

La sentencia “centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ^{*}

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA “CENTROS”. III. ANÁLISIS DE LOS COMENTARIOS PUBLICADOS. A. El alcance de la Sentencia “Centros”. 1. Libertad de establecimiento, reconocimiento de sociedades extranjeras y Derecho conflictual. 2. Derechos que se inspiran en un modelo de sede real y Tratado CE. 3. La jurisprudencia anterior a la sentencia “Centros” y su lectura doctrinal. 4. La interpretación de la sentencia “Centros”. 5. La tesis de la incompatibilidad es la más correcta. B. Las consecuencias de la decisión. 1. Consecuencias normativas: modelo de constitución acompañado de conexiones especiales. 2. Consecuencias sobre el régimen de cambio transfronterizo de sede. 3. Consecuencias sobre el alcance de la libertad de establecimiento. 4. Consecuencias prácticas: la competencia entre sistemas jurídicos. 5. Consecuencias para sociedades de terceros Estados. C. Valoración de los fundamentos. 1. Crítica de la Dra. Sancho Villa. 2. Réplica. IV. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia “Centros” se ha convertido en una de las decisiones más célebres en la jurisprudencia del TJCE. De hecho, su trascendencia en el ámbito de la libertad de establecimiento ha sido comparada a la que tuvo el asunto “Cassis” para la libre circulación de mercancías¹. Y la comparación no es exagerada si repasamos el abundante número de artículos o comentarios que ha provocado.

El objeto de este trabajo es dicha sentencia; pero mi propuesta aquí es aproximarnos a ella de una forma diferente a la habitual. No voy a hacer un comentario al uso de la decisión, sino que voy a ordenar y analizar los comentarios u opiniones que se han publicado. Es, si se quiere, una visión de la sentencia “a través de” sus comentarios. Y esta vía de aproximación no es caprichosa. Una forma objetiva de ver

^{*} Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ Entre otros muchos recoge la comparación WERLAUFF, *infra* nota 3, p. 867.

las cosas aconseja comprobar cómo las ven los demás y cotejarlo con lo que nosotros vemos². Ello nos permitirá, al final, vislumbrar mejor el alcance de dicha decisión y aquilatar su verdadera importancia.

A estos efectos, he recogido y analizado una muestra de veinticinco comentarios; la mayoría publicados en revistas alemanas³. Debo advertir que esta recopilación no es exhaustiva, pero creo que es lo suficientemente amplia como para poder apreciar cuál es el *status quaestionis* en la comunidad científica.

Antes de pasar a su análisis, conviene recordar brevemente la decisión del TJCE.

II. LA SENTENCIA “CENTROS”

Los hechos que dieron lugar a la mencionada decisión fueron los siguientes. Un matrimonio danés -nacionales daneses y residentes en Dinamarca- decide realizar actividades empresariales en Dinamarca operando como una sociedad inglesa (en concreto, como una *private limited company* del Derecho inglés). La razón de esta decisión, según reconocieron los propios interesados durante el procedimiento, fue evitar la aplicación de las normas sobre capital mínimo del Derecho danés. La

² Para mi forma de ver las cosas me remito a GARCIMARTIN ALFEREZ, “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999”, *R.D.M.*, 1999, pp. 645 y ss.

³ Los comentarios analizados, y que se citarán por referencia al autor, son: BEHRENS, “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH”, *IPRax*, 1999, pp. 323 y ss.; BUNBERT, “Konsequenzen der Centros-Entscheidung des EuGH für die Sitzanknüpfung des deutschen internationalen Gesellschaftsrecht”, *DB*, 1999, pp. 1841 y ss.; CASCANTE, “Kommentar”, *RIW*, 1999, pp. 450 y ss.; EBKE, “Das Centros-Urteil des EuGH und seine Relevanz für das deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht”, *JZ*, 1999, pp. 656 y ss.; FREITAG, “Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht”, *EuZW*, 1999, p. 267 y ss.; GÖRK, “Das EuGH-Urteil in Sachen “Centros” vom 9.März 1999: Kein Freibrief für Briefkastengesellschaften”, *GmbHR*, 1999, pp. 793 y ss.; GÖTTSCHE, “Das Centros-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen”, *DSiR*, 1999, pp. 1403 y ss.; HÖFLING, “Die Centros-Entscheidung des EuGH- auf dem Weg zu einer Überlagerungstheorie für Europa”, *DB*, 1999, pp. 1206 y ss.; KIENINGER, “Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit”, *ZGR*, 1999, pp. 724 y ss.; KINDLER, “Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?”, *NJW*, 1999, pp. 1993 y ss.; MEILICKE, “Anmerkung”, *DB*, 1999, pp. 627 y ss.; *Id.*, “Auswirkungen der “Centros-Entscheidung” auf die 14. EU-Sitzverlegungs-Richtlinie”, *GmbHR*, 1999, pp. 896 y ss.; NEYE, “Kurzkomentar”, *EwiR*, 6/1999, pp. 259 y ss.; PARLEANI, “Note”, *Rev. Sociétés*, avr-juin, 1999, pp. 391 y ss.; RISSE, “Anmerkung”, *MDR*, 1999, pp. 752 y ss.; ROTH, “Gründungstheorie: Ist der Damm gebrochen?”, *ZIP*, 1999, pp. 862 y ss.; SANCHO VILLA, “La dudosa compatibilidad con el derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd”, *La Ley. Unión Europea*, 30 nov. 1999, pp. 1 y ss.; SANDROCK, “Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie”, *BB*, 1999, pp. 1337 y ss.; SONNENBERGER/GROßRICHTER, “Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit”, *RIW*, 1999, pp. 721 y ss.; SEDEMUND/HAUSMAN, “Kommentar”, *BB*, 1999, pp. 810 y ss.; STEINDORFF, “Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung”, *JZ*, 1999, pp. 1140 y ss.; STREINZ, “Zweigniederlassung als Hauptsitz”, *JuS*, 1999, pp. 810 y ss.; TIMME/HÜLK, “Das Ende der Sitztheorie im Internationalen Gesellschaftsrech?- EuGH, EuZW 1999, 216”, *JuS*, 1999, pp. 1055 y ss.; ULMER, “Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz”, *JZ*, 1999, pp. 662 y ss.; WERLAUFF, “Ausländische Gesellschafts für inländische Aktivität”, *ZIP*, 1999, pp. 867 y ss.

legislación del Reino Unido somete a las sociedades de responsabilidad limitada a exigencias muy reducidas con respecto a su constitución, en particular en lo que hace a la cuantía y desembolso de capital mínimo. Mientras que las exigencias del Derecho danés son mucho mayores. Por ello, y pese a que tanto la dirección efectiva de dicha sociedad como sus actividades principales se localizaban en Dinamarca, los socios prefirieron operar bajo una sociedad de responsabilidad limitada del Derecho inglés con domicilio social en Inglaterra.

Los problemas surgen al solicitar la inscripción de una sucursal de dicha sociedad en Dinamarca (sucursal que, de hecho, iba a ser el establecimiento principal de la sociedad ya que ahí se localizaban la dirección efectiva de la sociedad y sus actividades principales). Las autoridades danesas deniegan esta solicitud de inscripción. El argumento principal es que la sociedad interesada tiene su centro de actividades económicas en Dinamarca, no realiza ninguna actividad económica en el Reino Unido y su única intención al constituirse como sociedad del Derecho inglés es eludir las normas danesas relativas a las sociedades de responsabilidad limitada. Esta decisión de las autoridades registrales danesas es recurrida judicialmente y el tribunal plantea la cuestión al TJCE.

Ante esta negativa, el TJCE considera que la letra del Art. 48 es bastante clara en relación a las sociedades que pueden beneficiarse de la libertad de establecimiento (párrafos 19-22 de la Sentencia): estas son “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades principal se encuentre dentro de la Comunidad...”. La aplicación del este precepto al caso que se le presenta al TJCE es casi aritmética: la sociedad se ha constituido conforme al Derecho inglés, tiene su sede estatutaria en Inglaterra y su administración central y su establecimiento principal en Dinamarca; ambos son Estados comunitarios, luego dicha sociedad se beneficia de la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado CE y, por consiguiente, podrá establecerse en Dinamarca.

A continuación, el TJCE rechaza que la negativa a dicha inscripción de las autoridades danesas, aun cuando proteja un interés general, sea proporcionada (condición para poder establecer obstáculos al ejercicio de las libertades comunitarias, párrafos 31-38); así como que se trate de un comportamiento abusivo de los interesados: es inherente a un mercado europeo integrado, donde cada Estado conserva su propio ordenamiento, que los operadores escojan aquél que más les conviene (párrafos 24-27).

Expresamente el TJCE concluye que los Arts. 43 y 48 del Tratado CE (numeración post-Amsterdam) “se oponen a que un Estado miembro deniegue la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social sin ejercer en él ninguna actividad comercial, cuando la sucursal está destinada a permitir que la sociedad controvertida ejerza toda su actividad en el Estado en que dicha sucursal se encontrará establecida, evitando que se cree en éste una sociedad y eludiendo así la aplicación de las normas sobre constitución de sociedades, que son más rigurosos en él en materia de desembolso de un capital social mínimo...”.

