>, el legislador no establece

---

<sup>729</sup> Aunque es cierto que, llegados a la conclusión de que la única sanción prevista en nuestro ordenamiento para el caso de la contravención de la obligación de fijar, en el lugar del domicilio social de cualquier sociedad española, su centro principal de actividades, es el de que los terceros puedan considerar como domicilio cualquiera de ellos (BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio... etc.*; ob. cit., pág. 86) no deja de ser menos cierto que la regulación del domicilio social exige la plena coincidencia entre domicilio registral y centro principal de actividades o administración central. De manera que es de esperar que a la sociedad extranjera que pretende trasladarse a nuestro país se le exija el cumplimiento de dicha normativa.

limitación alguna. Así, no existe una exigencia de que las actividades realizadas fueran de naturaleza mercantil, ni en cuanto a la exigencia de que las mismas estén, en su país de origen, sometidas a ningún tipo de control administrativo<sup>730</sup>.

Queremos entender que esta actitud liberal en cuanto a la acogida de las sociedades extranjeras, se deba a que se considera suficiente que, dado que dicha sociedad extranjera pretende trasladarse a nuestro país, lo hará eligiendo como forma social alguno de los tipos previstos en nuestra legislación societaria, y que para su inscripción como tal en nuestro Registro Mercantil, el registrador verificará el cumplimiento de nuestra normativa en cuanto a las exigencias del tipo social que la sociedad extranjera desee adoptar al trasladarse a España<sup>731</sup>.

---

<sup>730</sup> Ver en mayor detalle *infra* IV. 3 de este capítulo.

<sup>731</sup> En cuanto a la limitación en origen de las sociedades extranjeras que se reconozca como susceptibles de trasladar a nuestro país, su domicilio social, a primera vista puede parecer quizá, garantista en exceso, el contemplar la posibilidad de limitar el acceso solamente a aquellas sociedades que cuenten, en su país de origen, con un control de sus actividades a través de un registro público. Sin embargo, creemos que a fin de garantizar la adaptación a nuestro medio, sería recomendable dicha limitación, puesto que de otra manera no se podrá conocer, de manera fiable, las actividades, y sobre todo el mayor o menor éxito comercial, que la sociedad extranjera realizaba antes de su traslado a nuestro territorio.

## B. Presupuestos para el traslado del domicilio social de sociedades españolas al extranjero (Presupuestos de “salida”)

La principal preocupación del legislador en cuanto al traslado al extranjero de las sociedades españolas es la de garantizar el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Para ello como requisito previo al inicio del procedimiento de traslado se exige que el Estado receptor garantice la continuidad de la existencia societaria.

La nueva normativa no ha establecido un control administrativo previo al traslado de sociedades españolas al extranjero, ni ha establecido requisitos de naturaleza económica relativos al tipo de actividad desarrollada por la sociedad que desee trasladarse o a la importancia económica de las mismas. En ello, la LMESM se aparta del legislador comunitario que, en el caso del traslado de domicilio de las SE, ha conferido a los Estados miembros la potestad de, a través de sus regulaciones nacionales en esta materia, y si así lo estiman conveniente, conceder a la autoridad respectiva del Estado donde tenga su domicilio la SE, una *cuasi* potestad de veto a la hora de autorizar el traslado de domicilio de las SE<sup>732</sup>. Hay que recordar, además, que el legislador español

---

<sup>732</sup> Véase Reglamento 2157/2001, sobre el estatuto de la sociedad anónima europea, Art. 8, 14

ha hecho uso de esta potestad en relación con las SEs domiciliadas en España a través del Art. 316 LSA, precepto que establece a favor del Ministerio de Justicia, Comunidad Autónoma y la autoridad supervisora competente del lugar en el que se encuentre domiciliada la SE española, un derecho de oposición al traslado de la sociedad a otro Estado miembro en el caso de que el mismo vulnere el *interés público*<sup>733</sup>. Con independencia del mayor o menor acierto, o de las críticas que pudieran señalarse sobre la existencia de esta *cuasi* potestad de veto en el marco de la SE (tema que no puede desarrollarse en esta sede), sí que nos parece relevante señalar aquí la, en nuestra opinión, notable incongruencia de mantener dos criterios diferentes para SE y para LMESM, y ello máxime cuando la SE, por ser un tipo societario primordialmente concebido para sociedades de dimensión europea, deberían tener un mayor acceso a la movilidad societaria.

Por otra parte, también se prohíbe el traslado al extranjero a todas aquellas sociedades que hayan entrado en fase de liquidación o concurso. Aunque la LMESM no establezca una regla al respecto, debe entenderse en nuestra opinión que esta

---

<sup>733</sup> Al respecto, GÓRRIZ LÓPEZ, C., "Art. 316", en ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª. Ed., Vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 3041 y sigs,



prohibición opera desde la disolución de la sociedad (pues, recordemos, la disolución abre la fase de liquidación de la misma) o, respectivamente, desde la fecha del auto de declaración de concurso al que hace referencia el Art. 21 de la Ley Concursal, pues el mismo tiene, y según lo prevenido en el apartado 2 de dicho artículo, efectos inmediatos.

### **C. Proyecto de traslado**

Como en toda modificación estatutaria, el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero se desarrolla a través de un procedimiento en el que surgen distintos deberes u obligaciones y derechos.

La LMESM prevé la obligatoriedad de la elaboración de un proyecto de traslado para el caso de traslado de sociedades españolas al extranjero. Dicho proyecto constituye la piedra angular sobre la que deberán cumplirse los deberes de las partes interesadas en el traslado y reflejarse la modificación en los intereses de los afectados por el mismo. Este documento deberá ser redactado por los administradores de la sociedad que pretende trasladarse con un contenido mínimo fijado por ley, a saber:

1. Denominación y domicilio de la sociedad; que deberá incluir los datos identificadores de la misma en el Registro Mercantil;

2. El lugar adonde se propone trasladar el nuevo domicilio social;
3. La propuesta de nuevos estatutos que regirán a partir del traslado a la nueva ubicación. Debe tomarse en cuenta en este punto que el traslado del domicilio social al extranjero puede conllevar una transformación del tipo social, puesto que incluso dentro del ámbito de la CE es posible que nos encontremos con la falta de un tipo social equivalente en el Estado receptor, o incluso que la misma sociedad desee aprovechar la oportunidad para cambiar su tipo social. También es obligatorio incluir la nueva denominación social, ya sea simplemente en cuanto a la identificación del nuevo tipo social, o a una modificación total de la denominación social;
4. El calendario previsto para el traslado;
5. Los derechos previstos para la protección de socios, acreedores sociales y trabajadores.

Como puede observarse, el objetivo fundamental que cumple la elaboración de estos documentos es el de establecer de manera inequívoca, todas las consecuencias más o menos previsibles que el traslado conllevará, tanto en el ámbito organizativo interno de la sociedad, como en relación a los derechos y deberes de los socios.

#### a. Obligaciones de publicidad del proyecto de traslado

Una vez redactado el proyecto, este deberá cumplir una serie de requisitos de publicidad en orden a garantizar a los posibles afectados por el traslado, el suficiente tiempo e información para que ejerzan los derechos que les otorga la ley para salvaguardar sus intereses. Al efecto la LMESM prevé la obligatoriedad de depositar el proyecto de traslado en el Registro Mercantil correspondiente, de manera que el mismo sea calificado conforme a Derecho por parte de la autoridad competente – en este caso el Registrador mercantil del lugar donde la sociedad estuviera inscrita. Posteriormente, este último fedatario deberá remitir el proyecto de traslado al Registrador mercantil central para su publicación en el BORME.

Dicha publicación deberá incluir la denominación, tipo social y domicilio de la sociedad que desea trasladarse, así como los datos de inscripción del Registro y, sobre todo, deberá hacer constar cuales serán las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores sociales para que puedan ejercer tanto el derecho de separación, en el caso de los primeros, como el de oposición al traslado, en el caso de los segundos. Por último también deberá incluirse la ubicación del

sitio donde podrá obtenerse mayor información sobre estos dos últimos aspectos<sup>734</sup>.

Sobre este último punto, debe resaltarse nuevamente la influencia del Derecho comunitario en cuanto a la ampliación de los sujetos tutelados por los derechos de información, puesto que no solamente se incluye entre sus beneficiarios a los socios<sup>735</sup>, sino también a los acreedores sociales<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> Acorde con los tiempos actuales no podemos dejar de pensar que esta previsión tiene en mente la publicación del proyecto de traslado en la página web de la sociedad que desea trasladarse. Al respecto la reciente Directiva 2009/109CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, ha venido a confirmar la importancia de los nuevos medios de difusión que la tecnología pone al alcance de los operadores económicos, puesto que a través de la misma, entre otras importantes reformas, se pretende impulsar a las sociedades que se fusionan o escindan, a poner al alcance de sus socios, la información pertinente en un caso u otro, de manera que no sea necesaria la publicación en los medios impresos tradicionales

<sup>735</sup> El derecho de información ha sido de siempre una prerrogativa integrada en los derechos que integran la condición de socio. Considerado como uno de los derechos consustanciales de la condición de socio- accionista. Si bien es cierto que, de acuerdo con URÍA, R.: *La información del accionista en Derecho español*. Civitas, Madrid, 1976, pg. 15 – 53, en un momento dado la LSA 1951 dio mayor relevancia a los derechos de información del accionista que otros ordenamientos jurídicos de la época, poco a poco la

La ampliación del derecho de información a socios y terceros probablemente se deba en concreto a que con la nueva legislación se ha incorporado a la legislación española la

---

legislación en la materia a nivel europeo fue desarrollándose, no solo a nivel de los ordenamientos jurídicos particulares, sino especialmente a nivel de Directivas europeas, las cuales además procuraron garantizar, sobre todo, la veracidad de la información puesta al alcance del socio. De esta manera reflejan URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J.M; “La junta general de accionistas”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; T. V; Civitas, Madrid, 1992, pg. 242, dicho cambio, al señalar que “del derecho de información del accionista, que puede o no ejercitar, se ha pasado al deber de información de la sociedad; y del interés del accionista actual, como base de aquel derecho, al interés del accionista potencial y del público en general, como fundamento de la protección”.

<sup>736</sup> La aplicación del derecho de información a los acreedores sociales fue adoptada por nuestra legislación con la LSA de 1951 en relación a la reducción de capital. Al respecto ESCRIBANO GÁMIR, R.; *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*; Aranzadi, Pamplona, 1998, pág 199, destaca, acerca del sistema adoptado por la legislación española, que el mismo configura una protección *a priori* de los derechos de crédito, ya que la LSA no permitía la inscripción de la reducción durante el plazo de oposición, con el fin de supeditar la eficacia y la ejecución de la operación al hecho de que la sociedad deudora atendiera los derechos de crédito de sus acreedores. En relación al derecho de información como instrumento esencial de protección del socio en la escisión, ver GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*; Civitas, Madrid, 1993, pg. 128.

Directiva de fusiones transfronterizas<sup>737</sup> que amplía el ámbito de aplicación de la protección a otros colectivos – en este caso a los acreedores sociales y trabajadores de la sociedad – además de a los socios<sup>738</sup>.

Por último, cabe señalar la posibilidad de que el legislador nacional se plantee ampliar al régimen del traslado de domicilio social al extranjero, las recientes modificaciones que han tenido lugar en el marco de la reciente Directiva 2009/109/CE del Parlamento europeo y del Consejo, en relación con las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, pues de esta manera se pondría al alcance de los socios de una sociedad que se traslada un nuevo medio de información en relación a la protección de sus derechos<sup>739</sup>.

#### **b. Informe de los administradores**

---

<sup>737</sup> Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005.

<sup>738</sup> La Directiva de fusiones ha sido pensada para las sociedades de capital, sin embargo el régimen jurídico del traslado de domicilio social de la LMESM tiene un alcance aun mayor, puesto que se aplica a toda sociedad mercantil española inscrita en el Registro Mercantil.

<sup>739</sup> A modo de ejemplo, véase la nueva redacción del Art. 6, apartado 1 de la Directiva 2005/56/CE en cuanto a los requisitos de publicidad del proyecto de fusión [Art. 4 de la Directiva 2009/109/CE]

Al igual que en el caso de otras modificaciones estructurales, el legislador ha estimado conveniente incluir, para el traslado de domicilio, la obligación, por parte de los administradores, de *explicar* el proyecto de traslado a través de un informe, pues se pretende que los accionistas puedan conocer, de manera anticipada, la razón de ser, el fundamento y la justificación de la propuesta que se somete a su aprobación<sup>740</sup>.

En relación con la información que debería contener este informe, los administradores además de explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos del proyecto, deberán aportar datos suficientes para dotar a los socios de elementos de juicio adecuados con los que poder enjuiciar la bondad de la operación, explicando la motivación, en este caso del traslado,

---

<sup>740</sup> IGLESIAS PRADA, J. L.; BELTRÁN, E.; “A propósito de la propuesta y del informe justificativo relativos a las modificaciones estatutarias: viejas y nuevas ideas”, en A.A.V.V.: *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*; Vol. II, McGraw-Hill; Madrid, 2002, pg. 2272, o como señalan BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; “Fusión y escisión”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 2<sup>a</sup> Ed.; Cizur Menor, 2006, pg. 746, y PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas, Madrid, 1998, pg. 163, manifestar y acreditar el buen fundamento y razonabilidad de la propuesta, desde el prisma del interés social.

desde un prisma económico <sup>741</sup>. Por otra parte, en relación con los límites de esta función informativa, consideramos que debería buscarse un equilibrio entre los intereses de los accionistas – protegidos a través del acceso a la información de los aspectos esenciales del traslado – y el posible daño al interés social que el acceso a la información particular pudiera ocasionar, aunque en caso de conflicto creemos justificado la extensión de este derecho dado que no existe, como en el caso de la fusión o la escisión, una segunda sociedad beneficiaria.

La nueva legislación no establece el plazo exacto para la publicación del informe; sin embargo, dado que deberá estar a disposición de quienes tengan derecho a examinar la documentación pertinente antes de la junta convocada para decidir sobre el proyecto de traslado, estimamos que el informe deba estar elaborado con antelación a la publicación de la convocatoria de junta general<sup>742</sup>.

---

<sup>741</sup> GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades...*; ob. cit., pg. 185 y sig.

<sup>742</sup> En este sentido también CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; y PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 237*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, vol. 2, Civitas, Pamplona, 2008, pg. 215



## D. Acuerdo de traslado

### A. Requisitos para la aprobación del proyecto de traslado en Junta General

La LMESM regula con detalle determinados aspectos de la convocatoria de la junta general llamada a aprobar el proyecto de traslado de domicilio. De esta manera se busca potenciar la tutela de los intereses en conflicto a través del establecimiento de la fecha del depósito del proyecto de traslado en el Registro mercantil correspondiente, como punto de referencia para el inicio del plazo mínimo de dos meses que deben transcurrir entre la convocatoria de la Junta general que debe aprobar el proyecto, y su efectiva realización<sup>743</sup>.

También se prevé la publicación, junto con la convocatoria de junta, de datos puntuales encaminados a asegurar que los asistentes a la misma conozcan, sobre todo, el lugar adonde se pretende trasladar el domicilio, así como los derechos de las partes interesadas en el traslado.

---

<sup>743</sup> Al mismo tiempo, como veremos a continuación, también marca la fecha hasta la cual se extiende la tutela de los intereses de los acreedores sociales, puesto que solo nacerá el derecho de oposición para aquellos anteriores a la fecha de depósito del proyecto de traslado.

Otro aspecto a tener en cuenta sobre la nueva legislación en esta materia, lo encontramos en el hecho de que se prevé que en el procedimiento de adopción del acuerdo, amén de las especialidades a las que acabamos de hacer referencia, requiera para su aprobación mayorías distintas según el tipo de la sociedad que emigra, todo ello consecuencia del requerimiento establecido por la LMESM en el sentido de que todos estos aspectos se realizarán de acuerdo con *los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada*.

Al efecto, el régimen dispuesto por la LSRL establece como regla general la aprobación por mayoría de votos válidamente emitidos descontando los votos en blanco<sup>744</sup>, añadiendo además la necesidad de que estos votos representen al menos a un tercio de los correspondientes a todas las participaciones sociales. Esto último a fin de evitar la adopción de acuerdos con escasa participación de socios. En el caso de los acuerdos de especial trascendencia, se refuerza el sistema de mayorías de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital, caso de aumento o reducción

---

<sup>744</sup> Sobre la validez de los votos en blanco, BARBA DE LA VEGA, J.: "Junta general", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 2ª Ed.; Cizur Menor, 2006, pg. 372),

de capital, a por lo menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital, caso de la transformación, fusión o escisión<sup>745</sup>.

### B. Impugnación del acuerdo de traslado

De acuerdo con la legislación vigente, el Art. 56 LSRL al remitirse en bloque al régimen de impugnación de acuerdos sociales de la LSA nos permite estudiar la temática de la impugnación del acuerdo de traslado tanto en la sociedad anónima, como en la de responsabilidad limitada.

---

<sup>745</sup> Al respecto, asimilamos por analogía la aplicación del régimen más estricto, dado que al haberse considerado por el legislador, el traslado de domicilio al extranjero, como una modificación estructural del calibre suficiente como para asimilar muchos de sus elementos a los regímenes aplicables a la fusión, especialmente en lo que a protección de intereses de socios minoritarios y acreedores sociales se refiere, creemos justificado que la aprobación del acuerdo de traslado se encuadre dentro de la categoría de modificaciones estructurales. Por otra parte, de acuerdo con la preocupación actual, tanto a nivel del Derecho comunitario como en nuestra legislación nacional, de incentivar y facilitar las actividades de las pequeñas y medianas empresas, deberá tenerse en cuenta, en materia de sociedades de responsabilidad limitada, las facilidades que el legislador les reconoce a la hora de celebrar juntas generales, al respecto BOQUERA MATARREDONA, J., "Simplificación y facilitación del funcionamiento de la junta general de las sociedades pequeñas y medianas españolas", en ABRIANI, N.; EMBID IRUJO, J. M.: *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, Giuffrè Editore, Milán, 2008, pg. 379 y sig.

Para empezar, la aplicación del principio de mayoría como requisito de validez exige el cumplimiento de las normas legales imperativas y estatutarias, las cuales, a su vez, tienen por objetivo ejercer algún medio de control sobre los acuerdos alcanzados por la mayoría<sup>746</sup>. De otra manera, podrían llegar a imponerse a la sociedad acuerdos que perjudiquen a la sociedad en beneficio de algunos socios o de terceros<sup>747</sup>.

También deberá tenerse en cuenta que en ocasiones la impugnación de un acuerdo social es simplemente un contencioso aislado; en otras, pone de manifiesto la existencia de problemas que subsisten a lo largo de la vida societaria<sup>748</sup>,

---

<sup>746</sup> EMBID IRUJO, J.M.; "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas"; NUE, Núm. 121, 1995, pg. 49, por otra parte BOQUERA MATARREDONA, J.; *La junta general de las sociedades capitalistas*; Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pg. 188; IGLESIAS PRADA, J. L.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.; "Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada", en MENÉNDEZ, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas 3ª Ed., Cizur Menor, 2005, pg. 370, destacan el papel de la impugnación de acuerdos sociales en asegurar un control judicial sobre los mismos, de manera que se pueda garantizar su conformidad con el interés social.

<sup>747</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; "Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad de responsabilidad...*, ob. cit., pg. 414.

<sup>748</sup> Ídem, pg. 419.

constituyéndose la impugnación de acuerdos sociales, en un elemento de defensa de aquellos socios que aspiran a abandonar la sociedad y recuperar su inversión, o que creen que los acuerdos alcanzados por la junta han sido tomados en perjuicio de la sociedad y a favor de algunos socios o terceros. Al respecto el Art. 115 LSA distingue entre acuerdos nulos o anulables<sup>749</sup>, correspondiendo los primeros a todos aquellos acuerdos contrarios a la Ley, y los segundos a los que contravengan los estatutos sociales o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o terceros, los intereses de la sociedad<sup>750</sup>.

### C. Nulidad del acuerdo de traslado

---

<sup>749</sup> Desde el punto de vista jurisprudencial, véase ESPINÓS BORRAS DE QUADRAS, A.: *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, Barcelona, 2007.

<sup>750</sup> Al respecto la doctrina a señalado con acierto que esta nulidad en realidad evoca dos realidades distintas: la nulidad de los negocios jurídicos en sentido propio, y por tanto imprescriptible, y una nulidad "ordinaria" (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Impugnación de acuerdos...", etc.; ob. cit., pg. 425, EMBID IRUJO, J.M.: "Notas sobre la impugnación..."; ob. cit., pg. 52) cuya impugnación goza de un plazo de caducidad determinado – un año según el Art. 116.1º. Por otra parte, los acuerdos anulables, con un plazo de caducidad aún más restringido – cuarenta días desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuera inscribible, desde la fecha de su publicación en el BORME .

El acuerdo de traslado podría ser impugnado, de conformidad con las normas establecidas en el Art. 115.2 LSA, por incumplimiento de los requisitos formales imperativamente impuestos por la Ley, tales como la contravención de las normas reguladoras de las condiciones formales en que deben celebrarse o adoptarse los acuerdos por parte de la Junta General. Es decir errores u omisiones de los documentos que deben ponerse a disposición de los socios con la convocatoria, falta de presencia de los quórum necesarios, celebración de la Junta General en distinto lugar que el domicilio estatutario, contravención de los derechos de voz y voto de los accionistas asistentes a la Junta General, etc<sup>751</sup>.

---

<sup>751</sup> Al respecto, señala SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2007, pg. 358, en cuanto a la relación existente entre el régimen de invalidez de los acuerdos de la junta general – en particular en el caso de los acuerdos nulos – y la doctrina general sobre la invalidez de los negocios jurídicos, que a pesar de la coincidencia terminológica en cuanto a la clasificación de acuerdos nulos y anulables, la normativa societaria esta, en gran parte, distanciada de la disciplina general, en particular en el caso de la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, pues la normativa societaria en la materia tiene entre sus objetivos el proteger la actuación de la sociedad anónima en el tráfico económico, es con este fin que la aplicación del régimen de nulidad se encuentra restringido a determinados supuestos determinados por ley.

Por otra parte, se ha reconocido jurisprudencialmente la nulidad del acuerdo social en caso de contravenir alguna norma social imperativa, como es el caso de los acuerdos con abuso de derecho o contrarios a la buena fe<sup>752</sup>.

