

EL TRASLADO TRANSFRONTERIZO Y LA DETERMINACIÓN DE
LA LEY APLICABLE (*LEX SOCIETATIS*) EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

*CROSS-BORDER TRANSFER AND DETERMINATION OF THE
APPLICABLE LAW (LEX SOCIETATIS) IN THE CASE LAW OF THE COURT
OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 1040-1057



Álvaro BUENO
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: En el presente trabajo se va a realizar un análisis de la jurisprudencia más relevante de los últimos años en materia de traslado transfronterizo y determinación de la ley aplicable a las sociedades (*lex societatis*). Por tanto, el objetivo de este artículo consiste en exponer los principales obstáculos jurídicos que afectaban a la realización efectiva de estas operaciones y, en consecuencia, exponer los distintos avances introducidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento con la finalidad de mejorar la productividad y competitividad de las sociedades a nivel intracomunitario.

PALABRAS CLAVE: Traslado internacional; domicilio social; traslado transfronterizo; ley aplicable; *lex societatis*; jurisprudencia; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TJUE.

ABSTRACT: *This paper will analyse the most relevant case law of recent years in the field of cross-border transfer and determination of the law applicable to companies (lex societatis). The aim of this article is therefore to set out the main legal obstacles affecting the effective performance of these operations and, consequently, to set out the various developments introduced by the case law of the ECJ in the area of freedom of establishment with the aim of improving the productivity and competitiveness of companies at intra-Community level.*

KEY WORDS: *Cross-border conversion; registered office; international conversion; applicable law; lex societatis; case law; Court of Justice of the European Union; CJEU.*

SUMARIO.- I. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.- II. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA EL TRASLADO DEL DOMICILIO DE UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA AL EXTRANJERO Y VICEVERSA.- III. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD (SEDE REAL VS CONSTITUCIÓN). DETERMINACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*.- IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. SENTENCIAS RELEVANTES.- V. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.

El traslado internacional del domicilio social implica que una sociedad constituida e inscrita conforme al Derecho español adopta la nacionalidad del país de destino. De ahí que, el traslado del domicilio supone que la sociedad adquiere una nueva nacionalidad y, en consecuencia, se aplique un derecho distinto al que se venía aplicando, esto es, el derecho del país de destino.

La operación del traslado internacional del domicilio social se encuentra regulada en el derecho español en los arts. 92 y ss. de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME). Asimismo, y por lo que refiere al ámbito registral, estas disposiciones de la LME deben ser puestas en relación con los arts. 20, 160, 161 y 309 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM) para aquellos casos de traslado de una sociedad española al extranjero y del traslado a España de una sociedad con sede social en el extranjero.

Ahora bien, el marco de este régimen jurídico lo establece el propio art. 92 LME que señala que “El traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español se regirán por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en este Título, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea”. De ahí que la referencia a los tratados y convenios internacionales contenida en el artículo 92 tiene como único propósito aclarar que, en caso de existir un convenio, la sociedad que emigre deberá cumplir no sólo con las provisiones contenidas en la LME, sino también con lo acordado entre España y el país del destino en el seno del convenio, si existieran tal convenio¹. Además,

¹ GOÑECHEA, J.M. y GRACIA, C.: “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2009, núm. 24, p. 19.

• **Álvaro Bueno Biot**

Doctorando en Derecho en la Universidad de Valencia. Correo electrónico: abb88813@gmail.com

este régimen jurídico también se verá completado por lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

La principal idea que subyace de lo estipulado por este régimen jurídico de la LME se construye sobre el mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. De esta forma, se posibilita que las sociedades españolas que quieran trasladar su sede social al extranjero puedan hacerlo sin que ello afecte a la continuidad de la personalidad jurídica siempre que la normativa del Estado miembro de destino lo permita. Por su parte, cuando una sociedad extranjera quiera trasladar su sede social a España, no será necesaria su disolución, pero sí deberán sujetarse al ordenamiento jurídico español, especialmente en lo que refiere a los requisitos de constitución del tipo social de que se trate (salvo que un Tratado o Convenio internacional disponga otra cosa).

Por último, no debe perderse de vista el tratamiento jurídico-procedimental que la LME establece para el traslado del domicilio de una sociedad española a un Estado miembro de la UE y el que se aplica cuando el país de destino no es un Estado miembro de la UE es el mismo, es decir, la LME no distingue en función del país de destino. En cambio, en la situación inversa (traslado a España del domicilio social de una sociedad extranjera), sí existe una diferenciación en función de cuál es el país de destino. De esta forma, cuando la sociedad que traslada su sede social a España procede de un país del Espacio Económico Europeo ello no va a afectar a la personalidad jurídica de la misma, mientras que cuando se trate de un traslado de domicilio de una sociedad de un "tercer estado" se exige que la normativa del estado de origen permita la operación del traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica.

