

# TRASLADO INTRAEUROPEO DE LA SEDE SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

## *CROSS BORDER TRANSFER OF COMPANY SEAT IN THE EUROPEAN UNION*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ\*

Sumario: I. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA. ASPECTOS BÁSICOS. II. RAZONES PARA EL TRASLADO DE LA SEDE SOCIAL ENTRE ESTADOS MIEMBROS. III. SUSPICACIAS ESTATALES FRENTE AL TRASLADO DE LA SEDE SOCIAL A OTROS PAÍSES. IV. PRECISIONES CONCEPTUALES: TRASLADO DE "SEDE REAL", TRASLADO DE "SEDE SOCIAL" Y TRASLADO DE "SEDE DE EXPLOTACIÓN". V. EL TRASLADO DE SEDE SOCIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL COMO NEGOCIO JURÍDICO. VI. EL TRASLADO INTRAEUROPEO DE SEDE SOCIAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. VII. EFICIENCIA CONFLICTUAL Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRASLADO INTRA EUROPEO DE SEDE SOCIAL. VIII. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN: El presente trabajo expone el régimen jurídico del traslado de sede social de las sociedades de capital en Derecho europeo. Tras una exposición de las razones económicas que impulsan dicho traslado, se examina el triple nivel de regulación del traslado de sede social en el Derecho la Unión Europea. El derecho a cambiar el Estado miembro donde se localiza la sede social de una sociedad de capital viene garantizado por el mismo Derecho europeo material. Sin embargo, como ha precisado el TJUE en cuatro sentencias seminales (*Daily Mail*, *Cartesio*, *VALE Építési Kft.* y *Polbud*), el Derecho del Estado miembro de salida de la sociedad y el Derecho del Estado de destino de la misma deben coordinarse para que el cambio de Estado miembro en el que se encuentra la sede social produzca todos sus efectos jurídicos. Este trabajo expone el distinto régimen legal de los dos modos de cambio de sede social entre Estados miembros: el que se verifica sin cambio de la Ley aplicable a la sociedad y el que requiere que ésta cambie su Ley reguladora.

*ABSTRACT: This work deals with the transfer of the companies' head office under European private international law. The economic reasons for that transfer is examined as well as the three levels of regulation: European material law, the law of the State where the seat of the company was previously located and the law of the State of the new seat. Not only are the main judgments rendered by the ECJ in the matter considered, but also the consequences of that transfer are carefully analyzed. The four seminal judgments by the ECJ Daily Mail, Cartesio, VALE Építési Kft. and Polbud shed some light on the necessary coordination between European substantive law, the law of the member state where the seat of the company was originally placed and the law of the member state of the company's new seat. Different legal options are open for companies that want to leave the state where the previous company's seat is located. Companies are allowed to transfer their seat to another member state with a parallel change of*

---

Fecha de recepción del trabajo: 30 de marzo de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 25 de abril de 2019.

\* Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia. carras@um.es

*their governing law or mantaining that law although the seat has been transfered to another member state.*

PALABRAS CLAVE: traslado de sede social / Ley de la sociedad / conflicto de leyes / Derecho internacional privado europeo.

KEYWORDS: *International transfer of registered office / Law of the company / conflict of laws / European private international law.*

## **I. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA. ASPECTOS BÁSICOS.**

1. El Derecho europeo recoge una serie de libertades de circulación que alcanzan, en el seno de dicho ordenamiento jurídico, el carácter y el rango de "derechos fundamentales" atribuidos por el mismo. Puede afirmarse, en esta línea, que el Derecho europeo es el Derecho de la libre circulación, el Derecho de la libertad de movimientos en el espacio territorial de la UE. El Derecho europeo garantiza, asegura y potencia que las personas físicas y jurídicas, los capitales, las empresas, las mercancías y los servicios circulen sin barreras ni obstáculos jurídicos por todos los Estados miembros. En esta perspectiva de libertad de circulación, surge como problema típico y ya clásico del Derecho europeo el traslado de la sede social de las personas jurídicas desde un Estado miembro a otro. El presente trabajo se concentra en el análisis valorativo del traslado intra-UE de la sede social de las sociedades de capital y de su regulación en Derecho europeo. Baste recordar en este momento que la normativa española de la misma, -que no es sino un desarrollo necesario de las previsiones legales del Derecho europeo-, se encuentra en los arts. 92-103 de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles<sup>1</sup>.

## **II. RAZONES PARA EL TRASLADO DE LA SEDE SOCIAL ENTRE ESTADOS MIEMBROS.**

### **1. La búsqueda de un mercado más favorable.**

2. El traslado de sede social de una persona jurídica desde un Estado miembro a otro ha planteado y plantea problemas jurídicos y económicos extremadamente complicados. Con carácter preliminar es conveniente destacar, con D. SIMON y L. PLANITZER, que el traslado de sede social de una persona jurídica desde un Estado miembro a otro se produce por razones económicas que es necesario tener siempre muy presente. Dos suelen ser estas causas: la búsqueda de un mercado más rentable y la búsqueda de un

---

<sup>1</sup> *Vid.* Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, BOE núm. 82 de abril 2009.

entorno legal societario más beneficioso<sup>2</sup>. En este apartado se expone la primera causa, la búsqueda de un mejor mercado, y en el siguiente, se abordará la segunda causa, esto es, la búsqueda de un mejor entorno legal societario.

3. Una sociedad de capital con sede social en un Estado miembro suele operar en el mercado de dicho Estado miembro y ello le resulta rentable. En el momento en el que ello deje de ser así, la sociedad puede decidir adoptar la decisión de "emigrar" a otro país en cuyo mercado las posibilidades de beneficios reales son mayores, indica M. MENJUCQ<sup>3</sup>. En dicho caso, se aprecia una evidente "competencia entre mercados". La sociedad buscará radicarse en el mercado que le ofrezca rentabilidad más elevada bien porque el nuevo mercado dispone de más clientes o de clientes con mayor capacidad económica, menores costes de producción, materias primas a precios más bajos, u otras circunstancias *de facto*, o bien porque las reglas de ordenación de dicho mercado son más eficientes para la sociedad. Si un Estado miembro dispone de normas livianas sobre responsabilidad civil de la sociedad frente a terceros, o de reglas menos exigentes sobre acceso al mercado, con menores requisitos para comerciar o desarrollar actividades económicas, la sociedad puede decidir "emigrar" a dicho Estado miembro y operar en su mercado mediante el traslado al mismo de su sede social. Es cierto que la sociedad puede operar en el mercado de un Estado miembro sin trasladar al mismo su sede social. Para eso existe la libre prestación de servicios en la UE. Sin embargo, *ceteris paribus*, si la sociedad opera de manera constante y mayoritariamente en el mercado de un concreto Estado miembro, es habitual que tenga su sede oficial, su sede social, en dicho país. En definitiva, la búsqueda de un mercado nacional más rentable explica que la sociedad abandone su Estado miembro de sede social y traslade ésta a otro Estado miembro.

4. En este caso, esto es, cuando la sociedad busca radicarse en otro Estado miembro, lo más frecuente es que, como ilustra M. AZENCOT, una sociedad decida "mover" tanto su lugar de principal explotación, *-i.e.* sus actividades económicas, el ejercicio efectivo de su actividad económica-, como también su centro de dirección, *-i.e.* su sede real-, y su sede social *-i.e.* su sede estatutaria o domicilio social-, de un Estado miembro a otro<sup>4</sup>.

## 2. La búsqueda de una legislación societaria y fiscal más favorable.

5. En segundo lugar, una sociedad puede decidir trasladar su sede social a otro Estado miembro por razones ajenas al mercado y a la regulación legal del mismo. Una sociedad de capital está regida por una Ley estatal, que es la que determina su existencia y su funcionamiento interno. Es la llamada *Lex Societatis*. Ahora bien, la aplicación de

---

<sup>2</sup> SIMON, S., "Transfert du siège d'une société commerciale", *Europe*, 2017 diciembre, n. 12, pp. 27-29; PLANITZER, L., "Niederlassungsfreiheit schützt auch isolierte Satzungssitzverlegungen", *Ecolex*, 2018, pp. 255-257.

<sup>3</sup> MENJUCQ, M., "Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne", *La Semaine juridique - édition générale*, 2009-II, pp. 40-42.

<sup>4</sup> AZENCOT, M., "Le transfert international de siège social, these sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH, Paris 2, 2011, accesible en [https://assasrecherche.u-paris2.fr/ori-oai-search/thematic-search.html?menuKey=tef&submenuKey=authors&id=azencot\\_muriel](https://assasrecherche.u-paris2.fr/ori-oai-search/thematic-search.html?menuKey=tef&submenuKey=authors&id=azencot_muriel); pp. 11-15.

esas reglas comporta un coste para toda sociedad de capital. La regulación societaria es cara. Ciertas leyes de determinados Estados son muy exigentes en el sector societario. Otras leyes de otros Estados resultan ser mucho menos exigentes al respecto. Cada Estado dispone de sus normativas al respecto. La *Lex Societatis* es diferente de país a país y esta afirmación es válida también para la UE. En efecto, es sabido que existe un conjunto de normas materiales de Derecho europeo derivado que regula muy diferentes aspectos legales relativos a las sociedades de capital. Son las conocidas "directivas societarias". No obstante, no todo el régimen jurídico de las sociedades está armonizado por estas directivas europeas. Cuestiones tan importantes como el capital social necesario para crear una sociedad de capital o la responsabilidad civil de los administradores sociales escapan al Derecho europeo y se regulan de manera distinta de Estado miembro a Estado miembro.

6. Pues bien, puede suceder, y de hecho sucede, que una sociedad con sede social en un Estado miembro haya comprobado que la aplicación de las leyes societarias de dicho Estado miembro le resulta muy onerosa y que decida, precisamente por ello, trasladar su sede social a otro Estado miembro cuya legislación societaria le resulta menos gravosa. Es decir, como muestra D. SIMON, la sociedad opta por la legislación más beneficiosa para su constitución y su funcionamiento interno<sup>5</sup>. La sociedad elige, mediante este traslado de sede social, en favor del "Derecho mejor" para auto-organizarse, exponen D. MARTIN / F. ALOGNA, como sucede desde hace décadas en los Estados Unidos de América<sup>6</sup>.

7. Este movimiento societario de sede social por razones normativas puede suscitar, en ocasiones, la temida, -por ciertos expertos legales-, "*race to the bottom*"<sup>7</sup>. Se trata de una carrera a la baja, una competencia entre leyes societarias estatales en la que vencen las leyes societarias menos exigentes con la sociedad de capital. Delaware se traslada a Europa, advierte R.M. BUXBAUM<sup>8</sup>. Ahora bien, no siempre tiene por qué ser así. Puede también suceder que la sociedad decida trasladar su sede social a un Estado miembro no porque éste disponga de un Derecho societario poco exigente y laxo, sino porque le conviene presentarse en el mercado como una sociedad seria y solvente radicada en un Estado miembro concreto o porque el Derecho de este Estado ofrece formas societarias más flexibles, operativas y adecuadas a su actividad económica, apuntan C. GERNER-BEUERLE / M. SCHILLIG<sup>9</sup>. Por tanto, también puede suceder que el traslado de sede social obedezca a la razón de que la nueva legislación societaria despliega una "función

<sup>5</sup> SIMON, S., "Transfert du siège d'une société commerciale", *Europe*, diciembre 2017, n. 12, pp. 27-29.

<sup>6</sup> MARTIN D. / ALOGNA, F., "A European Delaware: The Nascent Regulatory Market in Europe", *Corporate Finance & Capital Markets Law Review*, 2007, pp. 1-40.

<sup>7</sup> Muy bien explicado en BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 53-55.

<sup>8</sup> BUXBAUM, R.M., "Is there a Place for a European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?", *RabelsZ*, 2010, pp. 1-24. En el mismo sentido, para España, LUCINI, A., "Derecho societario europeo: a vueltas con la sentencia del caso Polbud y la Directiva que viene", *El Notario*, abril 2018, n.78 (<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-78/opinion/opinion/8522-derecho-societario-europeo-a-vueltas-con-la-sentencia-del-caso-polbud-y-la-directiva-que-viene>).

<sup>9</sup> GERNER-BEUERLE, C., / SCHILLIG, M., "The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*", <http://ssrn.com/abstract=1340964>, 2009, p. 20.

de marca”, en las acertadas palabras de H. MUIR-WATT<sup>10</sup>. Así, por ejemplo, una sociedad con sede social en España puede decidir trasladar dicha sede a Alemania porque, en el mercado europeo, operar como una sociedad regida por el Derecho alemán produce una mejor impresión en términos de reputación comercial. En el Reino Unido constan inscritas más de 50.000 sociedades que no desarrollan actividad económica alguna en dicho país. Todas las explotaciones económicas de estas sociedades "inglesas" se hallan en Alemania, remarca A. LUCINI<sup>11</sup>. La razón es clara: constituir una sociedad en el Reino Unido es más rápido y económico que hacerlo en Alemania y las reglas británicas sobre responsabilidad de los administradores sociales son menos exigentes que las germanas.

8. De modo paralelo, y visto que el criterio de vinculación fiscal más extendido es el domicilio / sede social, muchas sociedades pueden decidir un traslado de su sede social a un Estado con tipos fiscales societarios más reducidos. *Dumping* fiscal internacional y sociedades *Offshore*, son fenómenos muy difundidos en la economía globalizada actual y responden a la selección, por la sociedad, de la legislación fiscal que les resulta más favorable.

9. Por tanto, puede afirmarse que una sociedad decide trasladar su sede social de un Estado miembro a otro bien porque opta en favor de un mercado más rentable y/o bien porque busca cambiar el Derecho que la rige y ajustarse a unas leyes societarias y/o fiscales cuya aplicación le comportan costes más reducidos. Necesario es recordar que sólo una buena información legal previa puede garantizar que la selección de la legislación societaria y fiscal más favorable, lleve, como observa T. DELVAUX, a la eficiencia de este mercado de legislaciones (*regulatory market*)<sup>12</sup>.

### III. SUSPICACIAS ESTATALES FRENTE AL TRASLADO DE LA SEDE SOCIAL A OTROS PAÍSES.

10. El traslado internacional de la sede social de una sociedad de capital desde un Estado a otro suele ser contemplado por los Derechos nacionales como un fenómeno negativo. Los Derechos nacionales son, en efecto, reacios a dejar marchar a otro país a las sociedades que tiene su sede social en su territorio. La explicación a este fenómeno puede articularse a través de varios argumentos.

11. En primer lugar se hallan los motivos fiscales. Visto que una sociedad suele tributar en el Estado en cuyo territorio tiene su sede social, dicho Estado pierde ingresos fiscales si la sociedad abandona su territorio. En efecto, la práctica totalidad de las Leyes fiscales estatales emplean, cierto que con matices importantes, el criterio de vinculación tributario del "domicilio social" o "sede social" en relación con el impuesto

---

<sup>10</sup> MUIR-WATT, H., "Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*", *RCDIP*, 2004, pp. 173-184.

<sup>11</sup> LUCINI, A., "Derecho societario europeo....", *op. cit.*

<sup>12</sup> DELVAUX, T., "La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés", *Revue pratique de sociétés*, 2004, pp. 207-273.

de sociedades<sup>13</sup>. Es claro que una huida de la sociedad hacia otro país supone dejar atrás la vinculación tributaria con el primer país de sede social, como bien destaca R. ARENAS<sup>14</sup>. La sociedad dejará de tributar en el país donde tuvo su primera sede social y pasará a tributar en su nuevo Estado de sede social. Tras ello, no hay duda, yace una competencia entre las Leyes fiscales de los distintos Estados. En efecto, los Derechos tributarios estatales más laxos atraen a las sociedades de capital, no es ningún secreto. Las sociedades *Offshore* existen por dicho motivo<sup>15</sup>. Los Derechos tributarios estatales más severos, rigurosos y exigentes, por el contrario, ahuyentan a las sociedades. Un Estado con un sistema fiscal societario exigente no desea que "sus sociedades" dejen de ingresar en su erario público e ingresen tras el traslado de su sede, en las arcas públicas de otros Estados. Ello explica las grandes reticencias del Derecho de numerosos Estados a permitir un libre traslado de la sede social de las sociedades con destino a otros Estados. Con otras palabras puede afirmarse que el traslado de sede social a otros países suele regularse de manera restrictiva, adusta y exigente para retener ingresos fiscales. Frente a ello, como es natural, los Estados que desean atraer sociedades de capital a su territorio ofrecen tipos fiscales reducidos a las sociedades de capital: el turismo fiscal societario es una realidad.

**12.** En segundo término se encuentran los motivos estrictamente económicos. Los Estados consideran que las sociedades, según se indicará más adelante, son "criaturas de su Derecho", y desean impedir la fuga de sociedades del territorio de su país para no perder capital acumulado, apunta H. KRONKE<sup>16</sup>. Un abandono masivo de sociedades es una huida de capital y de inversión para el Estado abandonado. En íntima relación con ello, subraya P.E. MONTEIRO DE MEIRELES, los Estados desean evitar la fuga de sociedades de su territorio para proteger, al menos en teoría, a los acreedores de la sociedad, que normalmente son acreedores radicados en dicho Estado<sup>17</sup>. El Estado mira siempre con cierto favoritismo al acreedor local.

---

<sup>13</sup> Vid. art. 7.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288 de 28 noviembre 2014), cuyo texto precisa que serán contribuyentes del Impuesto de sociedades las personas jurídicas y otras entidades "cuando tengan su residencia en territorio español". El art. 8 de dicha Ley señala que: "1. Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas. b) Que tengan su domicilio social en territorio español. c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español. A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades".

<sup>14</sup> ARENAS, R., "Transferencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa: Derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento", *Diario La Ley*, 30 abril 2012, pp. 1-6.

<sup>15</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado", *REEI*, 2014, pp. 1-54, esp. pp. 12-14.

<sup>16</sup> KRONKE, H., "Capital Markets and conflicts of Law", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2000, vol. 186, pp. 245-386.

<sup>17</sup> MONTEIRO DE MEIRELES, P. E., "The future of direct seat transfer of company's in European Union after the National Grid Indus and Vale case", Universidade católica portuguesa centro regional do Porto, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2016 (accesible en [http://www.academia.edu/34610640/THE\\_FUTURE\\_OF\\_DIRECT\\_SEAT\\_TRANSFER\\_OF\\_COMPANY\\_S\\_IN\\_EUROPEAN\\_UNION\\_AFTER\\_THE\\_NATIONAL\\_GRID\\_INDUS\\_AND\\_VALE\\_CASE](http://www.academia.edu/34610640/THE_FUTURE_OF_DIRECT_SEAT_TRANSFER_OF_COMPANY_S_IN_EUROPEAN_UNION_AFTER_THE_NATIONAL_GRID_INDUS_AND_VALE_CASE)), pp. 49-50.

13. Como apunta A. SCHALL, es evidente que se desarrolla un juego de poder entre los Estados miembros y la misma UE por el control de los movimientos societarios dentro de la Unión<sup>18</sup>. Los Estados miembros defienden (sus) intereses nacionales, es lógico. La UE defiende un interés europeo, lógico es también. El Derecho internacional privado de la UE persigue afianzar, asegurar, promover e impulsar la libre circulación de sociedades en el mercado único y ello resulta incompatible con el esfuerzo de los Estados miembros por no dejar que "sus" sociedades abandonen su territorio para implantarse en otros Estados miembros. En este juego de tronos, debe subrayarse que desde la STJCE 27 septiembre 1988, 81/67, *Daily Mail*, la balanza se inclina, de modo ineluctable, a favor del lado europeo.