En otro supuesto, si el acuerdo de traslado de alguna manera fuera en contra del “orden público”, la acción de nulidad estaría exenta del plazo de caducidad establecido en la LSA y sería por tanto imprescriptible. La doctrina ha discutido el contenido de la expresión “orden público” en este contexto<sup>753</sup>. Por nuestra parte, creemos correcta la tesis que considera como tal la contravención de los principios esenciales del ordenamiento, puesto que éstos no pueden ser desconocidos en modo alguno – en el sentido del Art. 1255 del CC –, planteándose la restricción del significado de esta expresión a la protección exclusiva de los principios y derechos protegidos por la Constitución, tomando

---

<sup>752</sup> STS de 16 de marzo 1987 [RJ 1987W1483], STS de 19 de octubre de 1987 [RJ 1987W7298], STS de 10 de febrero de 1992 [RJ 1992W1204], STS de 14 de noviembre de 1992 [RJ 1992W9406]

<sup>753</sup> EMBID IRUJO, J.M.; “Notas sobre la impugnación...”; ob. cit., pg. 52.

como criterio interpretativo a los “principios configuradores” del tipo social<sup>754</sup>.

Sobre el mismo tema, la jurisprudencia ha establecido ciertos parámetros interpretativos de la aplicación del “orden público” a la nulidad de la junta, en particular la STS de 5 de febrero de 2002 [RJ 2002W1600], que a su vez se remite a la definición de este concepto establecido por la STS de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979 [RJ 1979W4499].

#### D. Anulabilidad del acuerdo de traslado

La exigencia básica para legitimar esta acción es la contravención de los estatutos sociales, o la lesión de los intereses de la sociedad a favor de uno o varios socios o terceros. Respecto del primer punto, debe tenerse en cuenta que si una norma imperativa es reproducida en los estatutos, su incumplimiento conllevaría nulidad y no anulabilidad. Por otra

---

<sup>754</sup> *Idem.*, y también, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; “Impugnación de acuerdos...”; ob. cit., pág. 434, y ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.; *Impugnación de acuerdos...*, , ob. cit., pág. 59. Una interpretación más abierta por parte de JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima”, en AA.VV.; *“Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont”*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1805, que extiende la sanción de nulidad a preceptos legales dispositivos.



parte si en los mismos se reflejara alguna exigencia superior a la determinada por ley (por ejemplo exigencia de mayor quórum), su incumplimiento daría lugar a un acuerdo anulable, pero no nulo<sup>755</sup>.

En cuanto a la lesión de los intereses de la sociedad por favorecer a uno o varios socios, deberá tenerse en cuenta la exigencia del requisito nexo de causalidad entre la lesión del interés social y el beneficio para uno o varios socios<sup>756</sup>. Además, con respecto al interés social que se protege, deberá considerarse como tal “el interés conjunto de los socios”<sup>757</sup>. Por último, se establece además el requisito de que la lesión produzca beneficios económicos<sup>758</sup>.

Al mismo tiempo, la norma restringe la legitimidad activa para ejercer la impugnación en uno u otro caso, de manera que sólo

---

<sup>755</sup> Al respecto, véase la STS de 17 de junio de 1994 [RJ 1994W4930].

<sup>756</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; “Impugnación de acuerdos...”; ob. cit., pág. 436

<sup>757</sup> EMBID IRUJO, J.M.; “Notas sobre la impugnación... , etc.”; cit. , pág. 52, JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos... , cit. ,pág. 1897, jurisprudencialmente, STS de 12 de julio de 1983 [RJ 1983W6111].

<sup>758</sup> STS de 7 de octubre 1991 [RJ 1991W7444], STS de 17 de mayo de 1979 [RJ 1979W1886], STS de 7 de mayo de 2004 [RJ 2004W2155].

podrán impugnar por anulabilidad los accionistas asistentes a la junta que hubieren hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los administradores<sup>759</sup>.

## E. Protección de socios contrarios al traslado

### a. Derecho de separación

A efectos de establecer medidas protectivas en favor de aquellos socios que no estuvieran de acuerdo con el traslado de domicilio al extranjero, la LMESM ha establecido como alternativa a favor de aquellos que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado, el derecho de separación, sirviéndose al efecto, de una remisión a lo dispuesto en relación a este derecho para las sociedades de responsabilidad limitada. De esta manera se renuncia a establecer un régimen propio en cuanto a la aplicación de este derecho en el caso del traslado de sede<sup>760</sup>.

### i. Régimen jurídico general

---

<sup>759</sup> Art. 117.2 LSA.

<sup>760</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A.: "Comentario al Proyecto..."; ob. cit., pg. 89.

En general, el derecho de separación se justifica por el cambio que una modificación estatutaria – en este caso el traslado de domicilio al extranjero– supone<sup>761</sup>. De esta manera, la alteración del contrato de sociedad establecida como una desviación

---

<sup>761</sup> Como señala PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 37 y sig., el derecho de separación ha sido adoptado en nuestro Derecho a través de distintas fases originadas desde que la regla de la unanimidad para la modificación del contrato de sociedad, establecida a través del Art. 289 del CCom 1829, fuera reemplazada, para las sociedades de capital, por la de la mayoría a través del Art. 168 CCom de 1886, posteriormente la LSA de 1951 abandona dicha interpretación propiciando cualquier modificación estatutaria a la vez que concediendo el derecho de separación a los accionistas con respecto a la modificación del objeto social, (Art. 85), para la transformación (Art. 135), y en caso de fusión (Art. 144), en compensación por la pérdida del poder de veto, respecto a este último punto, también FARRANDO MIGUEL; I.; *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*; Civitas, Madrid, 1998, pg. 55–56. En relación con el derecho de separación en la LSA 1951, PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista...*, ob. cit., pg. 505 y sig., y sobre la LSL 1953, BONARDELL LENZANO, R., “Separación y exclusión de socios”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J., NIETO CAROL, U., (coord.) *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, pg. 787 y sig.; Sobre el origen de este derecho en otros ordenamientos jurídicos GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades...*, ob. cit., pg. 684, y también FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pg.14. Estos dos últimos destacan la inclusión del derecho de separación en el Art. 225 del CCom de 1886, a fin de contribuir a la conservación de la sociedad, asimilándolo al pacto de continuación de la sociedad entre los herederos del socio fallecido.

sustancial respecto de alguno de los elementos de la estructura social que el legislador considera presupuesto esencial de adhesión a la sociedad<sup>762</sup>, da lugar al nacimiento de este derecho<sup>763</sup>.

Entre los elementos que configuran el derecho de separación se ha distinguido entre aquellos elementos que configuran el derecho de separación en sí, y las características relacionadas con su ejercicio<sup>764</sup>, siendo parte de los primeros el reconocimiento legal

---

<sup>762</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*; ob. cit., pg. 5.

<sup>763</sup> Al respecto, se ha analizado la adopción de este derecho desde la contraposición de la sociedad como contrato y como institución, como explica FARRANDO MIGUEL; I.; *El derecho de separación...*, etc.; ob. cit., pg. 58; desde el punto de vista contractualista la teoría de las bases esenciales sostiene la existencia de un conjunto de pactos decisivos para el ingreso del socio en la sociedad [GARRIDO DE PALMA *la sociedad de responsabilidad limitada...ETC*], mientras que el punto de vista institucionalista establece, a través de la teoría de los derechos individuales del accionista, la identificación de un conjunto de derechos del socio que son inmodificables sin su consentimiento, de manera que la función del derecho de separación es la de conciliar aquellos derechos con la necesidad de modificar los estatutos sociales [EMBID *Cuestiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada..etc*], explicando en síntesis ambas teorías DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; "Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría"; RdS, Núm. 1, 1993, pg. 66 y sig.

<sup>764</sup> PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, ob. cit., pg. 300 y sig.

o estatutario del mismo<sup>765</sup>, y la irrenunciabilidad e inderogabilidad de este derecho dado que el derecho de separación se sustenta sobre la base de una excepción a la regla general de la mayoría en relación con una alteración esencial del contrato de sociedad, se considera lógico que no se pueda renunciar al mismo ni que pueda ser derogado por los socios, ya que de otra manera la excepción a la regla de la mayoría estaría vacía de contenido<sup>766</sup>.

En relación con las características de su ejercicio, encontramos en primer lugar que la separación de la sociedad ha de ser voluntaria<sup>767</sup>, unilateral<sup>768</sup>, y sobre todo debe permitir que la

---

<sup>765</sup> De acuerdo con PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, ob. cit., pg. 300 y sig., las causas legales son aquellas que el legislador considera responden a una modificación de importancia en el contrato de sociedad, y las estatutarias aquellas que procuran dirimir un conflicto societario entre minorías y mayorías. Destaca la autora que en el caso de las sociedades anónimas, las causas estatutarias se incluyen en su régimen a través del Art. 10 LSA, a favor de este argumento también se muestra FARRANDO MIGUEL; I.; *El derecho de separación...*, etc.; ob. cit., pg. 83-84

<sup>766</sup> En el mismo sentido FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación...*, ob. cit., pg. 75, GIRÓN, MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...* etc.; ob. cit., pg. 23, PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, ob. cit., pg. 305, VELASCO ALONSO, A., *El derecho de separación del accionista*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1976, pg. 99 y sig.

<sup>767</sup> De esta manera se distingue la separación de la exclusión forzosa del socio, la transmisión, y la baja voluntaria, FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El*

sociedad continúe su existencia<sup>769</sup>, procediéndose a la cancelación del registro del socio que se separa y a la reducción del capital social<sup>770</sup> para adaptarse a la nueva configuración de la misma.

---

*derecho...*, ob. cit., pg. 39, PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, ob. cit., pg. 312.

<sup>768</sup> Al causar baja, el socio no necesita el consentimiento del resto de socios, sino que una vez cumplido el requisito legal o estatutario, el derecho nace sin que haya necesidad de cumplir otra obligación previa salvo la comunicación por escrito a la sociedad de que se ejercita este derecho.

<sup>769</sup> De acuerdo con VELASCO ALONSO, A., *El derecho de separación...*, ob. cit., pg. 21, la separación del accionista no conduce a la disolución de la sociedad, porque "tanto la separación como la exclusión de socios son dos instituciones con las que se persigue salvar la subsistencia de la sociedad".

<sup>770</sup> Respecto a este tema, ha sido muy discutido por la doctrina si el derecho de separación puede dar lugar a la mera sustitución en la titularidad de la participación social FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho...*, ob. cit., pg. 44, distingue entre la separación en la que se reduce el número de socios con cancelación de la participación del mismo en la sociedad, y su desvinculación con posterior transmisión de las mismas a la sociedad, a terceros o a los demás socios; de este modo puede producirse la disminución en el número de socios, pero las participaciones sociales del socio saliente no se anulan, sino que en todos los casos pasan a titularidad de otra persona, no llegando a reducirse tampoco el capital social. A pesar de esta afirmación, la autora afirma la obligatoriedad, en nuestra legislación, de reducir el capital por mandato del Art. 147.3 LSA y 102 LSRL, en contra PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, ob. cit.,

El traslado de domicilio ha sido desde su inclusión en el Art. 95 LSRL una de las causas legales<sup>771</sup> del derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del traslado. De acuerdo con la evolución de este derecho, en un principio, solo se admitían causas establecidas por ley como conductas que daban lugar al nacimiento del derecho de separación, sin embargo, desde la reforma de 1995, el régimen jurídico de este derecho ha visto ampliada su tutela protectora a través de la posibilidad de incluir en los estatutos sociales otras causas que den lugar al nacimiento de este derecho. Con la LMESM, este derecho también se ha extendido a los socios de todos los tipos sociales habilitados por la nueva normativa para trasladar su domicilio social al extranjero.

Son varias las causas que justifican el reconocimiento de un derecho de separación al socio minoritario disidente del acuerdo de traslado al extranjero. La principal justificación a la hora de garantizar al socio discordante una salida de la sociedad, en el

---

pg.312–313. Al respecto véase *supra* IV. Problemas en cuanto a los efectos.

<sup>771</sup> Según señala PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La separación...*, cit., pg. 300 y sig., las causas legales son aquellas que el legislador considera responden a una modificación de importancia en el contrato de sociedad, y las estatutarias aquellas que procuran dirimir un conflicto societario entre minorías y mayorías.

caso del traslado, es la tutela que merece el interés que dicho socio podría tener en no quedar sometido a la jurisdicción y ordenamiento jurídico de otro estado. Esta tutela está igualmente vinculada a los costes que le podría suponer al socio el trasladarse allí donde la sociedad fije su nuevo domicilio para ejercer sus derechos de socio.

En efecto, la modificación de la ley aplicable al contrato de sociedad podría modificar diversos aspectos – entre ellos derechos y obligaciones de los socios – del funcionamiento interno de la sociedad. De esta manera, el reconocimiento del derecho de separación vendría justificado porque la posición del socio en la sociedad, y las características de ésta, no vienen dadas exclusivamente por lo dispuesto en los estatutos sociales, sino también, y principalmente, por lo señalado en la legislación imperativa aplicable a la sociedad. Una variación en dicha legislación supone, pues, la variación de los elementos societarios característicos que han determinado el consentimiento inicial del socio de devenir socio de dicha sociedad.

Pero, incluso en el supuesto de que el traslado de domicilio no significara un cambio de *nacionalidad* para la sociedad – caso este que no contempla nuestra legislación – y solamente implicara el traslado de la inscripción registral de la sociedad



española como tal en un registro extranjero<sup>772</sup>, debería reconocerse a los socios que así lo manifiesten, el derecho a separarse de la sociedad, puesto que el ejercicio de muchos derechos de la vida social dependen o están, en cuanto al lugar de su ejercicio, ligados al lugar del domicilio social inscrito en el Registro Mercantil<sup>773</sup>. Puesto que el traslado del domicilio implica un alejamiento del socio respecto del centro de ejercicio de sus derechos políticos, los costes que podría suponerle al socio tal alejamiento, ya sea de forma temporal o permanente, suponen igualmente una variación en las consideraciones económicas que

---

<sup>772</sup> A estos efectos, el único precedente que tenemos de una propuesta de este tipo es el KPMG, *Study on the transfer of the Head office...*, ob. cit., que proponía un sistema de este tipo para solucionar el problema del traslado del domicilio a nivel europeo.

<sup>773</sup> Por ejemplo, el socio puede consultar la información relativa a una junta general en el domicilio social, que es dónde debe de haberse puesto la misma a su disposición con anterioridad a su celebración. También el socio se ve notificado, o puede verse notificado, mediante publicaciones en periódicos de gran circulación en la provincia en la que se ubica el domicilio social. El socio puede impugnar acuerdos sociales ante órganos jurisdiccionales que establecerán su jurisdicción y competencia territorial dependiendo, justamente, del lugar en el que se ubique el domicilio social. El socio, finalmente, ejerce su derecho de voto con carácter general en el domicilio social pues, si bien resulta posible la celebración de Juntas Generales fuera del mismo, la práctica indica que el domicilio social suele ser el lugar de celebración por antonomasia.

el socio ha tenido en cuenta la hora de valorar su entrada en la sociedad trasladada<sup>774</sup>.

De manera que el fundamento del derecho de separación en el caso del traslado del domicilio, se encuentra en la protección cumulativa que merece el socio tanto en el caso del sometimiento de la sociedad a un diferente ordenamiento<sup>775</sup>, como en el de la modificación de los derechos ligados al domicilio social en sí<sup>776</sup>.

## ii. Problemas de adaptación en cuanto al ejercicio del derecho de separación

---

<sup>774</sup> También podría entenderse estas variaciones como “una alteración sustancial de las condiciones de riesgo que fueron tenidas en cuenta por el socio en el momento de su ingreso en la sociedad”, MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación... etc.*; ob. cit., pg. 8.

<sup>775</sup> FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación...*, ob. cit., pg. 61, FARRANDO MIGUEL; I.; *El derecho de separación...*, etc.; ob. cit., pg. 98.

<sup>776</sup> En este sentido BRENES CORTÉS, J.; *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 227, por su parte, BONARDELL LENZANO, R.; CABANAS TREJO, R.; *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pg. 48, estiman como fundamento de este derecho, el simple traslado de la sede social al extranjero, señalando que de esta manera la Ley reconoce a este suceso, la relevancia suficiente para ligar a ella la concesión de la facultad resolutoria.

Un problema nuevo que surge en el caso de la aplicación de este derecho para el traslado de la sociedad es que el mismo al no establecer una regla especial puede resultar dilatoria, puesto que no queda claro si el plazo para efectuar la posterior reducción del capital social, deberá transcurrir, y este llevarse a cabo, antes de que la sociedad pueda obtener la certificación registral que le permita iniciar los trámites necesarios para registrarse en el Estado al que traslade su domicilio.

La consolidación de este procedimiento anterior a la finalización del procedimiento de de traslado puede considerarse deseable, sin embargo, en este punto no podemos dejar de plantearnos la necesidad de establecer alguna regla especial en la materia en el caso de las sociedades mercantiles de menor actividad económica, pues el uno de los principales objetivos de la nueva normativa de traslado – que creemos es, el de asegurar una mayor movilidad a las sociedades mercantiles – se podría ver comprometido si estos puntos, que a primera vista no parecen relevantes, no son debidamente regulados por el legislador.

Por otra parte, con respecto a la legitimidad para separarse de los titulares de acciones sin voto, queda por dilucidar si el derecho reconocido en el Art. 148.1 LSA – en relación a las modificaciones estatutarias que lesionen directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, en este caso la de las

acciones sin voto – otorga a sus titulares el derecho a separarse de la sociedad que se traslada. Se ha planteado una respuesta positiva al respecto<sup>777</sup>, señalando que la normativa sí reconoce, aunque no explícitamente, la legitimidad de los titulares de las acciones sin derecho a voto, a separarse de la sociedad en el caso de la transformación de la sociedad en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones. El fundamento de esta legitimidad no es otro que la alteración de los derechos de los titulares de estas acciones, en cuanto que la transformación derivará en una modificación irreversible de sus derechos en la sociedad, en particular en el caso de la transformación a sociedad colectiva.

La legislación anterior<sup>778</sup> preveía la legitimación de los accionistas sin voto para ejercer el derecho de separación en el caso de traslado de domicilio social al extranjero. Sin embargo, dada su reciente derogación y, salvo futuras modificaciones<sup>779</sup>, deberá

---

<sup>777</sup> SAGASTI AURREKOETXEA, J.; El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y valores; Civitas, Madrid, 1997, pg. 451.

<sup>778</sup> En particular, el Art. 149.2 LSA, derogado por la Disposición Derogatoria de la LMESM.

<sup>779</sup> Por ejemplo en el futuro Código de sociedades mercantiles, que la LMESM ha autorizado.

aplicarse a esta clase de acciones la protección general prevista en el Art. 148 LSA, según la cual se prevé para estos accionistas un *derecho especial de voto*<sup>780</sup> dado que el traslado podría significar la desaparición de esta clase de acciones<sup>781</sup>, o una modificación en sus derechos, si bien es cierto que la doctrina había llegado a la conclusión de que la protección prevista por el Art. 148 LSA, se refiere en general a la lesión de los derechos diversos propios de una determinada clase de acciones<sup>782</sup>,

---

<sup>780</sup> MENÉNDEZ, A.; BELTRÁN, E.; “Las acciones sin voto (Art. 92 LSA)” en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dir.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Civitas, Madrid, 1994, pg. 441.

<sup>781</sup> Podría plantearse una situación de este tipo, si la sociedad que se traslada decide adquirir un tipo social distinto en el Estado de destino. No podemos olvidar, desde luego, que la sociedad que se traslada solo podrá elegir entre los tipos sociales vigentes en la legislación que la recibe, aunque esto no debería representar ningún problema, dado que en la mayoría de los Estados existe un tipo social equivalente a nuestra sociedad anónima, es cierto que en el caso de que, ya sea por voluntad de la sociedad que se traslada o porque la legislación del Estado receptor no prevé un tipo social equivalente a nuestra sociedad anónima, o lo prevé pero no le atribuye la posibilidad de emitir acciones sin derecho a voto, los titulares de estas acciones pueden encontrar lesionados sus derechos como socios, de manera que deberá celebrarse una junta especial, a fin de que éstos puedan decidir si están o no de acuerdo con el trasladado. Es en este supuesto en el que creemos que los socios que se declaren en contra del traslado, deberían estar legitimados a separarse de la sociedad.

<sup>782</sup> Protegiéndose de esta manera la diversidad que caracteriza a este tipo de acciones, CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; *Las clases de acciones en la*

también lo es que, de otra manera se deja a estos accionistas sin protección frente a la posible desaparición de la clase o la modificación perjudicial de sus derechos especiales<sup>783</sup> fruto del cambio de *lex societatis* a consecuencia del traslado de domicilio.

### iii. Problemas en cuanto a los efectos

El principal problema que plantea la nueva normativa en la materia en relación a los efectos para la sociedad del ejercicio del derecho de separación, se da en el caso de que a consecuencia del traslado, la sociedad se vea obligada a reducir el capital social, previo traslado del domicilio social al extranjero. Con anterioridad a la reforma del régimen de traslado, se había llegado a la conclusión de que efectivamente los acreedores sociales, en este caso en particular debían ver protegidos sus intereses por el derecho de oposición<sup>784</sup>.

---

*sociedad anónima*; Civitas, Madrid, 2000, pg., 298; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; *El derecho de suscripción preferente*, Civitas, 2ª. Ed.; Madrid, 1990, pg. 293;

<sup>783</sup> CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; *Las clases de acciones...*, , cit. pg. 301; MENÉNDEZ, A.; BELTRÁN, E.; "Las acciones sin voto...", , ob. cit., pg 443

<sup>784</sup> MACHADO PLAZAS, J., "Arts. 166-167", en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1736 , PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art.*

El aspecto que nos plantea incógnitas, no es este, sino uno de índole más práctica. Dado que con anterioridad a la LMESM no existía posibilidad de comprobar la efectividad práctica de esta norma, no se presentaba ocasión de que se plante la aplicación real del supuesto. Sin embargo, en estos momentos la LMESM si permitirá el traslado de domicilio, por lo tanto, nos planteamos si el derecho de oposición que se plantea surja como consecuencia de la reducción de capital fruto de la devolución de aportaciones por separación de los socios que no estén de acuerdo con el traslado al extranjero, no debería plantearse un mecanismo unificado que permita agilizar el proceso de traslado.

Al respecto, se ha sugerido en estos casos la adquisición de las participaciones del socio saliente por los demás socios<sup>785</sup>,

---

166, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995, pág. 280.