Ahora bien, antes de entrar en el siguiente punto conviene precisar que la denominación "traslado internacional del domicilio social" que hace la LME no expresa bien la naturaleza de la misma. Como hemos dicho, cuando la sociedad traslada su domicilio social a otro Estado, pasa de estar regulada por la Ley del Estado de origen a regularse por la Ley del Estado de destino. De ahí que se produce un cambio del tipo social, esto es, cuando una sociedad de responsabilidad limitada española se transforma en una *società a responsabilità limitata* italiana, no sólo se produce un cambio de domicilio y de nacionalidad, sino que cambia también el régimen jurídico y estatutario. Por ello, como señala ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA² resulta más adecuado hablar de transformación transfronteriza, que podría definirse como el traslado del domicilio social al extranjero con cambio de la ley reguladora y adopción de un tipo societario del Estado de destino, conservando su personalidad jurídica.

2 ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: "El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud", *Almacén de Derecho*, 2017. Consultar en <https://almacendederecho.org/traslado-internacional-domicilio-transformacion-transfronteriza-la-importancia-la-stjue-polbud>

II. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA EL TRASLADO DEL DOMICILIO DE UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA AL EXTRANJERO Y VICEVERSA.

Para que una sociedad pueda trasladar su domicilio desde España al extranjero o viceversa es necesario que cumpla dos requisitos. El primero de ellos (art. 54 TFUE) se basa en criterios alternativos, es decir, es suficiente con:

a) Que la sociedad despliegue sus actividades en un Estado miembro, esto es, que su centro de explotación principal radique en dicho Estado.

b) Que tenga su sede estatutaria en un Estado miembro, esto es, que en los estatutos conste que la sociedad tiene su sede en el Estado miembro en cuestión.

c) Que la administración central de la sociedad radique en el Estado miembro, es decir, que el centro de dirección efectivo de la misma se sitúe en dicho Estado.

Por tanto, dado el carácter alternativo de estos criterios, con que se cumpla cualquiera de ellos bastaría para entenderse cumplido el primer requisito, el cual debe concurrir junto al otro requisito obligatorio: que la sociedad se constituya conforme al derecho de un Estado miembro. La jurisprudencia europea³ señaló que será el Derecho nacional de los Estados miembros –por remisión del Derecho Comunitario- el que verifique si la sociedad ha sido válidamente constituida, ya que en las normas comunitarias falta una definición uniforme.

En este sentido, cuando la sociedad se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro y, además, tiene su sede estatutaria o su administración central o su principal centro de explotación en un Estado miembro podrá beneficiarse de la libertad de establecimiento en los otros Estados miembros.

De esta forma, no se benefician de la libertad de establecimiento ni de la libre prestación de servicios las sociedades radicadas en un tercer país que dispongan de sucursales o agencias situadas en países comunitarios, pero que no se han constituido con arreglo a la Ley de un Estado miembro.⁴

El régimen jurídico de la LME se aplicará a todas aquellas sociedades mercantiles españolas que se hayan inscrito en el Registro Mercantil. De esta forma, quedan excluidas de este régimen las sociedades que no sean mercantiles y las que –aún siendo mercantiles- no estén inscritas en el Registro Mercantil.

3 STJUE 16 diciembre 2008. Cartesio Oktató és Szolgáltató bt Asunto C-210/06, FJ 109.

4 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea", *Estudios de Deusto*, 2007, vol. 55/1, p. 58.

Además, la LME excluye expresamente a las sociedades anónimas europeas (art. 92 LME), debido a que ya disponen de su propio régimen jurídico para el traslado del domicilio social, así como a aquellas sociedades en liquidación o declaradas en concurso de acreedores (art. 93.2 LME). Sin embargo, el legislador nada ha establecido sobre la posibilidad de que una sociedad extranjera en liquidación o en concurso de acreedores pueda trasladar su domicilio a territorio Español, posibilidad que, como hemos visto, para el traslado de sociedades españolas al extranjero está vetada.

III. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD (SEDE REAL VS CONSTITUCIÓN). DETERMINACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*.