III. ANÁLISIS DE LOS COMENTARIOS PUBLICADOS

Los numerosos comentarios publicados sobre dicha sentencia se han centrado en tres aspectos: el alcance de la decisión, sus consecuencias y su acierto (i.e., la corrección de sus fundamentos). A cada uno de ellos voy a dedicar los apartados siguientes.

A. El alcance de la Sentencia “Centros”

El alcance inmediato de la sentencia no ha planteado problemas: las autoridades danesas no pueden denegar la inscripción de dicho establecimiento alegando fraude a las normas sobre capital mínimo previstas por el Derecho de sociedades danés. En cambio, su alcance mediato, particularmente por lo que hace a los aspectos *conflictuales*, ha sido mucho más discutido.

Para entender este debate debemos tener en cuenta, en primer lugar, la relación lógica que puede existir entre tres elementos: la libertad de establecimiento, el reconocimiento de sociedades extranjeras y el Derecho conflictual⁴.

1. Libertad de establecimiento, reconocimiento de sociedades extranjeras y Derecho conflictual

Por un lado, la relación lógica entre la libertad de establecimiento y el reconocimiento de sociedades extranjeras no es difícil de entender. La libertad de establecimiento de un sociedad extranjera *presupone* que esa sociedad existe como tal: esto es, que es una sociedad extranjera con personalidad jurídica (según el ordenamiento extranjero en cuestión) y, por consiguiente, apta para ser titular de derechos y obligaciones; como mínimo, los derechos y obligaciones asociados al ejercicio de esa libertad de establecimiento. Dicho con un lenguaje más preciso, la libertad de establecimiento plantea como *cuestión previa* el “reconocimiento” de la sociedad extranjera como tal sociedad. La razón es obvia: sólo si se reconoce así, puede ser titular de dicha libertad.

Esto nos lleva al problema del “reconocimiento de sociedades extranjeras” y a la relación lógica entre esos dos elementos y las normas de conflicto. Los Derechos europeos contemporáneos responde a un sistema de *reconocimiento conflictual*, lo que significa que una sociedad extranjera va a ser reconocida como tal si se ha constituido válidamente conforme a su *lex societatis*, es decir, conforme a la ley aplicable a dicha sociedad según las normas de conflicto del foro. A estos efectos, unos Estados siguen el llamado “modelo de sede real” o *Sitztheorie* (p.ej., Alemania): la *lex societatis* es la ley del Estado en cuyo territorio la sociedad tenga su sede real (establecimiento principal o

⁴ Para una descripción más detallada me remito a GARCIMARTIN, pp. 658 y ss., y las referencias allí hechas.

administración central); mientras que otros Estados siguen el “modelo de constitución” o *Gründungstheorie* (p.ej., Holanda): la *lex societatis* es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. En el primer caso, las consecuencias en cuanto al reconocimiento de una sociedad extranjera dependen de que el Estado donde esté la sede real y el Estado de constitución coincidan. La idea se puede plantear como un silogismo: si el reconocimiento de una sociedad extranjera depende de que se haya constituido válidamente conforme a su *lex societatis*, y la *lex societatis* es la ley del Estado donde esté la sede real de dicha sociedad, la consecuencia es que una sociedad extranjera sólo va a ser reconocida si se ha constituido válidamente conforme al Derecho del Estado donde esté su sede real. Por el contrario, y esto es lo importante a nuestros efectos, los Estados cuyo Derecho conflictual se inspire en un modelo de sede real *no van a reconocer a una sociedad cuya sede real no se halle en el territorio del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido*. Es más, este es el rasgo característico de los modelos de sede real; por eso se ha llegado a decir el modelo de sede real no es más que un modelo de no reconocimiento⁵.

Si, por ejemplo, la sede real de la sociedad está en Alemania, pero se ha constituido conforme al Derecho holandés, dicha sociedad no va a ser reconocida como tal en Alemania (modelo de sede real), ya que no se ha constituido conforme a la que sería su *lex societatis* según las normas de conflicto alemanas.

En el segundo caso, en cambio, no hay dificultades en reconocer a dichas sociedades: el modelo de constitución se basa en el principio de reconocimiento recíproco de las sociedad: una vez constituida la sociedad válidamente conforme al Derecho de un Estado, se reconoce en los demás⁶. Para explicarlo podemos emplear el mismo silogismo: si el reconocimiento de una sociedad extranjera depende de que se haya constituido válidamente conforme a su *lex societatis*, y la *lex societatis* es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se haya constituido, la consecuencia es que una sociedad constituida válidamente conforme a un ordenamiento extranjero será reconocida sin problemas. Frente al modelo anterior, el modelo de constitución es un modelo de *favor recognitionis*.

Como ya puede intuir el lector, la relación de cada uno de estos modelos con el derecho a la libertad de establecimiento es muy distinta. Mientras que el segundo no plantea problemas: una vez constituida una sociedad conforme al Derecho de un Estado miembro, será reconocida y podrá establecerse en el territorio del Estado en cuestión (tanto mediante un establecimiento principal, como mediante uno secundario). Los Estados que siguen el “modelo de sede real” condicionan el ejercicio de dicha libertad a que la sociedad se haya constituido conforme al Derecho del Estado donde tiene su sede real: sólo van a poder ser titular de derechos y obligaciones aquellas sociedades extranjeras reconocidas como tales, lo cual implica que si la sociedad no se ha constituido conforme al Derecho del Estado donde tiene su sede real no va a ser reconocida como tal y, por imposibilidad lógica, no va a poder ejercer los derechos

⁵ “Die Sitztheorie ist eine reine Nichtanerkennungstheorie”, KNOBE-KEUK, “Umzug von Gesellschaften in Europa”, *ZHR*, 1990, pp. 325 y ss., p. 341.

⁶ *Ibid.*, p. 327.

aparejados a la libertad de establecimiento. Por eso se puede decir que, para este modelo, lo único que se permite es una libertad de establecimiento secundario.

2. Derechos que se inspiran en un modelo de sede real y Tratado CE

Planteadas así las cosas, el problema que inmediatamente surge es si esto último es compatible con el Tratado CE; es decir, si dentro de su ámbito de aplicación, el Tratado CE obligaría a los Estados cuyo Derecho se inspira en un modelo de sede real a reconocer las sociedades constituidas en otro Estado miembro. La posible razón sería que sólo así van a poder beneficiarse del ejercicio de las libertades que garantiza el Tratado CE y en concreto de la libertad de establecimiento a título principal.

Una primer lectura de los artículos 43 y 48 CE (numeración post-Amsterdam) parece conducir a una respuesta afirmativa y, por lo tanto, a reconocer el *alcance conflictual* de dichos preceptos. El Art. 48 CE establece que las sociedades que podrán beneficiarse de dicha libertad de establecimiento (la garantiza por el Art. 43) son aquellas “*sociedades constituidas de conformidad con las legislaciones de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades se encuentre dentro de la Comunidad*”. Lo que podemos llamar una lectura “natural y sin prejuicios” del Art. 48 nos dice que para beneficiarse de esa libertad comunitaria es suficiente con que la sociedad se haya constituido conforme al Derecho de *un Estado miembro* y, además, que tenga su sede estatutaria, administración central o centro principal de actividades *dentro de la Comunidad*. Pero ni toma como único elemento relevante la sede real, ni requiere que esa administración central (o ese establecimiento principal) se localice *en el mismo* Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido la sociedad, bastaría con que se localice dentro de la Comunidad. Si se dan esas circunstancias, la sociedad puede beneficiarse de la libertad de establecimiento en las mismas condiciones que una persona física. Así, por ejemplo, una sociedad constituida conforme al Derecho holandés (un Estado miembro) con sede real en Alemania (*i.e.*, dentro de la Comunidad) gozaría de la libertad de establecimiento; lo cual implica que puede fijar su establecimiento (en este caso, su sede real) en Alemania y que puede realizar su actividad económica en Alemania; lo cual, en definitiva, presupone que debe reconocérsele su existencia. El Art. 48 Tratado CE establecería así un *principio de reconocimiento mutuo* o recíproco de las sociedades. Y este principio es incompatible con las consecuencias del modelo de *Sitztheorie*.