<sup>785</sup> MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I.; "Art. 102", en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ, C. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, 2ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2009, pág. 1125, quien destaca, entre otras razones, que la reducción de capital no es una nota esencial para configurar, en nuestro caso, la separación de socios, puesto que incide, en todo caso, sobre un posible aspecto del proceso liquidatorio que tiene lugar como resultado del ejercicio del derecho de separación. Por otra parte, también señala la autora, la finalidad perseguida por el legislador al exigir la reducción de capital consecuencia de la separación del socio, y por consiguiente la inmediata inscripción de la misma, no es

aunque creemos resultaría más efectivo la aplicación de lo establecido por el Art. 166 LSA en relación con la presentación de garantía suficiente a satisfacción del acreedor o fianza solidaria a favor de la sociedad por entidad de crédito por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor.

#### **b. Impugnación de acuerdos sociales**

El proyecto de traslado de domicilio al precisar su aprobación por Junta General, podría ser sujeto de impugnación en base a la nulidad o anulabilidad del acuerdo de traslado sin embargo creemos poco probable que un socio o acreedor, informado de antemano acerca del proyecto de traslado utilice este recurso para procurarse una salida de la sociedad<sup>786</sup>.

---

otra que garantizar en todo momento que la cifra del capital social se corresponda con el patrimonio real de la misma, de manera que la redacción de artículo 102 LSRL estaría pensado en exclusiva para el caso en que, fruto del ejercicio del derecho de separación, las participaciones (acciones o cuotas) del socio que se separa hubieran sido reembolsadas con elementos del activo social. En el caso de la separación por traslado al extranjero, es plausible que los socios que desean trasladar la sociedad se planteen, a fin de asegurar la celeridad del proceso de traslado, la adquisición de las acciones, participaciones sociales o cuotas de los socios minoritarios que se opongan al mismo.

<sup>786</sup> Respecto de la problemática de la acción de nulidad o anulabilidad del acuerdo de traslado ver F. de este mismo capítulo.



## F. Derecho de oposición de los acreedores sociales

El derecho de oposición a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ha venido siendo reconocido en nuestro Derecho a favor de los acreedores sociales, basándose en la necesidad de proteger a quienes han entablado intercambios comerciales con la sociedad, dada la posibilidad de que estas modificaciones supongan el nacimiento de un riesgo de impago que el acreedor no tendría por que asumir<sup>787</sup>.

El fundamento de este derecho es la *tutela de la garantía patrimonial* de que disfrutaban los acreedores, la cual no puede

---

<sup>787</sup> De forma parecida al derecho de separación del socio con motivo de modificaciones estructurales de la sociedad, el derecho de oposición se ha venido reconociendo en nuestro Derecho desde el CCom de 1885, que en su artículo 188, párrafo dos establecía en relación con la fusión de las sociedades del sector ferroviario y empresas públicas, la obligación de obtener el consentimiento de los acreedores de las mismas. A pesar de ello, como ha señalado ESTEBAN RAMOS, L. M<sup>a</sup>; *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*; Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pg. 153, puesto que el CCom sólo regulaba una situación particular, la protección de los acreedores en los demás casos exigía la aplicación de las normas generales de tutela previstas en el CC. Recién con la LSA de 1951 se articula la protección *a priori* de los intereses de los acreedores mediante la concesión a estos, de un plazo de tres meses desde la última publicación del acuerdo de fusión, para que se opongan a la fusión, estableciéndose dos maneras de satisfacer la oposición: pago del crédito o constitución de garantía suficiente (art. 145).

verse disminuida o anulada a consecuencia, en este caso, del traslado de domicilio<sup>788</sup>, en aplicación del principio general que impide la disposición sobre derechos de terceros y obliga a respetar la intangibilidad o integridad de su esfera jurídica<sup>789</sup>.

La naturaleza jurídica del derecho de oposición consiste en un *derecho potestativo* por virtud del cual su titular queda facultado para influir sobre una situación jurídica preexistente, y cuyo ejercicio produce la consecuencia de suspender su ejecución, evitando en consecuencia la producción de sus efectos<sup>790</sup>. De esta manera se concede al acreedor la facultad de intervenir en la gestión patrimonial del deudor en aras de la defensa de su derecho<sup>791</sup>.

---

<sup>788</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudios de Derecho Mercantil. Parte I*, vol. 2, Edersa; Jaén, 1972; pg. 405, señala que.

<sup>789</sup> ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*; Aranzadi, Pamplona, 1998, pg. 287.

<sup>790</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; y PÉREZ TROYA, A.: *Artículo 243*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, vol. 2, Civitas, Pamplona, 2008, pg. 352.

<sup>791</sup> DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*; Tecnos, 5ª Ed., Madrid, 1996, pg. 105.

La inclusión de este derecho en beneficio de los acreedores sociales en el caso del traslado de domicilio, encuentra su justificación en las cargas a que puede dar lugar dicho traslado, si los acreedores deben mantener sus vínculos con la sociedad que se traslada en su nuevo domicilio y principalmente, bajo la nueva normativa que será aplicable a la sociedad trasladada.

Sobre el mismo tema, teniendo en cuenta que el nuevo régimen del traslado de domicilio social, será de aplicación no solo a grandes empresas sino sobre todo a pequeñas y medianas, creemos importante subrayar la posibilidad de que la aplicación del régimen legal de la oposición de acreedores en la fusión al supuesto de traslado con carácter general, podría resultar dilatorio dado que la normativa del derecho de oposición esta pensada para aplicarse al caso de concentraciones empresariales que normalmente suelen tener un volumen de negocios superior a la media de sociedades mercantiles que se espera utilicen el régimen del traslado de domicilio<sup>792</sup>.

---

<sup>792</sup> También en este sentido, aunque más crítico con el nuevo sistema de traslado internacional en general ECHEBARRÍA, SAENZ, J. A.; “Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; et al.; *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pg. 115.

El régimen legal de la oposición de acreedores en la fusión aplicable, en este caso, al traslado de domicilio, reconoce como personas legitimadas para ejercer el mismo tanto a los acreedores sociales como a los obligacionistas. De esta manera, pues, se reconoce el derecho de estos últimos en cuando acreedores de la sociedad a pedir garantía de su inversión<sup>793</sup>. A pesar de ello, éstos podrán en junta de obligacionistas aprobar el traslado, en cuyo caso no se les reconoce el derecho a oponerse al mismo, puesto que de acuerdo con el Art. 301.1 LSA, la aprobación por parte de la asamblea de obligacionistas vincula a todos sus miembros.

Por otra parte, se reconoce la legitimación del obligacionista individual a buscar la protección de su derecho de crédito en el

---

<sup>793</sup> Al respecto, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores... etc.*; ob. cit., pg. 462, se plantea la problemática de las obligaciones convertibles en acciones, en cuanto que los efectos de las modificaciones estructurales – la autora aborda el tema desde la perspectiva de la reducción de capital, sin embargo creemos que los cambios que pueden producirse en la sociedad que se traslada, tienen la suficiente entidad como para permitirnos extrapolar sus efectos a los de la reducción de capital – plantea dificultades a la hora de predecir sus consecuencias en la viabilidad de aquellas en el caso del traslado del domicilio social al extranjero.

caso de inactividad de la asamblea<sup>794</sup>, o en caso de que ésta no se haya celebrado aún pero el obligacionista tenga pensado oponerse aunque posteriormente la asamblea decida a favor del traslado, en cuyo caso el obligacionista disidente estará vinculado al acuerdo alcanzado por la mayoría<sup>795</sup>, salvo en el caso de que decida impugnar dicho acuerdo bajo el sistema general de impugnación de acuerdos sociales –que también legitima para ello a los obligacionistas ausentes – si estimara que “el interés común se ha pospuesto o sacrificado en beneficio de alguno de sus miembros”.

En nuestro caso particular, la LMESM no prevé, a favor de los obligacionistas que no hubieran estado de acuerdo con la mayoría, en relación con la aprobación del proyecto de traslado, la existencia de algún derecho en particular.

#### a. Presupuestos del derecho de oposición

En primer lugar, se presupone la existencia de un derecho de crédito frente a la sociedad, de manera que su atribución recae

---

<sup>794</sup> Al respecto, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudios de Derecho Mercantil. Parte II*, Edersa; Jaén, 1978; pg. 410, GUASCH MARTORELL, R.: *La escisión de sociedades...*, etc.; ob. cit., pg. 301.

<sup>795</sup> VARA DE PAZ, N.: “La protección de los acreedores... etc. “, ob. cit., pg. 1120.

sobre quienes fueran titulares de créditos pecuniarios o dinerarios y también sobre aquellos acreedores<sup>796</sup> de cualquier otra prestación económicamente evaluable en dinero<sup>797</sup>. El análisis de la doctrina en cuanto al tipo de derecho de crédito susceptibles de generar este derecho en el caso de la fusión ha considerado susceptibles de extender su tutela a los titulares de derecho de crédito sometidos a condición, tanto suspensiva como resolutoria. Por otra parte también se ha considerado acreedores legitimados para oponerse, en este caso al traslado, a los titulares de créditos sometidos a término (art. 1125 CC y sig.) ya que se les reconoce la capacidad de ejercitar las acciones

---

<sup>796</sup> Se incluye entre éstos a quienes añadan a tal condición otra distinta, como puede ser la de socio o administrador de la sociedad. En el primer caso estos pueden oponerse a la fusión hayan votado a favor o en contra del acuerdo correspondiente. La justificación en este último caso, se encuentra en el hecho de que el socio acreedor puede juzgar conveniente, en este caso el traslado, pero establecer la voluntad de asegurar la protección de un interés legítimo compatible con el traslado.

<sup>797</sup> GÓMEZ PORRÚA, J. M.; ILLESCAS ORTIZ, R.; *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, La Ley, Madrid, 1991, pg. 241; ESCRIBANO GAMIR, R. C.; *La protección de los acreedores... etc.*; ob. cit., pg. 350 y sig.

necesarias para la conservación de su derecho, incluyéndose en este caso, la facultad de oponerse al traslado<sup>798</sup>.

Por otra parte, una de las limitaciones establecidas por ley en relación a los legitimados para ejercer este derecho señala que solamente podrán hacer uso del mismo aquellos acreedores cuyos créditos no este suficientemente asegurados frente al riesgo que, en este caso, el traslado pudiera ocasionar. Al respecto, la doctrina especializada en este tema en cuanto a la oposición a la fusión ha planteado dudas con respecto a la interpretación que debe darse a la frase *créditos que se encuentren ya suficientemente garantizados* puede dar lugar. La anterior legislación ya había planteado dudas acerca de este *término jurídico indeterminado* sobre si el mismo se refería a la inexistencia previa de garantía o a su falta de suficiencia. Puesto que la LMESM utiliza una terminología similar, el análisis ya realizado con respecto a este problema puede resultarnos de utilidad<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> ESCRIBANO GAMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, etc.; cit..., pg. 381.

<sup>799</sup> Ver, ESCRIBANO GAMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...* etc.; ob. cit., pg. 388.

Respecto a la consideración de “garantía suficiente”, no debería evaluarse ésta antes de que se realice, en este caso, el traslado, sino que debe considerarse *en la situación resultante*<sup>800</sup>, ya que la intención del legislador es que tras la fusión, el crédito pueda considerarse *adecuadamente garantizado*, por lo tanto el análisis técnico de la situación patrimonial, financiera y económica de los estados contables en relación a la solvencia, rentabilidad, o liquidez del patrimonio societario, se impone como la principal herramienta a la hora de conocer, o estimar la variación del riesgo que el traslado supone para los acreedores sociales. De manera que, en último caso, deberá estudiarse cada caso concreto para determinar la existencia o no de legitimación para hacer uso de este derecho<sup>801</sup>.

Al respecto la LMESM ha decidido ir un paso adelante en el proceso de facilitar las modificaciones estructurales, puesto que

---

<sup>800</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...* etc, ob. cit., pg. 357 analizaron este tema en relación al antiguo régimen de la fusión.

<sup>801</sup> En relación al derecho de oposición en la fusión, EMBID IRUJO, J. M.; *Art. 243*, en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 2001, pg. 2324., en el caso de reducción de capital, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...* etc.; ob. cit., pg. 388, y en cuanto a la fusión y escisión, ESTEBAN RAMOS, L. M<sup>a</sup>; *Los acreedores sociales...*, etc.; ob. cit., pg. 277.



el régimen anterior había llegado a solucionar el tema de la demostración por parte del acreedor de la adecuación o no de la garantía de su crédito, a través de la vía judicial<sup>802</sup>. El párrafo 3 del Art. 44, LMESM ha establecido, probablemente como medida destinada a evitar la paralización del traslado con sus posibles consecuencias negativas, que si el acreedor que se cree legitimado a oponerse ha ejercido este derecho, la sociedad podrá continuar con el traslado. A tal efecto habrá de notificar al acreedor, la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad, por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor y mientras no prescriba la acción para exigir el cumplimiento de su derecho.

Otro presupuesto que debe cumplir el derecho de crédito exigible a la sociedad, se establece en relación al momento a partir del cual adquiere esa calidad. Este deberá ser exigible, con anterioridad a la publicación del anuncio del acuerdo de traslado. Al respecto la LMESM introduce una modificación en relación al antiguo Art. 166 LSA, puesto que este señalaba como momento máximo de extensión de la tutela los créditos nacidos antes del

---

<sup>802</sup> Apuntan a esta solución, entre otros ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...* etc.; ob. cit., pg. 309, ESTEBAN RAMOS, L. M<sup>º</sup>; *Los acreedores sociales...*, etc.; ob. cit., pg. 278.

*último anuncio* del acuerdo de reducción de capital. La doctrina había llegado a la conclusión de que si el crédito naciera antes de que se culmine el juego publicitario, pero posterior al momento de adoptarse el acuerdo, teniendo noticia de él, no estaba legitimado, su titular, para formular su oposición, dado que el principio de buena fe debería tener una aplicación extensiva en este caso<sup>803</sup>. De esta manera, entendemos que el legislador ha querido eliminar una interpretación distinta, anticipando, al de la primera publicación del acuerdo de traslado, el momento en que la tutela de los derechos de crédito pueda resultar aplicable<sup>804</sup>.

Por último, la ley exige que, en el momento de publicación del acuerdo de traslado, el crédito no haya vencido. Esta exigencia encuentra su justificación en la finalidad última del derecho de

---

<sup>803</sup> Al respecto, ESCRIBANO GAMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...* etc.; ob. cit., pg. 357, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995, pg. 96.

<sup>804</sup> De ello parece prueba clara el nuevo Art. 166 LSA, que en su numeral 1, mantiene el texto anterior a la reforma que continua exigiendo como fecha límite para la legitimación del derecho a oponerse, el crédito nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción de capital.

oposición que es la de mantener las expectativas de cobro<sup>805</sup>, ya que si el crédito hubiera vencido, lo lógico es exigir el pago, de manera que la oposición resulta innecesaria<sup>806</sup>. Por otra parte, también se ha sugerido<sup>807</sup>, que la articulación de este sistema parece encaminada a asegurar la defensa de los intereses de los acreedores financieros, de manera que es posible que, de no extender la protección del derecho de oposición a los acreedores cuyos créditos hubieran vencido, se dejara indefensos a aquellos acreedores desprovistos de otras garantías que no sean las generales.

#### b. Ejercicio del derecho de oposición

En relación con la declaración de oposición al traslado, nada establece en particular la LMESM. Aún así, entendemos que dadas las consecuencias que el ejercicio de este derecho plantea para el proceso societario en curso, deberá exteriorizarse mediante la formulación de una declaración de voluntad de

---

<sup>805</sup> ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores... etc.*; ob. cit., pág. 358.

<sup>806</sup> VARA DE PAZ, N.; "La protección de los acreedores... etc. ", ob. cit., pág. 1117.

<sup>807</sup> PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166...*, , ob. cit., pág. 98 y 99.

carácter recepticio<sup>808</sup> que contenga los medios necesarios para facilitar su capacidad probatoria.

La nueva legislación no se pronuncia directamente en relación con el contenido de la declaración de oposición, pero legitima a los administradores de la sociedad que se traslada, a determinar *la forma de ejercitar estos derechos*<sup>809</sup>, de manera que pueden esperarse exigencias de tipo formal y de contenidos mínimos<sup>810</sup>.

El plazo fijado para la formalización del ejercicio del derecho de oposición, en consonancia con el objetivo de agilizar los procesos de modificaciones estructurales, se ha establecido en

---

<sup>808</sup> Crítica con la aplicación del principio de libertad de forma se muestra ESTEBAN RAMOS, L. M<sup>º</sup>; *Los acreedores sociales...*, etc.; ob. cit., pg. 284, con quien coincidimos en señalar que habría sido importante que el legislador estableciera algún requisito formal dadas las posibles complicaciones en materia probatoria.

<sup>809</sup> Art. 98, 2, 3º, LMESM.

<sup>810</sup> La legislación anterior no establecía nada al respecto, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...* etc, ob. cit., pg. 363, señalaban que un documento de esta importancia debería identificar claramente, el derecho de crédito a través de la mención del contenido esencial de sus términos, así como de cuanto se considerase conveniente para justificar la existencia del crédito en que se fundamentaba la oposición.

un mes a contar desde la fecha de publicación del último anuncio por el que se aprueba el proyecto de traslado<sup>811</sup>.

### c. Efectos de las oposición

La principal consecuencia del ejercicio del derecho de oposición es, sin duda, la suspensión del procedimiento de traslado hasta que el acreedor afectado obtenga garantía suficiente sobre su derecho de crédito. Al respecto la LMESM no deja lugar a dudas sobre el efecto suspensivo que causa el derecho de oposición, dado que el siguiente paso para la continuación del proceso de traslado, requiere la previa certificación registral de haber cumplido los actos y trámites previstos antes del traslado. Evidentemente, en caso de que la sociedad no pueda llegar a un acuerdo con respecto a las garantías al acreedor oponente, siempre podrá recurrir a la fianza solidaria por entidad de crédito<sup>812</sup>, prevista en el Art. 44.3 LMESM, lo cual traería como

---

<sup>811</sup> Señalan PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166...*, , ob. cit., pg. 105, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...*, , ob. cit., pg. 364, que deberá considerarse como fecha de caducidad la correspondiente según el Art. 5.1 del CC y Art. 60 del CCom, es decir de fecha a fecha, y si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al del anuncio, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

<sup>812</sup> Según el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las comunidades europeas son entidades de crédito (entre

consecuencia el inmediato levantamiento de la suspensión del proceso de traslado por aseguramiento del derecho de crédito<sup>813</sup>.

Respecto a este punto, y dado que el legislador ha establecido la constitución de la fianza como una carga para la sociedad, puesto que deberá encontrar una entidad financiera que quiera asumir la obligación fideiusoria hasta tanto no prescriba la acción para exigir el cumplimiento del derecho de oposición si desea continuar con el proceso de traslado – lo cual añade al traslado un coste financiero más, dado que este tipo de afianzamiento suele generar obligaciones de este tipo para el afianzado – y además conseguir la aprobación del acreedor con respecto al

---

otras): toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.

<sup>813</sup> Ya se expresaba en este sentido con respecto a la fusión, VARA DE PAZ, N.: "La protección de los acreedores... etc. ", ob. cit., pg. 1114, aunque posteriormente, señala el mismo autor su extrañeza respecto de la falta de mención, por parte del legislador de la posibilidad de obviar la suspensión de la fusión previo pago del crédito al acreedor oponente, caso que tampoco se ha incluido en la reciente LMESM.

fiador, estableciéndose de esta manera un contrato atípico de fianza<sup>814</sup>.

Al respecto, encontramos dificultades a la hora de determinar las posibles consecuencias que la continuación del proceso de traslado podría generar para un acreedor que hubiera hecho uso de este derecho, pero que – sin haber llegado a un acuerdo en relación con la garantía de su crédito – ve que la sociedad obtiene una fianza solidaria por la cuantía del crédito que desea proteger, no estando satisfecho inicia un procedimiento judicial en contra de la sociedad que se traslada, y dado que el proceso de traslado continua y culmina, si la sociedad que se traslada no deja en nuestro país una sucursal, agencia, o establecimiento comercial, resultará oneroso para el acreedor insatisfecho, continuar con su reclamación por la vía judicial en España para asegurar el cobro de su crédito a una sociedad sin vínculos con nuestro país.

---

<sup>814</sup>DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*; Tecnos, 5ª Ed., Madrid, 1996, pg. 425.

## G.Eficacia del traslado

La nueva normativa, condiciona la eficacia del traslado de domicilio, a la inscripción en el Registro del nuevo domicilio social., fijándose la fecha de inscripción, como momento de efectividad del mismo. A consecuencia de esta exigencia, se establece una regla tácita según la cual las sociedades mercantiles españolas susceptibles de trasladar al extranjero su domicilio social, sólo podrán hacerlo a países que controlen la actividad societaria a través de un Registro Mercantil<sup>815</sup>, y además deberán elegir como forma social alguna que tenga la capacidad u obligación de inscribirse como tal en su Registro mercantil, pues de otra manera no se podrá acreditar la inscripción, requisito *sine qua non* para proceder a la cancelación de la inscripción en nuestro Registro Mercantil<sup>816</sup>.

---

<sup>815</sup> De esta manera debería establecerse algún parámetro que permita conocer cual es el criterio por el cual se clasifican como "registro mercantil" a las entidades creadas por la legislación extranjera que recepcione a la sociedad que emigra.

<sup>816</sup> Sobre posibles efectos del nuevo sistema de cancelación registral e caso de traslado internacional de domicilio, también FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; "La ejecución del traslado internacional del domicilio social" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; et al.; *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pg. 159 y sig.



## 2. INSTRUMENTOS INDIRECTOS

Como hemos tenido oportunidad de explicar ya, el instrumento adecuado para la movilidad societaria, es el traslado de sede social<sup>817</sup>. Sin embargo, la falta de regulación de esta figura ha traído como consecuencia que instrumentos creados con otros fines sean utilizados a efectos de conseguir dicha movilidad societaria. Entre ellos los más utilizados son, en primer lugar las fusiones transfronterizas, y las adquisiciones de acciones de control de sociedades cotizadas a través de OPAs.

No es intención de este trabajo el abordar el estudio particular de cada uno de estos instrumentos, sino, más bien, el de analizar su uso para conseguir el fin objeto de nuestro trabajo que es la movilidad societaria.