Existen varios modelos para atribuir a una sociedad la nacionalidad de un país. Cada Estado tiene su propio modelo de atribución. En el presente trabajo voy a pasar a exponer los dos más importantes y utilizados en el ámbito de los Estados Miembros de la Unión Europea y que son los siguientes:

a) El modelo de sede real: la ley aplicable a la sociedad (*lex societatis*) será la ley del Estado en el que la sociedad tenga su sede real, esto es, su establecimiento principal o administración central. Bajo esta teoría se exigiría, por tanto, conexión entre domicilio social y actividad como requisito fundamental de aplicabilidad de la *lex societatis*. Con ello lo que se pretende es que la sociedad esté regida por la ley del Estado donde se desarrolla la principal actividad económica de la misma y evitar la creación de sociedades ficticias. Este es el modelo seguido por países como Alemania, Francia, Bélgica, Austria y España, entre otros. De hecho, en el ordenamiento jurídico español ello se refleja en el art. 9.1 LSC donde establece que “Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”.

b) El modelo de constitución: la *lex societatis* será la ley del Estado conforme a cuyo derecho se haya constituido la sociedad. De esta forma, la nacionalidad de la sociedad será la del lugar en que se inscribe en el Registro mercantil, de manera que se aplicará el derecho del estado que se encuentra en la escritura de la sociedad, con independencia de donde se lleva a cabo su actividad económica principal. De ahí que sea el lugar donde se haya creado la sociedad –el que conste en los estatutos- el que determine la ley aplicable. Este modelo es seguido por países como Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido o Suecia

En el primer supuesto –modelo de sede real- una sociedad extranjera será reconocida únicamente si el Estado donde se ubique su sede real y el Estado de constitución coinciden, es decir, que una sociedad extranjera sólo será reconocida

si se ha constituido válidamente conforme al Derecho del lugar donde radique su sede real. En consecuencia, en aquellos Estados donde se utilice este modelo no van a ser reconocidas las sociedades cuya sede real no se encuentre en el territorio del Estado en el que se constituyeron.

Por su parte, en el segundo supuesto –modelo de constitución–, el reconocimiento de las sociedades no presenta ninguna dificultad. En este sentido, una vez se ha constituido la sociedad conforme al Derecho de un Estado, será reconocida en los demás. Esto se explica porque, conforme a este modelo de constitución, el reconocimiento va a depender de que la sociedad se haya constituido conforme a su *lex societatis*, y esta ley aplicable es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido, de manera que una sociedad que se ha constituido de acuerdo con las normas de un Estado extranjero, será válidamente reconocida.

Como vemos, la relación que presenta cada uno de estos dos modelos con la libertad de establecimiento difiere bastante. Mientras el modelo de constitución no presenta problemas, el modelo de sede real condiciona el reconocimiento de la sociedad a que la misma se haya constituido conforme al derecho del Estado donde radique su sede real, de manera que si no se dan estas dos circunstancias conjuntamente no va a poder beneficiarse de los derechos inherentes a la libertad de establecimiento.

Planteadas así las cosas, surge la duda de si este modelo de sede real es compatible con el régimen establecido por el TFUE, especialmente con lo estipulado por los artículos 49 y 54 TFUE que consagran la libertad de establecimiento, ya que la Unión Europea es también un “espacio de libertad, de seguridad y de justicia” (art. 61 TCE, actual art. 67 TFUE), un espacio por el que los ciudadanos de la UE, los nacionales de los Estados miembros, tienen derecho a circular libremente (art. 18.1 TCE, actual art. 21.1 TFUE), y en el que las sociedades que cumplen los requisitos del art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE), tienen derecho a establecerse con total libertad en otros Estados miembros. Y “establecerse libremente” significa establecerse sin “obstáculos jurídicos”⁵.

Por tanto, es necesario realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la compatibilidad de estos modelos con el TFUE y, además, ha impuesto límites a la facultad que tienen los Estados Miembros para reconocer a sociedades extranjeras. Así, en el siguiente apartado se van a exponer algunas de las sentencias más relevantes sobre ello.

5 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Sociedades mercantiles”, cit., p. 73.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. SENTENCIAS RELEVANTES.

No hay duda de que la jurisprudencia del TJUE ha contribuido de manera decisiva a determinar lo que supone la libertad de establecimiento en los traslados transfronterizos en un doble sentido: por un lado, ha eliminado algunos obstáculos que dificultaban o impedían el traslado transfronterizo de la sede social y, por otro lado, ha contribuido a establecer límites a las facultades de los Estados miembros en lo que respecta a la imposición de requisitos y condiciones que éstos pueden establecer para que se lleve a cabo el traslado transfronterizo.

En este sentido, el TJUE se ha ocupado del traslado transfronterizo de sede social fundamentalmente, y en lo que al presente trabajo resulta de interés, en tres casos. Se trata de los asuntos *Cartesio*⁶, *Vále Épitesí*⁷ y *Polbud*⁸. No obstante, para entender adecuadamente los argumentos del TJUE en estos casos es necesario ponerlos en relación con el contexto creado por la jurisprudencia sentada por el TJUE en los asuntos *Centros*⁹, *Überseering*¹⁰ e *Inspire Art*¹¹, ya que en estos tres últimos se plantea el debate sobre los modelos de determinación de la ley aplicable (*lex societatis*) expuestos anteriormente y su grado de compatibilidad con la libertad de establecimiento consagrada por el TFUE en los actuales artículos 49 y 54.