3. La jurisprudencia anterior a la sentencia “Centros” y su lectura doctrinal

La jurisprudencia anterior a la sentencia “Centros”, sin embargo, parecía entender que el Art. 48 no tenía alcance conflictual. Aun cuando el Art. 48 Tratado CE tuviese efecto directo y prohibiese también las restricciones no discriminatorias, *carecía de contenido conflictual inmediato*. Según este argumento, el Art. 48 Tratado CE no tenía por objeto determinar la ley aplicable a una sociedad -y, en consecuencia, no tenía por objeto regular el reconocimiento de sociedades-; simplemente suponía esos aspectos. El reconocimiento de una sociedad extranjera era un presupuesto, cuya determinación correspondería a cada Derecho nacional. El tenor del Art. 48 se limitaba

a reflejar –y a respetar– las distintas soluciones existentes en los Derechos nacionales para, a partir de ahí, impedir que las sociedades reconocidas como tales según el Derecho nacional encontrasen obstáculos a su libertad de establecimiento (de ahí la conocida expresión “*Gesellschaftsrecht geht vor Niederlassungsfreiheit*”⁷). El destinatario natural de esta precepto, por lo tanto, sería el Derecho de extranjería, no el Derecho conflictual. Y en este mismo sentido, el “modelo de sede real” (o *Sitztheorie*) no quedaba afectado por el tratado (*tesis de la compatibilidad*).

El TJCE, en la Sent. de 27 de septiembre de 1988 (“**Daily Mail**”), parece seguir esta tesis⁸. En esa ocasión, se trataba de una compañía incorporada en Londres que pretende mantener su sede estatutaria en Inglaterra, pero desplazar su administración central a Holanda; las autoridades inglesas le niegan la autorización por razones fiscales. El problema que se le plantea al TJCE es en qué medida esa decisión de las autoridades inglesas constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento.

Pues bien, al hilo de esta cuestión –y tras proclamar el efecto directo de los Arts. 52 (43) y 58 (48) del Tratado–, el TJCE hace las siguientes afirmaciones:

- (1) Las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con vistas a la constitución de una sociedad como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo. Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio social, sino también la sede real y, en consecuencia, el desplazamiento de la administración central fuera de su territorio supone la disolución de la sociedad. Otras legislaciones reconocen esa posibilidad pero la someten a determinadas restricciones fiscales, como es el caso del Reino Unido (párrafo 20).
- (2) *El Tratado ha tenido en cuenta esta disparidad de las legislaciones nacionales.* Al definir en el artículo 58 las sociedades que pueden disfrutar del derecho de establecimiento, el Tratado hizo equivalentes la sede social, la administración central y el centro de actividad principal como vínculo de conexión. Además, en su artículo 220 el Tratado ha previsto la celebración, en la medida en que sea preciso, de convenios entre los Estados miembros a fin de asegurar el mantenimiento de la personalidad jurídica.

Aunque el alcance de esta decisión por lo que aquí interesa es relativo, la mayoría de la doctrina entendió que, al menos *obiter dicta*, el TJCE había considerado que el Art. 58 (48) Tratado CE carecía de significado conflictual, que dejaba intactos los regímenes nacionales de determinación de la *lex societatis* y, en definitiva, que el modelo de sede real resultaba compatible con el Tratado⁹.

⁷ Las referencias en KINDLER, p. 1997, nota 69; y últimamente, MünchKommBGB-Kindler IntGesR RdNr 358 y ss.

⁸ As. 81/87, *Rec.* 1988, pp. 5505 y ss.

⁹ Las referencias pueden verse en GARCIMARTIN, p. 667, nota 64.

4. La interpretación de la sentencia “Centros”

El problema de mayor enjundia que se ha planteado a raíz de la sentencia “Centros” es si debemos considerar modificada dicha jurisprudencia; esto es, si el TJCE ha considerado que efectivamente el Art. 48 tiene alcance conflictual; y en definitiva, ha reconocido la tesis de la incompatibilidad entre el modelo de sede real y el Tratado CE.

La mayoría de los autores, aunque con distintos matices, así lo han entendido¹⁰: un Estado no puede denegar a una sociedad que fije su establecimiento principal en su territorio si se ha constituido conforme al Derecho de otro Estado miembro. Lo que implica, por necesidad lógica, que debe reconocer a dicha sociedad; y, en este sentido, el modelo de sede real resultaría incompatible con el Tratado CE (*tesis de la incompatibilidad*). Se ha llegado incluso a calificar la sentencia “Centros” como el “epitafio” del modelo de sede real¹¹; o a afirmar que esto es tan evidente, que si las autoridades de Estado mantienen su modelo de sede real y rechazan el reconocimiento de sociedades constituidas en otro Estado incurren en responsabilidad frente al particular¹².

Sin embargo, esta opinión no ha sido compartida por todos los comentaristas. Hay quienes dudan del alcance conflictual de la sentencia e incluso quienes llegan a afirmar que la sentencia “Centros” no es sino una confirmación de la jurisprudencia Daily Mail¹³. Con lo cual, el modelo de sede real seguiría siendo compatible con el Tratado (*tesis de la compatibilidad*). Las razones para entenderlo así se derivan del propio tenor literal de la decisión y del fallo del tribunal¹⁴. El TJCE en ningún momento se ha ocupado expresamente de los aspectos conflictuales; y no lo ha hecho por la sencilla razón de que tanto Dinamarca como Gran Bretaña siguen el modelo de constitución. Desde la perspectiva del Derecho danés las sociedades constituidas en Gran Bretaña, en principio, son reconocibles. Por eso, la negativa a la inscripción de la autoridades danesas no derivan de que esa sociedad no sea reconocible por aplicación del modelo de sede real, sino únicamente del fraude a las normas danesas de capital mínimo. Por eso también, las autoridades danesas no rechazan el reconocimiento de dicha sociedad, sino únicamente la inscripción de su establecimiento en Dinamarca. Y a esto se ciñe el alcance de la decisión del TJCE: lo único que se afirma es que por esa razón (fraude al Derecho nacional) no se puede denegar la inscripción del establecimiento.

¹⁰ BEHRENS, pp. 324-325; BUNGERT, p. 1842; CASCANTE, pp. 450-451; FREITAG, p. 268; GÖTTSCHE, p. 1405; HÖFLING, p. 1208; KIENINGER, p. 739; LEIBLE, en NZG, 1999, pp. 300 y ss., p. 301, *apud* FREITAG, p. 268; MEILICKE, p. 627; NEYE, p. 259; PARLEANI, p. 394; RISSE, pp. 752-753; ROTH, p. 862-863; SANCHO VILLA, p. 1 (presuponiendo esta lectura); SANDROCK, pp. 1340-1341; SEDEMUND/HAUSMANN, p. 810; STEINDORFF, p. 1142; STREINZ, p. 811; ULMER, p. 662; WERLAUFF, p. 867. En este mismo sentido, también mi trabajo cit nota 1.

¹¹ WELAUFF, p. 875: “Das Urteil ist...ein Epitaph für das Hauptsitzkriterium”

¹² MEILICKE, p. 628: “Die Unzulässigkeit der Anwendung der Sitztheorie auf Gesellschaften,..., ist mit dem Urteil v. 9.3.1999 so klar, daß eine Verletzung Schadensersatzpflichten nach den Regeln des Francovich-Urteil des EuGH auslöst”

¹³ En esta dirección, aunque con distinto alcance, EBKE, p. 657; GÖRK, p. 793, 795; KINDLER, p. 1996-1997; SONNENBERGER/GROßERICHTER, p. 722; TIMME/HÜLK, p. 1058.

¹⁴ EBKE, p. 658; GÖRK, p. 796.

Así entendida, la sentencia “Centros” resultaría plenamente compatible la jurisprudencia “Daily Mail”: los aspectos conflictuales quedan sujetos al Derecho de cada Estado. En esta caso, a las normas de conflicto danesas. Y sólo si Dinamarca reconoce a la sociedad inglesa, es cuando resulta aplicable la jurisprudencia del TJCE en el caso “Centros”: no se puede invocar el fraude a sus normas sobre capital social para rechazar la inscripción de un establecimiento de una sociedad constituida en otro Estado miembro.

5. La tesis de la incompatibilidad es la más correcta

Pese a lo que pueda aparentar, en este caso, la interpretación mayoritaria parece más correcta: en la sentencia “Centros” el TJCE se ha orientado hacia la tesis de la incompatibilidad entre el modelo de sede real y el Tratado CE. Y en este sentido puede entenderse como una corrección de la jurisprudencia Daily Mail¹⁵.

Para justificar esta afirmación se pueden ofrecer dos argumentos, pero antes de exponerlos he de hacer una advertencia. El TJCE sólo dice lo que dice: sólo considera contrario a la libertad garantizada por el Tratado la negativa de la autoridades danesas a la inscripción del establecimiento de la sociedad inglesa. Y en esto tiene razón la tesis minoritaria. Sin embargo, no debemos olvidar esa relación lógica que existe entre libertad de establecimiento, reconocimiento de sociedad extranjeras y Derecho conflictual. Si las autoridades danesas deben aceptar la inscripción de la sucursal, necesariamente han de reconocer a la sociedad inglesa: la inscripción conlleva el reconocimiento y éste, a su vez, la aplicación *qua lex societatis* de la ley del Estado miembro conforme a cuyo Derecho se haya constituido (supra § 3.1 a)). Dicho esto, veamos esos dos argumentos.