### A. Fusiones transfronterizas

La función principal de la fusión, tanto *nacional* como *transfronteriza*, es la de facilitar la integración económica a

---

<sup>817</sup> Ya sea al mismo tiempo con cambio de ley aplicable a la sociedad, o simplemente a través de un traslado de registro.

través de la integración y concentración empresarial<sup>818</sup>. Para conseguir este fin, las sociedades interesadas deben cumplir una serie de requisitos encaminados a garantizar la protección de sus socios – especialmente de aquellos que no estén de acuerdo con la fusión, así como también de los acreedores sociales, en cuanto pueden ver modificada la situación de sus derechos de crédito.

Todo eso, no hace sino poner de relieve, en nuestra opinión, que este elemento del Derecho societario, no puede ser el vehículo a través del cual se logre la movilidad societaria, ni dentro del mercado europeo, ni a un nivel internacional ajeno al mismo. Dado que conlleva la realización de un mayor esfuerzo por parte de la sociedad que pretenda trasladarse<sup>819</sup>.

#### B.Otros instrumentos de movilidad del control societario

Al no ponerse al alcance de la sociedad mecanismos propios que permitan el traslado de sede (con cambio de ley aplicable) la sociedad se ve obligada a utilizar otros mecanismos que

---

<sup>818</sup> En este sentido GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades...*, ob. cit., pg. 359, VICENT CHULIA, F., *Introducción...*, 21ª Ed., ob. cit., pg. 576; BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F.; *Manual de Derecho Mercantil. Vol. I*, Tecnos, 15ª Ed.; Madrid, 2008, pg. 572

<sup>819</sup> Véase también al respecto *supra* Cap. III, 1,2,B, nota [29]

persiguen objetivos distintos y que por tanto son menos efectivos a la hora de asegurar el bienestar económico de la sociedad. De esta manera los medios de protección de socios y terceros pueden ser comunes a estas tres figuras (traslado, fusión, opa) sin embargo cumplen una distinta función en cada uno de ellos, habiendo sustanciales diferencias en su aplicación en uno u otro caso. Quizá la idea de utilizar la vía de fusiones y/o opas para conseguir la movilidad social se debe a su éxito en EEUU; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el mercado americano es un auténtico mercado interior, integrado, con una sola lengua, principios societarios uniformes, y con un solo ente regulador en materia de sociedades cotizadas. Caso que no ocurre en el mercado interior europeo. Si tomamos en cuenta que en las fusiones extracomunitarias las diferencias son aún mayores, podemos darnos cuenta que utilizar la fusión para conseguir un traslado de domicilio, no es la vía más adecuada.

### III. LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y SU ACTUACIÓN EN EL MERCADO ESPAÑOL

Con respecto al reconocimiento de la personalidad jurídica de un ente extranjero, como ya hemos señalado, en el sistema español se da un *reconocimiento conflictual automático*, en el sentido de que las sociedades extranjeras se reconocen sin necesidad de procedimiento o acto formal de autoridad. Por tanto, si una

sociedad extranjera se ha constituido válidamente conforme a su *lex societatis*, designada por las normas de conflicto españolas, se reconocerá *el tipo societario extranjero*<sup>820</sup>.

El *quid* del problema radica entonces en determinar cuándo una sociedad se ha constituido válidamente, para lo cual es preciso conocer su *lex societatis*. De acuerdo con quienes propugnan la aplicación de unas *Reglas Especiales de prevención del fraude*<sup>821</sup>, se ha querido encontrar en el Art. 5.2 LSA una excepción al modelo de constitución con el objeto de prevenir situaciones fraudulentas, de manera que si la sociedad es *objetivamente* española, es decir si tanto sus relaciones internas y externas se

---

<sup>820</sup> Así lo reconoce en nuestro Derecho la RDGRN de 29 de febrero de 1992 (RJ 1992W2882) en la cual se revoca la decisión de denegar la inscripción de la sucursal de una *Higher education Corporation*, estableciendo la DGRN que en el caso de las sociedades a las que hace referencia el ap. k) del artículo 81 RRM, el término *sociedad* debe interpretarse en sentido amplio, de manera que “*las sociedades extranjeras [...] no han de coincidir [...] necesariamente con los tipos societarios reconocidos por el ordenamiento español*”, siendo deber del Registrador mercantil “*comprobar si la Sociedad extranjera está efectivamente considerada como tal en su propio ordenamiento, y si se halla constituida conforme al mismo*”. Sobre el mismo tema la RDGRN de 4 de febrero de 2000 (RJ 2000W488), a pesar de negar la inscripción en el Registro del traslado de domicilio de una sociedad luxemburguesa a España, reconoce sin embargo su personalidad jurídica como sociedad extranjera.

<sup>821</sup> GARCIMARTÍN, Derecho de sociedades y conflictos... , pg. 298.

localizan en territorio nacional, a la misma debería exigírsele el cumplimiento de la normativa española. Esto último puede parecer en claro conflicto con lo establecido para el *comerciante extranjero* en el Art. 15 del CCom<sup>822</sup>

En relación a esta última aseveración debemos expresar nuestro desacuerdo parcial, ya que, como hemos indicado anteriormente<sup>823</sup> y ha determinado el TJCE, no se pueden oponer restricciones de este tipo, en el sentido de imponer un ordenamiento jurídico a una sociedad que no quiera someterse a la legislación nacional, por mucho que la misma tenga la intención de establecer en dicho territorio todas sus actividades económicas, puesto que dichas restricciones van en contra de la libertad de establecimiento reconocida por el TCE.

Por otra parte, las sociedades constituidas en otros Estados fuera de la Unión Europea, podrían ser susceptibles de regulación a

---

<sup>822</sup> Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias.

<sup>823</sup> Ver *supra* Cap. 3, I, 3 (B).

través de esta normativa. De cualquier manera lo que realmente se plantea, es una revisión del texto legal por parte del legislador que permita clarificar los puntos controvertidos que todavía no han sido esclarecidos y adaptar al desarrollo del Derecho Comunitario vigente la normativa que evidentemente ya no puede aplicarse.

## 1. SUCURSALES EN GENERAL

La regulación de las sucursales de sociedades extranjeras en España ha tenido un gran desarrollo en relación a las entidades bancarias y más recientemente también a las de las entidades financieras. Sin embargo en el caso de la sucursal de una sociedad mercantil no bancaria, existe una notable falta de regulación de su régimen legal, jurisprudencial, así como de su estudio en general<sup>824</sup>. No deja de llamarnos la atención de que, a

---

<sup>824</sup> DÍAZ RUIZ, E.; *Régimen jurídico de las sucursales en derecho español*, Civitas; Madrid, 1994, MENÉNDEZ, A.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.; "Art. 8 Sucursales", en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, Vol. 1º A Civitas, Madrid, 1999, pg. 204, RUEDA MARTÍNEZ, J. A.; *La sucursal. Algunos aspectos de su régimen jurídico*, JM Bosch; Barcelona, 1990,

No se puede decir lo mismo del ámbito del Derecho financiero y tributario donde la regulación del *establecimiento permanente* ha sido objeto de mayor análisis doctrinal y regulación legal, al respecto GARCÍA PRATS, F. A.;

pesar de que la incorporación de España a la Comunidad Europea tiene ya veinte años, y que la libertad de establecimiento secundario expresamente reconocida en el Tratado CE, permite el establecimiento en cualquier Estado miembro de una sucursal, agencia o filial en otro EEMM, el tratamiento de esta figura no ha recibido mayor interés en el ámbito del derecho societario general<sup>825</sup>.

Nuestras leyes, a pesar de no distinguir jurídicamente el establecimiento principal de las sucursales<sup>826</sup>, se refieren constantemente a ambos como algo opuesto<sup>827</sup>. Por otra parte, lo que caracteriza al *establecimiento* es la existencia de una organización de medios o factores de la producción, materiales y humanos, como *bien o creación inmaterial o intelectual, resultado*

---

*El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*, Tecnos, Madrid, 2005.

<sup>825</sup> Cuestión aparte es, el tratamiento de las sucursales de entidades bancarias y las sometidas a mercados regulados como el de entidades financieras y de seguros. A todas ellas les dedicamos un apartado específico a fin de establecer una idea general de su regulación, ver B. de este mismo numeral.

<sup>826</sup> En la legislación mercantil, se pueden encontrar alusiones directas al régimen de las sucursales de sociedades españolas – el Art. 22.3 del CCom.

<sup>827</sup> RUEDA MARTÍNEZ, J. A.; *La sucursal...*, ob. cit., pg. 41.

*del esfuerzo del empresario (o profesional) en el ejercicio de la actividad de competencia*<sup>828</sup>. A su vez habrá de distinguirse entre el *establecimiento principal*<sup>829</sup> y los *establecimientos secundarios*, estos últimos pueden desarrollar distintas actividades dentro del ciclo comercial de la empresa societaria: una actividad de mera producción, o desarrollar actividades comerciales<sup>830</sup>. Es en estos últimos en los que se encuadra la sucursal que, a efectos registrales, cuenta con una definición expresada en el Art. 295 del RRM<sup>831</sup>, según la cual *todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de*

---

<sup>828</sup> VICENT CHULIA, F., *Introducción...*, , 21ª Ed., ob. cit., pg. 252.

<sup>829</sup> La doctrina sobre el establecimiento mercantil ha sido una de las más discutidas, por una parte GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, T.1, Vol. 1, Madrid, 1947, pg. 265, lo definía como el lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil, por otra URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 28ª Ed., Madrid, 2002, pg. 33, consideraba establecimiento mercantil al conjunto global y organizado jerárquicamente de bienes y de servicios personales que subyacen a la empresa-actividad. Sobre las distintas interpretaciones y aplicaciones legales y jurisprudenciales en este punto, véase GUILLÉN FERRER, Mª J.; *La sucursal bancaria: concepto y régimen jurídico*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pg. 270 y sig.

<sup>830</sup> Ídem, pg. 253.

<sup>831</sup> A su vez el RD 1784/1996 de 19 de Julio por el que se aprobó el RRM se inspira en la Directiva 1989/666/CEE, de 21 diciembre, sobre publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado.



*gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad.*

### A. Características

Entre las notas caracterizadoras más importantes de las sucursales encontramos que éstas sólo pueden ser catalogadas como tales si representan un establecimiento secundario de la empresa, es decir no su sede central. Por otra parte, deben constituir una representación permanente, en el sentido de actividades continuas del empresario. Así mismo, deberá contar con una cierta autonomía de gestión, y por último, deberán poder desarrollarse en la misma todas las actividades del empresario. Lamentablemente, estas características se pueden inferir tan solo de una norma de segundo rango<sup>832</sup> – en este caso el Reglamento

---

<sup>832</sup> El Art. 8 de la LSRL establece la capacidad de estas sociedades para *abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero*; sin embargo, a efectos de nuestro estudio, no ofrece mayor información sobre la actuación de una sucursal de sociedad extranjera en España. Nos plantea dudas, sin embargo, el párrafo 2º, puesto que en el mismo se declara competente al órgano de administración para decidir la creación, supresión o traslado de las sucursales. Si una sucursal extranjera en su legislación de origen, establece que esta prerrogativa compete, por ejemplo, a la junta general, ¿deberá además cumplir con lo establecido en nuestra normativa, si dicha sucursal se encuentra en nuestro territorio? Opinamos que probablemente sea así, puesto que el Art. 15 del CCom establece la imperatividad de nuestras normas en relación con *todo cuanto*

del Registro Mercantil – lo cual hace que su contenido carezca de una verdadera valoración legislativa, a pesar de que hayan sido inspiradas por una norma comunitaria<sup>833</sup>.

Obviamente, estas características, al tratarse de sucursales de *sociedades extranjeras*, no toman en cuenta el caso del comerciante extranjero individual que no haya escogido como forma de organización empresarial una sociedad mercantil<sup>834</sup>.

a. Falta de personalidad jurídica propia

Uno de los elementos que sin duda se puede llegar a considerar inherente a la sucursal de una sociedad extranjera es, desde luego, la carencia de personalidad independiente respecto de la

---

*concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español*, en este sentido también MENÉNDEZ, A.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; “Art. 8...”, ob. cit., pg. 218

<sup>833</sup> Estamos hablando de la Directiva 89/666/CEE, de 21 de diciembre, sobre la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado.

<sup>834</sup> Así nos lo indica DÍAZ RUIZ, E.; *Régimen jurídico...*, ob. cit., pg. 17. Respecto al comerciante extranjero individual en la legislación anterior, TRINIDAD GARCÍA, M. L.; “La condición jurídica del comerciante extranjero”, RDM Núm. 189-190; 1988, pg. 487-538

sociedad principal<sup>835</sup>. Al respecto, quizá esta sea la razón por la que esta figura ha sido escasamente estudiada: puesto que a efectos legales la sucursal no es más que la *oficina* – con determinadas características de independencia puntuales – de una sociedad extranjera, si llega a surgir algún problema de índole legal, quien se persona a resolver el conflicto, es la sociedad extranjera como tal, de manera que esta *oficina* jurídicamente tiene escasa relevancia. Ante este razonamiento no podemos sino plantear la posibilidad de elevar las obligaciones de publicidad, e incluso de responsabilidad de las sociedades extranjeras en España. Con todo, de plantearse a nivel legislativo esta posibilidad probablemente deberá adoptarse siguiendo el ejemplo de la LMESM que, para varios supuestos – entre ellos el de fusiones transfronterizas, y traslado de domicilio al extranjero – , diferencia entre sociedades comunitarias y extracomunitarias<sup>836</sup>.

---

<sup>835</sup> Es en el ámbito de la normativa en materia fiscal donde se puede encontrar una clara distinción entre matriz y sucursal, a pesar de que la misma sujeta a tributación en España a la sucursal como si se tratara de una persona jurídica independiente, esta tributa por los beneficios obtenidos en nuestro territorio, de manera que de consolidarse los resultados de sus distintos establecimientos secundarios y la principal, podría resultar que esta última tenga pérdidas, y la sucursal en España beneficios.

<sup>836</sup> Como ya hemos tenido ocasión de analizar (*supra* Cap. 3, I) el artículo 43 en relación con el art. 48 del Tratado CE establece el derecho de

Esta distinción, basada en la existencia o no de personalidad jurídica propia, es determinante a la hora de distinguir una sucursal de una filial. Esta última tendrá siempre personalidad jurídica propia, normalmente será una sociedad de capital. De acuerdo con la STS de 28 de enero de 1994 *“La sociedad filial es la constituida en forma de que la totalidad o mayoría de las participaciones sociales se atribuye a otra principal y precedente, bien creándola o bien accediendo a otra sociedad en funcionamiento, integrándose así un grupo de empresas para la mejor operatividad comercial. Ello no obstante, impone que cada sociedad del macro-ente social mantenga su independencia jurídica, aunque subsista una unidad de dirección y confluencia en la actividad económica, con el consiguiente control y correspondencia negocial. Las filiales causan inscripción registral independiente, lo que es distinto respecto a las sucursales,*

---

cualquier sociedad mercantil constituida de acuerdo con la legislación de un Estado miembro, a establecer en otro EEMM una sucursal o agencia, así mismo estos artículos establecen la obligatoriedad de que el Estado receptor no ponga trabas de ningún tipo a la sociedad mercantil de otro Estado miembro que quiera hacer uso de este derecho. En este sentido es conveniente no perder de vista que la jurisprudencia comunitaria ya se ha expresado respecto de la regulación de la actuación de las sociedades extranjeras en los distintos EEMM, y que a través de la sentencia *Inspire Art*, estableció unos principios que deben en todo momento regir la legislación que los EEMM adopten con respecto a la actuación de las sociedades extranjeras en sus territorios, particularmente los de neutralidad, necesidad y proporcionalidad.

*agencias o delegaciones, subordinadas a la principal y sin personalidad jurídica, aunque con cierta autonomía*<sup>837</sup>. De manera que la filial siempre tendrá relaciones jurídicas independientes y patrimonio propio.<sup>838</sup>

Por otra parte, también cabe distinguir la sucursal de la agencia, refiriéndonos en este caso, no al contrato que regula la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sino al establecimiento auxiliar del empresario. Su principal factor distintivo es que la agencia carece de clientela propia<sup>839</sup>, de manera que su actividad esta absolutamente supeditada a las instrucciones de la matriz, y a pesar de que puede entablar relaciones con terceros, no atiende a los mismos como ente autónomo sino como mero representante de la misma. La sucursal, en cambio, genera clientela propia puesto que exteriormente se presenta como un

---

<sup>837</sup> RJW1994W572.

<sup>838</sup> A pesar de ello, es conveniente tener en cuenta que la legislación actual en materia mercantil, fiscal y laboral, trata de manera especial el tema de las filiales.

<sup>839</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho...*, ob. cit., pg. 816, y también DÍAZ RUIZ, E.; *Régimen jurídico...*, ob. cit., pg. 49 y sig., quien también señala que para distinguir ambas figuras debe atenderse siempre al contenido de la actividad del establecimiento en cuestión, puesto que no es difícil encontrar en el tráfico mercantil que a una sucursal se la denomine agencia y viceversa.

establecimiento independiente, a pesar de que jurídica y económicamente dependa de la matriz.

#### **b.Representación permanente**

La sucursal, como entidad independiente creada por la entidad matriz, tiene vocación de permanencia espacial y temporal, ya que, si ha de obtener clientela propia para aportar ventajas de proximidad con los clientes, y desarrollar con propiedad las actividades empresariales de la matriz, debe existir continuidad en las mismas<sup>840</sup>. Las obligaciones de publicidad y registro de las sucursales tanto nacionales como extranjeras en nuestro Derecho, denotan claramente el presupuesto de la continuidad de las actividades para las que se crea la sucursal.

#### **c.Autonomía de gestión**

Es posible confundir la autonomía de gestión con las obligaciones fiscales de la sucursal<sup>841</sup>; sin embargo, en nuestro caso nos referimos a una autonomía de gestión a nivel interno.

---

<sup>840</sup> DÍAZ RUIZ, E.; *Régimen jurídico...*, ob. cit., pg.28, quien señala como una de las características fundamentales del empresario, expresado en el Art. 1 CCom, la habitualidad de sus actividades.

<sup>841</sup> Como ya hemos señalado, en este ámbito se establece una clara independencia de la sucursal con respecto a la matriz.

La sociedad matriz es quien toma las decisiones empresariales relativas a la explotación del negocio<sup>842</sup>, pero la sucursal, para implementar estas políticas de empresa, cuenta con una organización e instalaciones propias, de manera que dispone de sus propios medios para llevar adelante las actividades empresariales de la sociedad matriz en el ámbito o parcela territorial adscrito a cada sucursal en particular.

Por otra parte, a consecuencia de la falta de personalidad jurídica propia, la sucursal, a pesar de contar con autonomía administrativa no tiene un patrimonio propio, pues el suyo es, en realidad, el de la sociedad matriz: De esta manera, las deudas que pudiera contraer tendrán como garantía el capital social de la principal, por lo que los acreedores sociales a la hora de contratar con la sucursal deberán tener en cuenta la solvencia económica de la sociedad en sí y no la que tenga o aparente la sucursal.

#### **d.Capacidad de desarrollar las actividades empresariales de la principal**

---

<sup>842</sup> Como señalan DÍAZ RUIZ, E.; *Régimen jurídico...*, ob. cit., pg. 29, y RUEDA MARTÍNEZ, J. A.; *La sucursal...*, ob. cit., pg. 48 y sig., por su parte DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho...*, ob. ob. cit., pg. 818, señala a su vez con claridad que la sucursal es un establecimiento accesorio porque en él no radica la alta dirección del negocio.

Esta autonomía administrativa a que acabamos de hacer referencia, es la que permite que la sucursal pueda desarrollar las mismas actividades que el establecimiento principal. Este último requisito, en conjunción con la capacidad de generar una clientela propia, establece una clara línea diferenciadora de la sucursal con respecto a otra figuras afines<sup>843</sup>.

Al respecto debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la sociedad matriz prefiera estructurar sus actividades a través de una organización especializada por ramas de actividad en lugar de por territorio. De esta manera cada sucursal estaría encargada de realizar una parte del objeto social de la sociedad<sup>844</sup>

## B. Obligaciones de publicidad registral

---

<sup>843</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho...*, ob. cit., pg. 819., quien aborda el estudio de la diferencia entre el administrador o directo de la sucursal y el factor.

<sup>844</sup> Al respecto destaca DÍAZ RUIZ, E.; *Régimen jurídico...*, ob. cit., pg. 33, que la sucursal debe ser capaz de desarrollar un ciclo mercantil completo, aunque esto no implique, necesariamente, la fabricación del producto hasta su puesta en circulación en el mercado, sino más bien la entrega del producto por la sociedad matriz, y la posterior puesta en circulación por parte de la sucursal.



De acuerdo con la normativa vigente en materia de inscripción de sucursales de empresarios extranjeros<sup>845</sup>, éstas deberán inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente al de su domicilio adjuntando al efecto, entre los documentos concernientes a la sociedad extranjera, aquéllos que acrediten la existencia de la sociedad, incluyendo los datos registrales de la misma, sus estatutos vigentes, la identidad y cargo de sus administradores. Por otra parte, con respecto a la sucursal en sí, deberá aportarse el documento por el que se establezca la sucursal, incluyendo en el mismo la manera de identificarla, su domicilio, las actividades que desarrollará, la identidad de los representantes permanentes de la misma, especificando las facultades de que gocen para dirigir la sucursal<sup>846</sup>.

En relación a la obligación de mantener actualizada la información relativa a la sociedad extranjera, el RRM distingue entre la información que deberá modificarse en todas las

---

<sup>845</sup> Cap. XI RRM.

<sup>846</sup> De acuerdo con el Art. 301 RRM, si una sociedad extranjera deseara inscribir una segunda o sucesivas sucursales en España, deberá adjuntar nuevamente la información pertinente a la sucursal, además de los datos registrales y denominación de la (primera) sucursal en cuya hoja consten los datos relativos a la sociedad, por último deberá adjuntarse, nuevamente los datos referentes a la identidad de los administradores de la sociedad e indicación de sus cargos.

sucursales establecidas en territorio español<sup>847</sup>, y aquella que solo deberá constar en la primera sucursal<sup>848</sup>, o en la sucursal en la que se produzca el cambio o modificación<sup>849</sup>. Pertenece a la

---

<sup>847</sup> El cambio de denominación o domicilio de la sociedad, cese, renovación o nombramiento de nuevos administradores, disolución, nombramiento de liquidadores, el término de la liquidación y la quiebra o suspensión de pagos de la sociedad.