Así, en primer lugar, encontramos la Sentencia del caso *Centros* donde un matrimonio danés –nacionales daneses y residentes en Dinamarca- constituyó una sociedad en Inglaterra conforme a la ley inglesa y con sede social en Inglaterra. Posteriormente, la sociedad decidió abrir una sucursal en Dinamarca y solicitó la apertura de la misma donde iba a desarrollar la totalidad de las actividades económicas, no realizando ninguna en el Estado inglés. La razón de ello residía en que el matrimonio danés pretendía evitar la aplicación de las normas sobre el capital mínimo que establece el derecho danés. En consecuencia, las autoridades del Estado danés denegaron la solicitud debido a que no se trataba de una verdadera sucursal, sino de un establecimiento principal.

Ante tal situación, el TJUE señaló que Dinamarca es competente para establecer todas aquellas medidas que considere necesarias con la finalidad de evitar el fraude fiscal, esto es, que los Estados miembros pueden adoptar medidas apropiadas para prevenir o sancionar fraudes siempre que respondan a las condiciones

6 STJUE 16 diciembre 2008. *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt Asunto C-210/06.

7 STJUE 12 julio 2012. *Vale Épitési kft.* Asunto C-378/10.

8 STJUE 25 octubre 2017. *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.* Asunto C-106/16.

9 STJUE 9 marzo 1999. *Centros Ltd* contra *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*. Asunto C-212/97.

10 STJUE 5 noviembre 2002. *Überseering BV* contra *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. Asunto C-208/00.

11 STJUE 20 septiembre 2003. *Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* contra *Inspire Art. Ltd.* Asunto C-167/01.

tradicionalmente exigidas por el TJUE para considerar justificada la restricción a alguna libertad fundamental: que no se trate de medidas discriminatorias, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para alcanzar el objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo¹².

Sin embargo, las autoridades danesas no pueden impedir la instalación de la sucursal de la sociedad inglesa en el Estado danés. En consecuencia, Dinamarca debe admitir la existencia y el establecimiento de la sociedad *Centros* en su territorio ya que dicha sociedad se ha constituido válidamente conforme al derecho inglés, esto es, al derecho de otro Estado miembro. Así, una sociedad constituida válidamente conforme al ordenamiento de un Estado miembro tendrá derecho a establecer una sucursal –para llevar a cabo la totalidad de sus actividades– en otro Estado miembro.

Conforme a ello, se ha debatido entre la doctrina más autorizada sobre si el TJUE, en este sentido, ha considerado que el art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE) tiene alcance conflictual y, en definitiva, ha reconocido la tesis de la incompatibilidad entre el modelo de sede real y el TFUE. En favor de esta incompatibilidad se ha pronunciado GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹³ quien ha sostenido su tesis con base en dos argumentos:

Por un lado, señala que, si un Estado no puede invocar la excepción del fraude para rechazar la inscripción del establecimiento, con más razón no podrá invocar una regla general. Y, precisamente esto es lo que implica un modelo de sede real, cuyo fundamento último es el fraude ya que no se reconocen a las sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado distinto al del Estado donde tiene su sede real para evitar que los socios defrauden los intereses de este último.

Y, por otro lado, afirma que los considerandos de la sentencia *Centros* solo se entienden a partir de la tesis de la incompatibilidad, ya que el TJUE hace una lectura del art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE) que contradice abiertamente el modelo de sede real de donde se desprende directamente que las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades principal se encuentre dentro de la Comunidad europea, tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro. Y porque más tarde señala el TJUE que "... En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en

12 TORRALBA, E.: "La transformación transfronteriza de sociedades en el ámbito de la UE: una perspectiva de Derecho internacional privado", *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2019, núm. 55, p. 6.

13 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: "La sentencia 'centros' del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, núm. 1, pp. 9-11.

otros estados miembros es inherente al ejercicio, dentro del mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado”.

En segundo lugar, la Sentencia del caso *Überseering* parte del siguiente supuesto: una sociedad –denominada *Überseering*– constituida válidamente conforme al derecho holandés y con sede social en Holanda decidió trasladar su sede de dirección a Alemania. En consecuencia, las autoridades alemanas afirmaron que dicha sociedad debía “reconstituirse” conforme al derecho alemán. La razón estriba en que en Alemania se sigue el modelo de sede real y, por tanto, como ahora la sociedad tiene su sede real o efectiva en dicho estado se debe regir por el derecho alemán. De ahí que las autoridades alemanas negaran que *Überseering* tuviera personalidad jurídica y capacidad procesal al no estar constituida conforme a su derecho. Por tanto, como señala el TJUE (Cdo. 81º), la exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento.