#### **IV. PRECISIONES CONCEPTUALES: TRASLADO DE "SEDE REAL", TRASLADO DE "SEDE SOCIAL" Y TRASLADO DE "SEDE DE EXPLOTACIÓN".**

##### **1. El tecnicismo del Derecho societario internacional.**

14. Sabido es que el Derecho internacional privado constituye un sector del Derecho con un alto nivel técnico. No siempre es sencillo de entender y con frecuencia suscita cuestiones sutiles y matices delicados de difícil discernimiento. Ello se percibe con singular énfasis, como describen D. ZIMMER / CH. NAENDRUP, en las cuestiones de Derecho societario internacional<sup>19</sup>. Este tecnicismo del Derecho societario internacional se ve aumentado por un problema añadido: la "tiranía de los conceptos" a la que se refiere J. BAUERREIS y que ilustra también de modo sagaz M. AZENCOT<sup>20</sup>. Los conceptos encapsulan la realidad en abstracciones de fuerte impacto teórico y progresivo e inevitable alejamiento del mundo real. Regular el traslado de la sede social de una sociedad de capital desde un Estado miembro a otro resulta particularmente complicado porque, además de la dificultad intrínseca de la cuestión, -en especial, por la presencia de elementos de soberanía estatal en la disciplina legal societaria-, resulta que los conceptos propios del Derecho societario internacional son, con extrema frecuencia, anfibológicos, difusos y plurivalentes. Como apunta TH. PANTHEN, los tribunales, los legisladores y la doctrina discuten y discrepan sobre el significado y alcance auténtico de conceptos esenciales para el Derecho societario internacional, tales como "administración central de la sociedad", "domicilio social", "establecimiento principal de la sociedad", "sede social", "sede real", "sede estatutaria de la sociedad", y otros similares<sup>21</sup>. A pesar de la extrema importancia de estos conceptos, utilizados con frecuencia como puntos de conexión en Derecho internacional privado societario, es llamativa a la par que lamentable la falta de precisión de los mismos y su carencia de

---

<sup>18</sup> SCHALL, A., "EuGH bestätigt grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel in der EU!", *Der Betrieb*, 2017, pp. 4-5.

<sup>19</sup> ZIMMER D. / NAENDRUP, CH., "Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?", *Neue juristische Wochenschrift*, 2009, pp. 545-550.

<sup>20</sup> AZENCOT, M. "Le transfert international...", *op.cit.*; BAUERREIS, J., "Transfert international de siège social au regard du droit communautaire", *Les Petites Affiches*, n° 164, 17 agosto 2006, pp. 3-7.

<sup>21</sup> PANTHEN, T., *Der 'Sitz' Begriff im Internationalen Gesellschaftsrecht*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 1988, pp. 20-21.

contornos jurídicos determinados, como demuestra M. AZENCOT<sup>22</sup>. Resulta francamente complicado construir una disciplina jurídica precisa y de calidad del traslado de la sede social de un Estado a otro, destaca C. KLEINER, si se deben emplear conceptos estructurales del Derecho societario internacional que son, en sí mismos, complejos, discutidos y borrosos<sup>23</sup>. Precisa con toda razón P. BLANCO-MORALES LIMONES, que resultan extremos los problemas que surgen debido a "*las dificultades derivadas de la plurivocidad del domicilio, tanto si se aplica como conexión o como foro de competencia judicial*"<sup>24</sup>.

15. Para evitar equívocos y poder construir y exponer con propiedad el régimen jurídico del traslado de sede social entre Estados miembros, resulta conveniente diferenciar distintos supuestos que afectan a los movimientos internacionales de las sociedades en el espacio europeo de Justicia y en el mercado único europeo.

## 2. Traslado internacional de sede social, de sede real y de sede efectiva.

16. Estos tres conceptos relativos a la sede de la sociedad deben ser considerados y diferenciados *cum grano salis*. Muy bien explica J. VAN HOORN JR., que una sociedad puede trasladar a otro país su sede oficial (sede social), su sede real (centro de dirección o administración central) y/o su sede efectiva (centro principal de actividades económicas). Son tres conceptos distintos, tres realidades diferentes<sup>25</sup>.

17. En primer lugar, como precisa la doctrina germana, se entiende que la "sede real" de la sociedad es el lugar donde se sitúa el centro de toma de decisiones de una sociedad<sup>26</sup>. El traslado de "sede real" de un país a otro significa que la sociedad traslada su centro de dirección empresarial, su administración central, desde el territorio de un Estado al territorio de otro Estado. Son los órganos directivos de la sociedad los que se mueven, los que cambian de lugar. Como se ha escrito con acierto, es el "cerebro de la sociedad" el que cambia de país de situación, no el "músculo" de la misma, su explotación económica, el centro efectivo de su actividad económica<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> AZENCOT, M., "Le transfert international...", *op. cit.*: "*Le droit français ne définit pas de manière précise la notion de siège social d'une société malgré son importance particulière*".

<sup>23</sup> KLEINER, C., "Le transfert de siège social en droit international privé", *JDI Clunet*, 2010, pp. 315-345.

<sup>24</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional...*, *op.cit.*, p. 77.

<sup>25</sup> VAN HOORN JR. J., "Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario", *Diritto e pratica tributaria*, 1989, pp. 377-383. También actualizado ya con la STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, *vid.* BUSANI, A., "Trasferimenti societari senza vincoli all'interno della UE", *Il sole 24 ore*, norme e tributi, 26 octubre 2017, en [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com).

<sup>26</sup> *Vid. inter alia*, BECHTEL, W., *Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie: zur europarechtskonformen Fortentwicklung des internationalen Gesellschaftsrechts*, Lang, Frankfurt am Main, 1999, pp. 23-25; ALBERS, C., *Die Begriffe der Niederlassung und der Hauptniederlassung im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2010; BELLINGBOUT, J.W., "Die internationale Sitzverlegung Juristischer Personen in Bewegung", *RIW/AWD*, 1997, pp. 550-556.

<sup>27</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. *Vale Épitési kft*)", *Diario La Ley*, nº 7992, 28

**18.** En segundo lugar, el traslado de "sede social" de una sociedad significa que se produce un movimiento desde el territorio de un Estado al territorio de otro país, del domicilio de la sociedad que figura en sus estatutos y en los registros oficiales. Esta variación de país de situación del domicilio de la sociedad afecta de modo necesario a dos países. El "Estado de origen" de la sociedad, esto es, el país donde estaba situada la sede social de la sociedad en un primer momento, y el "Estado de destino" de la misma, es decir, el Estado en cuyo territorio se va a situar, ahora, la sede oficial de la sociedad, el domicilio que consta en sus estatutos.

**19.** En tercer lugar, el traslado del centro de explotación o de las actividades económicas de una sociedad de un Estado a otro significa que la sociedad deja de ejercitar su actividad económica en un país para pasar a desarrollarlas en otro país. La sociedad cambia de mercado nacional. Con frecuencia este movimiento se denomina también cambio de la "sede real", lo que no resulta conveniente, pues se confunde con el cambio del lugar desde donde se dirige la sociedad, del lugar donde se toman las decisiones fundamentales que afectan a la sociedad o sede de dirección o administración central.

**20.** El párrafo primero del art. 9 TRLSC distingue estos tres conceptos, aunque quizás no con la precisión que sería deseable: "[l]as sociedades de capital fijarán su domicilio [es la sede estatutaria, sede social o domicilio social] dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección [es la sede real], o en el que radique su principal establecimiento o explotación [es la sede de explotación]". También lo hace el párrafo segundo del mismo: "[l]as sociedades de capital cuyo principal establecimiento [es la sede real o sede de dirección] o explotación [es la sede de explotación] radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio [sede estatutaria, sede social o domicilio social] en España"<sup>28</sup>.

## **V. EL TRASLADO DE SEDE SOCIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL COMO NEGOCIO JURÍDICO.**

### **1. El carácter jurídico del traslado de sede social.**

**21.** El traslado de la sede social desde un Estado miembro a otro Estado miembro no es una mera cuestión de hecho. Se trata, como muy bien describe K. SCHMIDT, de un movimiento societario que constituye una "transformación esencial" o "modificación

---

diciembre 2012, pp. 1-4; ID., "La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE", *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., "La Sentencia 'Centros': el 'status questionis' un año después", *Noticias Unión Europea*, n. 195, 2001, pp. 79-96. La expresión "centro efectivo de su actividad económica" es empleada expresamente por la STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 8.

<sup>28</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161 de 3 julio 2010).

estructural" de la sociedad<sup>29</sup>. En consecuencia, se trata de un negocio jurídico sujeto a regulación legal. Como es natural, en los casos internacionales, casos de Derecho internacional privado, es preciso concretar si existe una disciplina legal unificada o armonizada a nivel internacional o europeo de dicho traslado y cuál es su alcance. En ausencia de dicho nivel jurídico armonizado, será necesario determinar cuál es la concreta Ley estatal que regula el traslado de sede social en la UE (primer escalón), para, posteriormente, precisar los requisitos específicos exigidos por la Ley estatal aplicable a fin de que este traslado de sede social en la UE produzca efectos jurídicos (segundo escalón)<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> SCHMIDT, K., "Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1999, pp. 20-33.

<sup>30</sup> El aparato bibliográfico sobre el régimen jurídico de la transferencia internacional de sede social es abundante en extremo, especialmente, en lo relativo al movimiento intra-europeo de sede social. *Vid.* entre otros muchos, AUTENNE, A. / NAVEZ, E.-J., "Cartesio - Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités", *Cahiers de droit européen*, 2009, vol. 45, núm. 1-2, pp. 91-125; BECHTEL, W., *Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie: zur europarechtskonformen Fortentwicklung des internationalen Gesellschaftsrechts*, Lang, Frankfurt am Main, 1999; BEHME, C., *Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze: ein Beitrag zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Gesellschaftsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015; DAMASCELLI, D., "Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero con mutamento della legge applicabile", *RDIPP*, 2015, pp. 867-879; DINKHOFF, H., *Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts*, Lang, Frankfurt am Main, 2001; FRANK, A., *Formwechsel im Binnenmarkt: die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; DROBNIG, U., "Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht. 'Daily Mail' und die Folgen", en V. BAR, CH. (ed.): *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Colonia / Berlín / Bonn / Munich, 1990, pp. 185-206; FELZER, I., *Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa: unter besonderer Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach der SE-Verordnung und der Verschmelzungsrichtlinie*, Hamburg, Igel-Verl., 2009; HENKE, E.-M., *Verwaltungssitzverlegung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus Deutschland und Südafrika und deren kollisionsrechtliche Folgen: zugleich ein Plädoyer zur Übernahme der Gründungstheorie*, Jena, JWV, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2013; GERNER-BEUERLE, C. / SCHILLIG, M., "The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*", <http://ssrn.com/abstract=1340964>, 2009; HÜBNER, L., "Der grenzüberschreitende Formwechsel nach Vale – zur Satzungssitzverlegung von -Luxemburg nach Deutschland (OLG Nürnberg, S. 163)", *IPRax*, 2015-1, pp. 134-139; JAENSCH, M., "Der grenzüberschreitende Formwechsel: Das EuGH-Urteil VALE", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, n° 9, 2012, pp. 353-358; JANISCH, G., *Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union: Bedarf und Ausgestaltung einer Sitzverlegungsrichtlinie*, Baden-Baden, Nomos, 2015; KLEINER, C., "Le transfert de siège social en droit international privé", *JDI Clunet*, 2010, pp. 315-345; MEEUSEN, J., "Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: towards full cross-border corporate mobility in the internal market?", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 294-323; MENJUCQ, M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, 1997; MENJUCQ, M., *Droit international et européen des sociétés*, 4ª ed., Paris, LGDJ, 2016; MITTERECKER, J., *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen: Handbuch*, Wien, Verl. Österreich, 2015; MUCCIARELLI, F.M., "The Hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion – A Comment to the ECJ Decision 'Interdil' on Cross-Border Transfer of Registered Office before the Filing for Insolvency", *European Company and Financial Law Review*, vol. 9, n° 4, 2012, pp. 571-579; NAGY, C.I., "Grenzüberschreitende Umwandlung in einem rechtlichen Vakuum: die Folgeentscheidung des ungarischen Obersten Gerichtshofs im Fall VALE", *IPRax*, 2013-6, p. 582; RATKA, TH., *Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften*, Wien, 2002; ROTH, G.H., "Das Ende der Briefkastengründung?: Vale contra Centros", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 33, n° 36, 2012, pp.

## 2. Elementos de soberanía estatal presentes en el traslado de sede social.

22. Para distinguir correctamente los dos escalones de regulación jurídica antes aludidos, -europeo y nacional- preciso es recordar, con carácter preliminar, que las sociedades no son entes legales que existen al margen del Derecho. Es más, las sociedades de capital no pueden existir al margen del Derecho. Las sociedades de capital deben su existencia como tales entes legales a un concreto ordenamiento jurídico. No existen sociedades de capital creadas por los particulares con total ausencia de un Derecho estatal. Sostiene con acierto S.M. CARBONE que no existe una *Lex Mercatoria Societaria*, esto es, un cuerpo normativo privado que pudiera permitir a los socios la constitución de una sociedad que disponga de personalidad jurídica y todo ello con total independencia de un Derecho estatal<sup>31</sup>. Una sociedad de capital es una creación misma del Derecho, una persona jurídica creada por un ordenamiento jurídico. Un concreto ordenamiento jurídico es el que atribuye personalidad jurídica a dicha sociedad y le autoriza a operar como sujeto de derechos y obligaciones. Es un Derecho estatal específico el que "le da la vida" a la sociedad. En este sentido, la sociedad le debe la vida a un concreto ordenamiento jurídico de un modo similar, *mutatis mutandis*, naturalmente, a como procede el Derecho nacional con las personas físicas cuando les

---

1744-1745; SANDROCK, O. / AUSTMANN, A., "Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen gerichtshofs: Quo vadis?", *RIW*, 1989, pp. 249-253; VIGNAL, T., "Nota a STJCE 16 diciembre 2008, Cartesio", *JDI Clunet*, 2009, pp. 893-902; ZISOWSKI, F., *Grenzüberschreitender Umzug von Kapitalgesellschaften: eine Untersuchung aus steuerrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Gesichtspunkte*, v. Decker, Heidelberg, 1994; BAERT, A., "Crossing Borders: Exploring the Need for a Fourteenth EU Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office", *European Business Law Review*, 2015, pp. 581-612; BRATTON, W. / MCCAHERY, J. / VERMEULEN, E., "How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis", *The American Journal of Comparative Law*, 2009, pp. 347-385; VAN ECK, G. / ROELOFS, E., "Moving Into, Through and Out of the EU with Corporate Continuity", *European Company Law*, 2014, pp. 211-213; SCHWARZ, P., "La transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne", *Journal de droit européen*, 2014, pp. 139-147. En la bibliografía española, BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional...*, *op.cit.*; MARTÍNEZ RIVAS, F., "Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso 'Daily Mail' al caso 'Cartesio'. Veinte años no son nada", *CDT*, 2009, Vol. 1, N° 1, pp. 132-142; SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, Madrid, 2001; SANCHO VILLA, D., "El traslado del domicilio social a España en el Registro Mercantil", *AEDIPr*, 2000, pp. 465 y ss.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El cambio de lex societatis...", *op.cit.*; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., "Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable", en J.F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., "La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE", *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., "Traslado del domicilio social: delimitación de los supuestos y régimen aplicable", en RODRIGUEZ ARTIGAS, F., (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedad mercantiles*, t. II, 2009, pp. 25-50; ID., "El traslado del domicilio social al extranjero: una visión facilitadora", *Revista de Sociedades*, n° 16, 2001, pp. 107-140; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Transferencia internacional de sede social", *RGD*, vol. 591, 1993, pp. 11867-11908.

<sup>31</sup> CARBONE, S.M., "Lex Mercatoria e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari", *RDIPP*, 2007, pp. 27-62; CARBONE, S.M., "Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato", *RDIPP*, 1991, pp. 885-894.

atribuye personalidad jurídica y nacionalidad, señala B. WEGRZYŃSKA<sup>32</sup>. Entra aquí, y éste es el momento para subrayar este importante dato, un elemento de soberanía estatal. Cada Estado es soberano, apunta R. CARO GÁNDARA, para decidir cuáles son los requisitos jurídicos que exige para que los particulares puedan crear una sociedad de capital<sup>33</sup>. Cada Estado admite como sujeto de derechos y obligaciones sólo y exclusivamente a las sociedades que reúnen las exigencias legales al efecto. En tal sentido, la sociedad es una creación, una producción, una obra de la soberanía de un Estado expresada a través de su Derecho societario. El elemento de soberanía presente en la regulación de las sociedades de capital se percibe con meridiana claridad en el art. 24.2 RB I-bis. Este precepto arranca de la tesis de que las personas jurídicas son "entes creados por un Estado". Se trata de una tesis antigua cuyas raíces pueden encontrarse en el Derecho francés del siglo XVII y que ha sido también conocida como "tesis de la ficción". Esta tesis afirma que las sociedades son creaciones intelectuales y jurídicas de un Estado concreto. En consecuencia, la soberanía del Estado está presente desde el primer minuto, de modo que "*las sociedades no pueden existir más allá del Estado que las crea*", escribe P. BLANCO-MORALES LIMONES<sup>34</sup>Y de ahí es fácil colegir que una "*una sociedad que establece su sede fuera del Estado que la instituye no puede existir*"<sup>35</sup>. En dicho contexto, se consideraba que los únicos sujetos de Derecho privado, aparte, naturalmente, las personas físicas, eran las conocidas como "corporaciones". Las corporaciones eran creadas en virtud de un "acto del Rey". Se trataba, claro es, de un "acto del Poder Público". La creación de la corporación, de la persona jurídica, era un "acto de soberanía". Las personas jurídicas y las sociedades de capital en particular, hace notar J. GIGGLBERGER, ven la luz en virtud de un acto de soberanía estatal conocido como "privilegio" o "autorización privilegiada", y que, en la bella lengua francesa, recibía el nombre de "*octroi*"<sup>36</sup>. Es sencillo rastrear el origen de este término: *Octroi* es una derivación del vocablo "*auctorizare*", expresado en latín vulgar y que no es sino una degeneración del latín clásico "*auctorare*". Significa, es obvio, "asegurar" y también "arrendar". En suma, en esta primera fase de *octroi*, las sociedades de capital se consideran creaciones del Derecho Público y del Poder Público y quedan, necesariamente, reguladas por el Derecho del Estado que les ha dado la vida y las ha autorizado mediante un acto de *imperium*, a entrar en el mercado y a practicar el comercio.

**23.** En la actualidad esta visión de las sociedades como "creaciones legales del Derecho Público" se halla en fase de superación. Hoy día la sociedad de capital se

<sup>32</sup> WEGRZYŃSKA, B., "Cartesio: Analysis of the Case", *European Journal of Legal Studies*, 2009, n.2, pp. 67-81.

<sup>33</sup> CARO GÁNDARA, R., *La competencia judicial en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, Civitas, 1999, esp. pp. 100-121; CARO GÁNDARA, R., "Acciones impugnatorias de acuerdos sociales *versus* acciones resarcitorias por incumplimiento del contrato de sociedad: análisis del terreno fronterizo con ocasión de la sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2008 en el asunto C-372/07, sobre el artículo 22.2 del Reglamento (CE) 44/2001", *La Ley*, n. 7146, 2009.

<sup>34</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional....., op.cit.*, p. 26.

<sup>35</sup> *Vid. cita anterior.*

<sup>36</sup> GIGGLBERGER, J., "Breves apuntes sobre la evolución de la sociedad comercial. El fenómeno de la separación de la propiedad y la gestión social y el fundamento de la limitación de la responsabilidad desde un enfoque histórico", *Revista Jurídica Uces*, 2010, pp. 43-58.

considera una creación de los particulares que firman entre ellos un "conjunto de contratos societarios", como sugiere la atractiva propuesta de H. FLEISCHER<sup>37</sup>. Ciertamente es que dichos contratos societarios deben ajustarse a las normas legales propias del Derecho societario. Sin embargo, ya desde el *Code civil* francés de 1804 se aprecia que la creación de sociedades de capital es libre y no es necesaria la promulgación de una "ley de creación de la sociedad" en cuestión ni tampoco es necesario que el Estado expida "concesión pública" que permita a cada sociedad el ejercicio del comercio y de actividades mercantiles. Los particulares, en conclusión, sólo deben ceñirse a lo que la Ley establece para la creación de las sociedades de capital y entonces ésta "nace a la vida jurídica" como sujeto en Derecho.

24. Pues bien, el art. 24.2 RB I-bis todavía recoge la idea propia del Derecho medieval según la cual las sociedades de capital son creaciones del Estado, subrayan R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE<sup>38</sup>. Las consecuencias de esta visión pre-contemporánea de las sociedades resultan devastadoras en el contexto de la libre circulación de las sociedades en la UE. En efecto, para el precepto citado, los litigios que afectan a las sociedades sólo pueden ser zanjados por los tribunales de un concreto Estado: el Estado que ha otorgado personalidad jurídica a la sociedad de capital en cuestión. Si se permitiera que los tribunales de un Estado A decidieran las cuestiones jurídicas que atañen a una sociedad creada por un Estado B, se produciría una palmaria vulneración de la soberanía de dicho Estado B. Como expone R. CARO GÁNDARA, la ratio del precepto radica, más bien, en evitar que una sociedad se considere existente en un Estado miembro y no en otro. Se trata de introducir seguridad jurídica en la litigación societaria<sup>39</sup>. Cada Estado admite como sujeto de derechos y obligaciones sólo y exclusivamente a las sociedades que re

### 3. Tipos de traslado de sede social.

25. Puede afirmarse, expone F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, que la decisión de trasladar la sede social de un Estado miembro a otro Estado miembro no reviste siempre el mismo carácter<sup>40</sup>. En realidad, como explica con claridad el FJ 111 de la STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, y destaca P. BEHRENS, existen dos tipos de traslado de la sede social de un Estado miembro a otro que obedecen a estrategias empresariales diferentes<sup>41</sup>.