Respecto a este tema, encontramos que es quizá excesiva la carga correspondiente a la sociedad extranjera en relación a la información sobre el cese, renovación o nombramiento de los administradores de la misma. Puesto que los clientes que la sociedad extranjera pudiera atraer firmarán contratos con el representante o director de la sucursal y es éste quien, en último término, al ser parte del equipo gestor de la sociedad extranjera, deberá estar informado respecto de la composición del órgano de administración de la sociedad, consideramos que quizá esta información puntual debería hacerse constar solamente en el hoja de la primera sucursal y no así en la de todas las que la sociedad extranjera tenga en territorio español.

<sup>848</sup> El RRM reconoce exclusivamente como tales a las modificaciones estatutarias. Esta exigencia contrasta con la que anteriormente comentábamos, puesto que creemos puede ser mucho más relevante para los terceros interesados que entablen relación con la sucursal de la sociedad extranjera en España, el tener a su alcance – es decir en cada una de las sucursales en España – la posibilidad de conocer las modificaciones estatutarias relevantes de la sociedad extranjera, que el estar al tanto de quienes son o dejan de ser miembros del órgano de administración de la sociedad extranjera.

<sup>849</sup> Tal es el caso de la modificación del domicilio de la sucursal, su nombre o identificación, las actividades que realice, o la identidad y

segunda categoría el depósito de las cuentas anuales de la sociedad extranjera<sup>850</sup>. Nótese que si la legislación de la sociedad extranjera no obligara a ésta a la presentación de sus cuentas anuales o lo hiciese de forma no equivalente a nuestro Derecho<sup>851</sup>, la sociedad se verá obligada a elaborar unas

---

facultades de los representantes permanentes nombrados como tales por la sociedad matriz.

Esta distinción entre primera sucursal y sucursales sucesivas, no se aplicará en el caso de las sucursales de las entidades de crédito, debido a que de acuerdo con el Art. 27 de la Directiva 2006/48/CE de 14 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, todas las sedes de explotación creadas en el mismo Estado miembro por una entidad de crédito que tenga su sede social en otro Estado miembro, serán consideradas como una sola sucursal.

<sup>850</sup> El art. 375 RRM establece que la obligación de presentación de las cuentas anuales de la sociedad, y en su caso de las cuentas consolidadas, salvo que ya se hubieran depositado en el país de origen de la sociedad extranjera – en cuyo caso solamente deberá acreditarse tal extremo ante el Registrador mercantil correspondiente al lugar donde este inscrita la primera sucursal de la sociedad extranjera – deberá seguir el procedimiento previsto para las sociedades obligadas a presentar cuentas anuales en nuestro país.

<sup>851</sup> El RRM no establece, como en otras ocasiones, si recae en el Registrador mercantil la tarea de verificar la existencia de esta equivalencia; sin embargo, dado que la presentación de las cuentas anuales debe hacerse conforme a nuestro Derecho, entendemos que esta verificación entra dentro de sus funciones, dado que el Art. 368 establece entre las mismas la de calificar si los documentos presentados, en este caso por la sociedad extranjera, cumplen con la normativa de cuentas anuales o no.

cuentas anuales correspondientes a las actividades de la sucursal, y depositarlas en el Registro Mercantil.

Respecto al cierre de la primera sucursal de una sociedad extranjera, al encontrarse en esta la información pertinente a la sociedad matriz, el RRM prevé que primero deban trasladarse los datos relativos a la sociedad a la hoja de cualquier otra de las sucursales en España, para recién proceder a la cancelación del registro de la sucursal. Al efecto prevé el Reglamento la aplicación del régimen del traslado de domicilio<sup>852</sup>.

Por último, el RRM prevé la eficacia de los datos del Registro a favor de terceros de buena fe en el caso de que dicha información fuera distinta a la que obre en manos de la sociedad.

Después de analizar todos estos requisitos, en relación con la información que las sociedades extranjeras que deseen establecer una sucursal en territorio español deben proporcionar, creemos que faltan criterios de interpretación de la norma. La falta de jurisprudencia que aclare dudas al respecto denota no

---

<sup>852</sup> De manera que la aplicación el artículo 163 RRM aplicado al cierre de la primera sucursal española de la sociedad extranjera, conlleva la obligación de publicar el anuncio del traslado, en este caso de los datos de la sociedad inscritos en la hoja correspondiente a la sucursal que se pretende cerrar, en un diario de gran circulación en las provincias respectivas.

una falta de conflictividad sino, más bien, que la regulación o es insuficiente (Cuentas anuales?) o al no poner medios en manos del órgano jurisdiccional llamado a vigilar su cumplimiento, las mismas son simplemente ignoradas, y puesto que su incumplimiento no conlleva sanción de ningún tipo tenemos que la actualización de la información llamada a proteger a los terceros interesados que de una u otra manera quieran acceder a la información respecto de la sociedad extranjera a fin de proteger sus intereses – ya sean posibles acreedores de la sociedad, inversores o incluso trabajadores de la misma –no cuenta en verdad con información fiable acerca de las actividades de la sociedad.

Por otra parte, respecto a este mismo tema, también es conveniente hacer notar que la falta de una legislación adecuada supone una carga excesiva en las actuales condiciones, para el órgano destinado a comprobar la existencia de la sociedad extranjera. La antes mencionada RDGRN de 29 de febrero de 1992 estableció, como obligación del Registrador mercantil, la de comprobar si la sociedad extranjera está efectivamente considerada como sociedad en su propio ordenamiento. Sin embargo, no se especifican los medios de que dispone o puede disponer el Registrador mercantil a fin de realizar esta comprobación de la legalidad de la sociedad extranjera. En el caso de una sociedad constituida de acuerdo a la legislación de

un Estado que aplique el modelo de constitución –como es el caso de la RDGRN de 29 de febrero de 1992, al ser inglesa la sociedad –, ese control de legalidad puede realizarse simplemente al revisar la documentación que la sociedad presente a efecto de inscribir en el registro su primera sucursal en España. Sin embargo, aquellas sociedades cuya legislación utilice el modelo de sede real plantean un auténtico problema a la hora de comprobar si efectivamente la sociedad extranjera cumple con la normativa bajo la cual esta constituida, puesto que será más difícil que el Registrador español pueda obtener prueba cierta de que la sociedad, además de tener en su país de origen su domicilio registral, también tiene en éste su sede real.

Además, debe tenerse en cuenta que habrá de comprobarse no solamente la existencia de acuerdo a la ley personal de la sociedad extranjera, sino que además la misma tiene un *fin lucrativo*, puesto que de otra manera no sería susceptible de inscripción, añadiendo una carga más al Registrador mercantil

Como ya habíamos señalado anteriormente, el hecho de que la normativa aplicable sea de rango reglamentario hace que ciertos elementos que deberían establecerse en su caso, en la normativa

aplicable a las sociedades<sup>853</sup>, sean demasiado generales en su contenido o no estén del todo adaptados a la nueva realidad del mercado interior europeo. Quizá la próxima reforma legislativa en materia de sociedades pueda tomar en cuenta estas carencias, de manera que el futuro Código de sociedades mercantiles unifique criterios y establezca un régimen claro en relación con las sucursales, tanto de sociedades nacionales, como extranjeras.

También debe tenerse en cuenta que la cuestión del idioma es un factor importante, y si en algún momento se decide regular esta materia, deberá decidirse si se impone a la sociedad extranjera la obligatoriedad de presentar todos los documentos pertinentes en castellano, en alguno de los idiomas oficiales de la Unión Europea, o en el idioma de origen.

## 2.SUCURSALES DE ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y SERVICIOS FINANCIEROS

Los elementos jurídicos constitutivos del concepto de sucursal en el caso de las entidades bancarias y de crédito, así como las de servicios de inversión, son básicamente los mismos. Sin

---

<sup>853</sup> Tal es el caso, por ejemplo de la normativa de presentación de las cuentas anuales.

embargo, cada una de estas definiciones ha sido dictada con carácter autónomo dentro de los distintos sectores, bajo la influencia directa del Derecho comunitario derivado<sup>854</sup>.

En relación a las actividades de sucursales extranjeras dentro del mercado interior europeo debe tenerse en cuenta sin embargo, que la diferencia entre el ejercicio de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios se basa en la temporalidad de las actividades desarrolladas en territorio del Estado miembro receptor<sup>855</sup>, de manera que la mayor parte de la legislación comunitaria relacionada con las actividades de sucursales corresponderá a la regulación de la prestación de servicios de entidades en otros Estados miembros. A pesar de esto, no es menos cierto que la normativa comunitaria relacionada con el ejercicio de la libertad de establecimiento

---

<sup>854</sup> En este sentido GUILLÉN FERRER, M<sup>º</sup> J.; *La sucursal bancaria...*, etc.; ob. cit., pg. 208, sobre el mismo tema, el desarrollo de la normativa comunitaria en esta materia específica, es una muestra más de la importancia económica del tema, véase entre otras Directiva 2000/12/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio; Directiva 93/22/CE, de 10 de mayo, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables

<sup>855</sup> Al respecto, el TJCE ha señalado que el carácter temporal de las actividades realizadas se determina en función de la duración de la prestación, frecuencia, periodicidad y continuidad, C-286/82 y C-26/83, *Luisi et Carbone*.



secundaria – es decir las actividades de sucursales extranjeras – han tenido también un importante desarrollo, al menos en relación tanto con las sucursales de entidades de crédito y servicios financieros, como de seguros.

En el caso de las sucursales bancarias<sup>856</sup>, el establecer un concepto particular de sucursal bancaria se encuadra dentro de los objetivos comunitarios de establecer un Mercado Único Bancario.

Con respecto a las obligaciones de publicidad, el legislador bancario español, ha establecido la inscripción sucesiva, de manera que las sucursales de entidades bancarias extranjeras deberán inscribirse primero en el Registro Mercantil y posteriormente en el Registro Especial del Banco de España<sup>857</sup>.

---

<sup>856</sup> Distinguiéndose éstas de las “oficinas de representación de entidades de crédito extranjeras”, las cuales, de acuerdo con DE HORNA VIEDMA, S.; “Entidades de crédito extranjeras: Sucursales y oficinas de representación”, en ALONSO UREBA, A.; MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., *Derecho del mercado financiero*, Vol.1, Civitas, Madrid, 1994, pg. 253, solo pueden desarrollar actividades informativas, con prohibición expresa de llevar a cabo cualquier prestación de servicios bancarios.

<sup>857</sup> En el caso de sucursales de entidades de crédito el Art. 51 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de entidades de crédito, establece a efectos de regular la apertura de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro, que podrán ejercer la actividades que de acuerdo

Por otra parte, en cuanto a las sucursales bancarias de entidades de crédito no comunitarias, los criterios de publicidad se elevan, de manera tal que prácticamente se llega a exigir el cumplimiento de los mismos requisitos que para la apertura de una nueva entidad de crédito<sup>858</sup>.

En relación a la movilidad societaria de las entidades de seguros, debemos resaltar, en primer término, la Directiva 64/225/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, relativa a la supresión, en materia de reaseguro y de retrocesión, de las restricciones a la

---

con la autorización, los estatutos y en régimen jurídico de la entidad, estén habilitadas a ejercer. Posteriormente, el art. 53 señala que la apertura de una sucursal de este tipo, no requerirá autorización previa, ni dotación específica de recursos, de manera que solamente será necesario que la autoridad supervisora de la entidad de crédito extranjera, comunique al Banco de España un programa de actividades que indique las operaciones que se pretenden realizar, la estructura de la organización de la sucursal, y el nombre e historial de los directivos responsables de la misma. Al efecto el Art. 9.3 del RD 1245/1995, sobre la apertura en España de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la UE, añade otro tipo de información que debe ser comunicada por la autoridad supervisora.

En cuanto a las sucursales de entidades de crédito no comunitarias, el RD 1245/1995 amplía la información requerida a la autoridad supervisora, e incluye supuestos por los que el Banco de España podría denegar la autorización de apertura (Art. 9.2)

<sup>858</sup> Al respecto, DE HORNA VIEDMA, S., "Entidades de crédito extranjeras...", ob. cit., pg. 246.

libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, que liberalizó el sector de reaseguros sin necesidad de armonización previa, y también la Directiva 78/473/CEE sobre el coaseguro comunitario. Por otra parte la Directiva 2002/83/CE, sobre el seguro de vida<sup>859</sup> ha venido a concentrar en una sola normativa legal la regulación de las actividades de las empresas aseguradoras especializadas en el seguro de vida, incluyendo las garantías financieras exigidas para desarrollar estas actividades.

### 3.REGULACIÓN DEL TRASLADO PERMANENTE A ESPAÑA DE SOCIEDADES MERCANTILES EXTRANJERAS

Otro elemento a disposición de las sociedades extranjeras que deseen realizar actividades en España, es el traslado permanente

---

<sup>859</sup> Que modificó la Directiva 92/96/CEE, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y derogó la Primera Directiva 79/267/CEE, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio; la Segunda Directiva 90/619/CEE, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE; la Directiva 95/26/CE; y la Directiva 2002/12/CE, por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE del Consejo en lo que respecta a los requisitos del margen de solvencia de las empresas de seguros de vida.

de su domicilio social estatutario. Sobre esta opción, debe tenerse en cuenta, que dicho traslado conlleva, de acuerdo con nuestra legislación en la materia, el cambio de *lex societatis* de la sociedad extranjera que, una vez trasladada a España, pasaría a convertirse en sociedad mercantil española. Por otra parte, también es importante señalar, que serán los elementos propios del Derecho mercantil español los factores decisivos a la hora de determinar el procedimiento de traslado a España de una sociedad extranjera

De esta manera, a continuación estudiaremos los criterios de “recepción” de las sociedades extranjeras interesadas en trasladarse a España establecidos recientemente por la Ley 3/2009 de 4 de abril, sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, no sin antes hacer una breve referencia a la legislación anterior.

#### **A.Legislación anterior**

Sobre la recepción de sociedades extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico anterior a la Ley 3/2009, poco o nada se puede deducir de la legislación aplicable a sociedades anónimas o limitadas

Fue a través del Art. 89 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que por primera vez se establecieron requisitos para

constatar la validez del traslado a España de una sociedad extranjera. En este caso, el mencionado artículo exigía para la legal inscripción de la sociedad en el Registro, se adjuntase *el balance del día anterior al acuerdo de cambio de nacionalidad*, y se hiciera constar en el documento de inscripción, además del domicilio social en España, el capital social, y el valor del patrimonio líquido que resulte del balance, expresados en moneda española al tipo de cotización oficial.

Debe hacerse notar que estos preceptos partían de la base de que la sociedad extranjera muy probablemente ya hubiera estado registrada en España a efectos de apertura de sucursales en nuestro país. Por otra parte, la redacción del texto no es muy clara en este punto, pero se puede entender de la misma, y esto nos parece lo más lógico, que se esperaba de la sociedad extranjera que se traslada a territorio nacional, además del cumplimiento de estos requisitos particulares, que cumpliera con *las demás circunstancias precisas para la inscripción primera de Sociedad, según su clase*, es decir con los requisitos que el tipo social – ya fuera sociedad anónima, limitada o cualquiera de los otros tipos sociales previstos en el CCom – que la sociedad extranjera adoptaría al trasladarse a España exigiera.

Heredera de esta normativa es, sin duda, la normativa vigente del Registro Mercantil que establece la obligatoriedad de inscripción

en este registro de *las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español*<sup>860</sup>, aunque dicha normativa ya no establece requisitos de información adicional a momento de inscribir a la sociedad extranjera, sino que se remite a la Ley para establecer que actos o circunstancias debían ser susceptibles de inscripción. Es en el marco de este desarrollo legislativo que se encuadra la nueva normativa de traslado a España de sociedades extranjeras prevista por la LMESM.

#### **B.La Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (presupuestos de “entrada”)**

Un aspecto notable a resaltar respecto de la nueva configuración del régimen del traslado de domicilio, es la diferenciación que el legislador ha establecido en relación a los presupuestos de “entrada” – es decir los que deben concurrir para que sea posible un traslado de domicilio a España por parte de una sociedad extranjera –, respecto a los presupuestos de “salida” – estos son, los que deben de concurrir para permitir el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero.

---

<sup>860</sup> Art. 81,1.I), RD 1784/1996, de 19 de Julio, que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Además, y en contraste con el régimen normativo previo a la LMESM, y pese a que éste había sido revisado con ocasión de nuestra integración en la Comunidad Europea, se establece actualmente una normativa específica a favor de los otros Estados miembros de la UE. En efecto, el anterior Art. 149.2 LSA simplemente exigía con carácter general la existencia de un Tratado que permitiese específicamente el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad española que quisiera trasladarse al extranjero, mientras que la LMESM establece un régimen específico para sociedades “comunitarias”, que analizaremos a continuación, y que se contrapone al señalado para sociedades “extra-comunitarias”.

Por otra parte, en relación con las sociedades extranjeras a las que se permitirá trasladar su domicilio, y por ende sus actividades, a territorio español<sup>861</sup>, el legislador no establece

---

<sup>861</sup> Aunque es cierto que, llegados a la conclusión de que la única sanción prevista en nuestro ordenamiento para el caso de la contravención de la obligación de fijar, en el lugar del domicilio social de cualquier sociedad española, su centro principal de actividades, es el de que los terceros puedan considerar como domicilio cualquiera de ellos (BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio...*, cit., pág. 86) no deja de ser menos cierto que la regulación del domicilio social exige la plena coincidencia entre domicilio registral y centro principal de actividades o administración central. De manera que es de esperar que a la sociedad extranjera que pretende trasladarse a nuestro país se le exija el cumplimiento de dicha normativa.

limitación alguna. Así, no existe una exigencia de que las actividades realizadas fueran de naturaleza mercantil, ni en cuanto a la exigencia de que las mismas estén, en su país de origen, sometidas a ningún tipo de control administrativo<sup>862</sup>.

#### a. Sociedades constituidas dentro de la UE

Con relación a las sociedades “comunitarias” el Art. 94.1 párrafo 1º LMESM, establece, que las sociedades procedentes de cualquier Estado miembro, podrán trasladar a España su domicilio social. Con esta formulación, la LMESM está aplicando implícitamente el principio de reconocimiento automático de la personalidad jurídica, en cumplimiento de lo señalado por el Art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [*Antiguo Art. 43 Tratado CE*] (que prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro) y del Art. 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [*Antiguo Art. 48 Tratado CE*] (que equipara la

---

<sup>862</sup> Queremos entender que esta actitud liberal en cuanto a la acogida de las sociedades extranjeras, se deba a que se considera suficiente que, dado que dicha sociedad extranjera pretende trasladarse a nuestro país, lo hará eligiendo como forma social alguna de nuestras sociedades mercantiles, y que para su inscripción como tal en nuestro Registro Mercantil, el registrador verificará el cumplimiento de nuestra normativa en cuanto a las exigencias del tipo social que la sociedad extranjera desee adoptar al trasladarse a España.



libertad de establecimiento de las personas físicas con las jurídicas).

Al respecto, no debemos olvidar que el desarrollo del principio de libertad de establecimiento primario de las sociedades mercantiles a correspondido, en relación con las sociedades constituidas bajo la legislación de los Estados miembros, a la jurisprudencia del TJCE<sup>863</sup>. El Alto Tribunal ha reconocido la posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica que ostenta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución, señalando igualmente que los procedimientos de dicho traslado están determinados por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido<sup>864</sup>. En este sentido, debemos de tener en cuenta que para el TJCE, la

---

<sup>863</sup> Al respecto, ROTH, W-H., "From Centros to Ueberseering: free movement of companies, private international law, and community law", *Int. & Comp. Law Q.*, Vol. 52, 2003, pg. 198 y sig..

<sup>864</sup> *Apartado 70*, STJCE 05.11.2002, *Überseering* (TJCEW2002W320), al respecto WOOLDRIDGE, F.: "Überseering...", *ob. cit.*, pg. 227, y más recientemente *apartado 110*, STJCE 16.12.2008, *Cartesio*, (TJCEW2008W311), sobre esta última véase también nuestro análisis "Alcance del derecho de establecimiento primario en la Unión Europea: Comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, *Cartesio*", en RDM, Núm. 271, 2009, pg. 261-281.

ley que determina si una sociedad puede o no trasladar su sede real o registral a otro Estado miembro, es la ley que rige a la sociedad en el momento inmediatamente anterior al traslado<sup>865</sup>.

La interpretación jurisprudencial de los Arts. 43 y 48 TCE legitima, por tanto, a un Estado miembro para imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio, dándole la posibilidad de negar o limitar la posibilidad de conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de ese Estado miembro de origen<sup>866</sup>. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, en el caso de la legislación española, la única exigencia prevista, con carácter general, es que se garantice la continuidad de la existencia societaria en el Estado miembro de destino.

---

<sup>865</sup> Véase, CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea"; RdS, 2007 (28), 64; los autores sostienen que el sistema utilizado por el TJCE es la "regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas" (*anerkennungsprinzip*), basada en la tesis de la "extensión de los efectos" que permite que la situación legal creada en un Estado miembro deba producir en otro Estado miembro los efectos legales previstos en la Ley del Estado miembro de origen

<sup>866</sup> Crítico con esta postura, entre otros ROTH, W.-H., "From Centros to Ueberseering...", pág. 197.

Otro requisito que exige la nueva normativa de traslado de domicilio, como no podía ser de otra manera, es el cumplimiento de la normativa societaria vigente en España para las sociedades que quieran trasladar a nuestro territorio su domicilio social. Al respecto, la indeterminación de los términos que emplea el legislador puede dar lugar a confusión a la hora de interpretar su alcance. Así, el Art. 94.1 LMESM exige a la sociedad extranjera comunitaria *cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente*. La dicción de este artículo se nos antoja confusa, en el sentido de que la misma nos plantea una triple problemática.

En primer lugar, el precepto puede plantear un problema de aplicación práctica de determinación de la normativa española que resulta exigible cumplir. Téngase en cuenta que la sociedad extranjera puede ostentar un tipo social similar a nuestros tipos societarios (sociedades anónimas, limitadas, etc.), en cuyo caso el precepto resultará de fácil aplicación: una sociedad extranjera que ostente, por ejemplo, el tipo societario propio de la sociedad anónima, deberá cumplir con los requisitos exigidos en España para la constitución de sociedades anónimas.