En primer lugar, un argumento *a minore ad maius*¹⁶: si un Estado no puede invocar la *excepción del fraude* para rechazar la inscripción del establecimiento, con más razón no podrá invocar una *regla general*. Y precisamente esto es lo que implica un modelo de sede real. Este modelo no es más un modelo de no reconocimiento (*Ibid.*), cuyo fundamento último es el fraude: no se reconocen las sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado distinto al del Estado donde tiene su sede real para evitar que los socios defrauden los intereses del este último; que, dicen sus partidarios, va a ser el Estado más afectado por las actividades de dicha sociedad¹⁷. El modelo de sede real es, en este sentido, una *regla general* de fraude, o si se prefiere, es una

¹⁵ Una lectura muy clarificadora de la de relación entre ambas sentencias, y su paralelismo con la jurisprudencia sobre la libre circulación de mercancías, puede verse en SANDROCK, pp. 1339-1340 (la sentencia Daily Mail subordinó la regla del reconocimiento mutuo de las sociedades a la existencia de un Tratado y/o a la armonización del Derecho de sociedades a nivel comunitario; sin embargo, en la medida en que ni las instituciones comunitarias, ni los Estados han cumplido esos objetivos dentro de un plazo razonable, el TJCE se ha visto obligado a no dilatar más la proclamación de esa regla). En parecido sentido, BEHRENS, p. 324; HÖFLING, p. 1207; TIMME/HÜLK, p. 1056.

¹⁶ WELAUFF, p. 871, e implícitamente KIENINGER, pp. 740-741; no obstante, TIMME/HÜLK, p. 1058.

¹⁷ Por todos, Müko-Ebenroth Nach Art. 10 RdNr 146-151; Staudinger-Großfeld (1993) *IntGesR* Rn 49; y entre los comentarios citados, ROTH, p. 861 y ss.; GÖRK, p. 794; TIMME/HÜLK. P. 1055; GÖTTSCHE, p. 1404.

presunción *iures et de iure* de fraude a las reglas del Estado de la *sede real*¹⁸. Esto permite apreciar mejor la pertinencia del argumento: si la excepción de fraude es un obstáculo a la libertad de establecimiento, en mayor medida lo será cuando no se formula como excepción sino como *regla general*.

Repárese en que si bien es cierto que Dinamarca responde a un modelo de constitución, también lo es que en dicho sistema el modelo de sede real interviene a través de la excepción de fraude de ley; lo cual relativiza bastante la lectura que hacen los autores que defienden la tesis de la compatibilidad. De hecho, el TJCE sí analiza los aspectos conflictuales, pero lo hace a través de la excepción de fraude¹⁹. Por eso, si en Dinamarca no puede alegar la excepción, menos aún podrán alegarla aquellos Estados que la formulen como regla general a través de un modelo de sede real.

Y, como acabo de decir, si no pueden invocar esa regla general, debe inscribir el establecimiento lo cual conlleva, por ser un presupuesto lógico, el reconocimiento de la sociedad extranjera y su sujeción a la ley del Estado de constitución.

En segundo lugar, los considerandos de la sentencia “Centros” sólo se entienden a partir de la tesis de la incompatibilidad²⁰. En los primeros párrafos de la sentencia, el TJCE hace esa lectura “natural y sin prejuicios” del Art. 48 (ex 58), que contradice abiertamente el modelo de sede real (*supra* § 3.1), “... el Art. 58 del Tratado equipara las personas físicas, nacionales de los Estados miembros, a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades principal se encuentre dentro de la Comunidad. De aquí se desprende *de forma directa* que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro...” (párrafos. 19 y 20, el subrayado es mío). Poco después, el TJCE considera que la alegación de fraude al Derecho nacional societario es impertinente cuando las normas que han querido eludir “...son normas que regulan las constitución de sociedades y no normas relativas al ejercicio de determinadas actividades profesionales. Pues bien, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad *precisamente* permitir a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades se encuentre dentro de la Comunidad, ejercer por medio de agencia, sucursal o filial actividades en otros Estados miembros” (párrafo 26, el subrayado es mío) y, poco más tarde dice “...En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros estados miembros *es inherente* al ejercicio, dentro del mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado” (en la versión alemana de la sentencia se dice “...*das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen,...folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit*, el subrayado también es mío)²¹.

¹⁸ Vid., KNOBBE-KEUK, p. 326; implícitamente, MünchKommBGB-Kindler IntGesR RdNr 314; últimamente, BECHTEL, *Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie*, 1999, p. 2, con más referencias.

¹⁹ KIENINGER, p. 738, nota 69.

²⁰ SANDROCK, p. 1340.

²¹ Para el alcance de este dato, *vid.*, KIENINGER, pp. 728-735.

No se olvide que la “sucursal” en Dinamarca, de hecho era la “sede real” de la sociedad inglesa y esto nunca se ocultó: “El Sr. y la Sra. Bryde,..., constituyeron, en efecto, una sociedad en el Reino Unido, que no ejerce allí ninguna actividad concreta, con la finalidad exclusiva de desarrollar una actividad en Dinamarca a través de una sucursal” (párrafo 16). El TJCE parece emplear el concepto “sucursal” no por relación al establecimiento principal, sino a la sede social (que sí estaba en Londres).

Visto esto, es difícil negar que el TJCE concibe que los operadores pueden escoger libremente el Derecho del Estado miembro conforme al cual se quieren constituir, incluso si quieren fijar su establecimiento –principal o secundario- en otro Estado (algo inconcible para el modelo de sede real)²². Y la afirmación es irrefutable en las conclusiones del abogado general A. La Pergola (conclusiones que en sus aspectos fundamentales recoge el fallo del Tribunal)²³: “In questo senso, rientra nell’ordine logico (nella logica, cioè, dell’ordinamento comunitario) che il cittadino di uno Stato membro tragga vantaggio dall’elasticità del diritto britannico delle società.. In assenza di armonizzazione, insomma, è la concorrenza tra sistemi normativi (...) a dover avere libero gioco, anche in materia societaria” (párrafo 20, con notas).

En definitiva, es cierto que las sentencias del TJCE tienen un alcance limitado y éste viene condicionado por los presupuestos del caso y el fallo. Pero nadie discute que las consideraciones y argumentos que subyacen a las decisiones del TJCE, aunque sean *obiter dicta*, tienen un valor argumental *de facto* muy considerable²⁴. Y, cuando se vuelven a leer sin prejuicios esos párrafos, es difícil negar que en la sentencia “Centros” subyace la tesis de la incompatibilidad.

B. Las consecuencias de la decisión

Admitido que la sentencia “Centros” se basa en la tesis de la incompatibilidad, la siguiente pregunta que se han planteado los comentaristas es qué consecuencias se derivan de ello. Sobre todo porque el propio TJCE considera que esa obligación de reconocer a la sociedad constituida en otro Estado y permitirle que fije su establecimiento principal en cualquier territorio de la Comunidad, “...no excluye que las autoridades del Estado miembro afectado puedan adoptar cualquier medida para sancionar fraudes, ya sea en relación a la propia sociedad, ..., ya sea con respecto a los socios...” (fallo).

1. Consecuencias normativas: modelo de constitución acompañado de conexiones especiales

²² La misma conclusión en KIENINGER, p. 745.

²³ Vid., FREITAG, p. 2689 (señalando además la importancia de las conclusiones del abogado general para comprender el alcance de la sentencia); y así lo admiten incluso quienes hacen esa lectura minoritaria de la sentencia, vid. SONNENBERGER/GROßRICHTER, p. 725 (escudriñando las fuentes doctrinales del abogado general)

²⁴ Que curiosamente les reconocen los autores citados supra nota 13 cuando invocan la sentencia Daily Mail.

Entre los autores que se han ocupado de las consecuencias conflictuales de la decisión hay dos opiniones.

Para algunos autores, esta sentencia del TJCE, si bien excluye el modelo de sede real, permite el llamado “*modelo de superposición*” (la *Überlagungstheorie*)²⁵. Conforme a este modelo, la *lex societatis* es la ley conforme a la cual la sociedad se haya constituido y, por consiguiente, si se ha constituido válidamente, la sociedad debe ser reconocida aunque localice su sede real en el territorio de otro Estado. Sin embargo, los terceros (por ejemplo, acreedores o trabajadores), así como los accionistas minoritarios, pueden invocar las normas imperativas de la ley del Estado donde la sociedad tenga su sede real. Estas normas se “superponen” sobre la ley de constitución para evitar que esos intereses queden desprotegidos²⁶.

Para otros, sin embargo, ese alcance del Derecho de la sede real no es admisible. El único modelo compatible con el Tratado CE sería un *modelo de constitución acompañado de ciertas conexiones especiales*²⁷. La idea que subyace a esta tesis es que las excepciones a la ley de constitución sólo serían permisibles si están objetivamente justificadas y son proporcionadas; lo cual, en principio, sólo sucede en dos casos: cuando se trata de tutelar del derecho de cogestión de los trabajadores garantizado por la *lex loci laboris* o cuando se trata de proteger la confianza de terceros a través del “levantamiento del velo” social.