26. En una primera hipótesis, la sociedad de capital persigue trasladar su sede oficial de un Estado miembro a otro y, con ello, cambiar la Ley estatal que le resulta aplicable (*Lex Societatis*), de modo que desea dejar de ser regulada por la Ley del Estado

---

<sup>37</sup> FLEISCHER, H., "Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen", *RebelsZ.*, 2018-2, pp. 239-266.

<sup>38</sup> GEIMER, R. / GEIMER, E. / GEIMER, G., *Internationales Zivilprozessrecht*, 7ª ed., Köln, Schmidt, 2015, pp. 99-101;

<sup>39</sup> CARO GÁNDARA, R., *La competencia judicial en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, Civitas, 1999, esp. pp. 110-113.

<sup>40</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Traslado del domicilio social...", cit., pp. 25-50.

<sup>41</sup> BEHRENS, P., "Cartesio bestätigt, aber korrigiert Daily Mail", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, n.3, pp. 5-15.

miembro de origen para pasar a estar regulada por la Ley del Estado miembro de destino. Y todo lo anterior sin perder su personalidad jurídica, esto es, sin tener que disolverse en el Estado miembro de origen para volverse a constituir *ex novo* en el Estado miembro de destino. La sociedad desea transformarse. No desea morir y volver a nacer, expone B. WĘGRZYŃSKA<sup>42</sup>. Más en concreto, desea dejar de ser un tipo societario de un Estado miembro para convertirse en otro tipo societario de otro Estado miembro, observa correctamente M. SZYDŁO<sup>43</sup>. Esta primera hipótesis fue la suscitada en la STJCE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft* (intento de una sociedad italiana de trasladar su sede social a Hungría y de cambiar su Ley reguladora en favor del Derecho húngaro) y en la crucial STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud* (una sociedad con sede social en Polonia desea trasladar su sede social a Luxemburgo y de pasar a regirse por el Derecho luxemburgués)<sup>44</sup>.

27. En una segunda hipótesis, la sociedad persigue, simplemente, cambiar su sede oficial, su domicilio o sede social, pero desea mantener su personalidad jurídica y también la Ley estatal que rige dicha sociedad (*Lex Societatis*). Esta segunda hipótesis fue abordada en los casos objeto de la STJCE 27 septiembre 1988, 81/67, *Daily Mail* (intento de traslado de la sede social desde Reino Unido a Holanda con mantenimiento de la Ley aplicable inglesa) y STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio* (intento de traslado de la sede social desde Hungría a Italia con mantenimiento de la Ley aplicable húngara).

28. El régimen jurídico de ambos traslados de sede social en Derecho europeo es diferente y por ello es conveniente exponerlos de manera separada y analítica. Antes de proceder a ello, resulta adecuado recordar las reglas jurídicas fundamentales de todo traslado de sede social en el Derecho de la UE.

## VI. EL TRASLADO INTRA EUROPEO DE SEDE SOCIAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

29. En el estudio del traslado de sede social entre Estados miembros, resulta preciso concretar, con W.H. ROTH y C.I. NAGY, tres niveles de regulación jurídica<sup>45</sup>.

En primer lugar, deben quedar claros los aspectos de dicho traslado sometidos directamente al Derecho europeo material. Tales aspectos se rigen por el Derecho societario europeo, originario o derivado, sin remisión alguna a ningún Derecho nacional de ningún Estado miembro. Por ejemplo, como expone J. WOUTERS, las

---

<sup>42</sup> WĘGRZYŃSKA, B., "Cartesio: Analysis...", cit., pp. 67-81.

<sup>43</sup> SZYDŁO, M., "The Right of Companies to Cross-Border Conversion Under the TFEU Rules on Freedom of Establishment", *European Company & Financial Law Review*, 2010, n. 3, pp. 414-443.

<sup>44</sup> STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*. [ECLI:EU:C:2012:440], DO C 287 de 22 septiembre 2012, p. 3; STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud* [ECLI:EU:C:2017:804].

<sup>45</sup> ROTH, W.H., "From *Centros* to *Ueberseering*: free movement of companies, private international law, and Community law", *ICLQ*, 2003, pp. 177-208; NAGY, C.I., "Grenzüberschreitende Umwandlung in einem rechtlichen Vakuum: die Folgeentscheidung des ungarischen Obersten Gerichtshofs im Fall VALE", *IPRax*, 2013-6, p. 582.

sociedades titulares del derecho al libre establecimiento en los Estados miembros son las que aparecen relacionadas en los dos párrafos del art. 54 TFUE<sup>46</sup>. Estos preceptos, subraya P. BLANCO-MORALES LIMONES, constituyen unas normas unilaterales que determinan "el círculo subjetivo de sus beneficiarios [de la libertad de establecimiento]"<sup>47</sup>. Este aspecto se resuelve, de modo inmediato, por el Derecho europeo.

En segundo lugar, deben especificarse las cuestiones sujetas a la Ley del Estado miembro de origen de la sociedad.

Y en tercer lugar es necesario detallar los aspectos del traslado intra-UE de sede social que debe regular la Ley del Estado de destino de la sociedad

## 1. La jurisprudencia normativa del TJUE en Derecho societario internacional.

30. El Derecho societario internacional puede parecer un sector jurídico particularmente árido. Se trata, en efecto, y como se ha indicado antes, de un segmento del Derecho internacional privado plagado de conceptos confusos, ambiguos y equívocos, un sector peligrosamente relacionado con el Derecho fiscal internacional, atravesado por el deseo de los Estados de mantener bajo su férreo control legal la actividad internacional de las sociedades y en el que todavía hoy se aprecian ciertos elementos relacionados con la soberanía estatal. Esta dificultad técnica del Derecho societario internacional ha hecho que el mismo haya carecido de una regulación jurídica apropiada tanto en Derecho internacional privado de la UE como en Derecho internacional privado español. Todavía hoy, en Derecho internacional privado español, no hay unanimidad doctrinal sobre cuál es el auténtico punto de conexión que determina la Ley aplicable a las sociedades de capital, algo de lo que se ha hecho eco desde hace ya muchos años, incluso la doctrina germana, apunta A. STEIGER<sup>48</sup>.

31. En el sector del Derecho societario internacional ha volcado el TJUE buena parte de sus energías más creativas y lo ha hecho con la conciencia de estar construyendo un valor tan elevado como la libertad. En efecto, esta jurisprudencia del TJUE resulta útil, en primer lugar, para marcar el ámbito objetivo de las libertades de circulación propias del Derecho europeo, y en concreto el ámbito objetivo de la libertad de establecimiento y construir, a partir de dicha libertad un Derecho internacional privado societario

---

<sup>46</sup> WOUTERS, J., "Private International Law and Companies' Freedom of Establishment", *European Business Organization Law Review*, 2001, 2, pp. 101-139.

<sup>47</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 173.

<sup>48</sup> Vid. STEIGER, A., *Grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht*, 1997, esp. pp. 89-91. Críticos, en general, con el sistema español *de lege lata*, por su falta de claridad técnica, CALVO CARAVACA, A.-L. "Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional", *RGD*, n.525, 1988, pp. 3679-3701; CALVO CARAVACA, A.-L. en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., Y OTROS, *Derecho internacional privado - parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 84-89; ID., "Art. 9.11 CC", en ALBADALEJO, M., / DIAZ-ALABART, S., (dir.), *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, 1995, pp. 479-525; ID., "Art. 9.11 Cc.", *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 103-105; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Derecho de sociedades: problemas...", cit., pp. 19-152, esp. p. 96; ID., *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

europeo. En segundo lugar, esta jurisprudencia del TJUE ha prestado un servicio impagable a la construcción del Derecho europeo como ordenamiento jurídico. Cuestiones jurídicas generales como el abuso de derecho, el fraude de ley, las restricciones a derechos fundamentales, los motivos de interés general y la determinación de la Ley aplicable a las sociedades en casos transfronterizos han quedado aclaradas y delimitadas gracias a la ya célebre "jurisprudencia societaria" del TJUE. De este modo, puede afirmarse que el Derecho societario internacional es fruto, fundamentalmente, de una elaboración jurisprudencial del TJUE y por tanto puede subrayarse, como bien ha destacado R. ARENAS GARCÍA, que se trata de un "Derecho judicial"<sup>49</sup>.

**32.** La actividad creadora de Derecho del TJUE puede y debe seguirse en varias "sentencias clave" que han abordado aspectos esenciales del Derecho internacional privado societario. Estas sentencias, que han movido de manera innegable a la reflexión científica sobre el Derecho societario internacional en toda Europa a incontables juristas, pueden ser clasificadas, con V.E. KOROM / P. METZINGER, en dos grupos<sup>50</sup>. En primer término, se encuentran las sentencias en las que el TJUE ha dejado claros los fundamentos básicos del Derecho societario internacional en la UE. En un segundo grupo de pronunciamientos, el TJUE ha abordado, de manera directa y en perfecta sintonía con el anterior grupo de sentencias, el tema del traslado de domicilio social de un Estado miembro a otro Estado miembro.

El primer grupo de sentencias es el formado por las STJCE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*; STJCE 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*; STJCE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering*; STCE 12 septiembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*<sup>51</sup>.

El segundo conjunto de sentencias está compuesto por las siguientes: STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail*; STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*; STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft.*; STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> ARENAS GARCÍA, R., "Sombras y luces de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado de sociedades", en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Lliber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, (coord. ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G., PENADES FONTS, M.A.), 2012, pp. 739-760. Con referencias más actuales, ARENAS GARCÍA, R., "El legislador europeo y el DIPr de sociedades en la UE", *REDI*, 2017, pp. 49-73.

<sup>50</sup> KOROM, V.E., / 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", *European Company and Financial Law Review*, 2009, vol. 6, n.1, pp. 125-161.

<sup>51</sup> STJCE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros* [ECLI:EU:C:1999:126], *Recopilación*, 1999, p. I-01459; STJCE 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art* [ECLI:EU:C:2003:51], *Recopilación*, 2003, p. I-10155; STCE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering* [ECLI:EU:C:2002:632], *Recopilación*, 2002, p. I-09919; STJCE 12 septiembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [ECLI:EU:C:2006:544], *Recopilación*, 2006, p. I-7995.

<sup>52</sup> STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail* [ECLI:EU:C:1988:456], *Recopilación*, 1988, p. 5505; STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio* [ECLI:EU:C:2008:723], *Recopilación*, 2008, p. I-09641; STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft.* [ECLI:EU:C:2012:440], DO C 287 de 22 septiembre 2012, p.3; STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud* [ECLI:EU:C:2017:804].

En todos estos casos, y aunque en ocasiones pueda parecer lo contrario, con acierto indica J.-J. KUIPERS que el TJUE ha mantenido una doctrina evolutiva pero constante y coherente por lo que se refiere a los aspectos de Derecho internacional privado de las sociedades de capital, y en lo relativo, también, al traslado intra-UE de la sede social<sup>53</sup>.

## **2. Ley aplicable a las sociedades en Derecho internacional privado europeo.**

**33.** Para abordar apropiadamente el complejo régimen jurídico del traslado de sede social en la UE resulta necesario afrontar varios conjuntos de cuestiones que constituyen la clave de bóveda del Derecho societario europeo.

**34.** En primer lugar, y pese a que puede sorprender al observador jurídico externo, el Derecho europeo no regula la cuestión de la precisión de la Ley aplicable a las sociedades. No existen normas de conflicto europeas en el sector de las sociedades de capital. Aunque se han realizado diversas y muy interesantes propuestas al respecto, debe subrayarse que un Reglamento europeo sobre ley aplicable a las sociedades no existe a la fecha presente (enero 2019)<sup>54</sup>.

**35.** En segundo lugar, debe recordarse que las sociedades están siempre sujetas a una Ley estatal. Es la Ley estatal que regula la constitución misma de la sociedad, su funcionamiento interno y su extinción. Es la Ley estatal que regula las relaciones internas societarias, es decir, las relaciones jurídicas de los socios entre sí y las relaciones entre los socios y los administradores sociales. Es también esa Ley estatal la que concreta la capacidad legal de la sociedad y el importante asunto de la responsabilidad jurídica de la misma. El Derecho europeo sí que fija la Ley aplicable a los contratos internacionales o el Derecho estatal regulador de las obligaciones extracontractuales, pero no la Ley estatal que regula las sociedades de capital<sup>55</sup>. Por tanto, el Derecho de la UE, aunque podría hacerlo, no regula esta cuestión. Ante este silencio elocuente del Derecho europeo, debe deducirse que, por voluntad del legislador de la UE, se trata éste de un tema que se ha dejado en las manos de los Estados miembros. Éstos son los que tienen que determinar, mediante sus "normas nacionales de conflicto de Leyes", cuál es la Ley que, en los casos con elementos extranjeros, regula las sociedades de capital.

**36.** En tercer lugar, de la competencia estatal de los Estados miembros para fijar cuál es la Ley que regula las sociedades de capital deriva, subraya F.J. GARCIMARTÍN

---

<sup>53</sup> KUIPERS, J.-J., "Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law", *European Journal of Legal Studies*, 2009, 2, pp. 66-96.

<sup>54</sup> GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "De nuevo sobre la ley aplicable a las sociedades en Europa: ¿hacia un futuro Reglamento?", en <http://almacenederecho.org>, (14 diciembre 2015), que analiza el "Study on the law applicable to companies with the aim of a possible harmonisation of conflict of laws rules on the matter", propuesto por la Comisión europea en 2014.

<sup>55</sup> Vid. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008), así como Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007).

ALFÉREZ, el hecho incuestionable de que los Estados miembros son enteramente libres para emplear el criterio de conexión que tengan por conveniente al efecto<sup>56</sup>. Por ello, la disparidad de soluciones entre estas normas nacionales de conflicto de leyes está servida en bandeja de plata. No debe, pues, extrañar que ciertos Estados miembros, como es el caso de Alemania, utilicen el criterio de la "sede real", según el cual, la sociedad de capital está sometida al Derecho del Estado en cuyo territorio se localiza su "administración central", el lugar desde donde se dirige la sociedad. En sentido contrario, otros Estados, como es el caso del Reino Unido, de Irlanda o de España, emplean el criterio de la *Incorporation*, según el cual la sociedad queda sujeta al Derecho Ley Estado con arreglo a la cual se ha constituido. Otros países utilizan un tercer criterio, al menos para ciertos supuestos, como es el criterio de la "sede económica" de la sociedad, a tenor del cual la sociedad se regula por la Ley del Estado donde se encuentra su principal explotación. También, en otros casos, ciertos Estados miembros recurren al criterio de la "sede estatutaria", que implica aceptar que la sociedad se regula por la Ley del Estado en cuyo territorio se ha situado su domicilio estatutario, como sucede en Luxemburgo. La libertad de los Estados miembros para preferir un punto de conexión u otro a la hora de fijar la Ley reguladora de las sociedades es una constante valorativa importante en la jurisprudencia del TJUE: STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE*; STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 43. En consecuencia, la Ley que regula la sociedad (*Lex Societatis*) puede ser distinta según la cuestión se suscite ante autoridades de un Estado miembro o de otro Estado miembro, pues las autoridades de cada Estado miembro aplican exclusivamente sus normas nacionales de conflicto de leyes.

**37.** No obstante, la libertad de los Estados miembros para acoger un criterio de conexión u otro en el sector societario debe respetar, apunta F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, un poderoso límite<sup>57</sup>. Como destaca el mismo TJUE, visto que la libertad de establecimiento propia del Derecho europeo permite que una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro tenga su explotación principal y/o su sede de dirección (sede real) en otros Estado miembro, resulta que el criterio de la sede real no es compatible con el art. 54 TFUE. Por ello, como afirma P. BEHRENS, Alemania permite ya, tras la sentencia STJUE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering*, que una sociedad con sede real fuera de dicho país pueda constituirse con arreglo al Derecho alemán<sup>58</sup>. Esto es: el criterio de la sede real no puede emplearse para obligar a una sociedad que dispone de su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro, a que, ahora, coloque su "domicilio" o "sede" en otro Estado miembro. Los Estados miembros no pueden obligar a fijar en su territorio la sede social de una persona jurídica con el argumento de que su sede real y/o su principal explotación de la sociedad radica en dicho territorio. Si dicha sociedad ha sido legalmente constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, el Estado miembro de la sede real y/o del lugar de principal explotación de la sociedad la debe, simplemente, "reconocer" como tal sociedad. Señala R. ARENAS GARCÍA, que "*la*

<sup>56</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El cambio...", cit., pp. 1-4, esp. p. 4.

<sup>57</sup> *Vid.* Nota anterior.

<sup>58</sup> BEHRENS, P., "Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Überseering*-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu *Inspire Art*", *IPrax*, 2003, pp. 193-207.

aplicación de la libertad de establecimiento europea (extensiva a los Estados miembros delEEE) supone que no puede dejar de reconocerse la personalidad jurídica otorgada por el Derecho de un Estado miembro [a una sociedad de capital]"<sup>59</sup>. Es, expone con toda claridad H.J. SONNENBERGER, un planteamiento similar cuando no igual en su estructura profunda, al que el mismo TJUE esgrime en relación con el nombre de las personas físicas<sup>60</sup>. La teoría de la sede real ha sido "enterrada viva" (*buried alive*) por el TJUE, escribe J.-J. KUIPERS<sup>61</sup>. De esa teoría nada queda ya, como afirma I. BARSAN<sup>62</sup>. Se aprecia, en este sentido, un renacimiento de la anglo-holandesa "teoría de los derechos adquiridos" (*vested rights*) acuñada, defendida y propagada con éxito por el incomparable jurista frisio ULRİK HUBER (1636-1694) y que tan injustamente criticada fue en ciertas épocas pasadas, bajo la fórmula del principio del mutuo reconocimiento de situaciones privadas internacionales legalmente creadas en un Estado miembro, que encaja sin fisuras en una política jurídica neoliberal, como ha expuesto R. MICHAELS<sup>63</sup>. La sede real es una teoría condenada a muerte en la UE, afirma con razón P.E. MONTEIRO DE MEIRELES<sup>64</sup>.

**38.** En cuarto lugar, justo es admitir que el Derecho material de la UE tampoco regula ciertas cuestiones de segundo escalón de extrema importancia para las sociedades. Así, el Derecho europeo no regula la creación y extinción de las sociedades ni desde un punto de vista material ni tampoco desde una óptica conflictual. Estos aspectos quedan sujetos al Derecho estatal regulador de la sociedad en cuestión (*Lex Societatis*) y que se fija, según se ha indicado, con arreglo a las normas de conflicto de leyes de cada Estado miembro. Dicha *Lex Societatis* es la Ley determina cuándo y bajo qué circunstancias una sociedad "cobra vida legal" y cuándo y bajo qué circunstancias una sociedad "pierde su vida". La Ley de la sociedad es la que rige la creación y la extinción de las sociedades. Así lo confirma la jurisprudencia del TJUE (STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 33; STJUE 12 julio 2012, C-378/10; *VALE Építési Kft*, FD 27 y 51; STJUE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FJ 104 y 110; STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail*, FJ 19; Conclusiones AG POIARES MADURO de 22 mayo 2008, C-210/06, *Cartesio*, n. 34). De este modo, como destaca T. VIGNAL, el TJUE ha impulsado, ha revitalizado, el "método conflictual" en el sector societario<sup>65</sup>. Si

---

<sup>59</sup> ARENAS GARCÍA, R., "Sociedades", en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., / ARENAS GARCÍA, R., / DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 5ª ed., 2016, pp. 219-228.

<sup>60</sup> SONNENBERGER, H.J., "Etat de droit, construction européenne", *RCDIP*, 2013-I, vol. 102, pp. 101-112, esp. p. 109.

<sup>61</sup> KUIPERS, J.-J., "Cartesio and Grunkin-Paul...", cit., pp. 66-96.

<sup>62</sup> BARSAN, I., "Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt Polbud?", *Europe: actualité du droit communautaire*, vol. 28, n. 3, 2018, pp. 6-13.

<sup>63</sup> MICHAELS, E., "EU law as private international law? Reconceptualising the country-of-origin principle as vested-rights theory", *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 195-242.

<sup>64</sup> MONTEIRO DE MEIRELES, P.E. "The future of direct seat transfer of company's in European Union after the National Grid Indus and Vale case", Universidade católica portuguesa centro regional do Porto, Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2016 (accesible en [http://www.academia.edu/34610640/THE\\_FUTURE\\_OF\\_DIRECT\\_SEAT\\_TRANSFER\\_OF\\_COMPANY\\_S\\_IN\\_EUROPEAN\\_UNION\\_AFTER\\_THE\\_NATIONAL\\_GRID\\_INDUS\\_AND\\_VALE\\_CASE](http://www.academia.edu/34610640/THE_FUTURE_OF_DIRECT_SEAT_TRANSFER_OF_COMPANY_S_IN_EUROPEAN_UNION_AFTER_THE_NATIONAL_GRID_INDUS_AND_VALE_CASE)), p. 50.

<sup>65</sup> VIGNAL, T., "Nota a STJCE 16 diciembre 2008, Cartesio", *JDI Clunet*, 2009, pp. 893-902.

se desea concretar si una sociedad está constituida con arreglo a la Ley y/o si ha perdido su personalidad jurídica, es necesario aplicar las normas de conflicto de leyes nacionales de los Estados miembros en el ámbito societario y será dicha Ley la que determinará dichas cuestiones materiales, subrayan A.W. WISNIEWSKI / A. OPALSKI<sup>66</sup>.

**39.** En quinto lugar, el Derecho europeo sí regula la libertad de establecimiento de las sociedades y demás personas jurídicas, con el contenido que se especifica en el punto siguiente. Es importante señalar en este momento que el Derecho europeo admite como titulares de esta libertad de establecimiento, exclusivamente a las sociedades que cumplen con dos exigencias cumulativas (art. 54 TFUE). En primer término, la sociedad en cuestión debe haber sido “*constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro*”. A través de esta disposición legal, el Derecho de la UE remite al Derecho nacional de los Estados miembros para comprobar si la sociedad ha sido constituida con arreglo a tal Derecho nacional (STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 32; STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FJ 109). En segundo término, el precepto legal citado exige que la sociedad tenga su sede social, administración central o centro de actividad principal en el territorio de un Estado miembro.

**40.** En sexto lugar, y aquí se halla un punto fundamental de la regulación europea del traslado inter-europeo de sede social, la libertad de establecimiento regulada en el art. 54 TFUE presenta un triple contenido. La libertad de establecimiento de sociedades en la UE comprende el derecho de las mismas, a (i) Instalar establecimientos secundarios, tales como sucursales, filiales, agencias, etc., en otros Estados miembros en régimen de completa libertad, esto es, sin obstáculos restricciones o cortapisas por parte del Derecho del Estado miembro de destino, (ii) Constituir en régimen de libertad jurídica, sin obstáculos ni discriminaciones legales, nuevas sociedades en otros Estados miembros, con o sin previa disolución de la sociedad ya existente en un Estado miembro; (iii) Participar en el capital social de una sociedad ya existen en otro Estado miembro sin restricciones legales al efecto. La práctica ha demostrado que la libertad de establecimiento ha servido, especialmente, para fomentar la creación de nuevas sociedades de capital en otros Estados miembros y para instalar establecimientos secundarios en otros Estados miembros por parte de sociedades con sede social en un Estado miembro diferente. Y hasta aquí alcanza, aparentemente, el contenido objetivo de la libertad de establecimiento de las sociedades recogida en el art. 54 TFUE. Nada se dice sobre la cuestión de saber si la libertad de establecimiento de sociedades recogida en el art. 54 TFUE comprende, o no comprende, el derecho de las sociedades a trasladar su sede social desde un Estado miembro a otro Estado miembro. Paradójica impresión ésta en un ordenamiento jurídico, como es el Derecho europeo, cuyos ejes cardinales y derechos fundamentales se construyen, se caracterizan y se articulan en torno a la libertad de circulación de personas, empresas, capitales, mercancías y servicios.

### **3. El art. 54 TFUE y el traslado intra-europeo de sede social.**

---

<sup>66</sup> WISNIEWSKI, A.W. / OPALSKI, A., "Companies' Freedom of Establishment after the ECJ *Cartesio* Judgment", *European Business Organization Law Review*, 2008, n. 10, pp. 595-625.

## A) El silencio elocuente del art. 54 TFUE.

41. Ni los tratados constitutivos de la UE ni tampoco el Derecho europeo derivado regulan el traslado de la sede social de las personas jurídicas desde un Estado miembro a otro Estado miembro. El actual art. 54 TFUE no se refiere al presunto derecho a un traslado de sede social de las personas jurídicas como parte del contenido de la “libertad de establecimiento” de dichas personas jurídicas. Tampoco se refería al mismo el antiguo art. 48 TCE. Pues bien, este silencio, -sospechoso, justo es admitirlo-, no debe ser interpretado, indica el TJUE, como una prohibición a dicho traslado. Tampoco debe ser traducido como un caso de "ignorancia societaria" por parte de un legislador europeo hierático.

42. El silencio referido debe su existencia a la presión invisible, pero real, del principio de soberanía de los Estados miembros en el campo societario. En efecto, el antiguo art. 293 TCE era el encargado de regular la cuestión. El precepto indicaba que “*los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: .... - el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes*”. Con otras palabras, puede afirmarse que, ante el temor de que el Derecho europeo pudiera invadir una parcela reservada a los Estados miembros y al ejercicio de la soberanía de los mismos sobre las sociedades constituidas con arreglo a sus leyes nacionales, el Derecho europeo objetivo prefirió callar y dejar que este espinoso tema fuera concretado por un convenio internacional entre los Estados miembros. La forma del convenio internacional aseguraba que los Estados miembros pudieran defender sus posiciones soberanas y ceder soberanía en favor de otros Estados miembros. No habría imposición legal del Derecho europeo a los Estados miembros vía Derecho europeo objetivo.

43. Sabido es cómo continuó este enfoque de respeto máximo a la soberanía societaria de los Estados miembros en este sector, pero nunca está de más recordarlo, vista su extrema importancia valorativa.

En primer lugar, es necesario recordar que no entró en vigor, pese a ciertos intentos, ninguno de estos convenios internacionales entre los Estados miembros sobre traslado de la sede social de un Estado miembro a otro con mantenimiento de su personalidad jurídica. Tampoco se reguló este derecho al traslado de sede social en el ordenamiento jurídico de la UE, ni en el Derecho europeo originario ni derivado<sup>67</sup>. El silencio continuaba, como al TJUE gusta recordar con reiteración<sup>68</sup>.

En segundo lugar, en virtud del Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007, el citado art. 293 TCE fue derogado y su contenido no se traspasó al TFUE. Es decir, en la actualidad, el Derecho de la UE ya no remite la regulación de esta cuestión a futuros convenios internacionales a celebrar entre los Estados miembros.

<sup>67</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional....*, op.cit., p. 167.

<sup>68</sup> STCE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering*, FJ 69 y 70; STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail*, FD 21-23; STCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FD 108.

Finalmente, en tercer lugar, el persistente, pertinaz y continuo silencio legal y la eliminación radical del art. 293 TCE son dos fenómenos que se explican, fácil es colegirlo de lo anterior, porque ha sido el TJUE el que ha disciplinado la cuestión a través de una "jurisprudencia normativa" continuada, coherente y progresiva en el sector societario.

44. En conclusión, puede afirmarse que el legislador europeo ha callado porque ya había hablado, y con acribia, el TJUE. De ese modo, el traslado de sede social en la UE está hoy día legalmente ordenado mediante pautas y reglas elaboradas por el TJUE. El traslado intra-UE de la sede social es objeto del Derecho judicial europeo. Ello hace innecesaria la promulgación de una normativa escrita objetiva, -Reglamentos europeos, Directivas de la UE-, para que quede legalmente asegurada la posibilidad del traslado de sede social de las sociedades en la UE. El TJUE ha tomado el control y el poder normativo sobre la cuestión. Ello puede ser criticable, apunta R. ARENAS GARCÍA, al asumir el TJUE un papel casi legislativo<sup>69</sup>. Sin embargo, esta "política de acción" seguida y potenciada por el TJUE también puede ser valorada positivamente, al haber creado lo que el legislador europeo no se atreve a crear, indica J. MEEUSEN: un escenario jurídico que permite la plena movilidad de las sociedades de capital en la UE<sup>70</sup>.

## **B) Derecho judicial europeo y traslado de sede social en la UE.**

45. El punto de arranque por parte del TJUE consiste en una auténtica proclamación de principios. Se parte, en efecto, del art. 54 TFUE, texto que recoge el conocido derecho de las "*sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión*" a establecerse en otros Estados miembros. Esto es, a constituir sociedades nuevas, a fijar filiales y sucursales en otros Estados miembros, según se ha analizado previamente.

46. Pues bien, en un ejercicio de expansión de la letra y del espíritu del art. 54 TFUE, estima el TJUE que la libertad de establecimiento recogida en dicho precepto legal comprende, también, el derecho subjetivo de las personas jurídicas en general y de las sociedades en particular a trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro con mantenimiento de su personalidad jurídica. Esta afirmación, esta interpretación expansiva, subraya A. LUCINI, es la ejecución de un claro *liberal approach*, según la expresión empleada por J. MEEUSEN, pues con ello el TJUE ha abierto las fronteras nacionales de los Estados miembros a la libre circulación de la sede social<sup>71</sup>. Es decir,

---

<sup>69</sup> ARENAS GARCIA, R., "Sombras y luces... », cit., pp. 739-760.

<sup>70</sup> MEEUSEN, J., "Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: towards full cross-border corporate mobility in the internal market?", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 294-323.

<sup>71</sup> MEEUSEN, J., "Polbud: new perspectives for corporate mobility in the internal market", en *Europa als Rechts- und Lebensraum: liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018* (Hess, B. [edit.]), Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2018, pp. 313-327; LUCINI, A., "Derecho societario .... ", cit.

que según afirma R. ARENAS GARCÍA, el TJUE hace aplicable la libertad de establecimiento no sólo a la sociedad que se quiere constituir sino a la sociedad ya constituida<sup>72</sup>. Este derecho de las sociedades supone, por tanto, y como apunta F.M. MUCCIARELLI, que las reglas nacionales de los Estados miembros que rigen la "emigración de sociedades" y las que disciplinan la "inmigración de sociedades" deben encajar perfectamente, ambas debe operar de modo coordinado<sup>73</sup>. Ambas reglas deben obedecer al derecho de la sociedad a cambiar el Estado miembro de su sede social, precisa B. WEGRZYNOWSKA<sup>74</sup>. Por tanto, enfatiza M. SZYDŁO, el traslado de sede social ha sido elevado por el TJUE a la categoría de "elemento básico de la estructura de la libertad de establecimiento de las sociedades" en la UE<sup>75</sup>. El TJUE ha creado el derecho de las sociedades a su movilidad intra europea, "*the right to corporate mobility in the EU*", escribe TH. BIERMEYER<sup>76</sup>.

47. El TJUE lleva a término esta interpretación expansiva del art. 54 TFUE que permite el cambio de sede social de un Estado miembro a otro mediante un mecanismo jurídico muy concreto: la analogía. En efecto, este derecho a trasladar la sede social desde un Estado miembro a otro Estado miembro sin disolución de la sociedad pero con cambio de la Ley aplicable a la misma está recogido en varios Reglamentos de la UE (Reglamento 435/2003 de 22 julio 2003 [Sociedad cooperativa europea], Reglamento 2157/2001 de 8 octubre 2001 [Sociedad Anónima Europea]; Reglamento 2137/85 de 25 julio 1985 [AEIE])<sup>77</sup>. Es decir, el TJUE aplica por analogía esta solución, -prevista legalmente para la SE, SCE y AEIE-, al resto de sociedades regidas por los Derechos nacionales de los Estados miembros. De ese modo, se argumenta que si ciertos Reglamentos europeos permiten el traslado intra-europeo de la sede social de determinadas sociedades, -SE, SCE y AEIE-, entonces también debe permitirse a las sociedades nacionales de un Estado miembro. Así queda claro en la STCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FJ 117-118 y en la STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 35-38<sup>78</sup>. Una *jurisprudence évolutive* del TJUE que, al decir de M. AZENCOT, ha declarado, sin decirlo de modo expreso, que las libertades de circulación condicionan los resultados de la aplicación de los sistemas nacionales de Derecho

---

<sup>72</sup> ARENAS GARCIA, R., "Sombras y luces... ", cit., pp. 739-760. También descrito en ARENAS GARCÍA, R., "Sociedades", op.cit., pp. 219-228.

<sup>73</sup> MUCCIARELLI, F.M. "Company "emigration" and EC freedom of establishment: Daily Mail revisited, *European Business Organization Law Review*, 2008, vol. 9, pp. 267-303.

<sup>74</sup> WEGRZYNOWSKA, B., "Cartesio: Analysis...", cit., pp. 67-81.

<sup>75</sup> SZYDŁO, M., "Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond", *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, n. 5, pp. 1549-1571.

<sup>76</sup> BIERMEYER, TH., "Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE", *Common Market Law Review*, 2013, pp. 571-590.

<sup>77</sup> Vid. Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOUE L 294 de 10 noviembre 2001); Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) (DOCE L 207 de 18 agosto 2003); Reglamento (CE) 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la Agrupación Europea de Interés Económico (selección de artículos) (DOCE L 199 de 31 julio 1985).

<sup>78</sup> ARENAS, R., "Transferencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa: Derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento", *Diario La Ley*, 30 abril 2012, pp. 1-6.

internacional privado societario de los Estados miembros<sup>79</sup>. Éstos han sido colocados por el TJUE en una situación de subordinación a dichas libertades europeas. Mandan las libertades europeas y obedecen las normas sobre conflicto de leyes.

**48.** Esta proclamación presenta una auténtica "fuerza de principio". En efecto, a este "derecho al traslado intra-UE de la sede social", recuerda F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, debe acomodarse todo el Derecho europeo derivado y todo el Derecho nacional de los Estados miembros<sup>80</sup>. Ello comporta dos consecuencias de envergadura.

Primera. El TJUE impone una auténtica censura al Derecho del Estado de origen de la sociedad. El Derecho europeo obliga, en efecto, a que el Derecho del Estado de origen de la sociedad deba permitir que ésta pueda, sin disolverse ni extinguirse, transformarse en una sociedad ajustada al Derecho societario del "Estado miembro de destino".

Segunda. El TJUE obliga, de igual modo, al Derecho del Estado de destino a que permita y admita que una sociedad que traslada a su territorio su sede social desde otro Estado miembro, se instale ahora en ese nuevo Estado miembro. Podrá establecer condiciones, reglas y exigencias legales al efecto, pero debe ser posible para la sociedad en cuestión, trasladar su sede social de un Estado miembro a otro sin que el Derecho de este Estado miembro de destino lo prohíba o lo haga imposible.

**49.** Sin embargo, el TJUE se detiene en la proclamación de dicho principio expansivo. Es decir, según el TJUE, el art. 54 TFUE recoge el tantas veces citado derecho al traslado de la sede social en la UE, pero no indica nada más. En tal sentido, el "derecho al traslado de la sede social" emerge del mismo art. 54 TJUE pero dicha norma no establece el régimen jurídico de dicho traslado. Pues bien, el TJUE procede aquí *cum grano salis* y afirma que este derecho al traslado de la sede social intra-UE no comporta el derecho a mantener la Ley estatal reguladora de la sociedad que traslada su sede social una vez efectuado el traslado. Es decir, el Derecho europeo garantiza, según el TJUE, a las personas jurídicas referidas en el art. 54 TFUE, el derecho al traslado de la sede social en la UE pero no el derecho a conservar la Ley estatal que las regula. No cabe duda de que este trabajo de fino hilar por parte del TJUE obedece a su intención de respetar ciertas parcelas de la soberanía de los Estados miembros en el sector societario.

**50.** Indica el TJUE que el Derecho de la UE no contiene reglas específicas para las transformaciones transfronterizas de las sociedades en la UE (STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*, FD 43). En concreto, efectivamente, y como se ha indicado *supra*, el Derecho de la UE no precisa cuál es el régimen jurídico del traslado intra-UE de la sede social. Por tanto, la admisión, por el ordenamiento jurídico europeo, de ese derecho subjetivo de las sociedades, no es suficiente para que el traslado intra-UE de sede social sea posible. Si la cuestión no está regulada por el Derecho europeo debe entonces quedar en las manos del Derecho societario de los Estados miembros. Es el momento de determinar, con la mayor exactitud posible, qué aspectos del traslado intra-

---

<sup>79</sup> AZENCOT, M., "Le transfert international", *op.cit.*, pp. 19-21. En el mismo sentido, con énfasis, CORBISIER, I., "Arrêt 'Polbud': la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité", *Journal de droit européen*, 2018, n. 248, pp. 135-137.

<sup>80</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El cambio de lex societatis....", *cit.*, pp. 1-8, esp. p. 2.

UE de sede social se rigen por la Ley del Estado miembro de salida de la sociedad y que otros se regulan por la Ley del Estado miembro de destino de la sociedad.

#### **4. Traslado intra europeo de sede social con cambio de la Ley aplicable a la sociedad.**

##### **A) Descripción del supuesto.**

51. En esta primera hipótesis de estudio, la sociedad quiere cambiar de país de sede social y también de marco normativo. Quiere pasar a quedar sujeta a una nueva Ley, a la Ley del Estado miembro donde ahora quiere instalar su sede social y ello a todos los efectos legales. Por ejemplo, subraya C. KLEINER, podrá acogerse a la protección diplomática del Estado cuya Ley la rige ahora<sup>81</sup>. La sociedad quiere dejar de ser, por ejemplo, una sociedad regida por el Derecho polaco para ser, a partir del cambio de su sede social a Luxemburgo, una sociedad sometida al Derecho luxemburgués, como se puede apreciar en la STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*.

##### **B) Cuestiones relativas al traslado de la sede social intra-UE sujetas al Derecho del Estado miembro de salida de la sociedad. Restricciones por razones de interés general.**

52. El traslado de domicilio o sede social no puede ser prohibido, como ya se ha visto, por el Derecho del Estado miembro de salida de la sociedad. En palabras de A. SCHALL, los Estados miembros no tienen derecho a "encarcelar a sus sociedades" ni tampoco derecho "matar a sus sociedades" si quieren trasladar su sede social a otro país<sup>82</sup>. El art. 54 TFUE impone esta radical prohibición al Estado miembro de salida de la sociedad. Dicho lo anterior, enfatiza L. HÜBNER que ello no obliga al Derecho del Estado miembro de origen de la sociedad a permitir *tout court*, "sin más", el traslado de la sede social con destino a otro Estado miembro<sup>83</sup>. Indica el TJUE que la *Lex Societatis*, esto es, la Ley que rige la sociedad, -y que será, normalmente, la Ley del Estado miembro de origen de la sociedad, puede establecer ciertos requisitos o exigencias, materiales y procedimentales, a la sociedad para que pueda cambiar su sede social desde un Estado miembro a otro sin necesidad de disolverse (STCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FJ 107; STJCE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering*, FJ 70).

Así, en el caso de que el Derecho del Estado miembro de salida de la sociedad establezca que una sociedad que traslada su sede social desde dicho Estado miembro a otro Estado miembro, pierde su personalidad jurídica y deja de existir como sociedad sujeta al Derecho del Estado miembro de origen, pues así será. Ahora bien, la sociedad

---

<sup>81</sup> KLEINER, C., "Le transfert de siège social en droit international privé", *JDI Clunet*, 2010, pp. 315-345.

<sup>82</sup> SCHALL, A., "EuGH bestätigt grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel in der EU!", *Der Betrieb*, 2017, pp. 4-5.

<sup>83</sup> HÜBNER, L., "Der grenzüberschreitende Formwechsel nach Vale – zur Satzungssitzverlegung von -Luxemburg nach Deutschland (OLG Nürnberg, S. 163)", *IPRax*, 2015-1, pp. 134-139.

en cuestión no desaparece de la existencia, porque puede ajustarse a la legislación societaria del Derecho del Estado miembro de destino y pasar a ser una sociedad de dicho Estado.

En este sentido, por ejemplo, el art. 93 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles indica que "[e]l traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad" y que "[n]o podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores". Por exigencias derivadas del art. 54 TFUE, indica el TJUE que estos requisitos no pueden hacer inviable o imposible, *de facto*, el traslado de sede social de la sociedad desde España a otro Estado miembro.

**53.** El Derecho del Estado miembro de origen de la sociedad puede fijar restricciones legales al traslado de sede social intra-UE, pero sólo "por razones de interés general", tales como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores, así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales. Estas restricciones deben ser adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos y proporcionales, como por ejemplo, subraya D. SIMON, evitar fraudes de Ley de tipo fiscal<sup>84</sup>. O evitar casos evidentes de abuso, escribe J. OECHSLER<sup>85</sup>. Ello significa que no deben ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlos. Dicho esto, varias precisiones, que puede extraerse de la misma jurisprudencia del TJUE, son necesarias.

**54.** En primer término, en el caso de la STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*, tal justificación no concurría. En efecto, la denegación, de manera general, por parte del Derecho húngaro, - Derecho del Estado de salida de la sociedad-, de todas las transformaciones transfronterizas de sociedades, conducía al resultado de impedir el traslado de sede social, aun cuando los intereses generales antes mencionados no estuvieran amenazados. Ello no resultaba proporcional y vulneraba, por ello, el Derecho de la UE (STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*, FD 37-41)<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> SIMON, D., "Transfert du siège d'une société commerciale", *Europe*, diciembre 2017, n. 12, pp. 27-29. También ARDOUIN, J. / SICARD, F., "Transferts de siège dans l'Union européenne et law shopping: retour vers le passé?", en <https://etaxlawservices.ey-avocats.com/actualite/transferts-de-siege-dans-l-union-europeenne-et-law-shopping--retour-vers-le-passe>.

<sup>85</sup> OECHSLER, J., "Die Polbud-Entscheidung und die Sitzverlegung der SE", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, n. 27, pp. 1269-1273.

<sup>86</sup> Esta sentencia ha suscitado muy cuantiosos comentarios, entre otros motivos, porque era esperada como la "clarificación" de las lagunas y oscuridades abiertas por la sentencia STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*. Vid. entre otros muchos, BARTHEL, D., "Das Recht zum rechtsformwechselnden Umzug - zum Vorlagebeschluss des Obersten Gerichts Ungarn vom 17. 6. 2010 (EuGH Rs. C-378/10)", *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2011, pp. 131-140; ID., "Zur grenzüberschreitenden Neugründung einer Gesellschaft ("Vale")", *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2012, pp. 161-162; BEHRENS, P., "Kommt der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften?", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, pp. 121-122; JAENSCH, M., "Niederlassungsfreiheit: Ist eine in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft berechtigt, unter Änderung ihrer Rechtsform ihren Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen? - Schlussanträge VALE", *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2012, pp. 184-186; SCHMIDT, J., "Grenzüberschreitender Formwechsel im

"Bermuda-Dreieck" von Sevic, Cartesio und VALE - steuert Generalanwalt Jääskinen mit den Schlussanträgen in der Rs. VALE den richtigen Kurs?", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, pp. 144-146; RUBNER, D. / LEUERING, D., "Grenzüberschreitende Verlegung des Sitzungssitzes", *Neue juristische Wochenschrift*, (Spezial), 2012, pp. 527-528; D'AVOUT, L., "Droit du commerce international. Mobilité des sociétés", *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2332-2334; MESSENZEHL, E., "Schwarzfischer, Benjamin: "Der EuGH macht den Weg frei für den grenzüberschreitenden Formwechsel", *Betriebs-Berater*, 2012 pp. 2072-2073; BEHRENS, P., "Niederlassungsfreiheit/Gesellschaftsrecht: Grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, p. 625; HO-DAC, M., "Un pas supplémentaire en faveur de la mobilité européenne des sociétés: le droit au transfert de siège social avec changement de droit applicable", *Revue des affaires européennes*, 2012, pp. 653-660; JAKUBOWSKI, J., / ONDREJKA, P., "EuGH: Rs VALE - Grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften, *Österreichisches Recht der Wirtschaft* 2012, pp. 704-708; PARLEANI, G., "Après l'arrêt Cartesio, l'arrêt Vale apporte de nouvelles précisions sur la mobilité intra-européenne par «transformation»", *Revue des sociétés*, 2012, pp. 648-652; MPINDI, I.D., "Mobilité des sociétés dans l'espace européen", *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n. 74, p. 15; IDOT, L., "Transfert de siège social dans un autre État membre et inscription au registre", *Europe*, 2012, octobre, n.10, pp. 33-34; TEICHMANN, CH., "Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale", *Der Betrieb*, 2012, pp. 2085-2092; FRENZEL, R., "Grenzüberschreitender Formwechsel auch ohne Sitzverlegungsrichtlinie möglich", *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*, 2012, pp. 349-352; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El cambio de lex societatis...", cit., pp. 26-29; FRENZEL, R., "Mobilität von Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt", *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*, 2012, pp. 249-255; STÖBER, M., "Grenzüberschreitende Umwandlungen und ihre Besteuerung im Lichte der Niederlassungsfreiheit", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, pp. 1273-1280; MÖRSDORF, O. / JOPEN, CH., "Grenzüberschreitender Formwechsel einer Gesellschaft ("Vale")", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, pp. 1398-1401; MENJUCQ, M., "Transformation transfrontalière: la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne!", *La Semaine Juridique*, édition générale, 2012, n. 41, pp. 1834-1840; BÖTTCHER, L. / KRAFT, J., "Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung - Die Entscheidung VALE des EuGH", *Neue juristische Wochenschrift*, 2012, pp. 2701-2704; CH. THIERMANN, "Grenzüberschreitende Neugründung einer Gesellschaft - ein neues Rechtsinstitut innerhalb der Europäischen Union?", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, pp. 209-213; KOLOZS, B., "Tax Implications of the ECJ's VALE Judgment", *Tax Notes International*, 2012, pp. 296-297; ARENAS GARCÍA, R., "Una sociedad de otro Estado miembro puede transformarse en una sociedad nacional si semejante transformación es posible en supuestos puramente internos - Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 12 de julio de 2012. Asunto C-378/10 [VALE Építési kft.]", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2012, tomo XII, pp. 1074-1079; JAENSCH, M., "Der grenzüberschreitende Formwechsel: Das EuGH-Urteil VALE", *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2012, pp. 353-359; J. VERMEYLEN, "Arrêt "VALE Építési": la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit?", *Journal de droit européen*, 2012, pp. 276-278; CATHIARD, C. / PORACCHIA, D. / BIERMEYER, TH., "Regard sur le transfert transfrontalier du siège des sociétés: une avancée", *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n. 76, pp. 10-14; CONAC, P.-H., "La CJUE reconnaît le transfert international de siège et ouvre la voie à une directive", *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 3009-3013; HOUET, J., "Cross-Border Mobility Within the EU: the Saga Continues...", *European Law Reporter*, 2012, pp. 206-212; VAN ECK, G.C. / ROELOFS, E.R., "Vale: Increasing Corporate Mobility from Outbound to Inbound Cross-Border Conversion?", *European Company Law*, 2012, vol. 9, pp. 319-324; BIERMEYER, TH., "Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE", *Common Market Law Review*, 2013, pp. 571-590; MUTTER, S., "Kruchen, Carsten: Grenzüberschreitender Formwechsel einer Gesellschaft ("Vale")", *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2012, pp. 541-542; RAMMELOO, S., "Case C-378/10, VALE Építési Kft., pending, lodged on July 28, 2010, Freedom of establishment: cross-border transfer of company seat", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, vol. 18 n. 3, pp. 353-358; ID., "Case C-378/10 VALE Építési Jft., Judgment of 12 July 2012, not yet reported Freedom of establishment: cross-border transfer of company "seat" – The 50 last piece of the puzzle?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, 4, pp. 563-589; WELLER, M.-PH. / RENTSCH, B.,

55. En segundo término, en el caso de la STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, el Derecho polaco, -derecho del Estado miembro de salida de la sociedad-, obligaba a la sociedad polaca a disolverse si quería transformarse en sociedad luxemburguesa<sup>87</sup>. El

---

"Die Kombinationslehre beim grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel - Neue Impulse durch das Europarecht", *IPRax*, 2013, pp. 530-536; NAVEZ, E.-J., "La transformation transfrontalière des sociétés est largement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en oeuvre cette prérogative?", *Revue pratique des sociétés*, 2013, pp. 243-270; LAU HANSEN, J., "The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies", *European Company and Financial Law Review*, 2013, vol.10, n.1, pp. 1-17; BORG-BARTHET, J., "Free at Last? Choice of Corporate Law in the EU Following the Judgment in Vale", *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, pp. 503-512; WOHLRAB, S., "Der grenzüberschreitende Formwechsel als Mittel der Mobilität im Binnenmarkt", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, pp. 316-319; VAN MULLEN, L., "La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Liberté d'établissement - transformation transfrontalière d'une société. Arrêt «VALE Építési kft»", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2012, n. 4, pp. 733-739; ROTH, W.-H. "Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach VALE", *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking*, Ed. C.H. Beck, München, 2013, pp. 965-995; HEYMANN, J., "Nota a STJUE 12 julio 2012, C-378/10, VALE Építési kft.", *RCDIP*, 2013, pp. 247-256; SCHÖN, W., "Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2013 pp. 333-365; SCHULTE, CH., "Innereuropäische formwechselnde Sitzverlegungen nach der VALE-Entscheidung des EuGH - Ein Überblick über die „Verfahrenstechnik“ und ein Ausblick", *Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht*, 2016, pp. 3-8; CERIONI, L., "The "Final Word" on the Free Movement of Companies in European Following the ECJ's VALE Ruling and a Further Exit Tax Case?", *European Taxation*, 2013, vol. 53, n. 7, pp. 329-340; PRELIČ, S. / PROSTOR, J., "Grenzüberschreitender Statutenwechsel und Änderung der rechtlichen Organisationsform der Gesellschaft in der EU", *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2014, pp. 27-36.

<sup>87</sup> Los comentarios sobre este pronunciamiento del TJUE son extraordinariamente abundantes y ricos en matices. *Vid. inter alia*, BERNASCONI, S., "Il trasferimento all'estero della (sola) sede statutaria delle società di fronte alla Corte di giustizia: la sentenza Polbud", *RDIPP*, 2018, n.3, pp. 635-676; SCHALL, A., "EuGH bestätigt grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel in der EU!", *Der Betrieb*, 2017, pp. 4-5; MÖRSDORF, O., "Nun also doch! - Die überraschende Umdeutung der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit durch den EuGH im Urteil Polbud", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, pp. 2381-2389; KIENINGER, E.-M., "Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl", *Neue juristische Wochenschrift*, 2017, pp. 3624-3627; BÄRWALDT, R. / HOEFLING, S., "Grenzüberschreitender Formwechsel: Das Urteil des EuGH in der Rs. "Polbud" in der praktischen Anwendung", *Der Betrieb*, 2017, pp. 3051-3056; D. BERLIN, "Cartesio bis: transfert du siège et liberté d'établissement", *La Semaine Juridique*, édition générale, 2017, n. 47, p. 2111; SIMON, D., "Transfert du siège d'une société commerciale", *Europe*, décembre 2017, n. 12, pp. 27-29; ARDOUIN, J. / SICARD, F., ""Transferts de siège dans l'Union européenne et law shopping: retour vers le passé?", en <https://etaxlawservices.ey-avocats.com/actualite/transferts-de-siege-dans-l-union-europeenne-et-law-shopping--retour-vers-le-passe>; HO-DAC, M., "L'affirmation d'un droit au transfert intra-européen du siège statutaire avec changement de loi applicable: une nouvelle donne pour la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union?", *Revue des affaires européennes / Law and European Affairs*, 2017, pp. 727-737; TROIANIELLO, P., "La trasformazione transfrontaliera delle società quale esercizio della libertà di stabilimento", *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2017, pp. 595-614; DE RAET, T., "Zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bei isolierter grenzüberschreitender Satzungssitzverlegung (Polbud - Wykonawstwo)", *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2018, pp. 7-8; KOVÁCS, K., "Der grenzüberschreitende (Herein-) Formwechsel in der Praxis nach dem Polbud-Urteil des EuGH", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, pp. 253-261; HEUSCHMID, J., "Die Niederlassungsfreiheit als Recht auf Rechtswahl und die Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung", *Arbeit und Recht*, 2018, pp. 96-100; SCHOLLMAYER, E., "Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit?", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2018, pp. 186-201; MOSSLER, P., "EuGH I Grenzüberschreitender Formwechsel auch ohne Verlagerung der tatsächlichen Tätigkeit durch Niederlassungsfreiheit geschützt", *Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht*, 2018, pp. 38-39;

TJUE señaló que: (i) el traslado del domicilio social de una sociedad de un Estado miembro a otro no debe acompañarse necesariamente del traslado de su "sede real" o lugar de administración o dirección de la sociedad ni tampoco del traslado de su explotación principal para estar amparado por la libertad de establecimiento europea, explican P. HOFLEHNER / A. PHILIP y P. MOSSLER<sup>88</sup>; (ii) no puede obligarse a una sociedad que desea cambiar el Estado miembro de su sede social, a que proceda a su liquidación. Ello constituiría una restricción a la libertad europea de establecimiento. Esa exigencia de liquidación es desproporcionada, pues si con ello se quieren proteger

---

CORBISIER, I., "Arrêt 'Polbud': la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité", *Journal de droit européen*, 2018, n. 248, pp. 135-137; BARSAN, I., "Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt Polbud?", *Europe: actualité du droit communautaire*, vol. 28, n. 3, 2018, pp. 6-13; KORCH, S. / THELEN, M.C. "Von der Niederlassungsfreiheit zur Freiheit der Rechtsformwahl - Die praktischen Folgen der Polbud-Entscheidung des EuGH, *IPRax*, 2018, n. 3, pp. 248-254; HOFLEHNER, P. / PHILIP, A., "Grenzüberschreitende „Export“ – Sitzverlegung durch Satzungsänderung", *Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 2018, n. 4, pp. 207-2013; KIENINGER, E.-M. "Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2018, pp. 309-319; PLANITZER, L., "Niederlassungsfreiheit schützt auch isolierte Sitzungssitzverlegungen", *Ecolex*, 2018, pp. 255-257; PAEFGEN, W.G., "Polbud: Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit, *Wertpapier-Mitteilungen*, 2018, pp. 981-993; KOPPENSTEINER, H.-G. "Rechtsformwechselnde Sitzungssitzverlegung und Niederlassungsfreiheit - Überlegungen zur Polbud-Entscheidung des EuGH", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2018, pp. 181-186; I. CORBISIER, "Arrêt Polbud de la CJUE: de la créature de droit national au sujet de droit de l'Union européenne", *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap*, 2018, pp. 153-154; BOGGIO, L., "Polbud: palla al Centros! Cerchio chiuso con la libertà di trasferire la sede all'estero", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 887-900; PINARDI, M., "Trasformazione transfrontaliera: una sentenza rivoluzionaria?", *Il Foro italiano*, 2018, IV, pp. 232-236 ; RAMMELOO, S., "Case C-378/10 VALE Építési Jft., Judgment of 12 July 2012, not yet reported Freedom of establishment: cross-border transfer of company "seat" – The 50 last piece of the puzzle?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, 4, pp. 563-589; MENJUCQ, M., "La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés", *La Semaine Juridique - entreprise et affaires*, 2018, n. 3, pp. 24-29; MEEUSEN, J., "Polbud: new perspectives for corporate mobility in the internal market", en *Europa als Rechts- und Lebensraum: liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018* (Hess, B. [edit.]), Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2018, pp. 313-327; OECHSLER, J., "Die Polbud-Entscheidung und die Sitzverlegung der SE", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, n. 27, pp. 1269-1273; FALLON, M. / NAVEZ, E.-J. "La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt Polbud, *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap*, 2018, pp. 349-385; HAYDEN, H. / HAYDEN, T., "Grenzüberschreitender Formwechsel von Briefkastengesellschaften", *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2018, pp. 148-155; BARTOLACELLI, A., "Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?", *Giurisprudenza commerciale*, 2018-II, pp. 428-454; DE LUCA, N. / GENTILE, A. / SCHIAVOTTIELLO, F., "Trasferimento della sede sociale all'estero ed effetto Delaware. Il caso Polbud", *Giurisprudenza commerciale*, 2018-II, pp. 454-462; PELLEGRINI, F., "Caso Polbud: modificare lex societatis è un diritto garantito dalla libertà di stabilimento", *Giurisprudenza commerciale*, 2018-II, pp. 462-472; SZYDŁO, M., "Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond", *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, n. 5, pp. 1549-1571.

<sup>88</sup> HOFLEHNER, P., / PHILIP, A., "Grenzüberschreitende „Export“ – Sitzverlegung durch Satzungsänderung", *Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 2018, n. 4, pp. 207-2013; MOSSLER, P., "EuGH I Grenzüberschreitender Formwechsel auch ohne Verlagerung der tatsächlichen Tätigkeit durch Niederlassungsfreiheit geschützt", *Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht*, 2018, pp. 38-39. Muy crítico y contrario a este planteamiento, que considera incompatible con la misma libertad de establecimiento, KOPPENSTEINER, H.-G., "Rechtsformwechselnde Sitzungssitzverlegung und Niederlassungsfreiheit - Überlegungen zur Polbud-Entscheidung des EuGH", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2018, pp. 181-186.

los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores, se pueden constituir garantías bancarias o equivalentes al efecto, sin llegar a un extremo tan radical como la liquidación de la sociedad, que, *de facto*, opera como una restricción a la libre circulación de sociedades en la UE; (iii) el hecho de querer fijar el domicilio, social o real, de una sociedad en un Estado miembro con el fin de obtener la aplicación de una legislación societaria más favorable no constituye, como se verá más adelante, ni un fraude de Ley ni un abuso de derecho (STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 42-44 y 58-59, 62-64). Es por eso que, como explican J. VON HEIN / B. BRUNK, la jurisprudencia germana ha debido intervenir para permitir el traslado de ciertas firmas desde Alemania a Italia porque las exigencias de la legislación alemana relativa a las transformaciones de las sociedades mediante traslado de la sede, eran innecesariamente severas y no respondían a un "interés general"<sup>89</sup>. Por ello vulneraban la libertad de establecimiento de las sociedades recogida en el Derecho europeo.

**56.** En este sentido, cuando una sociedad traslada su sede social a España, como precisa la RDGRN 6 junio 2018: "... *el registrador español tiene competencia, en ejercicio de su deber de calificación, de valorar la aplicación del derecho sustantivo extranjero en todo aquello que se refiera a la válida adopción del acuerdo de traslado de domicilio, cambio de nacionalidad o de estatuto personal, en su caso (...). La competencia del registrador español se agota en la valoración de la validez sustantiva de los actos que desembocan en el traslado internacional del domicilio y de cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma española para su inscripción en el Registro Mercantil (...)*"<sup>90</sup>. En dicha perspectiva, puede ser necesario acreditar el ajuste del traslado de sede social a un Derecho extranjero, caso en el que como precisa la RDGRN 14 marzo 2014, si el registrador no conoce tal Derecho, deberá ser probado por las partes interesadas (art. 36 RH)<sup>91</sup>.

### **C) Cuestiones relativas al traslado de la sede social intra-UE sujetas al Derecho del Estado miembro de destino de la sociedad.**

**57.** El Derecho del Estado miembro de destino de la sociedad regula las condiciones en las que debe realizarse el traslado de sede social para producir el doble efecto pretendido: que la sociedad tenga su sede oficial en el Estado miembro de destino y que la nueva Ley estatal que rija la sociedad sea, precisamente, la Ley del Estado de destino.

**58.** Este papel decisivo del Derecho del Estado de destino de la sociedad no opera como una *carte blanche* otorgada a dicho Estado miembro. En esta línea, tres aspectos deben subrayarse.

Primero. El Derecho europeo obliga al Estado miembro de destino de la sociedad a admitir la transformación sin disolución de la sociedad que traslada su domicilio social desde otro Estado miembro. Ello significa que este traslado no puede ser prohibido *de plano*, -no puede ser negado sin más-, por el Derecho del Estado miembro de destino de

<sup>89</sup> VON HEIN, J. / BRUNK, B., "Zur Wirksamkeit eines Herausformwechsels aus Deutschland", *IPRax*, 2018-1, pp. 46-55.

<sup>90</sup> BOE n.153 de 25 junio 2018.

<sup>91</sup> BOE n. 100, de 25 abril 2014.

la sociedad. Si así fuera, ello supondría un obstáculo a la libertad de establecimiento de dicha sociedad (art. 54 TFUE) (STCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FJ 112 y 113; STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 35 [traslado de domicilio estatutario desde Polonia a Luxemburgo]).

Segundo. El Derecho del Estado miembro de destino de la sociedad no puede exigir, para que este traslado de sede social sea "legal", condiciones tan rigurosas que, en la práctica, hagan imposible o muy oneroso y difícil el cambio de Estado miembro donde se localiza la sede social. Es el llamado "principio de efectividad" (STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*, FD 48-61).

Tercero. Las condiciones exigidas por el Derecho del Estado miembro de destino a la nueva sociedad que ha emigrado a dicho Estado no pueden resultar más severas que las que existen para el traslado "interno" de la sede social, esto es, del que llevan a cabo las sociedades similares de carácter interno dentro de ese país. Es el "principio de equivalencia".

Cuarto. El Derecho del Estado de destino de la sociedad puede exigir un "cambio de la Ley aplicable" a la sociedad (STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 33-35). Puede exigir a la sociedad en cuestión, por consiguiente, que se ajuste a las leyes societarias de ese Estado de destino (STJUE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FJ 104 y 110; STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail*, FJ 19; STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*, FD 27, 32 y 51), recuerdan C. GERNER-BEUERLE / M. SCHILLIG<sup>92</sup>.

Quinto. Como inmediata consecuencia de lo anterior, el Derecho del Estado miembro de destino puede exigir que la sociedad realice las transformaciones necesarias para quedar sujeta al Derecho societario de su nuevo Estado miembro de sede social. En esta perspectiva, es necesario recordar que cada Estado miembro dispone de la facultad de utilizar el criterio de conexión exigible a una sociedad para que pueda considerarse constituida con arreglo a su legislación nacional (STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 38, 42-43). Por ejemplo, el Derecho del Estado miembro de destino puede exigir que la sociedad tenga su sede de dirección o su actividad económica en dicho Estado o que tenga, simplemente, su sede estatutaria en tal Estado. El Derecho del Estado de destino puede contentarse con exigir, exclusivamente, que la sociedad en cuestión establezca su domicilio estatutario en dicho país y no tenga su sede de dirección ni desarrolle actividades económicas en su territorio. Pues bien, de extrema relevancia resulta poner de relieve que el hecho de que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exija a las sociedades que, exclusivamente, sitúen su domicilio estatutario en dicho Estado aunque no tengan ni su sede de dirección en dicho Estado ni desarrollen actividades económicas en su territorio, no constituye ningún abuso de derecho ni ningún "fraude de Ley" (STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 40; STJUE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, FD 27; STJCE 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*, FD 96). Esta conclusión es el colorario obvio de la libertad de la que disponen los Estados miembros para utilizar el criterio de conexión que deseen en el sector societario y, también, del hecho de que no existe una norma de conflicto europea que designe, de manera armonizada o uniforme, la Ley que rige las sociedades de

---

<sup>92</sup> GERNER-BEUERLE, C., / SCHILLIG, M., "The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*", <http://ssrn.com/abstract=1340964>, 2009, p. 20.

capital. Aviso a navegantes directamente dirigido a las instituciones legislativas europeas: si el Derecho europeo dispusiera de dicha norma de conflicto, el *forum shopping / law shopping* societario y la *race to the bottom* desaparecerían radicalmente. Donde hay libertad (de establecimiento y de cambio de sede social de un Estado miembro a otro) no puede haber fraude.

Sexto. Si el Derecho del Estado miembro de destino exige que la sociedad se ajuste a tal ordenamiento jurídico, se puede requerir que la sociedad en cuestión adopte una forma societaria concreta de entre las previstas en dicha Ley del Estado miembro de destino.

**59.** En consecuencia, debe subrayarse que una sociedad válidamente constituida en un "Estado miembro de origen", y por tanto, titular de la libertad de establecimiento *ex art. 54 TFUE*, tiene derecho, en virtud de tal libertad europea de circulación, a "emigrar" a otro "Estado miembro de destino" mediante su transformación en una sociedad regida por el Derecho de tal Estado y la fijación de su sede social en el territorio de dicho Estado miembro.

## **5. Traslado intra europeo de sede social sin cambio de la Ley aplicable a la sociedad.**

### **A) Descripción del supuesto.**

**60.** En esta hipótesis, lo que la sociedad con sede social en un Estado miembro concreto pretende es trasladar dicha sede social, su domicilio social, su sede oficial, al territorio de otro Estado miembro pero mantener, al mismo tiempo, su personalidad jurídica y también la Ley estatal que la rige.

Así, por ejemplo, una sociedad húngara, con sede social en Hungría, desea trasladar dicha sede a Italia, desea seguir siendo la misma sociedad y desea al mismo tiempo seguir regida por el Derecho húngaro. Es el origen del famoso caso *Cartesio* (STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*). La sociedad *Cartesio* era una sociedad constituida con arreglo al Derecho húngaro. Su sede social estaba en Hungría. *Cartesio* quería trasladar su sede social a Italia pero deseaba seguir siendo una sociedad sujeta al Derecho húngaro. El Derecho de su Estado miembro de salida, el Derecho húngaro, indicaba que si se producía dicho traslado, la sociedad *Cartesio* dejaba de existir, moría, pues según el Derecho de Hungría, las sociedades sometidas al Derecho societario húngaro deben tener su sede social en Hungría y no en otro Estado (STCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FD 102-105 y Conclusiones AG POIARES MADURO de 22 mayo 2008, N. 34)<sup>93</sup>. El Derecho húngaro no dejaba salir de Hungría a *Cartesio* "con vida".

---

<sup>93</sup> Los comentarios sobre esta sentencia son literalmente innumerables. *Vid. inter alia*, KIENINGER, E.-M. "Cartesio und die Folgen, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2008, n.6, p. 1-5; CAMPOS NAVE, J.A., "Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa, *Betriebs-Berater*, 2008., pp. 1410-1414; OFNER, H., "Urteil in der Rechtssache Cartesio", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht*, 2008, pp. 193-199; SZYDŁO, M., "Emigration of Companies under the EC Treaty: Some Thoughts on the Opinion of the Advocate General in the Cartesio Case", *European Review of Private Law*, 2008, pp. 973-994; BRAKALOVA, M. / BARTH, D.,

Otro ejemplo es el representado por una sociedad inglesa con sede social en Reino Unido desea trasladar su sede social a Holanda sin perder su personalidad jurídica y desea seguir siendo regida por el Derecho societario inglés: es el caso *Daily Mail* (STJCE 27 septiembre 1988, 81/67, *Daily Mail*)<sup>94</sup>. En este caso, la sociedad *Daily Mail and General Trust PLC*, constituida de conformidad con el Derecho del Reino Unido, tenía allí su sede social. Esta sociedad quiso trasladar su sede de dirección, su administración central, a Holanda pero sin perder por ello su personalidad jurídica y

---

"Nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU bleiben zulässig", *Der Betrieb*, 2009, pp. 213-217; ZIMMER, D. / NAENDRUP, CH., "Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?", *Neue juristische Wochenschrift*, 2009, pp. 545-550; MÖRSDORF, O., "Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt - eine Zwischenbilanz", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, pp. 97-102; BEHRENS, P., "Cartesio bestätigt, aber korrigiert Daily Mail", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, n.3, pp. 5-15; MENJUCQ, M., "Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne", *La Semaine juridique - édition générale*, 2009-II, pp. 40-42; IDOT, L., "Transfert du siège social sans changement de loi applicable", *Europe*, 2009, febrero, n. 82, pp. 33-34; DORALT, M., "Zur Sitzverlegung ins Ausland im Licht von Cartesio", *Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 200, pp. 255-258; 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*, 2009, n. 7294, pp. 11-15.

<sup>94</sup> Los muy interesantes comentarios sobre esta sentencia son legión. *Vid. inter alia*, VAN HOORN JR. J., "Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario", *Diritto e pratica tributaria*, 1989, pp. 377-383; BEHRENS, P., "Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG", *IPRax*, 1989, pp. 354-361; VARA DE PAZ, N., "Traslado de la sede social (sede de dirección) en el ámbito de la Comunidad Económica Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, 1989, pp. 871-882; EBKE, W.F. / GOCKEL, M., "European Corporate Law", *The International Lawyer*, 1990, pp. 239-250; MEILICKE, W., "Sitztheorie und EWG-Vertrag nach Handels- und Steuerrecht", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1990, pp. 449-452; CAPELLI, F., "Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali", *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pp. 50-54; DROBNIG, U., "Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht. "Daily Mail" und die Folgen", *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, 1991, pp. 185-206; GROßFELD, B. / KÖNIG, TH., "Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1992, pp. 433-440; SCHMITTHOFF, CL., "Tax and Company Migration", *Business Law Brief*, dic. 1988, pp. 2-3; FROMMEL, S.N., "EEC Companies and Migration: A Setback for Europe", *Intertax*, 1988, pp. 409-416; SCHMITTHOFF, CL.M., "Daily Mail Loses in the European Court", *The Journal of Business Law*, 1988, pp. 454-455; CARLI, C.C., "Diritto tributario europeo e "paradisi fiscali": abuso del diritto... di stabilimento o lacuna del sistema fiscale comunitario?", *Rivista di diritto europeo*, 198, pp. 128-138; BOUTARD-LABARDE, M.-CH., "Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services", *JDI Clunet*, 1989, pp. 428-431; GILL, A.V., "Migration of Companies and the Right of Establishment in E.C. Law", *Irish Law Times and Solicitors' Journal*, 1989, pp. 59-61; SANDROCK, O. / AUSTMANN, A., "Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1989, pp. 249-253; WOUTERS, J., "The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 179-220; BALLARINO, T., "Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie", *Rivista delle società*, 2003, pp. 669-698; WYMEERSCH, E., "Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo", *Rivista delle società*, 2003, pp. 723-764; BEHRENS, P., "Cartesio bestätigt, aber korrigiert Daily Mail", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, vol.3, pp. 5-11; GALEZA, D., "Did the ECJ show common sense in upholding Daily Mail?", *China-EU law journal*, 2013, vol. 2, pp. 95-108.

deseaba seguir siendo una sociedad sujeta al Derecho inglés. El Derecho del Estado miembro de origen, esto es, el Derecho británico permitía dicho movimiento. La legislación británica sólo exigía que, antes de dicho traslado, la sociedad obtuviera una autorización específica expedida por la Hacienda Pública británica. El TJUE bendijo la exigencia, por motivos fiscales, de una autorización previa a dicho traslado. La sociedad inglesa no podía trasladar su domicilio social y su sede de dirección a Holanda porque dicho traslado no se ajustó al Derecho inglés, que exigía cumplir con determinadas condiciones que protegían intereses generales, como la regularidad fiscal de dicho traslado.

## **B) Cuestiones reguladas por el Derecho europeo material, por la Ley del Estado miembro de salida y por la Ley del Estado miembro de destino de la sociedad.**

**61.** Para resolver este desafío jurídico de primer orden es preciso arrancar de un dato previo. El Derecho europeo, como se ha indicado antes, obliga a los Estados miembros a permitir el traslado intra-UE de sede social. Sin embargo, el mismo Derecho europeo deja en manos del Derecho del Estado miembro de salida la precisión de las condiciones o requisitos para la salida de la sociedad y deja en manos del Derecho del Estado miembro de destino los requisitos para que dicho traslado de sede social sea legal y efectivo. Con otras palabras, puede decirse que el Derecho europeo se limita a otorgar el derecho al movimiento transfronterizo intra-UE de la sede social de una sociedad sin que ésta tenga que disolverse y extinguirse. Sin embargo, el mismo Derecho europeo delega la regulación jurídica de este movimiento transfronterizo de sede social en los Derechos nacionales de los Estados miembros de salida y destino de la sociedad. En este sentido, para que sea posible este traslado de sede social con mantenimiento de personalidad jurídica y de Ley reguladora de la sociedad estatal que la rige es preciso que se verifiquen dos conjuntos de requisitos.

**62.** En primer lugar, el Derecho del Estado miembro de salida debe permitir que una sociedad con sede social en su territorio sitúe ahora el lugar físico de su sede social en otro Estado miembro y que, a pesar de dicho movimiento, no pierda su personalidad jurídica. El Derecho del Estado miembro de salida de la sociedad debe permitir la existencia de sociedades regidas por su Derecho pero con sede social en otros países. Si no lo permite, el traslado de sede social con mantenimiento de la Ley aplicable a la sociedad no es posible. El Derecho europeo deja esta decisión en manos del Estado miembro de salida. Éste es plenamente libre de permitir o prohibir que una sociedad regida por sus leyes tenga su sede social en otro Estado diferente. Así, en el citado caso *Daily Mail* (STJCE 27 septiembre 1988, 81/67, *Daily Mail*), el Derecho inglés permitía que la sociedad *Daily Mail* siguiera estando sujeta al Derecho inglés aunque tuviese su sede social y su sede de dirección en Holanda. No obstante, exigía que la sociedad obtuviera previamente una autorización específica de carácter fiscal.

**63.** En segundo lugar, el Derecho del Estado miembro de destino de la sociedad debe permitir que ésta conserve su Ley reguladora aunque haya instalado ahora su sede social en el territorio del Estado de destino. El Derecho europeo no interfiere en esta decisión, que depende enteramente del Derecho del Estado miembro de destino. Como explican

M. BRAKALOVA / D. BARTH, dicho Estado es plenamente libre de permitir o prohibir que una sociedad regida por la Ley de otro Estado tenga su sede social en su territorio<sup>95</sup>. Por tanto, el Derecho europeo permite que el Derecho del Estado miembro de destino de la sociedad puede obligar a la sociedad que desea instalar su sede social en dicho Estado a que cambie la Ley estatal que la rige y pase a adoptar, en consecuencia, uno de los tipos societarios recogidos en su legislación. La sociedad tiene derecho, -así lo establece el Derecho europeo-, a trasladar su sede social a otro Estado miembro, pero no tiene derecho a "llevarse con ella" su Ley reguladora (STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, FJ 104). Esta cuestión depende del Derecho del Estado miembro de destino. Este límite se explica de manera sencilla. El Derecho europeo no desea obligar a los Estados miembros que acepten la existencia de sociedades con sede en sus territorios pero regidas por Derechos extranjeros y ello por respeto a su soberanía. Además, ello sintoniza con la libertad de los Estados miembros para fijar los puntos de conexión en el sector societario. Si el Derecho internacional privado del Estado miembro de destino de la sociedad indica que una sociedad con sede social en su territorio debe ajustarse al Derecho societario de ese Estado miembro, así será. Todo queda en manos del Derecho del Estado miembro de destino de la sociedad.

Así, por ejemplo, el art. 94.1 de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles indica que "[e]l traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad", pero que dicha sociedad "deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente...". Esto es, el Derecho español obliga a la sociedad que tenía su sede social en otro Estado miembro y que desea ahora instalar su sede social en territorio español, a convertirse en una sociedad regida por la Ley española. Es decir, la sociedad que antes tenía su sede social en otro país se debe "españolizar", debe pasar a regularse por la Ley societaria española y ajustarse a una de las formas societarias contempladas en la legislación española (RDGRN 14 marzo 2014 [sociedad gibraltareña que se traslada a España])<sup>96</sup>. Deberá la sociedad, adaptar sus estatutos a la Ley española. Así, indica la RDGRN 6 junio 2018, en un caso de traslado de sede social desde Panamá a España, que "... el registrador español tiene competencia, en ejercicio de su deber de calificación, de valorar la (...) adaptación de estatutos a la ley española, determinadas por la nacionalidad de la sociedad (artículo 9.11 del Código Civil español) (...)"<sup>97</sup>. En ese proceso de "españolización de las sociedades", aquéllas que tuvieran antes su sede social en otro Estado no miembro de la UE, "deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español" (art. 94.1.II Ley 3/2009 de 3 de abril, citada. Así, en la citada RDGRN 6 junio 2018, se trataba de la solicitud para el traslado internacional del domicilio de una sociedad desde Panamá a España y se exigió que se acreditase documentalmente el valor de dicho patrimonio social, sin que fuera preciso que se llevara a cabo "la traslación del total historial jurídico" de la sociedad en cuestión".

<sup>95</sup> BRAKALOVA, M. / BARTH, D., "Nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU bleiben zulässig", *Der Betrieb*, 2009, pp. 213-217.

<sup>96</sup> BOE n. 100, de 25 abril 2014.

<sup>97</sup> BOE n.153 de 25 junio 2018.

Del mismo modo, en el caso objeto de STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*, el TJUE confirmó que el Derecho húngaro podía exigir que una sociedad italiana de responsabilidad limitada y constituida en Italia, y que tenía la intención de trasladar su sede social a Hungría, pasase a ser una sociedad ajustada al Derecho húngaro. No pueden existir sociedades regidas por el Derecho italiano pero con sede social en Hungría porque el Derecho húngaro no lo permite.

**64.** Así las cosas, es teóricamente posible y es perfectamente ajustado al Derecho europeo, un traslado de la sede social de una sociedad con conservación de la Ley que rige la sociedad. De hecho, precisa F. MARTÍNEZ RIVAS, dicho traslado era perfectamente posible en el caso *Daily Mail* (STJCE 27 septiembre 1988, 81/67, *Daily Mail*), que no se consumó por falta de una autorización de carácter fiscal que debían expedir las autoridades británicas y que debía obtenerse antes del traslado<sup>98</sup>. En este caso, el Derecho del Estado miembro de destino de la sociedad (Holanda) admitía que una sociedad trasladase su sede social a Holanda desde otro Estado miembro y mantuviera su Ley reguladora inglesa.

## **VII. EFICIENCIA CONFLICTUAL Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRASLADO INTRA EUROPEO DE SEDE SOCIAL.**

### **1. La búsqueda del mercado eficiente.**

**65.** La eficiencia es un objetivo intrínseco de toda sociedad de capital. La eficiencia en el funcionamiento de la sociedad de capital la conduce inexorablemente a dos objetivos. En primer lugar, a la búsqueda de un mercado que produce beneficios. En segundo lugar, a la búsqueda de un entorno legal de coste reducido.

**66.** Una empresa puede intentar la conquista de un mercado nacional distinto a aquél en el que dicha empresa se encuentra radicada sin cambiar el lugar donde radica su sede social. Para ello, empleará la libre prestación de servicios. El potente entorno digital actual coadyuva a ello de una manera decisiva. También puede dicha sociedad proceder a la instalación física de una sucursal en otro país, o bien de una sociedad filial o bien de una agencia o establecimiento sin personalidad jurídica. No obstante, la creación de filiales en otros Estados miembros con vistas, -o no-, a la posterior fusión con su sociedad madre, es una solución extraordinariamente costosa. Constituir una sociedad es una operación jurídica onerosa.

**67.** Por ello, la sociedad, en otras ocasiones, y aparte motivos puramente fiscales, puede decidir mover su sede social al territorio de otro Estado para dirigir desde allí la conquista de un nuevo mercado, del mercado de ese otro Estado. Ello sucede cuando el mercado de su país de origen se ha agotado o se ha quedado obsoleto o está sumido en una crisis local que bien puede ser económica, social o política. En efecto, con la sede social en otro Estado, resulta más sencillo y más económico para la sociedad de capital

---

<sup>98</sup> MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado internacional...”, cit., pp. 132-142.

lanzarse a la conquista del mercado de este nuevo Estado, mercado que aparece como un entorno de posibles beneficios.

**68.** Estos casos se aprecian en la STJCE 27 septiembre 1988, 81/67, *Daily Mail* (intento de traslado de la sede de dirección de la sociedad desde Reino Unido a Holanda con mantenimiento de la Ley aplicable inglesa) y STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio* (intento de traslado de la sede social desde Hungría a Italia con mantenimiento de la Ley aplicable húngara). Estas sociedades desean contar con una nueva base jurídica para conquistar nuevos mercados nacionales pero no desean que cambie la Ley estatal que las regula.

**69.** Pues bien, este traslado de sede social sin cambio de Ley aplicable es eficiente. La sociedad selecciona el mercado más rentable para ella y mantiene una *Lex Societatis*, -un "entorno legal interno"-, que considera satisfactoria para sus intereses.

El régimen jurídico de este tipo de traslado de sede social sin cambio de Ley aplicable a la sociedad en Derecho internacional privado europeo es también eficiente. Se trata de una serie de reglas bien construidas por el TJUE, un Derecho judicial societario que arranca de la libertad de establecimiento de la sociedad. Ésta tiene derecho a circular por la UE mediante este cambio transfronterizo de sede social. afirmado tal derecho, los cauces para el ejercicio del mismo los marca, en primer lugar, el Derecho nacional del Estado miembro de origen de la sociedad. Este ordenamiento jurídico debe permitir que existan sociedades con sede social fuera de su territorio pero regidas por su Ley. En segundo lugar, esos límites llegan también de la mano del Derecho nacional del Estado miembro de destino de la sociedad. Este ordenamiento jurídico debe permitir que existan sociedades con sede social en su territorio pero regidas por una Ley extranjera. El TJUE, como se ha visto, permite este cambio transfronterizo de sede social con mantenimiento de la Ley aplicable a la sociedad de capital dentro de los límites jurídicos señalados. Y lo permite porque es eficiente para la sociedad de capital.

## **2. La búsqueda de la Ley societaria eficiente.**

**70.** Ahora bien, la riqueza de la vida económica en los contextos transfronterizos ofrece un escenario extraordinariamente amplio. En otras ocasiones, la empresa que adopta la forma de sociedad de capital necesita, preferentemente, un entorno legal eficiente. Precisa dotarse de una Ley estatal reguladora que le permita sujetarse a unas reglas de funcionamiento interno que le comporten menos costes y también busca la posibilidad de disponer de unas pautas de comportamiento interno más sencillas y operativas. Ésa y no otra es la razón de fondo que explica, en muy numerosas ocasiones, la transferencia internacional de sede social. La sociedad busca una Ley estatal que regule su funcionamiento interno de manera más eficiente. Una mejor *Lex Societatis*. El modo más extendido en el que la sociedad selecciona su Ley reguladora más eficiente es, efectivamente, es el cambio de país donde sitúa su sede social. Ello se produce porque buena parte de los Derechos estatales emplean puntos de conexión en materia societaria que están ligados, de una u otra manera, a la localización física de la sede social. En suma, puede decirse que el cambio de sede social comporta, con gran

frecuencia, el cambio de la Ley aplicable a la sociedad. Así, en ciertos Estados que siguen la tesis de la constitución o *Incorporation*, como es el caso de España, la sociedad se rige por la Ley del país con arreglo a cuyo Derecho se han constituido y tal Derecho obliga a la sociedad a fijar en dicho país su sede social. En definitiva, en ciertos supuestos, la sociedad de capital cambia de país de sede social porque desea cambiar de Ley reguladora: se persigue el cambio de *Lex Societatis*. Esta estrategia jurídica puede apreciarse en los casos objeto de la STJCE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft* [intento de una sociedad italiana de trasladar su sede social a Hungría y de cambiar su Ley reguladora en favor del Derecho húngaro] y STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud* [sociedad con sede social en Polonia que desea trasladar su sede social a Luxemburgo y de pasar a regirse por el Derecho luxemburgués]. En consecuencia, la sociedad desea cambiar de estatuto jurídico regulador y existe toda una paleta de Derechos societarios nacionales entre los que la sociedad puede escoger: la variedad legal es abrumadora, apuntan A. JOHNSTON / P.A.S. SYRPIS<sup>99</sup>. La sociedad escogerá, naturalmente, la Ley estatal que le resulte más eficiente por la razón que sea, como expone H. EIDENMÜLLER<sup>100</sup>.

71. Existe, es obvio, en este punto, una libre competencia entre ordenamientos societarios nacionales, una *free regulatory competition*, fenómeno, apunta B. WEGRZYŃSKA, perceptible con facilidad entre los Estados miembros de la UE<sup>101</sup>. Pues bien, este traslado de sede social es también eficiente: la sociedad elige situar su nueva sede social en el territorio del Estado cuya Ley le resulta más adecuada y conveniente. Mediante el traslado de su sede social a otro Estado miembro, la sociedad ejerce un *law shopping* europeo y selecciona la *Lex Societatis* más eficiente para ella, como destacan J. ARDOUIN / F. SICARD<sup>102</sup>. En los últimos años, Luxemburgo ha recibido más de 300 sociedades procedentes de otros Estados miembros debido a la atractiva flexibilidad de su legislación societaria y fiscal<sup>103</sup>.

72. El régimen jurídico de este tipo de traslado de sede social con cambio de Ley aplicable a la sociedad en Derecho internacional privado europeo es también eficiente. El Derecho europeo material asegura que este traslado debe ser posible y no puede ser negado por el Derecho nacional de los Estados miembros implicados. Ahora bien, a partir de ahí, el Derecho del Estado miembro de salida de la sociedad puede fijar determinadas exigencias, materiales y procedimentales, para que la sociedad pueda cambiar su sede social desde ese Estado miembro a otro sin necesidad de desaparecer. Por otro lado, el Derecho nacional del Estado miembro de llegada de la sociedad puede

<sup>99</sup> JOHNSTON, A. / SYRPIS, P.A.S, "Regulatory competition in European company law after Cartesio", *European Law Review*, 2009, vol. 34, 3, pp. 378-404.

<sup>100</sup> EIDENMÜLLER, H., "Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa", *ZIP*, 2002, pp. 2233-2245.

<sup>101</sup> WEGRZYŃSKA, B., "Cartesio...", cit., pp. 67-81, esp. p. 69: "However, the Cartesio case (...) should be also looked at from the regulatory perspective". También MARTINEZ CARRASCOSA, J., "El traslado de domicilio social en el seno de la Unión Europea", *Escritura Pública*, noviembre diciembre 2017, pp. 16-21, que recoge la opinión, en este sentido, de la europarlamentaria EVELYN REGNER.

<sup>102</sup> ARDOUIN, J., / SICARD, F., "Transferts de siège dans l'Union européenne et law shopping: retour vers le passé?", en <https://etaxlawservices.ey-avocats.com/actualite/transferts-de-siege-dans-l-union-europeenne-et-law-shopping--retour-vers-le-passe>.

<sup>103</sup> MARTINEZ CARRASCOSA, J., "El traslado...", cit., pp. 16-21.

requerir que la sociedad proceda a un "cambio de la Ley aplicable" a la misma y proceda, también, a adoptar una forma societaria de las recogidas en el Derecho societario del Estado miembro de destino de la sociedad.

73. Es curioso, pero rigurosamente cierto al mismo tiempo, señala G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, que la libre circulación de sociedades en la EU no haya conducido a la convergencia de modelos societarios entre los Estados miembros, sino a la competencia entre los mismos<sup>104</sup>. En realidad, apunta L. DE ALMEIDA, hablar de "fracaso" porque no existe un Derecho societario europeo sustantivo y ligar la integración europea a la unidad legislativa material constituye un error de enfoque jurídico<sup>105</sup>. La integración europea presenta, como han enfatizado CH. GAVALDA / G. PARLÉANI, un neto y transparente carácter federal. Por ello, si se presta atención, los instrumentos legales europeos de Derecho internacional privado no persiguen acabar con la identidad nacional ni tampoco terminar con la diversidad legislativa nacional de los Estados miembros. Persiguen, más bien, su pacífica convivencia inspirada por el principio de eficiencia, como sugiere H. FLEISCHER<sup>106</sup>. Los particulares deben poder elegir la Ley que les resulta más eficiente para regular sus relaciones jurídicas, ya sean éstas "contratos", "divorcios" o "sociedades de capital". Además, en el sector societario existe una muy particular competencia entre figuras nacionales de sociedades de capital, apuntan S. KORCH / M.K. THELEN<sup>107</sup>. La *Limited* inglesa ha batido a sus hermanas continentales, señala J. VON HEIN, lo que ha obligado al legislador alemán a introducir una nueva figura societaria, una sociedad limitada simplificada, la "*Unternehmergeellschaft*"<sup>108</sup>. En efecto, según observa H. FLEISCHER, existe una libre competencia entre las distintas figuras jurídicas que puede adoptar una sociedad de capital en los diferentes Estados. Porque, es obvio, no todos los Estados disponen de las mismas figuras jurídicas para las sociedades de capital<sup>109</sup>. De este modo, mediante la formación de un *pool* de figuras societarias, escribe G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, se alcanza una "atenuación de las fronteras normativas" entre los Estados miembros<sup>110</sup>.

<sup>104</sup> VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., "Libre circulation des sociétés en Europe, concurrence ou convergence des modèles juridiques", *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 50, n. 1, 2014, pp. 7-38.

<sup>105</sup> DE ALMEIDA, L., "Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law", *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1 | p. 95-128 | Jul/Dez 2018, pp. 96-128.

<sup>106</sup> FLEISCHER, H., "Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, n.174, 2010, pp. 385-428, esp. pp. 404-407 que se refiere al pionero trabajo de HALLSTEIN, W., "Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Auslandsrechten, verglichen mit dem deutschen Recht", *RabelsZ*, n.12, 1938/1939, pp. 341-382, esp. pp. 367-368, en el que se ilustra la libre competencia entre ordenamientos societarios nacionales como un factor fundamental en la comprensión del Derecho internacional privado en este sector.

<sup>107</sup> KORCH, S., / THELEN, M.C., "Von der Niederlassungsfreiheit zur Freiheit der Rechtsformwahl - Die praktischen Folgen der Polbud-Entscheidung des EuGH", *IPRax*, 2018, n. 3, pp. 248-254. En el mismo sentido, KOVÁCS, K., "Der grenzüberschreitende (Herein-)Formwechsel in der Praxis nach dem Polbud-Urteil des EuGH", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, pp. 253-261.

<sup>108</sup> VON HEIN, J., "Corporations in European Private International Law - From Case-Law to Codification?", en [http://www.pilaj.jp/data/2015\\_0607\\_Corporations%20in\\_European\\_P\\_I\\_L.pdf](http://www.pilaj.jp/data/2015_0607_Corporations%20in_European_P_I_L.pdf), p. 6.

<sup>109</sup> FLEISCHER, H., "Supranationale ...", cit., pp. 385-428, esp. pp. 404-407.

<sup>110</sup> VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., "Libre circulation ...", cit., pp. 7-38.

Esta competencia entre figuras societarias es horizontal, esto es, una competencia entre figuras societarias de los Estados miembros. Y es también vertical, puesto que los socios pueden también optar por las figuras societarias de cuño europeo, como la sociedad anónima europea o la sociedad cooperativa europea, destaca J. VON HEIN<sup>111</sup>.

**74.** Gracias a esta competencia entre figuras societarias europeas y nacionales de los Estados miembros, éstos se coordinan mediante el impulso europeo de un valor propio del Derecho de la UE, un valor que es común también a todos los Estados miembros, la libertad de auto-organización de los particulares. Ello extiende, al decir de S. VRELLIS, el ámbito espacial de la Justicia<sup>112</sup>. La cultura puede ser diferente de Estado miembro a Estado miembro, y también las normas jurídicas. Sin embargo, los valores pueden ser comunes, como ha destacado con brillantez M.V. CARAUSAN<sup>113</sup>. En suma, igual que en los Estados Unidos de América, donde, enfatiza J. VON HEIN, el Derecho societario de Delaware se enseña y se estudia en todo el país, también en Europa puede suceder que el Derecho societario luxemburgués y el inglés, sin duda los más competitivos, sean estudiados y enseñados en todos los Estados miembros<sup>114</sup>. Tras el *Brexit*, las apuestas indican que Luxemburgo tomará la cabeza.

### **3. La super eficiencia de una norma de conflicto europea en el sector societario.**

#### **A) Demasiados Derechos aplicables.**

**75.** Como es sencillo observar, el régimen jurídico de estos dos tipos de traslado de la sede social en Derecho internacional privado europeo resulta ser, sin duda, más eficiente que cualquier tipo de régimen exclusivamente nacional. Éste podría, sin más, negar la posibilidad de una salida o de una llegada legal de la sociedad a su nuevo Estado de sede social. Sin embargo, la existencia de tres tipos de cuestiones sujetas, distributivamente, al Derecho material europeo, al Derecho del Estado de salida de la sociedad y al Derecho del Estado de destino de la misma, conducen a un régimen conflictual distributivo. La sociedad que desea trasladar su sede social a otro Estado miembro debe ajustar su movimiento a tres diferentes ordenamientos jurídicos. Esta sobreabundancia de leyes, esta "*rules jungle*" a la que se refiere TH. BIERMEYER, es consecuencia de tres fenómenos que operan al mismo tiempo: (i) la ausencia de una norma europea de conflicto de leyes en el sector de las sociedades de capital; (ii) la consideración de las sociedades de capital como entes producto de la soberanía de un Estado y por tanto, sujetas siempre y de modo necesario a la Ley del Estado que las ha creado (STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 33; STJUE 12 julio 2012, C-378/10; *VALE Építési Kft*, FD 27 y 51; STJUE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*,

<sup>111</sup> VON HEIN, J., "Corporations in European Private International Law - From Case-Law to Codification?", en [http://www.pilaj.jp/data/2015\\_0607\\_Corporations%20in\\_European\\_P\\_I\\_L.pdf](http://www.pilaj.jp/data/2015_0607_Corporations%20in_European_P_I_L.pdf), p. 11.

<sup>112</sup> VRELLIS, S., "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *RCADI*, 2007, vol. 328, pp. 175-486.

<sup>113</sup> CARAUSAN, M.V., "Is European Union at the Heart of Citizens' Identity?", *Juridica*, 2011, p. 59, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1987158>.

<sup>114</sup> VON HEIN, J., "Corporations in European...", cit., p. 5.

FJ 104 y 110; STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail*, FJ 19); (iii) la confusión en la que ha incurrido la jurisprudencia citada del TJUE en relación con el aspecto conflictual por un lado y con el aspecto material por otro lado, del traslado transfronterizo de sede social.

**76.** En este escenario formado por una pluralidad de niveles normativos del traslado intra UE de la sede social, puede afirmarse que la solución proporcionada por el Derecho judicial europeo, aunque mejora la escasa eficiencia de una solución nacional al traslado intra-UE de sede social, sigue siendo costosa, "*insufficient and cost-inefficient*", escribe B. WĘGRZYŃSKA<sup>115</sup>. Para escapar de un panorama de relativa eficiencia y penetrar en un contexto de super-eficiencia jurídica del traslado transfronterizo de sede social, es necesario tomar conciencia de la necesidad de emprender ciertas acciones de carácter legislativo.

## **B) Una futura norma de conflicto para determinar la Ley aplicable a las sociedades.**

**77.** En primer lugar, es preciso elaborar una norma de conflicto europea para señalar la Ley aplicable a las sociedades de capital. La solución que se ofrezca al mercado interior sobre la movilidad de las sociedades debe pivotar sobre la seguridad jurídica. El escenario jurídico actual no permite saber a ciencia cierta, destaca J. MEEUSEN, si una sociedad puede trasladar su sede social a otro Estado miembro con o sin cambio de Ley aplicable<sup>116</sup>. La seguridad jurídica de ordenación y también la seguridad jurídica de realización, esto es, la estabilidad de las situaciones jurídicas ya creadas en un Estado miembro, apuntan A. AUTENNE / E.-J. NAVEZ, se resienten en gran medida<sup>117</sup>. Por ello, una intervención legislativa terminaría de cerrar adecuadamente un círculo tan complejo como el que debe contener las normas relativas a la movilidad de las sociedades de capital en la UE, opina S. RAMMELOO<sup>118</sup>. El punto de conexión elegido debe ser plenamente euro-compatible. Debe permitir y favorecer la libre fijación de la sede social por parte de la sociedad.

**78.** Durante el año 2017 se llevaron a cabo diversos trabajos en la UE para la elaboración de una Directiva europea que permitiera el cambio de sede social de un Estado miembro a otro Estado miembro<sup>119</sup>. A la fecha presente esa norma de conflicto

---

<sup>115</sup> WĘGRZYŃSKA, B., "Cartesio...", cit., pp. 67-81.

<sup>116</sup> MEEUSEN, J., "Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: towards full cross-border corporate mobility in the internal market?", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 294-323. También BEUERLE, C.-G. / SCHILLIG, M., "The Mysteries of Freedom...", cit., pp. 303-323.

<sup>117</sup> AUTENNE, A. / NAVEZ, E.-J., "Cartesio - Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités", *Cahiers de droit européen*, 2009, vol. 45, núm. 1-2, pp. 91-125.

<sup>118</sup> RAMMELOO, S., "Case C-378/10 VALE Építési Jft., Judgment of 12 July 2012, not yet reported Freedom of establishment: cross-border transfer of company "seat" – The 50 last piece of the puzzle?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, 4, pp. 563-589.

<sup>119</sup> Con anterioridad, otros trabajos sobre esta Directiva también habían visto la luz otros trabajos para elaborar una Directiva sobre la cuestión. *Vid.* VOSSESTEIN, G.J. "Transfer of the Registered Office - the European Commission's Decision Not to Submit a Proposal for a Directive Special on Companies

no existe y es preciso, en consecuencia, acudir a las normas de conflicto de los Estados miembros de salida y de llegada de la sociedad que traslada su sede social. Resultado jurídicamente complicado y económicamente ineficiente.

### C) Aplicación de la Ley del país con arreglo a cuyo Derecho se constituye la sociedad.

79. El punto de conexión que mejor encaja con la libre circulación de sociedades en la UE es, sin duda, la autonomía de la voluntad de los socios, que libremente eligen constituir su sociedad con arreglo al Derecho nacional que estiman más eficiente<sup>120</sup>. Cuando la sociedad se contempla como un conjunto de contratos entre los socios y no como una creación jurídica autorizada por el Estado, desaparecen los elementos de soberanía estatal y emerge la sociedad como un sujeto del Derecho europeo, idea muy bien expuesta por I. CORBISIER<sup>121</sup>. Así es fácil admitir, apunta H. FLEISCHER, la libre elección de Ley aplicable a las sociedades como el mejor punto de conexión para las mismas. Sobre esta cuestión se ha escrito en abundancia y, aunque la *Incorporation Theory* no resulte ser una teoría mirífica para todos los expertos en el sector, sí que parece existir un consenso a su favor en la mejor doctrina<sup>122</sup>. También es el enfoque de la German Council's Proposal 2006 sobre la Ley aplicable a las sociedades, perfectamente descrito por J. VON HEIN<sup>123</sup>. Pese a ciertas reticencias, es preciso subrayar que la teoría de la sede real y de la sede de explotación principal son teorías que producen efectos contrarios a la libre circulación de las sociedades en la UE<sup>124</sup>. El cambio de sede real de un Estado miembro a otro Estado miembro no es más que una

---

Crossing Borders within Europe", *Utrecht Law Review*, 2008, n.4, pp. 53-66; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "Derecho de sociedades...", *op.cit.*, pp. 19-152, esp. pp. 90-96; ARENAS GARCÍA, R., "Sociedades...", *cit.*, pp. 219-228.

<sup>120</sup> En este sentido, KIENINGER, E.-M., "Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl", *Neue juristische Wochenschrift*, 2017, pp. 3624-3627.

<sup>121</sup> CORBISIER, I., "Arrêt Polbud de la CJUE: de la créature de droit national au sujet de droit de l'Union européenne", *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap*, 2018, pp. 153-154.

<sup>122</sup> *Vid. per omnia*, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Derecho de sociedades...", *op. cit.*, pp. 19-152, esp. p. 96. Con propuestas basadas en la *Stiztheorie* germana, *vid.* KINDLER, P. "Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società", *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674. También reticente a la expansión en la UE de la *Incorporation Theory*, CASPAR, F.-G., *La mobilité transfrontalière du siège social au sein du marché intérieur: une intervention européenne est-elle nécessaire et souhaitable?*, Mémoire, Promoteur: Marc Fallon, Année académique 2015-2016, UCL, Faculté de droit et criminologie, p. 82, y referencias allí citadas. Ya de modo premonitorio, *vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional...*, *op.cit.*, 1997, p. 47.

<sup>123</sup> VON HEIN, J., "Corporations...", *cit.*, p. 5; VON HEIN, J. / BRUNK, B., "Zur Wirksamkeit eines Herausformwechsels aus Deutschland", *IPRax*, 2018-1, pp. 46-55.

<sup>124</sup> El debate puede seguirse en SÁNCHEZ LORENZO, S., "El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario", *Libro homenaje al Prof. Sanchez Calero*, 2002, pp. 451 y ss.; ID., "El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.0, 2000, pp. 115-157; ARENAS GARCÍA, R., "La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales", *Derecho de los Negocios*, 70/71, pp. 11-26; ARENAS GARCÍA, R. Y OTROS (dirs.), *La internacionalización del Derecho de Sociedades*, Ed.Atelier, Barcelona, 2010; ARENAS, R. / GORRIZ, C. / MIQUEL, J. (Coords.), *La Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el Derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, 2014.

operación de gestión económica de la sociedad guiada, generalmente, por la búsqueda del mejor mercado, del mercado más eficiente. Si el Derecho de la UE es un Derecho de libertades, que lo es, una norma europea de conflicto de leyes en el sector societario debería estar presidida por la libertad de la sociedad para elegir la Ley reguladora de la misma y también para cambiar de ley aplicable a la misma<sup>125</sup>. Se trata de un auténtico radical de justicia en el Derecho europeo. Como defiende TH. TILQUIN, este punto de conexión permite a los terceros, además, conocer de modo sencillo cuáles son las reglas de funcionamiento de la sociedad con la que se relacionan: es la Ley con arreglo a la cual se ha constituido y con arreglo a la cual funciona la sociedad en cuestión<sup>126</sup>.

**80.** Puede afirmarse que existe una "constitución conflictual de la Unión Europea". Está compuesta por los principios y valores superiores que se encuentran en los diferentes reglamentos europeos de Derecho internacional privado, nacidos del art. 81 TFUE. Tales principios y valores fijan la estructura jurídica fundamental de la regulación legal europea que disciplina las relaciones transfronterizas entre particulares en la UE.

Pues bien, uno de estos principios-valores de máximo relieve normativo y valorativo, es la libre elección de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. Al confirmar que las sociedades se rigen por la Ley del país con arreglo al cual se han constituido, el Derecho internacional privado europeo elevaría la libertad al punto supremo que le corresponde, como ha indicado J.B. BARTHET<sup>127</sup>. La libertad es valor supremo de la verdadera constitución económica y social del Derecho europeo. En este contexto, impera el Derecho elegido por los socios. Conceptos jurídicos artificiales hoy caducos en Derecho internacional privado, como la nacionalidad de las sociedades, la sede real o la sede económica o de explotación de la sociedad, aparecen como criterios estáticos y rígidos que impiden el libre movimiento, siempre eficiente, de las sociedades. Conceptos que presentan un escaso o ya nulo relieve en el Derecho de la UE, como apunta J.L. HANSEN<sup>128</sup>. Las normas que resuelven los conflictos de leyes están, en Derecho europeo, al pleno servicio de las libertades de circulación de las sociedades, como han defendido A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>129</sup>. El criterio de la autonomía de la voluntad conflictual es el que mejor satisface dicha libre circulación. En el fondo, la libertad de establecimiento de las sociedades lleva implícita la libertad de elección de la Ley aplicable a las mismas,

<sup>125</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Derecho de sociedades...", cit., pp. 19-152, esp. p. 96.

<sup>126</sup> TILQUIN, TH., "L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*", *Revue Pratique des Sociétés*, 1998, pp. 5-60. Muy interesantes reflexiones apuntan LUTTERMANN, C. / GEIBLER, S., "Haftungsfragen transnationaler Konzernfinanzierung (cash pooling) und das Bilanzstatut der Gesellschaft", *IPRax*, 2012-I, pp. 55-61 para el caso de precisión de la Ley reguladora de los grupos de sociedades, en favor de la Ley reguladora de la contabilidad de dicho grupo y de la superación de la fijación de la Ley aplicable "sociedad por sociedad".

<sup>127</sup> BARTHET, J.B., "Free at last? Choice of Corporate Law in The EU Following the Judgment in Vale", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, pp. 503-512.

<sup>128</sup> HANSEN, J.L., "The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies", *European Company and Financial Law Review*, vol.10, 2013, pp. 1-17.

<sup>129</sup> CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", en CALVO CARAVACA, A.-L. / RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (Dirs.), *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Colex, 2007, pp. 173-134. También en *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, Enero-Junio 2007, pp. 49-121.

escribe E. SCHOLLMEYER<sup>130</sup>. Frente al caos que, con frecuencia, provocan otros puntos de conexión en el sector societario, debido, indica R.A. SCHÜTZE, a la dificultad jurídica y fáctica de concretar el país de la sede social, real o económica de la sociedad, el criterio de la autonomía de la voluntad aparece claro, transparente y sencillo. En efecto, toda sociedad dispone de una Ley estatal con arreglo a la cual se ha constituido. Ello es perceptible, con facilidad, por terceros<sup>131</sup>. En definitiva, el Derecho internacional privado de la UE persigue un objetivo europeo, la eficiencia en el mercado único, objetivo que no es discriminatorio ni favorece a ningún Estado miembro en particular. Es un super-valor y por ello alcanza un nivel supranacional, más cosmopolita, escribe P. ELEFTHERIADIS<sup>132</sup>. Ese super valor se alcanza, en relación con el Derecho societario internacional, mediante la aplicación a las sociedades de la Ley del país con arreglo a la cuál se han constituido.

#### **D) Regulación del traslado transfronterizo de sede social por la *Lex Societatis*.**

**81.** También necesario resulta ampliar el ámbito de la *Lex Societatis* de modo que cubra, en una forma completa, el cambio de sede social. De esta forma, como bien apunta C.I. NAGY, se evitaría el lamentable error que consiste en confundir el régimen jurídico del traslado internacional de sede social en su primer escalón (fijación de la Ley reguladora de dicho traslado) con el régimen jurídico de dicho traslado en su segundo escalón (efectos que produce el cambio de sede social sobre la misma sociedad)<sup>133</sup>. Del mismo modo que el estatuto legal de una persona física se rige por su Ley nacional, -en España, art. 9.1 CC-, el estatuto legal de una persona jurídica debería regirse, de modo íntegro, por su Ley de origen, esto es, según lo sugerido anteriormente, esto es, por la Ley con arreglo a la cual se ha constituido la sociedad. Una persona, mayor o mejor de edad, en plena capacidad o incapacitado, circula por la UE con su estatuto jurídico inalterado, nombre incluido. El Estado de destino, salvo intervención del orden público, nada puede oponer al respecto. Pues bien, la Ley con arreglo a la cual se ha constituido la sociedad, determinada por una norma de conflicto europea (primer escalón), debería regular los requisitos materiales para que la sociedad pudiera cambiar de país de sede o domicilio social. En este punto, algunas leyes nacionales pueden exigir que la sociedad se disuelva en su Estado de origen y se vuelva a constituir en su Estado de destino. Otras pueden exigir que la sociedad no se disuelva pero sí que cambie su Ley aplicable, su Ley reguladora y que paralelamente traslade su explotación económica al nuevo

<sup>130</sup> SCHOLLMEYER, E., "Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit?", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2018, pp. 186-201.

<sup>131</sup> SCHÜTZE, R.A., "Zur cautio iudicatum solvi bei unbestimmtem Verwaltungssitz juristischer Personen (OLG Düsseldorf, S. 518 und BGH, S. 525)", *IPRax*, 2018-3, pp. 493-495.

<sup>132</sup> ELEFTHERIADIS, P., "The moral distinctiveness of the European Union", *International journal of constitutional law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, pp. 695-713. Para el sector societario internacional, con matices muy interesantes sobre el juego de poder de carácter geopolítico entre la UE y los Estados miembros, *vid.* SCHALL, A., "EuGH bestätigt grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel in der EU!", *Der Betrieb*, 2017 pp. 4-5.

<sup>133</sup> NAGY, C.I., "Grenzüberschreitende Umwandlung in einem rechtlichen Vakuum: die Folgeentscheidung des ungarischen Obersten Gerichtshofs im Fall VALE", *IPRax*, 2013-6, p. 582. También descrito con precisión en BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional ...*, *op.cit.*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 25.

Estado miembro. Otras Leyes, finalmente, en tercer lugar, pueden permitir que la sociedad cambie el país donde radica su sede social y que siga siendo regulada por la Ley del país de origen. Tres niveles de segundo escalón son, pues, posibles. Los Estados que ofrezcan un régimen más eficiente del traslado de sede social atraerán sociedades a su territorio, indica A. SCHALL<sup>134</sup>. La sociedad sabrá, así, cuáles son las concretas exigencias que debe satisfacer para trasladar su sede a otro Estado miembro de la UE. El FD 107 de la STJUE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, ofrece un ancla sólida y firme a este argumento, pues el TJUE indica que " (...) *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 y, en su caso, los procedimientos de dicho traslado, están determinados por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido...*".

### **E) Libre circulación de la sociedad en la UE y sociedades ficticias.**

**82.** La jurisprudencia del TJUE contenida en la tetralogía de sentencias compuesta por la STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail* / STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio* / STJUE 12 julio 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft.* / STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud* conduce a aceptar que, en el estado actual del Derecho europeo, una sociedad puede situar en diferentes Estados miembros (i) su sede social, domicilio social y oficial; (ii) su sede real, esto es, su centro de dirección y administración central; (iii) su centro efectivo de actividades económicas, esto es, su explotación económica. El art. 54 TFUE habilita a las sociedades para que lleven a cabo la dispersión espacial de estos tres lugares. De ese modo, la sociedad puede ejercitar su libertad de establecimiento para alcanzar una situación de rentabilidad máxima, una reducción de costes. En suma, la eficiencia económica. Puede recordarse, con A. LUCINI, y como única limitación, el hecho de que el art. 7 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 octubre 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y el art. 6 del Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) indican que el domicilio social de la SE / SCE deberá estar situado dentro de la UE y en concreto, en el mismo Estado miembro que su administración central<sup>135</sup>. Sin embargo, nada se dice del lugar donde deba radicar el centro principal de explotación económica de la sociedad en cuestión. Si una SE con domicilio social en Madrid traslada sus fábricas de pantalones a Polonia, tiene perfecto derecho a hacerlo. Es una decisión de gestión económica que supone el traslado de la sede de dirección y/o de la sede de explotación de una empresa al país donde "*las relaciones entre el el capital constante y el capital variable de la empresa presenten una proporción más ventajosa para elevar la tasa de beneficio*", en palabras de P. BLANCO-MORALES LIMONES<sup>136</sup>. Es el capitalismo global. Bienvenidos al siglo XXI.

---

<sup>134</sup> SCHALL, A., "EuGH bestätigt grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel in der EU!", *Der Betrieb*, 2017, pp. 4-5.

<sup>135</sup> LUCINI, A., "Derecho societario...", cit., p. 5.

<sup>136</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Transferencia internacional...*, op.cit., de sede social, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 59.

**83.** Numerosos expertos en Derecho societario opinan que esta jurisprudencia del TJUE, que ha abierto la caja de Pandora para una dispersión de sedes de las sociedades en la UE conducirá, ineluctablemente a un escenario inconcuso en el que las empresas podrán crear "sociedades ficticias", "sociedades fantasmas", "sociedades buzón", "sociedades de papel". Mediante lo que se suele denominar "traslados ficticios de domicilios sociales", apunta críticamente K.E. SORENSEN, las sociedades pueden conseguir objetivos espúreos<sup>137</sup>. Estas sociedades buzón, se dice, buscar evitar la declaración de procedimientos concursales en el Estado de origen, propiciar el blanqueo de capitales, desproteger a los trabajadores, aumentar la elusión fiscal, etc.<sup>138</sup>.

Se crearán, se insiste, empresas que sólo tienen un "contacto ficticio" con el Estado miembro donde radican, exponen F.M. MUCCIARELLI y R. ARENAS<sup>139</sup>. Así, una empresa española podrá tomar la decisión de situar su sede social en Luxemburgo, de ser dirigida desde Lisboa y de tener su centro de explotación económica, sus negocios, en España. En esta operación de "dispersión de sus sedes" la sociedad puede conservar su Ley aplicable española o cambiar dicha Ley en favor de la Ley luxemburguesa o portuguesa mediante su ajuste las exigencias requeridas por el Derecho luxemburgués o el Derecho portugués.

Se dice que esta posibilidad conduce a crear una sociedad fantasma en Luxemburgo, pues el contacto de la empresa con este país es meramente nominal, puramente formal. Es una "sociedad pantalla". Detrás de ella no hay nada, en Luxemburgo existe sólo un domicilio, un buzón, pero nada más. Este resultado se ve como algo indeseable, porque, aunque es cierto que la sociedad disminuye así sus costes internos al poder seleccionar las Leyes estatales cuya aplicación le comportan costes más reducidos, ello no es aconsejable. No lo es porque, se afirma que con estas operaciones de ingeniería conflictual la empresa puede evitar ser declarada en concurso en el país donde tiene sus bienes, puede llevar a cabo un blanqueo de capitales, puede dejar si protección a sus trabajadores y puede eludir sus deberes fiscales, etc.<sup>140</sup>.

**84.** Las opiniones contrarias a la dispersión internacional de las sedes de las sociedades en la UE arrancan de la idea, antigua, de la sede económica de la sociedad como dogma societario máximo. Se trata, hace notar G.J. VOSSESTEIN, de afirmar que una sociedad debe tener su sede oficial en el país donde radica su explotación

<sup>137</sup> SORENSEN, K.E., "The Fight against Letterbox Companies in the Internal Market", *Common Market Law Review*, 2015, pp. 85-118.

<sup>138</sup> Desde el punto de vista laboral, *vid.* HEUSCHMID, J., "Die Niederlassungsfreiheit als Recht auf Rechtswahl und die Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung", *Arbeit und Recht*, 2018, pp. 96-100.

<sup>139</sup> MUCCIARELLI, F.M., "The Hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion - A Comment to the ECJ Decision 'Interdil' on Cross-Border Transfer of Registered Office before the Filing for Insolvency", *European Company and Financial Law Review*, vol. 9, n° 4, 2012, pp. 571-579; ARENAS, R., "Transferencia intraeuropea...", *cit.*, pp. 1-6. También LAUKEMANN, B., "Die ordre public-Kontrolle bei Erschleichung von Zuständigkeit und Restschuldbefreiung im Europäischen Insolvenzverfahren: eine Gläubigerperspektive (AG Göttingen, S. 285)", *IPRax*, 2014-3, pp. 258-264 que se refiere a la necesidad de operar contra el *bankruptcy tourism*.

<sup>140</sup> Desde el punto de vista laboral, *vid.* HEUSCHMID, J., "Die Niederlassungsfreiheit als Recht auf Rechtswahl und die Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung", *Arbeit und Recht*, 2018, pp. 96-100.

económica principal, su centro principal de actividad económica, y que debe estar sometida, necesariamente, a la Ley de dicho país<sup>141</sup>. Existe una muy fuerte corriente de opinión que trata de obstaculizar o directamente, de impedir el cambio de sede social para evitar, se insiste, la creación de estas "sociedades buzón", "empresas pantalla", "sociedades de papel". Sociedades meramente nominales que no desarrollan actividad económica alguna en el país donde radica su sede social, su sede oficial.

**85.** Pues bien, el planteamiento anterior resulta frontalmente contrario a la libre circulación de sociedades en la UE. Supone que una sociedad válidamente creada con arreglo a la Ley de un Estado miembro no podría cambiar su sede oficial, su sede social, su domicilio social, a otro Estado miembro a menos que cambie también su explotación económica a ese otro Estado miembro. En este punto, debe recordarse, sin embargo, que las formas societarias creadas por el Derecho Europeo exigen que la sede social y la sede de dirección radiquen en el mismo Estado miembro (*vid. ad ex.* art. 7 Reglamento CE núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea), aunque nada se dice del país donde puede situarse la sede de explotación de la sociedad.

**86.** Frente a ello, cabe sostener que la existencia de estas sociedades sólo demuestra, en realidad, que las sociedades buscan un entorno legal fiscal y societario más eficiente, y no necesariamente persiguen, expone J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, cometer actos en fraude de Ley y eludir la normativa que les resulta aplicable<sup>142</sup>. Así la sociedad puede reducir sus costes internos, será más rentable y contribuirá en mayor medida al crecimiento económico en el mercado único europeo. Será más eficiente la sociedad y ello redundará en beneficio del buen funcionamiento del mercado europeo y de su crecimiento.

**87.** Un muy somero examen de la jurisprudencia del TJUE confirma la legitimidad de la dispersión de los elementos de la sociedad (sede de dirección, sede social y centro principal de explotación) entre distintos Estados miembros. La STJCE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, FD 27, admite que una sociedad constituida con arreglo al Derecho inglés y con sede social en Inglaterra, despliegue todas sus actividades económicas en Dinamarca a través de una sucursal danesa. La STJCE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering*, admite la posibilidad de que una sociedad controlada desde Alemania y que desarrolla sus actividades económicas en dicho país, tenga su sede social, sin embargo, en Holanda. La STJCE 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*, FD 96, admite que una sociedad constituida según las Leyes inglesas, tenga su domicilio social en Inglaterra pero sea dirigida desde Holanda y todas sus actividades económicas se lleven a cabo en Holanda. En la STJCE 12 septiembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, el TJUE señaló que el fraude sólo existe cuando los datos de hecho han sido tergiversados o falseados, y no cuando se constituye una sociedad en un Estado

---

<sup>141</sup> VOSSESTEIN, G. J., "Transfer of the Registered Office - the European Commission's Decision Not to Submit a Proposal for a Directive Special on Companies Crossing Borders within Europe", *Utrecht Law Review*, 2008, n.4, pp. 53-66.

<sup>142</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado", *REEI*, 2014, pp. 1-54, esp. pp. 50-51.

miembro que dispone de una legislación societaria particularmente favorable al respecto y posteriormente dicha sociedad se traslada a otro Estado miembro para desarrollar sus actividades en ejercicio de su libertad europea de circulación y establecimiento. Por tanto, las sociedades son libres de situar su sede social, su sede de dirección y su centro de explotación principal en los Estados que tengan por conveniente, al igual que una persona física puede obtener su título de abogado en un país (España) para ejercer posteriormente y de modo completo su actividad jurídica en otro Estado miembro (Italia) (STJUE 17 julio 2014, C-58/13 y C-59/13, *Torresi*)<sup>143</sup>. En la muy citada STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*, FD 38, el TJUE indica que una sociedad polaca puede trasladar su sede social a Luxemburgo y ajustarse a la Ley societaria luxemburguesa, pues "*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*".

**88.** Para prevenir y luchar contra la elusión fiscal, la desprotección de los trabajadores, la huida de los procedimientos concursales, el blanqueo de capitales y otras conductas reprobables basta con (i) establecer un mínimo regulatorio en la UE a efectos fiscales y laborales, en la medida de lo posible; (ii) utilizar criterios de vinculación fiscal ligados a la efectiva administración central de la sociedad, pues los criterios de vinculación fiscales no tiene por qué coincidir con los puntos de conexión propios del Derecho internacional privado; (iii) emplear una presunción jurídica que ya existe en el marco de la insolvencia transfronteriza: la sede de una sociedad a efectos de su insolvencia se localiza en el país donde radica su administración central (COMI) y se presume que ésta se encuentra en el país donde se sitúa su sede social, pero si se trata de una sociedad dirigida desde otro país, será en ese otro país donde se debe localizar la sede de la sociedad, y allí se abrirá el procedimiento de insolvencia (art. 3.1 Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia)<sup>144</sup>.

## IX. REFLEXIÓN FINAL.

**89.** En síntesis, cabe concluir que un mercado europeo comporta que las empresas que operan en el mismo tengan la posibilidad de diseñar su estructura legal con arreglo a una solución jurídica también europea. Una solución eficiente. En este sentido, las sociedades disponen del derecho fundamental a situar su sede de dirección, su sede social y su centro principal de actividades económicas en los Estados miembros que consideren convenientes. Al hacer eso, al disociar sus distintas sedes legales, tales sociedades están ejercitando el derecho a su libre circulación intra-europea, su derecho a seleccionar el entorno legal más adecuado para poder operar en el mercado europeo, su

<sup>143</sup> STJUE 17 julio 2014, C-58/13 y C-59/13, *Torresi*, [ECLI:EU:C:2014:2088]: "*la circunstancia de que el nacional de un Estado miembro haya elegido adquirir una cualificación profesional [de abogado] en un Estado miembro distinto de aquél en el que reside para beneficiarse en él de una legislación más favorable no permite por sí solo concluir que existe un fraude de ley*".

<sup>144</sup> DOUE L 141/19 de 5 junio 2015. Corrección de errores relativa al art. 84, apartado 1, en DOUE L 141 de 5 junio 2015.

derecho a disponer de una aplicación eficiente de las normas jurídicas. No hay fraude en este movimiento ni puede haberlo, pues donde hay libertad no puede existir el fraude. Diseñar una empresa para que tenga su sede social en Luxemburgo, su sede de dirección en Dublín y su centro principal de actividades económicas en España, no constituye ningún fraude de Ley y ningún abuso de derecho. Se trata, simplemente, de un fenómeno propio del capitalismo global del siglo XXI. Un mercado europeo que busca ser eficiente necesita un Derecho internacional privado europeo eficiente. Y un Derecho internacional privado europeo eficiente es el que, con salvaguarda de los intereses generales, permite a los particulares diseñar la disciplina legal de sus relaciones jurídicas de modo que puedan elegir el Derecho cuya aplicación les comporte los costes más reducidos. La dispersión espacial de las sedes de las empresas es un signo de los tiempos marcados por la globalización y el turbocapitalismo, *it is the sign of the times*.