Pero puede también darse el caso de que la sociedad extranjera ostente un tipo societario afín a uno de nuestro ordenamiento,

pero no del todo coincidente<sup>867</sup>. Inclusive, puede que la sociedad extranjera no ostente ningún tipo societario como tal en particular, por no existir por ejemplo los mismos en el ordenamiento jurídico de origen<sup>868</sup>.

Una interpretación estricta de este precepto podría avocarnos a dejar fuera a todas las sociedades extranjeras que no coincidan totalmente con nuestros tipos sociales, cosa que creemos harto improbable dado que en ninguna otra parte de la LMESM se establece ningún tipo de limitación en cuanto a los tipos sociales extranjeros a los que se reconoce la capacidad de trasladar su domicilio social a España. Más al contrario, al no especificar nada al respecto el Título V de la ley a estudio, se aplicaría con carácter general el Art. 2 de la misma, de manera que se reconoce la capacidad de trasladar a España su domicilio a

---

<sup>867</sup> Pensamos, por ejemplo, en una SAS francesa, que es una sociedad anónima, pero cuenta con elementos propios lo suficientemente particulares como para ser catalogada como un tipo societario propio.

<sup>868</sup> Así, piénsese, por ejemplo, que la *Model Business Corporation Act* configura un tipo societario mercantil único (*corporation*), con lo que puede afirmarse que bajo la MBCA no existen los tipos sociales como tales, sino un único tipo social (en singular) que puede dar lugar a sociedades abiertas más próximas a nuestras sociedades anónimas, o más cerradas y por lo tanto próximas a nuestras sociedades de responsabilidad limitada, en función de las diferentes disposiciones estatutarias de la sociedad en cuestión.

todas las sociedades extranjeras *que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.*

El segundo problema se plantea sobre el momento en el que debe cumplirse con la normativa española. Tal y como esta redactado el precepto, parece que el mismo estuviera exigiendo que la sociedad extranjera cumpliera, *pre*-traslado, con los requisitos del tipo social español equivalente al tipo originario. Esta interpretación no nos parece correcta y ello por dos motivos. En primer lugar, porque al legislador español poco puede importarle, y poca capacidad tiene para normar sobre las características legales que deba tener una sociedad *pre* traslado, esto es, antes de que sea española<sup>869</sup>.

Por otra parte, puede que el precepto sea de imposible cumplimiento. ¿Acaso puede una sociedad francesa *cumplir* con requisitos españoles? Imagínese, por ejemplo, que el tipo societario extranjero impide a una sociedad limitada regular un régimen de separación de socios. ¿Podría dicha sociedad limitada extranjera cumplir con los requisitos del tipo social español cuando no prevé un régimen de separación de socios?

---

<sup>869</sup> No tendría sentido que el legislador español exigiera a una sociedad francesa que cumpliera con la legislación española cuando la misma todavía no ha pasado a ser "española".

¿Debe concluirse que esa sociedad no puede trasladarse a España porque su ordenamiento jurídico impide regular estatutariamente aspectos impuestos por la legislación española?

La conclusión debe de ser en nuestra opinión negativa. El precepto debería interpretarse en el sentido de que *en* el momento en que el traslado tenga efectos jurídicos (y no con carácter previo al mismo), la sociedad extranjera debe cumplir con los requisitos del tipo societario español que ha adoptado. Lo cual es, por otra parte, evidente, pues producidos los efectos jurídicos del traslado la sociedad extranjera ya no será extranjera, sino española, y quedará por tanto sometida a la normativa de su respectivo tipo societario, para lo cual deberá adoptar una serie de actuaciones a fin de asegurar el cumplimiento de la normativa española vigente.

Esto nos lleva a la tercera problemática, a saber, la de determinar qué requisitos del tipo social español serían exigibles en el momento del traslado. La pregunta que cabe hacerse es ¿deben exigirse los mismos requisitos de validez que a otra sociedad española ya constituida, o deben exigirse los requisitos requeridos para la constitución de una sociedad española? En nuestra opinión, y con excepción de lo señalado en el segundo

párrafo del Art. 94.1 de la LMESM<sup>870</sup>, los requisitos a cumplir son los exigibles a una sociedad española ya constituida, y no los relativos a la constitución de una sociedad.

Analizados todos los problemas que nos plantea este particular, creemos que sería deseable la reformulación de este precepto a fin de asegurar la correcta aplicación de la normativa de traslado, y evitar la confusión de interpretaciones.

En otro orden de cosas, cabe señalar que, el cumplimiento de la normativa societaria vigente en España para las sociedades que quieran trasladar a nuestro territorio, su domicilio social también comporta la aplicación de la obligatoriedad de coincidencia del domicilio registral – estatutario con la administración central, de manera que la sociedad extranjera que transfiera su domicilio registral – estatutario, deberá, para cumplir con *lo exigido por la ley española*, trasladar también su principal establecimiento o explotación, así como ubicar en la sede estatutaria, el centro de su efectiva administración y dirección<sup>871</sup>.

---

<sup>870</sup> Vid. más adelante sobre este mismo artículo.

<sup>871</sup> También en este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, I., MERCADAL VIDAL, F., “Art. 5”, en ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 80. Sin embargo, habrá de tenerse en cuenta lo señalado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La ejecución del traslado

### **b.Sociedades constituidas fuera de la UE**

En relación a las exigencias que la ley fija para las sociedades extracomunitarias que deseen trasladarse a nuestro territorio, el legislador ha tenido en cuenta la variedad de sistemas legales existentes y la posible disparidad de vínculos de conexión elegidos por la legislación local para determinar la protección de los terceros en su relación con la sociedad extranjera. Así, a fin de procurar un sistema objetivo de determinación de la solvencia de la sociedad extranjera, se plantea la obligatoriedad de presentación de un informe de experto independiente que certifique que el patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido en derecho español.

Sobre este aspecto, lamentablemente, no especifica la ley la legitimación activa para elegir al experto independiente. Como medida de protección de la imparcialidad del mismo quedaría, a nuestro juicio, descartada la posibilidad de que el mismo sea elegido por la sociedad extranjera, incluso si ésta nombrara como tal a un experto español. La lógica indicaría que debería fijarse, por lo menos reglamentariamente, algún criterio para supervisar

---

internacional ... ob. cit", pg. 128, en relación a la inexistencia de una obligación, por parte del registrador mercantil o ninguna otra autoridad judicial o administrativa, de comprobar la efectiva coincidencia del domicilio estatutario con la sede real de la sociedad que se traslada.



su nombramiento, bastando quizá la referencia al régimen previsto en el Art. 338 y sig. del RRM.

Por otra parte, entendemos que el experto independiente deberá aplicar, para la valoración de los activos de la sociedad extranjera, los parámetros vigentes al efecto en España, puesto que si lo que se desea es trasladarse a nuestro territorio, actuar en él y entablar relaciones económicas con este mercado, lo prudente sería que la estimación del patrimonio neto de la sociedad se realice de acuerdo a los principios contables vigentes en España.

En lo concerniente al mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, el legislador lo afirma fijando para ello, a nuestro entender, dos requisitos “de entrada”. El primero que su legislación contemple la posibilidad de trasladar el domicilio social al extranjero. Segundo, que la legislación extranjera además reconozca a la sociedad la posibilidad de mantener su personalidad jurídica al realizar dicho traslado. Todo esto es consecuencia, a nuestro entender de la aplicación del sistema bilateral de reconocimiento en materia de sociedades mercantiles, que aplica nuestra legislación<sup>872</sup>, puesto que el

---

<sup>872</sup> Véase, SANCHO VILLA, D.; *La transferencia internacional...*, ob. cit., pág. 94.

mismo al limitarse a regular la atribución de nacionalidad, pero no establecer un criterio claro para determinar la atribución de “extranjería”, depende entonces, de la legislación extranjera para su determinación.

Por último, respecto de la regulación de los requisitos “de entrada”, tanto de las sociedades comunitarias, pero muy particularmente de las extracomunitarias, echamos en falta una regulación un poco más exigente a la hora de asegurarse la legalidad del traslado a nuestro país. Para el caso de que una sociedad extranjera efectivamente trasladada a España no hubiera cumplido en su país de origen con su normativa de traslado, podría haberse incluido en la nueva normativa algún tipo de certificación registral o de la autoridad competente en materia de sociedades, que de fe del cumplimiento de la normativa extranjera y de que la sociedad no se halle en proceso de disolución o concurso en el momento de iniciar el proceso de traslado – un poco a imagen de las exigencias en la materia en los supuestos “de salida”. Se trataría con ello de evitar el surgimiento de conflictos que puedan repercutir en un perjuicio para quienes, una vez trasladada la sociedad extranjera, establezcan relaciones comerciales con la misma.

#### 4. OTROS ASPECTOS DE LA ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

El legislador ha establecido al capital social como instrumento jurídico de garantía ante terceros, de manera que la cifra correspondiente al mismo deberá ser idéntica a la aportación hecha por los socios a momento de constituir la sociedad, sirviendo como instrumento de retención de valores en el activo de la contabilidad societaria<sup>873</sup>

Si el capital social no es ya una garantía para los acreedores de la sociedad, sino simplemente un medio de referencia acerca de las previsiones de crecimiento de la sociedad, y recae en los acreedores sociales el procurarse medios suficientes que les garanticen sus actividades con la sociedad extranjera, no debería procurarse un fácil medio de acceder mínimamente a esos datos –en este caso nos referimos a las cuentas anuales de la sociedad extranjera en su Registro “de origen” – para así facilitar la creación de la confianza del acreedor – independientemente de que puedan pedirse garantías a la sociedad extranjera con sucursal en España – al menos con respecto a las sociedades constituidas bajo las leyes de otros Estados miembros de la Unión Europea?. Este sería un medio efectivo de asegurar la seguridad del tráfico económico entre sociedades nacionales de

---

<sup>873</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad...*, ob. cit., pg. 92.

Estados miembros, así como también daría un importante impulso a la libertad de establecimiento secundario en lo que a sucursales se refiere.

Sobre el mismo tema en el caso de una sociedad extranjera que de acuerdo con su legislación no tuviera la necesidad de presentar cuentas anuales, de tener una sucursal en nuestro país debería elaborar unas cuentas de acuerdo con nuestra legislación, pero sólo de sus actividades en España, lo cual a efectos de protección de los acreedores sociales españoles realmente no representa una verdadera garantía, puesto que realmente con esas cuentas no se tiene una *imagen fiel* de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, sino solamente de las actividades en España, que pueden distar mucho de ser un verdadero reflejo de la marcha de la sociedad extranjera. Quizá una posible solución a la hora de ofrecer información a los acreedores sociales españoles en su trato con estas sociedades sería el de complementar esas cuentas anuales con otros datos de la sociedad extranjera, por ejemplo, en materia fiscal

De la misma manera que en un puzzle la falta de una pieza no permite percibir el conjunto, en la movilidad societaria deben conjugarse los elementos conflictuales (teoría de la sede, constitución, etc.) con los materiales (traslado de sede, regulación de la actuación de las sociedades extranjeras en

PAOLA RODAS PAREDES

España) para poder determinar si esta existe, cuales son las alternativas que ofrece y cuáles los elementos protectores de los intereses en conflicto. En el caso del \_Derecho español, podemos decir que la situación actual refleja piezas de distintos puzzles de manera que no se permite el “disfrute” de ninguno de ellos, ya que sus elementos no están del todo coordinados.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Las sociedades mercantiles han sido uno de los tradicionales vehículos del progreso económico de los Estados. En el marco del desarrollo de la integración europea, los Tratados europeos han establecido como uno de sus objetivos principales, el establecimiento de un mercado interior europeo a fin de asegurar el progreso económico conjunto de los Estados miembros. Para ello es fundamental poner al alcance de las sociedades mercantiles elementos que permitan su movilidad dentro del mercado interior europeo

**SEGUNDA.** Esta movilidad societaria que se expresa en los Tratados UE a través de los Arts. 49 y 54 TFUE referentes a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, establece que los Estados miembros deberán adecuar sus legislaciones nacionales en esta materia para garantizar a las sociedades mercantiles organizadas bajo su legislación todas las posibilidades de movilidad societaria que permiten los Tratados.

**TERCERA.** De acuerdo con lo señalado por los Tratados UE, la libertad de establecimiento comprende dos vertientes principales: aquella que concierne a las actividades de los establecimientos

principales de las sociedades mercantiles – también denominada libertad de establecimiento primaria y que a su vez engloba, por una parte, la capacidad de una sociedad mercantil de constituir, en otro Estado miembro distinto al de su constitución, otra sociedad, y la capacidad de la sociedad de modificar su estatuto personal a través del traslado internacional de su domicilio social – y aquella que concierne a las actividades de los establecimientos secundarios de dichas sociedades – libertad de establecimiento secundario

**CUARTA.** El proceso armonizador del Derecho societario, en el contexto del actual estado de desarrollo de la libertad de establecimientos ha dado paso a la competencia legislativa en materia de Derecho societario entre los Estados miembros. Esta competencia, comparte pocas similitudes con aquella desarrollada en Estados Unidos, pues no parte de las mismas necesidades, ni se basa en los mismos principios.

**QUINTA.** La consecución de la libertad de establecimiento, tanto primaria como secundaria, establece la obligación de los Estados miembros a reconocer, de manera automática, los tipos sociales de otro Estado ajeno al suyo, incluso si dichos Estados obedecen a sistemas jurídicos distintos. En este punto cobra vital importancia establecer los límites de aplicación, por parte de las

legislaciones nacionales, de los modelos normativos de determinación del estatuto social de las sociedades mercantiles.

**SEXTA.** Entre los modelos normativos tradicionalmente utilizados han sido los más representativos: el modelo de la constitución, cuya flexibilidad a la hora de permitir la creación de sucursales y el traslado de las actividades principales fuera del territorio originario de la sociedad, ha sido objeto de crítica por parte de los Estados receptores de tales sociedades y ha originado un modelo normativo más exigente, el modelo de la sede real, que obliga a las sociedades a establecer en el estado de constitución, la sede principal de las actividades empresariales de la sociedad.

**SEPTIMA.** Estos modelos de determinación de la ley aplicable al estatuto societario históricamente fueron pensados para controlar el ingreso y actividades de las sociedades extranjeras en sus respectivos Estados, sin embargo en el contexto de libertad de establecimiento, si bien pueden darse casos de incompatibilidad de sistemas, realmente el uso de un modelo u otro no obsta para que el Estado bajo cuya legislación se organiza una sociedad mercantil prevea la posibilidad de que ésta se traslade a otro Estado. Ni para que los elementos tuitivos de los derechos de los socios minoritarios y acreedores sociales puedan protegerse



independientemente de cuál sea el modelo normativo aplicable a la sociedad.

OCTAVA. De esta manera, podemos destacar la utilidad del uso de uno u otro modelo normativo de determinación, en el contexto internacional general pero que, en el contexto del mercado interior europeo, y dado que los Tratados europeos establecen la obligatoriedad del reconocimiento automático, disminuyen su capacidad de controlar el acceso al medio local de sociedades provenientes de otros Estados miembros.

NOVENA. El alcance e implementación de la libertad de establecimiento encuentra en las Directivas europeas y en la jurisprudencia del TJCE con dos de sus mayores fuentes normativas. La propuesta de Decimocuarta Directiva sobre la transferencia de sede estatutaria de una sociedad de un EEMM a otro con cambio de ley aplicable que se espera de pronta elaboración, servirá, sin duda, para establecer de manera precisa los parámetros a seguir por los EEMM en estos casos.

DÉCIMA. El TJCE ha venido cumpliendo una labor fundamental a la hora de interpretar el alcance de la libertad de establecimiento de las sociedades mercantiles, a fin de permitir la movilidad societaria a nivel comunitario de las sociedades mercantiles constituidas bajo la legislación de un Estado miembro. Sin

embargo se hecha en falta algún texto comunitario que sirva de base para conocer el contenido exacto de estas libertades. Prueba de ello es que desde la primera sentencia relevante para el derecho societario en la materia (Asunto *Daily Mail*) hasta la más reciente (Asunto *Cartesio*) la confusión acerca del alcance de la libertad de establecimiento en relación con las sociedades mercantiles, no parece ser fácilmente discernible.

**DECIMOPRIMERA.** Las figuras de Derecho societario europeo, son otro medio de consecución de la libertad de establecimiento. Tanto la agrupación europea de interés económico, como la sociedad anónima europea o la sociedad cooperativa europea, prevén un régimen de traslado intracomunitario del domicilio social. Sin embargo, estas sociedades, a pesar de contar con regulación de Derecho europeo, establecen un complicado sistema de fuentes que hacen dudar de la utilidad práctica real de los mismos.

**DECIMOSEGUNDA.** En este contexto, el actual proyecto de Sociedad Privada Europea, se plantea, posiblemente, como el primer tipo social de Derecho europeo con un régimen legal en muchos aspectos, autónomo a la legislación del Estado donde este domiciliada la SPE. También prevé un régimen de traslado de domicilio que nos permite esperar un mayor grado de

movilidad intracomunitaria en comparación con las otras sociedades de Derecho europeo.

**DECIMOTERCERA.** La movilidad societaria en su aplicación práctica en el Reino Unido tiene dos características básicas, en relación con las sociedades británicas, históricamente el Estado ha procurado asegurar la “exportación” de su legislación societaria a fin de asegurar su influencia en las actividades empresariales de sus nacionales en el extranjero. Esta política establece, como contrapartida la obligación de permitir el acceso a su territorio a sociedades extranjeras. En la reciente reforma legislativa, la *Companies Act 2006* estableció, en esta materia, importantes obligaciones de publicidad y registro a dichas sociedades.

**DECIMOCUARTA.** Por otra parte, la legislación británica ha preferido, por razones ajenas al Derecho societario, no permitir que sus sociedades puedan modificar su estatuto societario a través del traslado de domicilio. Por lo tanto se les deniega la movilidad societaria plena.

**DECIMOQUINTA.** El Derecho norteamericano ha sido el primero en desarrollar una competencia legislativa en materia de Derecho societario. Sin embargo esta movilidad societaria se ha desarrollado a través de la instrumentalización del régimen legal

de las fusiones interestatales, y no por medio de la regulación del traslado de domicilio estatutario. Esta es la razón por la cual, en el resto de Estados también se ha venido desarrollando esta tendencia.

**DECIMOSEXTA.** La movilidad societaria secundaria en Derecho norteamericano esta asegurada, pues utiliza, al igual que el Reino Unido, el modelo normativo de constitución. Con relación a la movilidad societaria plena en el ámbito internacional, solamente Delaware prevé un régimen de traslado internacional. En el ámbito de la regulación de la actuación de sociedades extranjeras, en todas las legislaciones estatales, se prevé la exigencia de unos mínimos de publicidad registral y autorización administrativa, aunque no al nivel de las exigencias del Reino Unido.

**DECIMOSÉPTIMA.** El Derecho societario alemán ha modificado, recientemente, parte de su modelo normativo de determinación del estatuto societario a fin de permitir, por lo menos parcialmente, la movilidad societaria secundaria de sus sociedades mercantiles. Este cambio de postura refleja la influencia del desarrollo de la libertad de establecimiento dentro del mercado interior europeo. Sin embargo, en materia de movilidad internacional del establecimiento primario de una

sociedad, el régimen jurídico alemán permanece inalterado, sin preverse cambios en esta postura.

**DECIMOCTAVA.** El proyecto de reforma del Derecho internacional privado aplicable a las sociedades mercantiles alemanas, con las reformas recientemente introducidas por el *MoMiG* cobra menor relevancia, al cumplirse ya el objetivo principal de movilidad internacional de la sede principal.

**DECIMONOVENA.** El modelo normativo de determinación de la legislación que rige el estatuto societario en nuestro Derecho utiliza dos criterios distintos según se trate de regular las actividades de las sociedades extranjeras en España, o de la movilidad internacional primaria o secundaria de las sociedades mercantiles españolas. En efecto, nuestra legislación prevé el reconocimiento automático de las sociedades extranjeras, mientras que, al menos en el ámbito de la movilidad societaria secundaria, no permite que las sociedades españolas separen el establecimiento principal de la sociedad del domicilio social estatutario de la misma.

**VIGÉSIMA.** Por otra parte, en el ámbito de la movilidad societaria principal, nuestra legislación ha incluido en su reciente reforma de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, el régimen legal del traslado internacional del domicilio estatutario.

El procedimiento de traslado, ha procurado incorporar instrumentos de protección de los intereses afectados tanto de las minorías societarias en desacuerdo con el traslado internacional, como de los acreedores sociales

**VIGÉSIMAPRIMERA.** El nuevo régimen de traslado de domicilio en relación con la recepción de sociedades extranjeras que pretendan trasladar a España su domicilio estatutario, establece requisitos de entrada más rigurosos para las sociedades que provengan de países no comunitarios, a fin de garantizar una solvencia mínima de las mismas.



## BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN HONRUBIA, V.; “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios”, RJC, no. 2, 1985, pg. 319.

AGUILÓ PIÑA, J., “La sociedad anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, RDM Núm. 246, pg. 1802.

AITKEN, R; MORGAN, C.; “Societas Europaea: Is tax an incentive or a barrier?”, EBLR, Vol. 15, I. 6; 2004, pg. 1343–1349.

ALVA, C.; “Delaware and the market for corporate charters: history and agency”; Del. J. Corp. L., Vol. 15, 1990, pg. 885–920.

ANGELETTE, B.; “The revolution that never came and the revolution coming, De Lasteyrie du Saillant, Marks&Spencer, Sevic Systems and the changing corporate law in Europe”, Va. L. Rev., vol. 92, 2006, pg. 1190–1223.

ARENAS GARCÍA, R.; La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales, Der. Neg. Núm 70/71, pg. 21.

ARGAS LARIO, N., “La sociedad cooperativa europea como forma de concentración empresarial”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*; Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ARROYO MARTÍNEZ, I.; MERCADAL VIDAL, F. Artículo 5; en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J.M.; *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*; ; 2ª. Ed., Vol. 1; Tecnos Madrid, 2009.

ÁVILA DE LA TORRE, A.; “La libertad de establecimiento de las personas jurídicas tras la Constitución Europea”; en ÁLVAREZ



CONDE, E.; GARRIDO MAYOL, V.; GARCÍA COUSO, S.; (dir.); *Comentarios a la Constitución Europea*; Tomo III; Tirant lo Blanch; Valencia; 2004.

BACHNER, T.; "Creditor protection through insolvency law in England", in LUTTER, M.; *Legal Capital in Europe*; De Gruyter Recht; Berlin, 2006.