Así las cosas, el TJUE señaló que la adopción de dicho modelo de sede real suponía un obstáculo a la libertad de establecimiento y, en consecuencia, no podía ser aplicado en los casos comunitarios. En efecto, la negativa de un Estado miembro a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio estatutario supone una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con los actuales artículos 49 y 54 TFUE (Cdo. 82º).

Con esta sentencia, el TJUE vino a decir, en definitiva, que si la sociedad *Überseering* había sido válida y legalmente constituida conforme al derecho holandés –que es un Estado miembro–, esta sociedad queda cubierta por el art. 48 TCE (actual 54 TFUE) y, en consecuencia, protegida por la libertad de establecimiento, de manera que puede transferir con total libertad su sede de dirección efectiva de un Estado miembro a otro sin perder por ello su personalidad jurídica a raíz de obstáculos impuestos por el ordenamiento jurídico alemán. En este sentido, el TJUE viene a confirmar la doctrina sentada en la anterior Sentencia del caso *Centros*.

Y, por último, para finalizar con esta trilogía jurisprudencial del TJUE, cabe analizar la sentencia del caso *Inspire Art*. Se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada que se constituyó conforme a la ley inglesa y estableció su domicilio social en Inglaterra. Dicha sociedad estaba dirigida por un administrador único desde Holanda, donde disponía de una sucursal y, además, se llevaban a cabo el 100% de sus actividades económicas y comerciales. Para ello, las leyes holandesas exigían a las sociedades extranjeras un capital mínimo e imponían normas de responsabilidad solidaria a los administradores bastante exigentes. De ahí que las autoridades holandesas exigieran que la sociedad *Inspire Art* cumpliera

con tales disposiciones. Sin embargo, el TJUE estableció que tales disposiciones se oponían a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE) y, por tanto, la citada sociedad podía instalarse en el Estado miembro que prefiriera, así como instalar sucursales y llevar a cabo sus actividades económicas y comerciales en el Estado miembro que deseara.

El Estado holandés, por tanto, quedaba obligado a reconocer a una sociedad que se había constituido válidamente conforme al derecho de otro Estado miembro y, en consecuencia, dicha sociedad, amparada por la libertad de establecimiento, podía ejercer actividades exclusivamente en otro estado miembro diferente de donde se constituyó y a evitar la aplicación de las normas del Estado miembro de destino relativas a la constitución de sociedades.

Por tanto, vemos como el modelo de sede real, según el cual una sociedad se constituye conforme al ordenamiento del Estado donde establece su sede real –administración central o centro principal de actividades–, no es compatible con la libertad de establecimiento consagrada por los arts. 49 y 54 TFUE en lo que refiere al reconocimiento de sociedades provenientes de otros Estados miembros. Y eso es así porque el modelo impide que una sociedad válidamente constituida según el Derecho de un Estado miembro sea reconocida en otro Estado miembro, que adopta un sistema de sede real, en los casos en los que el Derecho según el que se constituyó tal sociedad no es el del territorio en el que tiene dicha sede¹⁴.

Ahora bien, esta conclusión no puede conducirnos a pensar que el modelo de sede real no pueda aplicarse en ningún caso en el espacio comunitario. De hecho, las sentencias que se expondrán a continuación vienen a decir que, en ausencia de una armonización del Derecho de la UE en este sentido, los Estado miembros tendrán facultades para determinar las condiciones de las sociedades que se acogen a su ordenamiento, tanto para su constitución como en aquellos casos en los que éstas pretendan registrarse por su *lex societatis* como consecuencia del traslado transfronterizo.

El caso *Cartesio* parte del siguiente supuesto: una sociedad constituida válidamente conforme al ordenamiento húngaro y con domicilio social en Hungría decidió trasladar su domicilio social a Italia. Sin embargo, manifestó su intención de continuar sometida a la Ley húngara amparándose en la libertad de establecimiento consagrada en los arts. 43 y 48 TCE (actuales arts. 49 y 54 TFUE). Lo que ocurre es que, según el Derecho internacional privado húngaro, dicho traslado no era posible ya que la sociedad al trasladar su sede social fuera de dicho país pierde su condición jurídica de sociedad, es decir, pierde su personalidad jurídica y, en consecuencia, se extingue.

14 TORRALBA, E.: “La transformación transfronteriza”, cit., p. 4.

En este caso, el TJUE hizo varias afirmaciones importantes en lo que a este trabajo interesa. En primer lugar, estableció que el derecho de las sociedades de trasladar su sede social de un Estado miembro a otro manteniendo su personalidad jurídica no se había desarrollado en el derecho comunitario. Esto es, que no existen Convenios internacionales entre Estados miembros ni normas en el Derecho comunitario que regulen este derecho de las sociedades a trasladar su domicilio social manteniendo la Ley aplicable a la sociedad y su personalidad jurídica (Cdo. 108).