Esta segunda opción es más correcta. Básicamente por dos razones: (a) por un lado, porque el “modelo de superposición” es *de facto* una “medida de efecto equivalente” al modelo de sede real; (b) y, por otro lado, porque ese modelo contradice un principio que está implícito a lo largo de la sentencia Centros, el principio de equivalencia de los ordenamientos, y el régimen de excepciones a este principio que ahí se apunta.

(a) El modelo de superposición es intrínsecamente inviable y conduce *de facto* a un modelo de sede real²⁸; puede decirse que es una “medida de efecto equivalente” al segundo. Y si éste es incompatible con el Tratado, también debe de serlo aquél. La razón no es difícil de ver. Los modelos de superposición conllevan la aplicación cumulativa de dos normas al régimen societario, lo cual plantea graves problemas de ajuste o contradicción normativa (no olvidemos que el contrato de sociedad constituye una unidad funcional) y genera una incertidumbre absoluta (los socios no pueden prever *ex ante* su nivel de responsabilidad, p.ej.)²⁹. Ante esta tesitura, los socios preferirán constituirse allí donde tienen su sede real. Nadie va a escoger un Derecho *qua lex societatis* sabiendo que en cualquier momento va a quedar sometido a otro distinto; sobre todo en las sociedades que nos ocupan que son sociedades externas.

²⁵ HÖFLING, p. 1207; y en particular, SANDROCK, pp. 1341-1343.

²⁶ Este modelo normativo está originariamente formulado en SANDROCK, “Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen”, *BerDGesVR*, 1978, pp. 169 y ss.

²⁷ En esta dirección, BEHRENS, pp. 328-329; GORK, p. 798; GOTTSCHKE, pp. 1406-1407; KIENINGER, pp. 739-745; implícitamente, SONNENBERGER/GROßERICHTER, p. 724; ULMER, *passim*. Así también, mi trabajo *supra*, nota 1, pp. 674-680.

²⁸ Más detenidamente, GARCIMARTIN, *loc.cit.*, p. 652.

²⁹ Por todos, Müko-Ebenroth Nach Art. 10 RdNr 166-171; Staudinger-Großfeld (1993) *IntGesR*, Rn 63-66.

Volviendo al caso “Centros” tiene el mismo efecto denegar la inscripción del establecimiento en Dinamarca que permitir dicha inscripción pero establecer que cualquier tercero o incluso el socio minoritario puede exigir en cualquier momento la aplicación del Derecho danés. No hace falta pensar mucho para darse cuenta de que la aplicación del “modelo de superposición” es una “medida de efecto equivalente” a la aplicación del “modelo de sede real”. Y en este sentido contradice las consideraciones del TJCE en el caso “Centros”: en los párrafos 25-26 de la sentencia, el TJCE distingue entre normas que regulan la constitución de una sociedad y normas relativas al ejercicio de determinadas actividades profesionales³⁰ y dice que “...las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tiene como finalidad precisamente permitir que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro ...” ejerzan sus actividades en los demás. El “modelo de superposición”, como acabamos de ver, no lo permite.

O dicho brevemente: si hay obligación de reconocer a la sociedad constituida en otro Estado miembro, necesariamente hay obligación de respetar su *lex societatis*³¹.

(b) Además, el modelo de superposición contradice un principio que esta implícito a lo largo de la sentencia Centros, el principio de equivalencia de los ordenamientos, y el régimen de excepciones a este principio que ahí se apunta³². El TJCE señala que la sociedades constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado pueden establecerse en los demás y, a estos efectos, es irrelevante que el Derecho de sociedades no este armonizado en la Comunidad (párrafo 28). En las conclusiones del abogado general (párrafo 21) queda claro que la idea subyacente a esta afirmación es el principio de equivalencia de los ordenamientos (o en este caso, de reconocimiento mutuo)³³. Y el modelo de superposición contradice abiertamente este principio: la *ratio* de la “superposición” del Derecho nacional es porque no se reconoce, *i.e.*, no se considera suficiente, la protección que garantiza el Derecho extranjero.

O, dicho de otro modo, la sentencia “Centros” responde a un principio de reconocimiento mutuo y, en definitiva, a la idea de que el “control” corresponde al Estado de origen y no al de destino. Mientras que el “modelo de superposición” se basa en un doble control, tanto en el Estado de origen como en el de destino³⁴.

Por otro lado, las únicas excepciones admisible, como señala el TJCE, son aquellas estrictamente necesarias (imperiosas, dice la sentencia) para proteger un interés general³⁵. Y la “superposición” irrestricta del Derecho nacional no satisface estas exigencias: ni es necesario proteger conflictualmente a los accionistas minoritarios -y menos hacerlo mediante la aplicación del Derecho de la sede real-, ni es necesario

³⁰ Es fácil ver el paralelismo con la jurisprudencia “Cassis” (as. 120/78) y “Keck-Mithouard” (ass. 267 y 268/91) en el ámbito de las mercancías.

³¹ BEHRENS, p. 329

³² Más detenidamente, KIENINGER, pp. 741-744; *vid.*, también, ULMER, p. 662.

³³ No le falta razón, véase, ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 1999, pp. 273-291.

³⁴ KINIENGER, p. 742.

³⁵ Sobre el juego de principio de proporcionalidad en esta sede me remito a GARCIMARTÍN, p. 679 y referencias allí hechas.

siempre proteger conflictualmente a los terceros -y (como con lo anteriores) menos hacerlo mediante la aplicación del Derecho de la sede real³⁶-.

Por eso tienen razón quienes señalan que el único modelo *formalmente compatible* con la jurisprudencia “Centros” es un modelo de constitución acompañado de conexiones especiales; conexiones especiales que sólo intervienen cuando sea estrictamente necesario para proteger un interés general. A partir de aquí, y este es el desafío de la Sentencia “Centros”, nuestra tarea más productiva consiste en identificar cuáles son esas conexiones especiales³⁷.

Es así de agradecer que los comentarios más positivos se hayan dedicado a esta labor. Los resultados hasta ahora se pueden resumir así. *En primer lugar*, parece unánime la idea de que no está justificada una conexión especial para proteger a los accionistas minoritarios: quien forma parte voluntariamente de una sociedad extranjera debe asumir el régimen de la *lex societatis* con todas sus consecuencias³⁸; cualquier otra solución implicaría aplicarles un ordenamiento distinto de aquél conforme al cual se han constituido³⁹. *En segundo lugar*, la protección de terceros acreedores sociales justificaría cuestiones como: (a) exigir constancia registral completa del tipo societario y del ordenamiento conforme al cual se ha constituido⁴⁰; (b) una conexión especial de protección del tráfico en materia de capacidad y responsabilidad⁴¹. *En tercer lugar*, también se ha propuesto una conexión especial para los derechos de cogestión de los trabajadores vinculada a la *lex loci laboris*⁴².

El segundo aspecto, protección de terceros acreedores, es el más controvertido y quizás convenga detenernos algo más. De hecho, es el que provoca la decisión de las autoridades danesas: la evasión de las normas danesas sobre capital social mínimo perjudica a los acreedores de la sociedad. Pues bien, lo primero que debe decirse al respecto es que esto es muy relativo: por un lado, el que el Derecho inglés no exija capital mínimo, no quiere decir que no proteja a los acreedores sociales; sencillamente, les protege por otros mecanismos. Y por otro lado, es muy discutible que las normas sobre capital mínimo protejan realmente a los acreedores⁴³. De todos modos, cuando se produzca esa desprotección por un comportamiento fraudulento de los socios (o directivos) cabe invocar su responsabilidad bien por vía extracontractual (*ex lex loci delicti*), bien a través de la doctrina de la apariencia, o bien mediante el “levantamiento

³⁶ Detenidamente, GARCIMARTÍN, pp. 674-678.

³⁷ Impecable, ULMER, p. 662.

³⁸ BEHRENS, p. 328; KIENINGER, p. 745; ULMER, p. 662; anteriormente, KNOBBE-KEUK, p. 346; ZIMMER, pp. 399-405.

³⁹ BEHRENS, *Ibid.*

⁴⁰ ULMER, p. 663, sugiriendo que en un asunto como el “Centros” la sociedad titular del establecimiento principal en Alemania debería constar como “private company limited by shares nach britischem Recht”. Para el Derecho español, vid., Art. 368 RRM; y en general, sobre una conexión especial para todo lo relativo a la publicidad y contabilidad de las sucursales, ARENAS GARCIA, “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales”, *Derecho de los Negocios*, pp. 11 y ss., p. 17.

⁴¹ Detenidamente, GARCIMARTÍN, pp. 674-678; cfr. KINIENGER, pp. 742-743.

⁴² KIENINGER, pp. 744-745; ULMER, p. 663 (aunque duda de su relevancia práctica por cuanto que las sociedades con tamaño suficiente para que se plantee esa cuestión suelen operar mediante filial); WERLAUFF, p. 875; vid., también ROTH, p. 864, vinculándolo al lugar de la sede real.