BALLARN, D.; "The evolution of the government-business relationship in the United States: colonial times to present"; *Am. Bus. L. J.*; Vol. 31; 1994.

BARNARD, C.; *The substantive law of the EU, the four freedoms*, 2<sup>nd</sup>. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2007.

BEBCHUCK, L. A., "FEDERALISM AND THE CORPORATION: THE DESIRABLE LIMITS ON STATE COMPETITION IN CORPORATE LAW", *HARV. L. REV.*, VOL. 105, NÚM. 7, 1992, PG. 1435-1510.

BEBCHUCK, L. A.; FERRELL, A.; "A NEW APPROACH TO TAKEOVER LAW AND REGULATORY COMPETITION"; *VA. L. REV.*, VOL. 87, 2001, PG. 111-164.

BEBCHUCK, L. A.; HAMDANI, A.; "Vigorous race or leisurely walk: reconsidering the competition over corporate charters", *Yale L. J.*, Vol. 112, 2002, pg. 553-615.

BERMANN, G.; GOEBEL, r.; DAVEY, W.; FOX, E.; *Cases and materials on European Union Law*, 2a. Ed., West Group, St. Paul, 2004

BEHRENS, P.; *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, 2nd ed., Walter de Gruyter, 1997.

-„Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art“ IPRax Vol. 23, No. 3 2003, pg. 193–206.

-“Sonderanknüpfungen im Internationalen Gesellschaftsrecht”, en Sonnenberger, H. J., (ed.); *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 2ª Ed.; Cizur Menor, 2006. ;

-“Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 2ª Ed.; Cizur Menor, 2006, pg. 414.

-“Fusión y escisión”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 2ª Ed.; Cizur Menor, 2006.

BERLE, A.; MEANS, G.; *The modern Corporation and private property*, Transaction Publishers, New Brunswick; 1997.

BIRKS, P. (ed.); *English Private Law*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford. 2000.

BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, RDM, 1992, Vol. 203–204, pág. 245–276

BLANCO–MORALES LIMONES, P.; “*La transferencia internacional de Sede Social*”, Pamplona, 1997.

BLANQUET, F.; “Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea “SE”)”, ZGR, Vol.1, 2002, pg. 20–65.

BLUMBERG, P.; *The multinational challenge to corporation law*, Oxford UP; New York, 1993.

BONARDELL LENZANO, R., “Separación y exclusión de socios”, en Bonardell Lenzano, R., Mejías Gómez, J., Nieto Carol, U., (coord.) *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.

BONARDELL LENZANO, R.; CABANAS TREJO, R.; *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

BOOTH, N.; *Residence, domicile and UK taxation*; Butterworths, London, 1986.

BOOTH, R. A.; “A chronology of the evolution of the MBCA”; Bus. Law, Vol. 56, 2000, pg. 63–67.

BOQUERA MATARREDONA, J.; *La junta general de las sociedades capitalistas*; Thomson–Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

-“Simplificación y facilitación del funcionamiento de la junta general de las sociedades pequeñas y medianas españolas”, en Abriani, N.; Embid Irujo, J. M.; *La società a responsabilità limitata in*

*Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*,  
Giuffrè Editore, Milán, 2008.

BORRAJO INIESTA, I.; “Las libertades de establecimiento y servicios en el Tratado de Roma”; en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GÓNZALEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S.; (dirs.); *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*; Civitas, Tomo II; Madrid; 1986.

BOUCOURECHLIEV, J.; HOMMELHOFF, P; *Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft*, Schmidt; Colonia; 1999.

BRATTON, W.; MCCAHERY, J.; VERMEULEN, E.; “How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis” *Am. J. Comp. L.*, Vol. 57, 2009; pg. 347–385.

BRENES CORTÉS, J.; *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

BUSTILLO SAIZ, M. M.; “Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro”, (Segunda Parte), *RDM*, Núm. 260, 2006, pg. 457–509.

CANARIS, C.-W., *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

CALVO CARAVACA, A. L.: “Comentario del artículo 9, apartado 11 en ALBALADEJO/DÍAZ ALABART: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 2º, Madrid, 1995

CALVO CARAVACA, A. L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; *Derecho Internacional Privado*; Vol. II; Comares, Granada; 2004;

*-Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*; Colex, Madrid, 2003.

-“Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”; RdS, Núm. 28, 2007; pg. 64.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; *Las clases de acciones en la sociedad anónima*; Civitas, Madrid, 2000.

CARNEY, W. J.; “The political economy of competition for corporate charters”; J. Legal Stud., vol. 26, 1997.

CARO GÁNDARA; R.; *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*; Civitas; Madrid; 1999.

CARRASCOSA GONZÁLEZ; J., “Sociedad cooperativa europea: aspectos de Derecho internacional privado”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*; Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

-“Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, Diario La Ley, Nº 7294, 2009, Ref. D-370.

CARY, W.; “Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware”; Y. L. Jour.; Vol. 83, N.4, 1974, pg. 663-705.

CERIONI, L.; “The approved version of the European Company Statute in comparison with the 1991 draft: some first remarks

from the General Provisions and from the Directive on employees' involvement (Part I)", *Comp. Law*. Vol. 25, No. 8, 2004, pg. 228–242.

CHARNY, D.; "Competition among jurisdictions in formulating corporate law rules: an American perspective on the "race to the bottom" in the European Communities", *Harv. L. Rev.*; Vol. 32, N. 2, 1991.

CHEFFINS, B.; "Law, the market and Corporate Enterprise", in Armour, J.; Payne, J. (eds.); *Rationality in Company law. Essays in Honour of DD Prentice*; Hart Publishing, Portland, 2009.

CLARK, R.C., *CORPORATE LAW*, ASPEN PUBLISHERS, NEW YORK, 1986.

COLLINS, A.; "CHOICE OF CORPORATE DOMICILE: CALIFORNIA OR DELAWARE?", *U. S. F. L. REV.*, VOL. 13, 1978, PG.103–144.

COMPTON, W. R.; "Early history of stock ownership by corporations", *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 9, 1940, p. 125.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; Pérez Troya, A.; *Artículo 243*, en Uría, R.; Menéndez, A.; Olivencia, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, Vol. 2, Civitas, Pamplona, 2008.

-*Artículo 237*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, vol. 2, Civitas, Pamplona, 2008.

Cox, J. D., HAZEN, T. L.; *Corporations*, Aspen Publishers, 2<sup>nd</sup> Ed., New York, 2003.

DAMMANN, J.; "Freedom of choice in the European corporate law",  
Y. Jour. Int. L., Vol. 29, 2004.

DAVIES, P.; *Gower and Davies' Principles of modern Company Law*, Thomson Sweet & Maxwell; 8th Ed.; London, 2008

-7th. Ed.; London; 2003.

DAVIES, P.; RICKFORD, J.; "An introduction to the new UK Companies Act", ECFR, 1/2008, pg. 48–71.

-"An introduction to the new UK Companies Act. Part II", ECFR 3/2008, pg. 239–279.

DEFALQUE, L.; PERTEK, J.; STEINFELD, P.; VIGNERON, P.;  
*Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*; Université de Bruxelles; Bruxelles, 2006

DE HORNA VIEDMA, S., "Entidades de crédito extranjeras: sucursales y oficinas de representación", en Alonso Ureba, A., Martínez-Simancas y Sánchez, J. (dirs.); *Derecho del mercado financiero. Entidades del mercado financiero. Caracterización y régimen*; Civitas, Madrid, 1994.

DE KLUIVER, H-J.; Inspiring a New European Company Law? – Observations on the ECJ's Decision in Inspire Art from a Dutch perspective and the Imminent Competition for corporate charters between EC Member States – ; ECFR 1/2004, pg. 121.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho Mercantil. Parte I*; Edersa, 2da. Ed.; Jaén, 1977.

-*Estudios de Derecho Mercantil. Parte I*, vol. 2, Edersa, Jaén, 1972.

DE LACY, J. (ed.); *The reform of United Kingdom Company Law*, Cavendish Publishing Ltd.; London; 2002.

DÍAZ RUIZ, E.; *Régimen jurídico de las sucursales en derecho español*, Civitas; Madrid, 1994.

DÍEZ PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*; Tecnos, 5ª Ed., Madrid, 1996.

DIGNAM, A.; LOWRY, J.; *Company Law*, Oxford UP, 4<sup>th</sup> Ed., Oxford, 2006.

DRESCHER I. § 5, IN SPINDLER, G.; STILZ, E.; *Kommentar zum Aktiengesetz*, C.H. Beck, München, 2007.

DREXLER, D.; BLACK JR.; L.; SPARKS III, G.; *Delaware Corporation Law and Practice*, Vol. II, LexisNexis, Newark, 2006.

DRUCKER, T.; "Companies in private International Law"; *Int'l & Comp. L.Q.*; Vol. 17; 1968.

DRURY, R.; "The European private company", *EBOR*, Vol. 9, 2008, pg. 125–136.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; "Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría"; *RdS*, Núm. 1, 1993, pg. 61–90.

EASTERBROOK, F. H.; FISCHER, D. R.; *The economic structure of corporate law*; Harvard Univ. Press; Cambridge, 1991.

EBKE, W., "The 'real seat' doctrine in the conflict of corporate laws"; *Int. L.* Vol. 36, 2002, pg. 1029



ECHEBARRÍA, SÁENZ, J. A.; “Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; et al.; *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009

EDWARDS, V., *EC Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

EIDENMÜLLER, H.; “Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen”, ZGR, Vol. 36, 2007, pg . 168–211.

EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., HORNUF, L., “Incorporating under European law: the Societas Europaea as a Vehicle for legal arbitration” EBOR Vol. 10, 2009, pg. 1–33.

EISENBERG, M.A.; *Corporations and other Business organizations*, 9th Ed.; Foundation Press; New York, 2005.

-“The structure of corporation law”, Colum. L. Rev.; Vol. 89; 1989, pg. 1461–1525.

EMBID IRUJO, J.M.; “El presente incierto del Derecho de sociedades”, RDM, Núm. 272, 2009, pg. 452–482.

-“Aproximación al significado jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (dir.); *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*; Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

-“Aproximación al Derecho de Sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”; NUE, Núm. 252, 2006.

-*Art. 243*, en Arroyo Martínez, I.; Embid Irujo, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 2001.

-“Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas”; NUE, Núm. 121, 1995, pg.49–57.

-“La fusión y la escisión en la nueva Ley de sociedades anónimas”, en *Jornadas sobre el nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Min. de Justicia, Madrid, 1991.

EMPID IRUJO, J.M.; MARTÍNEZ SANZ, F.; “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”; RdS Núm. 7; 1996,

ENRIQUES, L.; “EC company law and the fears of a European Delaware”, EBLR, Vol. 15; Issue 6; 2004, pg. 1259–1274.

-“Silence is Golden: the European Company Statute as a catalyst for Company law arbitrage”, ECGI, LWP 07/2003.

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

ESCUÍN IBÁÑEZ, I; PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M.; “Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales”, en Alfonso Sánchez, R., (dir.); *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*; Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.; *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, Barcelona, 2007.

ESTEBAN RAMOS, L. M<sup>a</sup>; *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*; Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

ESTEBAN VELASCO, G.; “La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la Sociedad Europea?” RdS, Núm. 13, 1999, pg. 163–171.

-“El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”; RdS; Núm. 17; 2001; pg. 142.

-“La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, RVEH, No. 8, II, 2003, pg. 213–249.

FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996.

FARNSWORTH, A.; *The residence and domicile of corporations*; Butterworth & Co. Publishers; London; 1939.

FARRANDO MIGUEL; I.; *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*; Civitas, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.L.; *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, 2da.Ed.; Madrid; 1995.

-*Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, Madrid, 1988.

-“El reglamento de la sociedad europea en el marco del derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas” en Esteban Velasco, G., Fernández del Pozo, L., (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La ejecución del traslado internacional del domicilio social” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; et al.; *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

-“Domicilio y “nacionalidad” de la SE Traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”; en ESTEBAN VELASCO, G.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coord.); *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*; Marcial Pons, Madrid; 2004

-“El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea)”, RDM Núm. 250, 2003, pg. 1494 y sig.

-“Transferencia internacional de sede social”, RGD, vol. 591, Valencia, 1993, pg. 11884.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; *La banca extranjera en España*, Univ. de Oviedo; Oviedo, 1981.

FERRANDO VILLALBA, L.; “Sujetos que pueden participar en la constitución de la Sociedad Anónima Europea”; en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.); *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

Ferrarini, G., "Securities regulation and the rise of pan-european securities markets: an overview", en Ferrarini, G.; Hopt, K.; Wymeersch, E. (eds.); *Capital markets in the age of the euro*, Kluwer Law, La Haya, 2002.

FLETCHER, W. M.; *Fletcher's Cyclopaedia of the Law of Corporations*; Thomson-West, Eagan, 2009.

FISCHEL, D. R.; "The "race to the bottom" revisited: Reflections on the recent developments in Delaware's Corporation Law"; *Nw. U. L. Rev.*; Vol. 76, 1982, pg. 913-945.

FONT GALÁN, J. I.; *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

FREITAG, R., RIEMENSCHNEIDER, M.; „Die Unternehmergeellschaft – GmbH light als Konkurrenz für die Limited?“, *ZIP*, Vol. XX, 2007, pg. 1485-1492.

FRENZEL, R.; *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften*; Dr. Kovac; Hamburgo, 2008.

GALVAÑ ESCUTIA "La nacionalidad de las Sociedades Mercantiles", Valencia, 1939.

GARCÍA PRATS, F. A.; *El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*, Tecnos, Madrid, 2005.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; "Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable"; en DELGADO DE MIGUEL; J.F. (coord.); *Instituciones de Derecho Privado*; Tomo VI, Vol. 1; Civitas, Madrid, 2003; pg. 30.

-*Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Edersa, Madrid, 2002.

-Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable”  
en Documentos de trabajo de la UAM :  
<http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/PublicacionesB.htm>

-"La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho Internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999” RDM No. 232, 1999, págs. 645–686.

-La sentencia *Überseering* y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro; RDM No. 248, 2003, pg. 677

-La Sentencia “Centros”: el status quaestionis un año después, NUE Núm. 195, 2001, pg. 79–95.

-El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura, GJUEC Núm. 217, 2002, pg. 10.

GARNER, B.; *Black's Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> Ed., Thomson–West, 2004.

GARRIGUES, J.; *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, 2da. Ed.; Madrid, 1953.

-*Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, 1971.

GAVALDA, C.; PARLEANI, G.; *DROIT DES AFFAIRES DE L'UNION EUROPEENNE*; 12ME. ED.; LITEC, PARIS, 1998.

GAY DE MONTELLÁ, R.; *CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL COMENTADO*, T. 1, BOSCH, BARCELONA 1936.

GUILLÉN FERRER, M<sup>º</sup> J.; *LA SUCURSAL BANCARIA: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO*; TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2001.

GIPPINI FOURNIER, E.; RODRIGUEZ MÍNGUEZ, J. A.; "Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?"; GJUEC, Núm. 220, 2002, pg. 38-62

GIMÉNEZ ARTIGUES, *La Nacionalidad de las sociedades mercantiles*, Bosch, Barcelona, 1949.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, T.1, Madrid, 1976.

-*Estudios y textos de derecho de sociedades de la comunidad europea*; Universidad de Madrid, Madrid, 1978.

-*Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*; Civitas, Madrid, 1986.

-"Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español"; RDM núm. 10, 1947.

GÓMEZ PORRÚA, J. M.; ILLESCAS ORTIZ, R.; *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, La Ley, Madrid, 1991.

GONDRA ROMERO, J. M.; *Derecho Mercantil I. Introducción*; Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

-“Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)”, en A.A.V.V.; *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*; T. I; Civitas, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., BENAVIDES VELASCO, P., “La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico”, RdS Núm. 27, 2006, pg. 273–297.

GOWER, L.C. B.; PRENTICE, D.D.; PETTET, B.G., *Gower’s Principles of modern company law*; Sweet & Maxwell, 5<sup>th</sup> Ed., London, 1992.

GROBFELD, B.; *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, C.F. Müller, 2da. Ed., Heidelberg, 1995.

-“Internationales Gesellschaftrecht” en STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Gruyter Verlag, 1998.

GRUNDMANN, S.; “The structure of European Company Law: from crisis to boom”; EBOR: 5, 2004; pg. 603

-*European Company Law, organization, finance and capital markets*; Intersentia, Antwerpen–Oxford, 2007.

GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*; Civitas, Madrid, 1993.



HALBHUBER, H.; "National doctrinal structures and European company law"; CMLR, Vol. 38, 2001.

HANSEN, J. L.; "A new look at Centros – From a dans point of view"; EBLR vol. 13, I. 1; 2002, pg. 85–95.

HEINE, K.; KERBER, W.; "European corporate laws, regulatory competition and path dependence", Eur. Jour. L. Eco., Vol. 13, 2002, 47–71.

HERTIG, G.; KANDA, H.; "Creditor protection", in KRAAKMAN, R.; DAVIES, P., et al.; *The anatomy of corporate law*, OUP, Oxford, 2004.

HIERRO ANIBARRO, S.; *El origen de la sociedad anónima en España. La evolución del asiento de avería y el proyecto de compañías de comercio de Olivares (1521–1633)*; Tecnos, Madrid, 1998.

HOMMELHOFF, P.; "The European private company before its pending legislative Barth", GLJ, Vol. 9, No. 6, 2008, pg. 799–818.

HOVENKAMP, H.; "The classical corporation in American legal thought"; Geo. L. J., vol. 76, 1987–1988, pg. 1593–1689.

HUESA VIAIXA, R.; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.; FORCADA BARONA, I.; SÁNCHEZ LEGIDO, A.; *Instituciones de Derecho Comunitario*; Tirant lo Blanch, 2da. Ed.; Valencia, 2000.

IGLESIAS PRADA, J. L.; BELTRÁN, E.; "A propósito de la propuesta y del informe justificativo relativos a las modificaciones estatutarias: viejas y nuevas ideas", en A.A.V.V.; *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*; Vol. II, McGraw–Hill; Madrid, 2002.

IGLESIAS PRADA, J. L.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.; “Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada”, en Menéndez, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas 3ª Ed., Cizur Menor, 2005.

ISRAELS, C.; “The corporate triangle – some comparative aspects of the New Jersey, New York, and Delaware statutes”; *Rutgers L. Rev.*, Vol. 23, 1969, pg. 615–631.

JACKSON, D., *ET al.*; “The global role of corporate law”, *Del. J. Corp. L.*, vol. 25, 2000, pg. 106–130.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima”, en A.A.V.V.; *“Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont”*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

KAHAN, M.; KAMAR, E.; “The myth of state competition”; *Stan. L. Rev.*; Vol. 53, 2002, pg. 679–749.

-“Price discrimination in the market for corporate law”, *Cornell L. Rev.*, Vol. 86, 2001, pg. 1205–1256.

KAMAR, E.; “Beyond competition for incorporations”, *Geo. L. J.*, Vol. 94, 2006, pg. 1725–1770.

KEGEL, G.; SCHURIG, K.; *Internationales Privatrecht*, 9<sup>th</sup> Ed., C.H. Beck; München, 2004.

KIENINGER, E.M.; “The legal Framework of regulatory competition based on company mobility: EU and US compared”; *GLJ*; Vol. 6; Núm.4; pg. 748.

*-Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

-“Anknüpfung grenzüberschreitender Umstrukturierungen von Gesellschaften – Sitzverlegung, Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung“, in Sonnenberger, H. J., (ed.); *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

KINDLER, P., “NIEDERLASSUNGSFREIHEIT FÜR SCHEINAUSLANDSGESELLSCHAFTEN? – DIE *CENTROS*-ENTSCHEIDUNG DES EUGH UND DAS INTERNATIONALE PRIVATRECHT“, NJW 28/1999, pg. 1193

KIRK, W. E.; “CASE STUDY IN LEGISLATIVE OPORTUNISM: HOW DELAWARE USED THE FEDERAL STATE SYSTEM TO ATTAIN CORPORATE PRE-EMINENCE”; Jour. Corp. L., vol. 10, 1984, pg. 233.

KLAUSNER, M.; “Corporations, Corporate law and networks of contracts”; Va. L. Rev., Vol. 81, 1995, pg. 757–852.

KNOBBE-KEUK, B.; “Umzug von Gesellschaften in Europa”, ZHR, vol. 154, 1990, pg. 325.

KOLLER, T.; “The English limited company – ready to invade Germany”; Int. & Comp. L.Q., Vol. 15, No. 11, pg. 334–343.

KOROM, V., METZINGER, P., „Freedom of establishment for companies: the European Court of Justice confirms and refines its

*Daily Mail* Decision in the Cartesio Case C-210/06” ECFR Vol. 6, I.1, 2009, pg. 125–160.

KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 4 Ed, C.F. Müller, Heidelberg, 1994.

LEVY, L.; *La nationalité des sociétés*; LGDJ, París, 1984, pg. 64.

Lewis, D.; “Corporate redomicile”; *Comp. Law*. Vol.16, i. 10 p. 295–299.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. La influencia del Derecho Comunitario en la tc. pg. 328

LOMBARDO, S., “Conflict of Laws Rules in Company Law after Überseering: an economic and comparative analysis of the allocation of policy competence in the European Union, *EBOR*, 2003–4, pg.306.

-“Regulatory competition in Company Law in the EU after Cartesio”, *EBOR*, Núm. 10, 2009, pg. 627–648.

LOMBARDO, S., PASOTTI, P., “The “Societas Europaea” a network economics approach”, *ECGI*, LWP Núm. 19/2004.

LOOIJESTIJN–CLEARIE, A.; “Have the dikes collapsed? Inspire Art a further break-through in the freedom of establishment of companies?”; *EBOR* 5, 2004, pg. 417.

LOUSSOUARN, Y.; BOUREL, P.; *Droit International privé*, Dalloz, París, 1996

LUTTER, M.; “Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización del Derecho de sociedades”, *Noticias de la Unión Europea* 210, 2002 pg. 3.

Lymer, A.; Oats, L.; *Taxation. Policy and Practice*, Fiscal Publications, 15<sup>th</sup>. Ed., Birmingham, 2008.

MACHADO PLAZAS, J., “Arts. 166–167”, en Arroyo Martínez, I.; Embid Irujo, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2001.