De ahí que, al no regularse esta cuestión por el Derecho comunitario ni ningún Convenio internacional, será la legislación de cada Estado miembro el que establezca los requisitos para que una sociedad pueda trasladar su sede social sin cambiar la Ley aplicable que rige dicha sociedad y manteniendo su personalidad jurídica. Por tanto, en el presente caso, el TJUE afirmó que la libertad de establecimiento amparada por el TFUE no incluye el derecho de la sociedad *Cartesio* de trasladar su domicilio social a Italia conservando su ley aplicable. Para ello, esta posibilidad debería estar permitida por el derecho húngaro, lo que en este caso no ocurría y, en consecuencia, la sociedad debía dejar de existir como tal perdiendo su personalidad jurídica porque así estaba previsto por la legislación húngara.

No obstante, a pesar de esta facultad de los Estados miembros de regular el traslado transfronterizo, ésta no es absoluta. Los arts. 43 y 48 TCE (actuales arts. 49 y 54 TFUE) exigen que el Estado miembro de origen admita estas dos posibilidades¹⁵ en lo que refiere a la cuestión del traslado transfronterizo de sede social:

1. El Derecho del Estado de origen de la sociedad debe permitir que ésta pueda disolverse y volver a constituirse en otro Estado miembro con arreglo a la Ley del Estado miembro de destino.

2. El Derecho del "Estado miembro de salida" de la sociedad debe otorgar a dicha sociedad su derecho a "transformarse", sin previa disolución y liquidación de la misma, en una sociedad regida, ahora, por el Derecho nacional de otro Estado miembro ("Estado de destino"), siempre que el Derecho del "Estado miembro de destino" permita dicha transformación sin disolución de las sociedades extranjeras. Lo contrario supondría un obstáculo a la libertad de establecimiento de una sociedad válidamente constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro

15 MARTÍNEZ RIVAS, F.: "Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 1, p. 141.

Por su parte, siguiendo esta línea, encontramos el caso *Vále Építési* cuyo supuesto de hecho es el siguiente: Una sociedad de responsabilidad limitada constituida conforme a las leyes italianas y con sede real en Italia decide trasladar su centro de actividades a Hungría e iniciar allí sus actividades. No obstante, una vez obtenida la cancelación de la hoja registral del registro mercantil italiano, el registro húngaro le deniega su inscripción aduciendo que, de acuerdo con las leyes húngaras, las normas sobre transformaciones sólo serán aplicables a las sociedades húngaras y no a sociedades que se hayan constituido conforme a la legislación de otro Estado, en este caso Italia. Ante ello, después de recurrir la sociedad italiana en apelación y ante el Tribunal Supremo, éste último plantea una cuestión prejudicial al TJUE con el objeto de aclarar si las normas que fundamentan la denegación de la inscripción son compatibles con la libertad de establecimiento amparada por los arts. 49 y 54 TFUE.

El TJUE en este caso resolvió que no es posible que un Estado miembro establezca normas que permitan a las sociedades nacionales transformarse, pero, en cambio, no permita la transformación de una sociedad de otro Estado miembro. Señaló que ello está comprendido en el ámbito de la prohibición de los arts. 49 y 54 TFUE. En este sentido, si la legislación nacional sólo prevé la transformación cuando la sociedad ya tiene su domicilio en el propio Estado, lo que se produce aquí es un trato discriminatorio, esto es, una diferencia de trato en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la transformación. En consecuencia, afirma que “por lo que respecta al principio de equivalencia, debe señalarse que, en virtud de este principio, un Estado miembro no está obligado a tratar las operaciones transfronterizas más favorablemente que las operaciones internas. Tal principio sólo implica que las medidas del Derecho nacional para garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que las aplicables a las situaciones semejantes de naturaleza interna”.

Además, el TJUE dio indicaciones sobre cómo realizar la operación para aquellos casos en los que el derecho nacional no establezca nada al respecto. En este sentido, afirmó que procede la aplicación sucesiva de los derechos nacionales. Esto es, primero se deberán cumplir las normas sobre transformación del Estado de origen y, posteriormente, las del Estado de destino.

Y, finalmente, indicó que, conforme al principio de efectividad, “las autoridades del Estado miembro de acogida están obligadas a tener debidamente en cuenta, en el examen de una solicitud de registro de una sociedad, los documentos procedentes de las autoridades del Estado miembro de origen que acreditan que dicha sociedad cumplió efectivamente las condiciones de éste, en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión”.

Por último, conviene tener presente el caso *Polbud* cuyo supuesto de hecho es el siguiente: Una sociedad constituida conforme a la Ley polaca y con sede real en Polonia, pretende trasladar su domicilio a Luxemburgo, pero sin cambiar su sede real, esto es, su centro de dirección efectiva.

En este sentido se distingue del caso *Cartesio* en que en éste se pretendía trasladar la sede real sin cambiar la ley aplicable, y del caso *Vále Építési* porque el Estado miembro que se opone es el Estado de origen. Además, en el caso *Polbud*, el debate gira en torno a si cabe la posibilidad de trasladar el domicilio estatutario sin cambio del centro de dirección efectiva o sede real.

El TJUE entiende que las autoridades polacas no pueden oponerse al traslado alegando que no se cumple el requisito de coincidencia de domicilio social y sede real que es lo que exige el derecho polaco. La razón estriba en que si la sociedad polaca se ha convertido en una sociedad luxemburguesa, las autoridades polacas no tienen potestad para exigir que se cumpla el principio de sede real. En todo caso, debería ser el Estado de Luxemburgo el que exija que se cumpla este principio y, en el presente, supuesto no lo exige.

Por su parte, el TJUE también entendió que no es necesario que la sociedad vaya a ejercer una actividad económica en Luxemburgo. En consecuencia, la sociedad puede optar por aquella legislación que considere más conveniente, razón que es suficiente para justificar la transformación transfronteriza¹⁶.

Para finalizar, en lo que respecta a cómo puede afectar esta transformación transfronteriza a terceros, el TJUE también se pronunció, ya que acreedores, trabajadores y socios minoritarios que había establecido su relación con esa sociedad teniendo en cuenta un régimen legal, ahora se van a encontrar sujetos a otro régimen legal sin su consentimiento. En este sentido, el TJUE señala que tanto el Estado de origen como el de destino pueden establecer medidas para garantizar los derechos de acreedores, trabajadores y socios minoritarios. Sin embargo, el TJUE afirma que la medida adoptada por el Estado polonés –exigir la liquidación de todas las relaciones jurídicas- va más allá de lo necesario para garantizar estos derechos¹⁷.

16 En este sentido, el TJUE en el considerando 40 de la Sentencia afirma que “no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa”.

17 En este sentido, el TJUE en el considerando 58 de la Sentencia establece que “Procede destacar que esta normativa prevé, con carácter general, la obligación de liquidar la sociedad, sin que se tenga en cuenta el riesgo real de causar un perjuicio a los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores y sin que sea posible optar por medidas menos restrictivas que puedan salvaguardar esos intereses. En lo que atañe, en particular, a los intereses de los acreedores, como ha señalado la Comisión Europea, la constitución de garantías bancarias o de otras garantías equivalentes podría ofrecer una protección adecuada de dichos intereses”.

V. CONCLUSIONES.

Tal y como hemos venido exponiendo en este trabajo, la jurisprudencia del TJUE, en el ámbito de la libertad de establecimiento, ha contribuido de manera decisiva a determinar y establecer los límites de los traslados transfronterizos entre Estados miembros de la UE. Sin embargo, pese a que deben primar las interpretaciones de lo establecido por la jurisprudencia comunitaria, ello no supone una exclusión automática y absoluta del derecho nacional de los Estados miembros, sino que éste se aplicará cuando estemos ante la ausencia de normas comunitarias en la materia, sin perjuicio de que estos derechos nacionales queden sometidos al control de los arts. 49 y 54 TFUE.

En lo que respecta a la jurisprudencia del TJUE, cabe tener en cuenta, en primer lugar, la trilogía *Centros-Überseering-Inspire Art*, de cuyas sentencias podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1) Una sociedad puede ejercitar la totalidad de sus actividades económicas sin necesidad de que cuente con un vínculo real con el Estado miembro de constitución. En consecuencia, los socios podrán elegir la ley aplicable a la sociedad estableciendo simplemente la sede estatutaria de la misma en el Estado que deseen y constituyendo la sociedad conforme a la legislación del mismo. Y ello con independencia de que sus actividades económicas radiquen en otro Estado miembro. De esta forma, la sociedad, amparada por la libertad de establecimiento, podrá establecer agencias o sucursales y explotar su actividad económica en el Estado miembro que desee. De ahí que no haya lugar para el fraude, esto es, dentro de los límites de la UE la sociedad puede moverse libremente sin que cualquier movimiento que realice suponga una maniobra ficticia que dé lugar al fraude, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptar los Estados miembros para prevenirlo.

2) Las legislaciones de los Estados miembros que impongan normas imperativas para impedir a las sociedades aprovecharse de aquellos ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros que les sean más beneficiosos serán contrarias a la libertad de establecimiento. La razón reside en que para que la libertad de establecimiento pueda ser efectiva es necesario que las normas relativas a la constitución de sociedades de los distintos Estados miembros tengan un valor idéntico, esto es, que sean equivalentes. En consecuencia, esto provocará una competencia de los Estados por mejorar sus ordenamientos y, por tanto, favorecer la implantación de sociedades en sus territorios.

3) Los Estados miembros, con respecto a la libertad de establecimiento, siguen manteniendo la potestad de establecer aquellas medidas que consideren

necesarias con el objeto de evitar el fraude de ley y la implantación de sociedades ficticias.

Por su parte, la conclusión que podemos extraer de los casos *Cartesio* y *Vále Építési* es la siguiente: Una sociedad constituida válidamente conforme al ordenamiento de un Estado miembro no puede trasladarse a otro Estado miembro con mantenimiento de la personalidad jurídica y de la Ley aplicable del Estado de origen. Pero, en cambio, lo que sí queda amparado por la libertad de establecimiento es el derecho de dicha sociedad a trasladar su domicilio social con cambio de la Ley aplicable ajustándose a los requisitos establecidos por las normas del Estado de destino y abandonando las normas del Estado de origen. Y todo ello sin necesidad de que se produzca la disolución de la sociedad, siempre y cuando el Derecho del Estado de destino admita tal posibilidad, de manera que, si así se prevé por la normativa del Estado de destino, dicho traslado se podrá llevar a cabo con las condiciones expuestas, quedando vetada la facultad del Estado de origen, en virtud del principio de libertad de establecimiento, a impedir dicho traslado.

En consonancia con lo anterior, los Estados miembros no podrán establecer un trato diferente para las sociedades en función de si éstas pertenecen a su territorio o a otro Estado miembro. Ello es discriminatorio y, en consecuencia, los Estados miembros deberán darle, conforme al principio de equivalencia, un trato igual a las sociedades independientemente de su naturaleza interna o transfronteriza. Además, en las citadas operaciones de traslado se aplicarán sucesivamente los derechos nacionales del Estado de origen y del Estado de destino, así como respetar, conforme al principio de efectividad, lo estipulado por los documentos que el Estado de destino reciba del Estado de origen.

Ahora bien, con la sentencia del caso *Polbud*, lo relevante reside en la ampliación de la libertad de establecimiento que el TJUE hace al respecto: ahora las sociedades podrán optar por elegir la ley que más les convenga independientemente de donde tengan la sede real, es decir, su centro principal de actividades. En este sentido, una sociedad puede desarrollar la totalidad de su actividad económica en un Estado miembro y mantener su sede estatutaria e, incluso, trasladarla a otro Estado miembro con cambio de la Ley aplicable, siempre y cuando la legislación del Estado miembro de destino lo permita, lo que ocurrirá en tanto en cuanto este Estado adopte el modelo de constitución. Por tanto, los socios tienen total libertad para elegir la ley aplicable a la sociedad tanto en el momento de su constitución como en cualquier momento posterior a través de la transformación transfronteriza.

Sin embargo, esto puede favorecer el “*Delaware effect*”, esto es, la posibilidad de que las sociedades opten por las jurisdicciones que les resulten más favorables. Esto anteriormente solo se producía en el momento de constitución de la sociedad,

pero con la posibilidad de cambiar la ley reguladora en un momento posterior a través del traslado transfronterizo manteniendo la personalidad jurídica, ahora este efecto se ha ampliado favoreciendo la concentración de sociedades en aquellos territorios que siguen el principio de constitución, ya que allí no se requiere una conexión entre sede real y domicilio estatutario, esto es, ordenamientos que permiten un cambio de domicilio social sin cambiar la sede real.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud”, *Almacén de Derecho*, 2017.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea”, *Estudios de Deusto*, 2007, vol. 55/I. pp. 49-121.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “La sentencia ‘centros’ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, núm. 1.

GOENECHEA, J.M. y GRACIA, C.: “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2009, núm. 24, pp. 15-26.

MARTÍNEZ RIVAS, F.: “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 132-142.

TORRALBA, E.: “La transformación transfronteriza de sociedades en el ámbito de la UE: una perspectiva de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2019, núm. 55.

JURISPRUDENCIA

STJUE 25 octubre 2017. Polbud – Wykonawstwo sp. Z o.o. Asunto C-106/16.

STJUE 12 julio 2012. Vale Építési kft. Asunto C-378/10.

STJUE 16 diciembre 2008. Cartesio Oktató és Szolgáltató bt Asunto C-210/06.

STJUE 20 septiembre 2003. Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art. Ltd. Asunto C-167/01.

STJUE 5 noviembre 2002. Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). Asunto C-208/00.

STJUE 9 marzo 1999. Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Asunto C-212/97.