⁴³ Por todos, y con más referencias, ULMER, p. 664.

del velo” (*ex lex societatis* y, en caso de desajustes normativos, a través de otras conexiones como la *lex loci*)⁴⁴.

Una última cuestión son los problemas jurídico-públicos que plantea esta solución. Uno de los argumentos invocados entre los comentaristas para rechazar la solución del TJCE es que en el Derecho inglés las garantías sociales y la suficiencia de su patrimonio se asegura mediante normas administrativas, las cuales, en principio, no son aplicables fuera de Inglaterra⁴⁵. Ahora bien, la solución a este problema de desajuste normativo no es mediante la conexión principal sino, como sugiere en TJCE, a través de mecanismos de cooperación entre autoridades. Es un problema de desajuste material y como tal ha de resolverse.

2. Consecuencias sobre el régimen de cambio transfronterizo de sede

La mayoría de los comentarios a la sentencia “Centros” se han ocupado también de sus posibles repercusiones sobre el régimen de cambio de sede.

Para entender las consideraciones subsiguiente es necesario recordar la distinción entre los problemas conflictuales y los problemas materiales que plantea dicho cambio⁴⁶.

El problema conflictual es únicamente si el cambio de sede conlleva un cambio de lex societatis. Esto sólo sucede si lo que se modifica es el criterio de conexión empleado por las normas de conflicto del foro: a saber, la sede real, si esas normas se inspiran en un modelo de sede real, o la sede estatutaria, si esas normas se inspiran en un modelo de constitución⁴⁷. En el primer caso, un cambio de sede real implica necesariamente un cambio de lex societatis: la sociedad deja de estar sometida a la lex societatis anterior y pasa a esta sujeta a la ley del Estado donde fije su nueva sede real. En el segundo caso (“modelo de constitución”), un cambio de sede real no implica una modificación de la lex societatis; para este modelo normativo, sólo los cambios de sede estatutaria son relevantes. Ahora bien, si conforme a estas reglas se produce un cambio de lex societatis, los efectos de este cambio sobre la existencia de las sociedad son cuestiones materiales y, por lo tanto, son cuestiones que nos resuelve el Derecho material. Si la lex societatis (Derecho material) anterior exige la disolución de la sociedad, la sociedad deberá disolverse conforme a dicha ley y constituirse como una nueva sociedad en el Estado donde se fija la nueva sede. Y lo mismo sucederá si el Derecho material del nuevo Estado exige esa disolución. En definitiva, cuando cualquiera de los dos Derecho materiales exija esa disolución, la sociedad no conservara su personalidad jurídica.

⁴⁴ SONNENBERGER/GROßRICHTER, pp. 724-725; ULMER, pp. 664-665; WERLAUFF, p. 875; *vid.*, también GARCIMARTIN, p. 679.

⁴⁵ KIENINGER, p. 742; con matices sobre ese ámbito de aplicación, HÖFLING, p. 1208.

⁴⁶ Por todos, y con más referencias, BEHRENS, p. 329; MünchKommBGB-Kindler IntGesR RdNr 389 y ss (analizando las distintas hipótesis desde un modelo de sede real); en la doctrina española, detenidamente, BLANCO-MORALES, *La transferencia internacional de sede social*, 1997.

⁴⁷ Sin entrar ahora en detalles, baste decir que normalmente la sede estatutaria coincide con el Estado conforme a cuyo Derecho se haya constituido la sociedad.

La opinión mayoritaria es que la sentencia “Centros” sólo afecta a los aspectos conflictuales del problema, no a los aspectos materiales. Es decir, lo que impediría la sentencia es que la sede real se utilice como presupuesto para no reconocer a una sociedad válidamente constituida en el extranjero, pero no impide que la sede real se siga empleando como presupuesto material.

Esto merece una explicación. En los Estados que siguen el modelo de sede real, p.ej. Alemania, el criterio de la sede real cumple una función conflictual y una función material. En el primer caso, la sede real funciona como presupuesto conflictual, esto es, como presupuesto necesario para que una sociedad extranjera sea reconocida como tal, de modo que si dicha sociedad extranjera no tiene su sede real en el territorio conforme a cuyo Derecho se haya constituido, no va a ser reconocida (supra §). Pero también funciona como presupuesto material, esto es, como presupuesto necesario para que una sociedad se pueda constituir válidamente conforme al Derecho del foro, en este caso, conforme al Derecho alemán: si una sociedad quiere constituirse válidamente conforme al Derecho alemán tiene que tener su sede real en Alemania.

A primera vista, la sentencia Centros sólo afectaría al primer aspecto: esto es, al juego del criterio de la sede real como presupuesto conflictual. Alemania no podría negar el reconocimiento a una sociedad constituida válidamente conforme al Derecho de otro Estado miembro, aunque no tenga en su territorio su sede real; pero nada impide que Alemania siga exigiendo, para aquellas sociedades que quieran constituirse conforme a su Derecho, que tengan su sede real en territorio Alemán.

Entendido esto, es fácil de apreciar su repercusión en los supuestos de cambio de sede. Como sabemos, en principio, para los países cuyo régimen normativo responda a un “modelo de sede real”, el cambio de ésta implica un cambio de *lex societatis*: la sociedad deja de estar sometida a la ley del Estado donde tenía su sede real (Estado de origen) y pasa a quedar sujeta a la ley del Estado donde ha fijado la nueva sede (Estado de destino). Normalmente, ello implica la disolución de la sociedad y la necesidad de una nueva constitución. Y ello es así, aunque el Estado de origen sea un Estado basado en un modelo de constitución (y precisamente para evitar que esa disolución sea necesaria se ha elaborado la propuesta de Directiva sobre cambio de sede⁴⁸). Pues bien, lo que prohibiría la sentencia “Centros” es negar el reconocimiento a una sociedad que sigue existiendo válidamente conforme a la ley del Estado de origen por el hecho de haber desplazado su sede real⁴⁹. En el supuesto que da pie a la sentencia, lo que prohibiría ésta es considerar que si la sede real se traslada de Gran Bretaña a Alemania, p. ej., desde la perspectiva de este segundo país (modelo de sede real) deba entenderse que ello supone un cambio de *lex societatis* y la necesidad de constituir una nueva sociedad. Pese a este cambio de sede real, la sociedad sigue existiendo válidamente conforme al Estado de constitución (Gran Bretaña) y como tal debe reconocerse en los demás.

⁴⁸ MEILICKE, pp. 896-897, analizando los efectos de la Sentencia “Centros” sobre la Directiva.

⁴⁹ Así, BEHRENS, p. 330; BUNGERT, p. 1843; GÖRK, p. 797. Sobre la idea de que cuando un Tratado establece el modelo de constitución, las sociedades puede trasladar su sede real sin modificar su lex societatis, vid. MünchKommBGB-Kindler IntGesR RdNr 247-248 (“...besieht sich die Anerkennung nicht auf einzelne gesellschaftsrechtlichen Fragen oder Vorgänge, sondern auf das gesamte Gesellschaftsstatut. Hierzu zählt auch die sachrechtliche Beurteilung der Sitzverlegung”).

Se ha sostenido que la solución sería distinta si el Estado de constitución fuese un modelo de sede real, y, en este sentido, exigiese la localización de la sede real dentro de su territorio; ahora como presupuesto material. Si esta sede real se desplaza al extranjero, la sociedad deja de estar constituida válidamente conforme al Derecho del Estado de constitución y la sentencia “Centros” no obligaría a reconocerla⁵⁰.

Por ejemplo, si una sociedad constituida válidamente conforme al Derecho alemán -por lo tanto, con sede real en Alemania-, desplaza su sede real a España, nuestro país no estaría obligado según la jurisprudencia “Centros” a seguir reconocimiento a dicha sociedad como una sociedad alemana, ya que el Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido –Alemania- no la reconoce como tal. Para el Derecho alemán, dicha sociedad, al trasladar fuera su sede real, deja de estar válidamente constituida (ex Derecho alemán) y así debe admitirlo el legislador español.

Sin embargo, las cosas no son tan claras como puede parecer⁵¹. *Por un lado*, las prohibiciones a la libertad de establecimiento (Art. 43 Tratado CE) afectan no sólo a las prohibiciones de entrada, sino también a las prohibiciones de salida: “Si bien dichas disposiciones, según su texto literal, se proponen en especial asegurar el disfrute...en el Estado miembro de acogida, las mismas se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, y que responda por lo demás a la definición del artículo 58”⁵². Si esto es así, y hemos dicho que desde la perspectiva del Estado de destino imponer un cambio de *lex societatis* cada vez que la sociedad quiera establecerse a título principal en otro Estado miembro resulta un obstáculo al ejercicio de dicha libertad desproporcionado, igual debe de serlo desde la perspectiva del Estado de origen.

Por otro lado, y razonando desde la perspectiva de un país de sede real, no tendría mucho sentido permitir a las sociedades extranjeras fijar su establecimiento principal en nuestro territorio y, en cambio, no permitir que las nuestras fijen su sede real en el territorio de otro Estado⁵³. En general, si el juego de la sede real como presupuesto conflictual no es posible por su incompatibilidad con el Derecho comunitario, deja de tener sentido su juego como presupuesto material.

3. Consecuencias sobre el alcance de la libertad de establecimiento

De los dicho hasta ahora se puede extraer la idea de que la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado es una libertad de establecerse tanto a título secundario como a *título principal*⁵⁴. Y tanto *ex ante* (esto es, antes de que la sociedad

⁵⁰ Expresamente, BEHRENS, *Ibid.*; GÖTTSCHE, p. 1406

⁵¹ MEILICKE, p. 893.

⁵² STJCE *cit.* nota pfo. 16; y recientemente, STJCE de 16 de julio de 1998, *Rec.* 1998, I-4711, pfo. 21.

⁵³ FREITAG, p. 269.

⁵⁴ FREITAG, p. 268; KIENINGER, p. 730; STREINZ, p. 811; en contra, SONNENBERGER/GROBERICHTER, pp. 727-731.

comience a actuar en el mercado) como *ex post*. En una palabra, en un mercado integrado y basado en un principio de reconocimiento mutuo, las sociedades deben poder establecerse a título principal en cualquier Estado parte y poder escoger el Derecho que más les convenga, sea el de ese mismo Estado o el de otro distinto⁵⁵.

4. Consecuencias prácticas: la competencia entre sistemas jurídicos

Por esta razón, señala en abogado general en sus conclusiones que la decisión Centros abre la puerta a un sistema de “competencia entre ordenamientos jurídicos”⁵⁶: las partes pueden escoger libremente el Derecho conforme al cual desean constituir su sociedad, lo cual incentiva la competencia entre los ordenamientos por atraerse a los operadores. Este dato ha sido resaltado en la mayoría de los comentarios publicados⁵⁷. Y la consideración mayoritaria no es necesariamente negativa. Si bien se admite que existe el riesgo de una competencia a la baja (“race to the bottom”); este riesgo puede suponer un incentivo para que los Estados y las instituciones comunitarias se decidan de una vez a armonizar el Derecho de sociedades⁵⁸.

Sobre este punto, la única reflexión que conviene hacer es que ese riesgo de “competencia a la baja” no es tan cierto como pueda parecer y, por consiguiente, tampoco es tan necesaria dicha armonización. La “libre competencia entre sistemas jurídicos” en el ámbito societario no conduce necesariamente a una “carrera hacia la baja”; es más, *prima facie* parece suceder lo contrario (al menos, allí donde este mercado funciona)⁵⁹.

5. Consecuencias para sociedades de terceros Estados

Todas las consideraciones que hemos hechos hasta ahora han sido sobre sociedades europeas; es decir, constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro. El artículo 48 del Tratado se limita a este tipo de sociedades y, necesariamente, el alcance de la sentencia “Centros” también. Esto supone que, en principio, aquellos países cuyo Derecho responda a un modelo de sede real pueden seguir aplicándolo frente a sociedades de terceros Estados⁶⁰. Y los comentarios han sido prácticamente unánimes en esto punto⁶¹.

⁵⁵ Las limitaciones a esta autonomía conflictual deben articularse a través de conexiones especiales (y no a través del juego de la conexión principal), GARCIMARTIN, *loc.cit.*, pp. 674-680.

⁵⁶ Sobre este concepto me remito a GARCIMARTIN, p. 684, y referencias allí hechas.

⁵⁷ BÜNGERT, p. 1843; CASCANTE, pp. 450-451; GÖRK, p. 795; GOTTSCHKE, p. 1406; HÖFLING, p. 1207; KIENINGER, p. 748; PARLEANI, pp. 392-393; RISSE, p. 753; SEDEMUND/HAUSMANN, p. 811; STEINDORFF, p. 1142.

⁵⁸ En este sentido, BÜNGERT, *Ibid.*; HÖFLING, *Ibid.*; RISSE, *Ibid.*; STEINDORFF, *Ibid.*

⁵⁹ La cuestión no puede tratarse detenidamente en esta sede; para una introducción me remito a GARCIMARTIN, “Regulatory Competition: A Private International Law Approach”, *Eur.J. L. & Econ.*, 8, 1999, pp. 251 y ss.

⁶⁰ Debe tenerse en cuenta, de todos modos, el Tratado del Espacio Económico Europeo y Tratados de asociación, *vid.*, MEILICKE, p. 628.

⁶¹ Entre otros, BUNGERT, p. 1843; SEDEMUND/HAUSMANN, p. 811; GORK, p. 797; GÖTTSCHE, p. 1406.

Sin embargo, esto es matizable. Que este aspecto del Derecho comunitario no sea aplicable a las sociedades de terceros Estados, no quiere decir que los Derechos nacionales no puedan extender “unilateralmente” esa regla. No se trataría de una extensión *ex* Derecho comunitario, sino *ex* Derecho nacional. Y, de hecho, algunos autores se han manifestado a favor de esta extensión.

Por un lado, se ha dicho que el mantenimiento de dos regímenes conflictuales (uno *ad intra* de la Comunidad y otro *ad extra*, además de las especialidades derivadas de ciertos convenios bilaterales) genera un sistema fragmentado, que vendría a complicar aún más el intrincado juego de las reglas conflictuales. En interés de la seguridad jurídica y de la practicabilidad de las soluciones sería aconsejable un régimen único y, en la medida en que es un “modelo de constitución” por imperativo del Tratado CE en una dimensión (la intracomunitaria), el mismo modelo debe valer en la otra (la extracomunitaria)⁶².

Por otro lado, también se ha dicho que los argumentos *materiales* empleados por el TJCE son perfectamente válidos y universalizables⁶³. Lo cual aboga por la extensión de las consideraciones anteriores también a las sociedades de terceros Estados: al menos, las exigencias derivadas de la unidad del sistema jurídico y del principio de coherencia valorativa hacía allí nos conducirían. La consecuencia positiva de esta tesis es una reducción muy significativa del alcance de artículos como el 5.2 LSA o el 6.2 LRSL⁶⁴.

C. Valoración de los fundamentos

Junto con el alcance de la decisión y sus consecuencias, el tercer aspecto que ha ocupado a los comentaristas ha sido la mayor o menor corrección de la fundamentación jurídica de la sentencia. De todos modos, y salvo alguna excepción, este tipo de consideraciones han sido muy tangenciales. Algunos autores han valorado los argumentos utilizados por el TJCE positivamente y otros de forma negativa⁶⁵, pero incluso estos últimos, en general, han sido bastante comedidos. Lo más que se ha llegado a decir es que la sentencia adolece de una relativa insuficiencia argumentativa⁶⁶.

Curiosamente, la censura más rotunda a la decisión del TJCE procede de una autora española⁶⁷. Este dato, unido al tono peyorativo con el que viste su crítica, justifica que le dediquemos algo de atención

⁶² SANDROCK, p. 1342, señalando expresamente que esa fragmentación conflictual “...im Interesse der Rechtssicherheit und der Praktikabilität vermeiden werden” (aunque no ha de olvidarse que el autor aboga por un modelo de “superposición”, *supra* § 3.2 a))

⁶³ Para una demostración detenida me remito a GARCIMARTIN, pp. 682-684.

⁶⁴ La proyección sobre el Derecho positivo de esta tesis puede verse en PAZ-ARES, en Uria-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, 1999, I, pp. 536-543.

⁶⁵ Entre los primeros, PARLEANI, p. 391; BEHRENS, p. 331; o yo mismo, *loc.cit.*, nota 1, *passim*; entre los segundos, RISSE, p. 753 (por la falta de protección que general); o FREITAG, p. 269 (por su déficit argumentativo).

⁶⁶ P.ej., FREITAG, p. 269.

⁶⁷ SANCHO VILLA, *passim*

1. Crítica de la Dra. Sancho Villa

La crítica que la Dra. Sancho Villa dirige contra esta decisión del TJCE se fundamenta principalmente en un Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de 1961 (D.O.C.E., de 15 de enero de 1962, EE 06/01). Este programa establece que la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento que en él se contiene beneficiará a las sociedades a las que se refería el antiguo Art. 58 (esto es, constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro + sede social, administración central o centro de actividades principal en la Comunidad); si bien, cuando estas sociedades pretendan no instalarse, sino crear agencias, sucursales o filiales en el territorio de un Estado miembro, se exigirá “en caso de que únicamente tengan su sede social en la Comunidad ...” que su actividad presente “una vinculación efectiva y continua con la Economía de un Estado...” (Título I).

Si no lo he entendido mal, según la autora, este Programa vendría a modificar el antiguo Art. 58 (hoy 48) del Tratado CE. “...Los requisitos de vinculación de la sociedad no se agotan en el mencionado precepto [Art. 48]. La segunda condición del art. 48.I TCE (localización de la sede estatutaria, de administración o de explotación) se ha visto afectada por el Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de 1961... Según el mismo, cuando las sociedades definidas en el art. 48 TCE sólo tienen su sede estatutaria en un Estado contratante, es necesario que las mismas posean, además, una actividad que las vincule de manera efectiva y continua con el territorio comunitario...” (nº 4 de su texto). El requisito que añade el programa evitaría que las “sociedades comunitarias ficticias” se beneficien de la libertad de establecimiento; es decir, que las sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro, y que por ello tengan ya domicilio estatutario en la comunidad, pero sin vinculación económica con la Comunidad (“sin existir actividad alguna en el territorio comunitario”, dice la autora), se beneficien de la libertad de establecimiento (nº 7).

Siguiendo con su tesis, el caso que se le plantea al TJCE sería subsumible en esta norma y por consiguiente, la sociedad constituida en Inglaterra no podría beneficiarse de la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado CE.

2. Réplica

No es mi intención defender aquí la decisión del TJCE. Como ya he razonado en otro lugar, me parece una sentencia jurídicamente impecable y que arroja una potente luz sobre algunos de los problemas más complejos que plantea el Derecho internacional de sociedades⁶⁸. Las consideraciones que voy a hacer a continuación únicamente se dirigen a rebatir la tesis fundamental del artículo citado. A mi entender, y pese a tener la

⁶⁸ *Loc.cit.*, nota 1.

intención de ser “crítica jurídica” (el propio título habla de “dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario”), no es una crítica bien fundada en Derecho⁶⁹.

En primer lugar, no es una crítica bien fundada: es cierto que los Programas exigen cierto arraigo de las sociedades en la Comunidad para poder beneficiarse de las supresiones a la libertad de establecimiento que contienen, ahora bien lo que sucede es que *no son aplicables* al caso que se le plantea al TJCE. Y no son aplicables por muchas razones, pero básicamente por dos: porque han dejado de estar vigentes y, porque aunque lo estuviesen, el caso “Centros Ltd.” no es subsumible en el supuesto de hecho de la norma.

(a) Por un lado, los Programas Generales que cita la autora no son aplicables ya que han dejado de estar vigentes hace bastante tiempo⁷⁰. Transcurrido el periodo transitorio, para el que se concibieron dichos Programas, los Art. 52 y ss. del Tratado CE tienen efecto directo e incondicional; esto es, su aplicación no se subordina a Programa alguno, ni a los requisitos que pudiesen establecer tales programas (*vid.*, por todas, Sent. TJCE “Reyners”, as. 2/74, de 21 de junio de 1974). Por eso es impertinente cualquier tesis fundamentada en la idea de que tales Programas puedan condicionar la eficacia del Derecho originario a los requisitos que en ellos se estableciesen.

(b) Pero, por un lado, y en el caso de que se nos pretenda convencer de su vigencia, dichos Programas son inaplicables materialmente ya que sólo se refieren a sociedades cuyos vínculos objetivos se localicen en un tercer Estado⁷¹. Como claramente se deriva de su tenor, sólo contemplan aquellas sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro, donde además se fija su sede estatutaria, pero sin otro vínculos objetivo con la Comunidad. Y, precisamente, la –más que discutible, dicho sea de paso- *ratio* de los Programas era intentar evitar que dichas sociedades se beneficiase de las libertades comunitarias. Obviamente, este no es el caso que se le plantea el TJCE: en el asunto “Centros Ltd.” se trata de una sociedad constituida conforme al Derecho inglés, cuya actividad principal va a desarrollarse en Dinamarca. Es una sociedad que presenta *todos* sus vínculos con la Comunidad y, por consiguiente, no es subsumible en el supuesto de hecho del Programa General.

Siendo esto tan claro, sorprende que la autora citada, quizás con más ligereza que culpa, insista en subsumir el caso en el supuesto de hecho del Programa General (o que pretenda convencernos de una aplicación analógica *contra legem* y con base en normas que no están vigentes). Y esta sorpresa se torna perplejidad cuando se comprueba que tal pretensión se apoya en que la situación no presenta vínculos con la Comunidad: “La situación examinada por el TJCE es exactamente aquella prevista en el Programa General, contra la que actúa el criterio de la vinculación efectiva y continuada. Se trata de valorar si puede considerarse beneficiada de la libertad de

⁶⁹ Y si esto es así, sorprenden aún más los descalificativos que dirige al Tribunal a lo largo de todo el trabajo (“ignorancia absoluta”, “no sabe de lo que está hablando”...).

⁷⁰ Por todos, BEHRENS, “Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht”, *RabelsZ*, 1988, pp. 498 y ss., p. 505

⁷¹ BRÖDERMANN/IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1994, p. 110; en francés, SCHAPIRA/LE TALLEC/BLAISE, *Droit européen des affaires*, 1992, p. 632; Bischoff, en CONSTANTINESCO/JACQUÉ/KOVAR/SIMON, *Traité instituant la CEE. Commentaire*, 1992, Art. 58, n° marg. 16; *vid.*, también STEINDORFF, p. 1143.

establecimiento, una sociedad...constituida en un Estado contratante donde localiza su sede estatutaria [Inglaterra], dándose la circunstancia de que la misma se ha creado para desarrollar toda su actividad en el territorio comunitario donde localizará su sucursal [Dinamarca], esto es, *dándose la circunstancia de la ausencia de vinculación efectiva y continuada con el territorio de la Comunidad*” (nº 8; el subrayado último es mío). Y no es un mero error tipográfico, pues al cabo vuelve a afirmar “No cabe duda de que la sociedad inglesa..., al carecer de vinculación efectiva y continuada con el ordenamiento de origen pero, sobre todo, con cualquier otro territorio comunitario...” (nº 9). Pues bien, ante esta afirmación o bien la autora considera que Dinamarca no es territorio comunitario o bien está presuponiendo la absurda idea de que las sociedades se constituyen después de iniciar su actividad económica. Decir que en este caso -sociedad constituida en Inglaterra y que desempeña inicialmente su actividad principal en Dinamarca- no hay una vinculación efectiva con el territorio de la Comunidad deja al lector, cuando menos, perplejo. Y esto es tan evidente que resulta a todas luces comprensible que ni el Tribunal, ni prácticamente nadie en la doctrina hagan alusión a dichos Programas para resolver los problemas jurídicos que plantea el caso “Centros Ltd.”.

IV. RECAPITULACIÓN

En este trabajo he recogido y analizado una gran parte de los comentarios publicados a la Sentencia “Centros”. Mi intención era comprobar cómo ha reaccionado la “comunidad científica” ante dicha decisión y revisar con cierto aparato crítico dicha reacción. En última instancia, y aunque por una vía indirecta -o habermasiana, si se prefiere-, creo que ello nos puede ofrecer una visión más objetiva de la sentencia del TJCE.

Las conclusiones que hemos alcanzado a lo largo de este trabajo se puede resumir así:

a) La mayoría de los comentaristas han considerado que la decisión del TJCE se apoya en la tesis de la incompatibilidad: el modelo de sede real, al menos en su postulado conflictual fundamental (i.e., una sociedad constituida válidamente en otro Estado miembro no va a ser reconocida como tal a menos que tenga en el territorio de dicho Estado su sede real) es incompatible con el Tratado CE (*supra* III.A).

b) Si esto es así, ello implica que el Tratado CE (artículos 43 y 48, al menos) tiene alcance conflictual e impone a los Estados un “modelo de constitución acompañado de conexiones especiales”. Estas conexiones están destinadas a la protección de terceros y su concreción debe hacerse a partir del principio de proporcionalidad (*supra* III.B.1)

c) Si esto es así, ello implica también que el Tratado CE afecta –al menos- al régimen conflictual del cambio de sede: en este sentido, y salvo que el Estado de constitución disponga otra cosa, un Estado no puede aparejar a los simples traslados de sede real una modificación de la *lex societatis* con la consiguiente necesidad de disolver la sociedad y de constituir una nueva (*supra* III.B.2).

d) Si esto es así, ello implica que *de facto* la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado CE lo es tanto a título secundario como a título principal; o incluso que el Tratado CE permite a las sociedades fijar libremente su sede principal en cualquier parte del territorio comunitario y escoger para constituirse el Derecho del Estado miembro que más les convenga (*supra* III.C.3 y 4).

e) La decisión del TJCE no afecta a las sociedades de terceros Estados; sin embargo, y en la medida en que ciertas razones sustantivas empleadas por el TJCE son generalizables, la unidad de sistema y la coherencia valorativa son argumentos que abogan a favor de dicha extensión (*supra* III.C.5).

f) Por último, también hemos visto que, pese a alguna posición doctrinal en ese sentido, los Programas Generales de 1961 relativos a la libertad de establecimiento no pueden invocarse para criticar la fundamentación de la sentencia “Centros” (*supra* III.D).