MATTERA, A.; *El mercado único. Sus reglas, su funcionamiento*; Civitas, Madrid, 1991.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.; Denominación y Domicilio Social, en ALONSO UREBA, A.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; ESTEBAN VELASCO, G., y otros (coord.); *Derecho de Sociedades Anónimas / La fundación*; Madrid, 1991

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.; “La sociedad anónima europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”; en BENEYTO, J.M.; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, A.; *El espacio financiero único de la Unión Europea. Los mercados de valores*; Marcial Pons; Madrid; 2005.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I.; “ART. 102”, EN ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ, C. (COORD.); *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, 2<sup>a</sup>. Ed., Tecnos, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ SANZ, F.; *LA separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*; McGraw–Hill; Madrid 1997.

MAYSON, S.; FRENCH, D.; RYAN, C.; *Company Law*, Oxford UP, 22<sup>nd</sup> Ed.; Oxford, 2005.

MCCAHERY, J.; VERMEULEN, E.; “Does the European Company prevent the Delaware effect?”, *Eur. L. Jour.*, Vol. 11, Num. 6, 2005, pg. 785–801.

MENÉNDEZ, A. (dir.); *Lecciones de Derecho mercantil*, Civitas, 4ta. Ed. 2006.

MENÉNDEZ, A.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.; “Art. 8 Sucursales”, en Uría, R.; Menéndez, A.; Olivencia, M. (dirs.); *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, Vol. 1ª A Civitas, Madrid, 1999.

MENJUCQ, M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, París, 1997.

-*Droit International et européen des sociétés*, Domat ; Paris, 2001.

MOLONEY, N.; “Investor protection and the Treaty: an uneasy relationship”, en Ferrarini, G.; Hopt, K.; Wymeersch, E.; *Capital markets in the age of the euro*, Kluwer Law, La Haya, 2002.

MUCCIARELLI, F.; “Company “emigration” and EC Freedom of establishment: Daily Mail revisited”; EBOR 9; 2008; pg. 280.

MUÑOZ MARTÍN, N.; “Art. 149, Cambio de domicilio”; en ARROYO, I.; EMBID IRUJO, J. M.; *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2ª. Ed., Vol. II; Tecnos Madrid, 2009.

NOACK, U.; BEURSKENS, M.; “Modernising the German GmbH – Mere window dressing or fundamental redesign?”; EBOR, Vol. 9, 2008, pg. 97–124.

-“The reform of the German private limited company: is the GmbH ready for the 21<sup>st</sup> century?” GLJ, Vol. 9, 2008, pg. 1069–1092.

OLIVENCIA, M.; "Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas" en *Academia Sevillana del Notariado*; Edersa; Madrid, 1992.

OLIVENCIA, M.; NÚÑEZ, LOZANO, P. L.; "Art. 5, Nacionalidad", en Uría, R.; Menéndez, A.; Olivencia, M. (dirs.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Civitas, Madrid, 2007.

- "Art. 6, Domicilio", en Uría, R.; Menéndez, A.; Olivencia, M. (dirs.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Civitas, Madrid, 2007.

PALAO MORENO, G. "El domicilio social de la Sociedad Anónima Europea y su traslado"; en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.); *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

PARLEANI, G. ; « L'arrêt Cartesio, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés », *Revue des sociétés*, 2009, Núm. 1, pg. 147-162

PAZ-ARES, C.; en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I; Civitas, Madrid, 1999; pg. 535;

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Comentarios al Código Civil*, T.1; Edersa, Jaén; 1978; pg. 776.

- *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2da. Ed.; Madrid; 2006.

PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

*-El derecho de separación del socio en las sociedades de capital (Un estudio de las causas legales en los ordenamientos español y estadounidense)*, La Ley, Las Rozas, 2001.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166*, en Uría, R.; Menéndez, A.; Olivencia, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995.

PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas, Madrid, 1998.

PRENTICE, D.; "The incorporation Theory – The United Kingdom"; EBLR, vol. 14, i. 6; 2003, p. 631–641

PRETEL SERRANO, J. J.; "Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima;" AAMN, Tomo XXX; 1991; pg. 220

PUENTE EGIDO, *Derecho Internacional Privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Dykinson, Barcelona, 1988

QUIJANO GONZÁLEZ, J.; La Sociedad Anónima Europea, en A.A.V.V., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Ed. McGraw–Hill; Vol. IV, Madrid, 2002.

*-"El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea"*, en PÉREZ CARRILLO, E. (coord.); *Estudios de Derecho mercantil europeo*; Marcial Pons, Madrid, 2005.

RABEL, *The conflict of Laws*, Univ. of Michigan Law School, Chicago, 1947, pg. 31.

RAMMELOO, S.; *Corporations in Private International Law, A European perspective*, Oxford, 2001



RINGE, W.-G.; "No freedom of emigration for companies?"; EBLR, Vol. 16; Núm.3; 2005; pg. 621-642.

ROBERTS, D. M.; PIVNICK, R.; "Tale of the corporate tape: Delaware, Nevada and Texas", Baylor L. Rev.; Vol.52; 2000, pg. 45-81.

RODRÍGUEZ ABELENDÁ, P., "La Sociedad cooperativa europea y su adecuación a los principios de la ACI", RJESCoop. Núm.15, 2004, pg. 129 y sig.

ROE, M. J.; "Delaware's politics"; Harv. L. Rev.; Vol. 118, 2005, pg. 2491-2543.

ROMANO, R., *The genius of American Corporate Law*, AIP, Washington D.C., 1993.

- "The State competition debate in corporate law"; Cardozo L. Rev.; Vol. 8; 1987, pg. 709-757.

- "Is regulatory competition a problem or irrelevant for corporate governance?" Oxford Rev. Econ. Pol., Vol. 21, No.2, 2005, pg. 212-231.

ROTH, W.-H., "From Centros to Ueberseering: free movement of companies, private international law, and community law", Int. & Comp. Law Q., 2003, Vol. 52, pg. 198.

ROTHER, N., "Freedom of establishment of legal persons within the European Union: an analysis of the European Court of Justice decision in the Überseering case"; Am. U. L. Rev., 2004, Vol. 53, pg. 1135

RYAN, P., Case C-167/01. Kamer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd. (E.C.J. September 23, 2003), Colum. J. Eur. L., Vol. 11, 2004/2005, pg. 201

RUEDA MARTÍNEZ, J. A.; *La sucursal. Algunos aspectos de su régimen jurídico*, JM Bosch; Barcelona, 1990.

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

SAGASTI AURREKOETXEA, J.; *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y valores*; Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; *El derecho de suscripción preferente*, Civitas, 2ª. Ed.; Madrid, 1990.

SÁNCHEZ CALERO, F.; *La junta general en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2007.

-“Art. 6. Domicilio”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T1; Edersa, Madrid, 1997.

-“La nacionalidad de la sociedad anónima”; RdS Núm. 1; 1993, pg. 46.

SÁNCHEZ LORENZO, S.; El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario, en A.A.V.V., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. I , Madrid, 2002

-“El derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede

real" en el ámbito comunitario"; AEDIPr, t. 0; 2000, pg. 115–157.

-“El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”; en A.A.V.V.; *Derecho de Sociedades: libro homenaje al Prof. Fernando Sánchez Calero*; Ed. McGraw–Hill; Madrid; 2002.

-*Derecho Privado Europeo*, Granada, 2002.

SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.; “La simplificación legislativa en la Unión Europea: modernización del Derecho de sociedades”, en A.A.V.V.; *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*; T. II, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SANCHO VILLA, D.; *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, Madrid, 2001.

-La dudosa compatibilidad con el derecho comunitario de la construcción doctrinal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd., La Ley, Unión Europea, 1999, pg.1 y sig

SANDROCK, O.; “Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG–Vertrag: Wasser, Öl und Feuer”; *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1989; pg. 507.

-*Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, BerDGesVR, 1978.

SANDROCK, O.; DU PLESSIS, J.; «The German corporate governance model in the wake of company law harmonization in

the European Unión”; *Comp. Law.*; Vol. 26, N. 3, 2005, pg. 88–95.

SCHMIDT, J.; “GERMAN COMPANY LAW REFORM: MAKEOVER FOR THE GMBH, A NEW “MINI-GMBH” AND SOME IMPORTANT NEWS FOR THE AG”, *ICCLR*, VOL. 18, 2007, PG. 306–311.

SCHMIDT, K.; *GESELLSCHAFTSRECHT*, HEYMANNS, 4TA ED., 2002.

SCHMITTHOFF *Palmer’s Company Law*, Vol. I, the Treatise; Stevens & Sons Publishers; 23rd. Ed; London 1982.

SCHÖN, W.; “Playing different games? Regulatory competition in tax and company law compared”, *CMLR*, Vol. 42, 2005, pg. 331–365.

-“The mobility of companies in Europe”, *ECFR*, Vol. 3, No. 2, 2006, pg. 122–146.

SCHWARZ, G., “ZUM STATUT DER EUROPÄISCHEN AKTIENGESELLSCHAFT” *ZIP*, VOL. 22, 2001, PG. 1847–1861.

SEIBERT, U., „DER REGIERUNGSENTWURF DES MOMIG UND DIE HAFTUNGSBESCHRÄNKTE UNTERNEHMERGESELLSCHAFT“; *GMBHR*, VOL. 98, 2007, PG. 673–677.

-“Close corporations – Reforming private company law: European and international perspectives”, *EBOR*, Vol. 8, 2007, pg. 83–92.

SELIGMAN, J.; “A brief history of Delaware’s General Corporation Law of 1899”; *Del. J. Corp. L.*, Vol. 1, 1976, p. 249–286.

SEQUEIRA MARTÍN, A.; “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social”; RdS Núm.31, 2008, pg. 83–91.

-“Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, RdS Núm. 31, 2008, pg. 33–54.

-“Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE”, CDJ, Núm. 19, 2004, pg. 439–512.

SERICK *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*; Ariel, Barcelona, 1958.

SIEMS, M.; “The European directive on cross–border mergers: an International model?” *Colum. J. Eur. L.*; Vol. 11; 2005, pg.180..

-“The impact of the European company (SE) on legal culture” *Eur. L. Rev.*, Vol. 30, Núm. 3, 2005, pg. 431–442.

-Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st. Century, *European Law Review* No. 27, 2002, pg. 51

SKOIE MORKVE, C.; “The European Company in Scandinavia: Nordea’s transformation to a SE”; *EBLR*, Vol. 16, 2; 2005, pg. 353–358

Soderquist, L.; Smiddy, L., Sommer jr., A.; Chew, P.; *Corporate law and Practice*; PLI Press, New York, 1999.

Sonnenberger, H. J., (ed.); *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

SORENSEN, K., NEVILLE, M., "Corporate migration in the European union", *Colum. J. Eur. Law*, Vol. 6, pg. 181 y sig.

SPINDLER, G.; El derecho Europeo de sociedades después de Inspire Art y Golden shares, *RdS Núm. 23*, 2004, pg.76.

STORM, P., "The *societas europaea*: a new opportunity?" en Van Gerven, D., Storm, P., *The European Company*, Vol. I, Cambridge UP, Cambridge, 2006.

Study group for German stock corporation and capital markets law, "The eight most important Recommendations for modification of the SE Regulation" *EBOR Vol. 10*, 2009, pg. 285–289.

SZYDLO, M., "Case C–210–06, *CARTESIO* Oktató és Szolgáltató bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008, not yet reported" *CMLR*, Vol. 46, 2009, pg. 703–722.

TALBOT, L.E.; *Critical Company Law*, Routledge–Cavendish, Abingdon, 2008.

TEICHMANN, C.; "Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft – Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber"; *ZGR*, Vol. 31, 2002, pg. 383–464.

-“La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, NUE, núm. 252, 2006, pg. 122.

-*Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006.

TIMMERMANS, C.; *Company law as lus Commune?*, Intersentia, Leuven, 2002.

TRÖGER, T.; “CHOICE OF JURISDICTION IN EUROPEAN CORPORATE LAW – PERSPECTIVES OF EUROPEAN CORPORATE GOVERNANCE”, EBOR, VOL. 6, PG. 3–64.

TUNG, F.; “Before competition: origins of the internal affairs doctrine”; Jour. Corp. L.; Núm. 32–1; 2006, p. 22.

URÍA, R.; *La información del accionista en Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976.

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I; Civitas, Madrid, 1999.

Uría, R.; Menéndez, A.; Muñoz Planas, J. M.; “La junta general de accionistas”, en Uría, R.; Menéndez, A.; Olivencia, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; T. V; Civitas, Madrid, 1992.

VAN DEN BRAAK, S., “Transferring the registered office” en ZAMAN, D., SCHWARZ, C., et al. (eds.), *The European Private Company (SPE) A critical analysis of the EU draft Statute*, Intersentia, Antwerp, 2009.

VAN DUZER, P.; *Companies Act 2006: A guide for private companies*; Jordan Publishing, Bristol, 2007.

VAÑÓ VAÑÓ, M.J.; Fusiones transfronterizas en la Unión Europea; RGD, ; pg. 7075

VAQUERO LÓPEZ, C., Comentario a la STJCE de 30 de Septiembre de 2003, Asunto C-167/01, Inspire Art Ltd., RdS Núm. 22, 2004, pg.288.

-“El traslado del domicilio social dentro de la CE: nuevos criterios legislativos y jurisprudenciales”, RDBB, Núm. 86, 2002, pg. 203-228.

VARA DE PAZ, N.; “La protección de los acreedores en la fusión y escisión de las sociedades ”, en A.A.V.V., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pg. 1097-1123.

VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, RdS Núm.19, 2002, pg.

VEIGA COPO, A.; “Transformación” en, Arroyo, I.; Embid, J. M.; Górriz, C.; *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. I, 2ª. Ed., Tecnos, 2009.

VELASCO ALONSO, A., *El derecho de separación del accionista*, Ed. De Derecho financiero, Madrid, 1976.

VELASCO SANPEDRO, L. A.; SÁNCHEZ FELIPE, J.M.; “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE, el estado de la cuestión después de la SE”; RdS; Núm. 19, 2002, pg.

VICENT CHULIÁ, F.; *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª Ed.; Tirant lo Blanch; Valencia; 2007



VICIANO PASTOR, J. "La sociedad anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España"; en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.); *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

VIERA GONZÁLEZ, J., "La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada", RDM Núm. 270, 2008, pg. 1331-1392

VON TUHR, A.; *Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VOSESSTEIN, G.-J.; "Companies' freedom of establishment after *Sevic*", ECL, Vol. 3, I. 4, 2006, pg. 177-182.

WERLAUFF, E.; "The SE Company – A new common European company from 8 October 2004"; EBLR, i. 1, vol. 3; 2003, pg. 85-103.

*-EU-Company Law. Common Business law of 28 states*; Djof Publishing, 2a Ed.; Copenhagen, 2003.

WILLMARTH, F.; "Choice of a corporate domicile"; Cal. L. Rev.; Vol. 49, 1961, pg. 518-534.

WIRTH, G.; ARNOLD, M.; GREENE, M.; *Corporate law in Germany*, C.H. Beck, Munich, 2004.

WINTER, J.; "Thalassa! Thalassa! – The SE as a glimpse of the future?"; en RICKFORD, J. (ed.); *The European Company. Developing a community law of corporations*; Intersentia, Antwerp; 2003.

-“EU Company law at the cross-roads. The need for a regulatory framework” en A.A.V.V.; *Reforming Company and Takeover law in Europe*; Oxford UP, Oxford, 2004.

WINTER, R. K.; “State law, shareholder protection and the theory of the corporation”; J. Leg. Stud.; Vol. 6, 1977, pg. 251–292.

WOOLDRIDGE, F.; *Company Law in the United Kingdom and the European Community: its harmonization and unification*, London, 1991, pg. 118 y sig.

-“Überseering: freedom of establishment of companies affirmed”, EBLR, Vol. 14, Issue 3, 2003, pg. 227–235.

WOUTERS, J; Private International Law and Companies' freedom of establishment, EBOR 2, 2001; pg. 107.

Wymeersch, E.; “Cross-border transfer of the seat of a company – Recent EU case law and the SE regulation”, en Rickford, J. (ed.); *The European Company. Developing a community law of corporations*; Intersentia, Antwerp; 2003, pg. 83–111.

-“ECGI—Law Working Paper No.08/2003

-“Is a Directive on corporate mobility needed?”, EBOR, Vol. 8, 2007, pg. 161–169.

ZIMMER, D.; “Private International Law of Business Organizations”, EBOR 1, 2000, pg. 595.

ZIMMER, D.; RINGE, W.-G.; „Art. 8 SE-VO (§§ 12–14 SEAG)” en Lutter, M.; Hommelhoff, P.; *SE – Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008.

## JURISPRUDENCIA

- C-02/74, *Reyners v. Reino de Bélgica*
- C-33/78 *Sofamer v Saar-Ferngas*.
- C-120/78, *Cassis de Dijon*
- C-120/78 *Rewe-Zentral AG*;
- C-53/81 de 23 de marzo de 1982, *Levin*;
- C-286/82 y C-26/83, *Luisi et Carbone*.
- C-270/83 Comisión c. Francia [TJCE 1986W37]
- C-66/85 de 3 de julio de 1986, *Lawrie Blun*.
- C-79/85, Segers Rec. 1986, pgs. 2375 y sig.
- C-81/87, de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust PLC*.
- C-196/87 de 5 de octubre de 1988, *Steymann*
- C-330/91 *Commerzbank*
- C-01/93 *Halliburton Services c. Staatsecretaris van Financiën*
- C-250/95 *Futura Participations SA*,
- C-219/97 *Centros*.
- C-367/98, Comisión c. Portugal;
- C-58/99, Comisión c. Italia;
- C-483/99 Comisión c. Francia;
- C-503/99, Comisión c. Bélgica;
- C-174/00, *Kennemer*, STJCE de 21 de marzo de 2002.
- C-208/00 de 5 de noviembre de 2002, *Überseering BV*.
- C-463/00 Comisión c. España;
- C-98/01, Comisión c. Reino Unido.
- C-167/01, *Inspire Art*.

C-09W02 Hughes de Lasteyrie du Saillant

Dutch West India Co vs. Henriques van Moses (1724) [93 Eng. Rep. 1378-1865]

Henriques v Dutch West India Co. [1728] 93 Eng. Rep. 1378-1865

The General Steam Navigation Company v. Guillou [(1843) 11 M.&W. 877],

Cesena Sulphur Co. v. Nicholson (1876) 1 Ex. D. 428.

*Re Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society* (1889) 22 QBD 470  
*De Beers Consolidated Mines, Ltd. V Howe* [1905] A.C. 455.

C.L. Dreyfus v. Commissioners of Inland Revenue [(1929) 14 T.C. 560]

Gasque v. Inland Revenue Commissioners [1940] 2 K.B. 80.  
38 US 519 (1839).

Marshall v. Baltimore and Ohio Railroad Co., 16 How. 314 (1853)  
*Salomon v. Salomon & Co. Ltd. (1897)*

75 U.S. 168 (1868).

*Re Oriel Ltd* [1986] 1 W.L.R. 180 at 184

Calcutta Jute Mills Co v. Nielson [1921] 1 Ch. 575.

*Piemonte v. New Boston Garden Corp.*; 377 Mass. 719, 387 N.E. 2d 1145

Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518, 636 [1819].

Reichsgericht de 1904 (Juristische Wochenschrift [JW] 1904, pg. 231-232

OLG Munich, RIW 1986, 820 et seq.;

OLG Oldenburg, NJW 1990, 1422

BGH, ZIP 1991, 1582 et seq.;

BayObLG, EuZW 1992, 548 et seq.;

BGHZ 97, 269 et seq.;

STS 10 de mayo 1876

STS de 5 de abril de 1966

STS de 30 de marzo de 1973.

STS de 30 de marzo de 1978.

STS de 17 de mayo de 1979 [RJ 1979W1886],

STS de 31 de diciembre de 1979 [RJ 1979W4499]

STS de 12 de julio de 1983 [RJ 1983W6111]

STS de 16 de marzo 1987 [RJ 1987W1483],

STS de 28 de enero de 1994, RJ 1994W572.

STS de 17 de junio de 1994 [RJ 1994W4930]).

STS de 19 de octubre de 1987 [RJ 1987W7298].

RDGRN de 11 de septiembre de 1990.

STS de 7 de octubre 1991 [RJ 1991W7444],

STS de 10 de febrero de 1992 [RJ 1992W1204],

RDGRN de 29 de febrero de 1992 (RJ 1992W2882).

STS de 14 de noviembre de 1992 [RJ 1992W9406]

STS de 28 de noviembre de 1998 ( RJ 1998/9325).

STS de 4 octubre 1999 (RJ 1999W7013)

RDGRN de 4 de febrero de 2000 (RJ 2000/488)

STS (Sala Social) de 18 de septiembre 2001 (RJ 2002/588)

STS de 5 de febrero de 2002 [RJ 2002W1600]

AP Barcelona (Sección 17ª), sentencia de 31 julio 2002. (JUR 2002W271448.)

STS de 7 de mayo de 2004 [RJ 2004W2155].

## DOCUMENTOS OFICIALES Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Draft Treaty of The Hague Conference on the mutual recognition of the legal personality of companies, 1956.

*Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento en la Comunidad Económica Europea* [DO núm. 2 de 15 de enero de 1962, pg. 36/62]

Draft EC Treaty on the mutual recognition of companies, signed on Feb. 29, 1968, Brussels, Bull. EG suppl. 2–1969

KPMG, *Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another*, Brussels, 1993.

Simpler Legislation for the Internal Market; Doc.XV/6037/99–ES.

Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern regulatory Framework for Company Law in Europe (*Informe Winter*), 2002.

*White Paper* from the Commission to the European Council, *on completing the internal market*, COM (85) 310 final.

*El plan de acción de la Comisión – Simplificar y mejorar el marco regulador*, COM (2002) 278 final, de 5 de junio.

*Actualizar y simplificar el acervo comunitario*” COM (2003) 71 final, de 11 de febrero.

Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, COM (2003) 284 Final.

*Acuerdo interinstitucional – legislar mejor*, del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea, DO C 321, de 31 de diciembre de 2003.

Tratado firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por el que se establece una Constitución para Europa.

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, Part I and II, SEC (2007) 1707.

Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea [COM (2008) 396/3

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

COMPANY LAW REVIEW, *Final Report*, vol. I and II, URN 01/943, July, 2001.

SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY; *Modernising Company Law*, Cm 5553-I, vol.I, July 2002.

DTI, *Companies in 2005–2006*

BERR, *Final Regulatory Impact Assessment September 2007*. (Cross-Border Mergers).

Model Business Corporation Act 2005.

Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG).