SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL - CIVIL

EL TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO SOCIAL Y LA POSIBILIDAD DE ELEGIR LA "LEX SOCIETATIS": EL CASO POLBUD

Mª Luisa Castañeda y Segismundo Álvarez
Miembros de la Sección de Mercantil-Civil

Una reciente sentencia del TJUE (caso Polbud) confirma la tendencia de la jurisprudencia europea a favorecer la libertad de establecimiento de las sociedades de la UE, y sobre todo amplía las posibilidades de optar por la *lex societatis* preferida con independencia de donde actúe la sociedad.

1. La Jurisprudencia anterior sobre domicilio social y libertad de establecimiento

El principio de libertad de establecimiento de las sociedades se deduce de los artículos 49 y 54 del Tratado de la Unión. Esta libertad incluye la posibilidad de que la sociedad actúe en otro Estado directamente, a través de agencias, o estableciendo sucursales o filiales.

Para poder ejercer ese derecho hace falta que esté constituida en un Estado miembro, para lo cual debe cumplir sus reglas de constitución: en el caso Daily Mail señala que "*un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional … como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición*". Esto supone por tanto la admisión de los diversos criterios que existen en Europa sobre la constitución de sociedades: es legítimo admitir el principio de constitución (seguido por Reino Unido, Dinamarca y Holanda), por el que basta la constitución con arreglo con sus normas, o el de sede real (España, Alemania) que exige que la sociedad tenga su centro de dirección o su actividad principal (o ambos) en el Estado a cuya legislación está sujeta.

Sin embargo, una vez válidamente constituida con arreglo a la legislación de un Estado, los demás han de reconocerla en su territorio y no pueden imponerle restricciones a su actuación. La jurisprudencia del TJUE ha declarado que este reconocimiento ha de producirse incluso cuando esas sociedades ni tengan su centro de administración ni estén desarrollando actividad alguna en el Estado a cuya legislación están sujetas (casos Centros, Uberseering e Inspire Art).

En la práctica esto supone que cualquiera puede crear una sociedad en un Estado que siga el principio de constitución para actuar exclusivamente en otro país, y que este último está obligado

a reconocer esa sociedad sin exigirle ningún otro requisito desde el punto de vista del derecho societario. Por ejemplo, no podrá exigirle que tenga el capital mínimo que exige la legislación de su territorio. Esto implica poder elegir la regulación que un Estado sin necesidad de tener ninguna relación con él, y por tanto una verdadera competencia entre sistemas jurídicos, lo que a su vez puede llevar al llamado en EE. UU. "efecto Delaware", es decir a la concentración de las sociedades en las jurisdicciones preferidas[1].

La jurisprudencia, además, considera que el traslado internacional del domicilio social debe ser admitida por los Estados por ser una manifestación de la libertad de establecimiento. Hay que tener en cuenta que el traslado internacional supone, además de un cambio de domicilio, la modificación de su nacionalidad, y en consecuencia de su ley reguladora y de su tipo social. Por ello es más expresiva la denominación transformación transfronteriza, que es la que utilizan los últimos documentos europeos.

Veamos esta jurisprudencia. En el caso Cartesio una sociedad húngara pretendía cambiar su domicilio social a Italia sin modificar su sujeción a la normativa húngara. El tribunal consideró que no era posible porque -como había declarado en el caso Daily Mail- las sociedades son creaciones del derecho y por ello cada Estado puede determinar los requisitos necesarios para que la sociedad adquiera y mantenga la personalidad jurídica. Como el derecho húngaro no permitía que una sociedad húngara tuviera su domicilio social en otro Estado, no era posible ese traslado.

Sin embargo, *obiter dicta,* estableció que el supuesto hubiera sido distinto si hubiera pretendido cambiar su domicilio social y transformarse al mismo tiempo en una sociedad italiana, pues eso sí que hubiera debido ser admitido (Apartado 111 y ss.)[2].

Esto último era lo que sucedía en caso Vale: un traslado de domicilio social y sede real de Italia a Hungría. El TJUE resolvió que el principio de libertad de establecimiento de los artículos 49 y 54 del Tratado de la Unión impone a los Estados que admite la transformación de sociedades a nivel interno admitir un traslado internacional de domicilio.

Además, dio indicaciones sobre cómo realizar la operación a falta de regulación de esta operación en los derechos nacionales. Así, entendió que procedía la aplicación sucesiva de los derechos nacionales: habrían de cumplirse en primer lugar las normas de transformación del Estado de origen, y posteriormente también los de transformación y constitución del Estado de destino[3]. Señaló también que la protección de los socios minoritarios, acreedores y trabajadores puede

[1] Hay varios estudios que examinan si eso se ha producido tras las citadas sentencias, y parece que el efecto existe pero es de pequeña dimensión. Ver por ejemplo: http://cjel.law.columbia.edu/print/2002/european-company-law-after-centros-is-the-eu-on-the-road-to-delaware/

[2] Apartado 112 : a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita.

[3] *"no puede cuestionarse la aplicación [por el Estado de destino]de las normas de su Derecho nacional sobre transformaciones internas que regulan la constitución y el funcionamiento de una sociedad, como el requisito de elaborar un balance y un inventario de activos".* (Apartado 52).

justificar en este caso unos requisitos más estrictos que los de una transformación interna (apartado 37)[4], pero que estos tendrán que ser siempre adecuados y no ir más allá de lo necesario.

Finalmente, dice que el principio de efectividad (apartado 48) obliga al Estado de destino a aceptar la documentación procedente del Estado de origen (apartados 59 a 61) de cara a acreditar el cumplimiento de los requisitos legales de transformación del Estado de origen.

En nuestro ordenamiento esta operación está regulada en los arts. 95 ss. de la Ley de Modificaciones Estructurales. Sin embargo, como -a diferencia de la fusión transfronteriza- no existe una Directiva sobre esta operación, las regulaciones no están armonizadas y en muchos Estados ni siquiera existe. Aún en estos casos, la doctrina del TJUE expuesta hace posible la realización de estas operaciones, pero en la práctica se plantean incertidumbres en relación con el proceso y el registro de la operación.

2. El caso Polbud: la transformación transfronteriza sin cambio de sede real

La novedad del caso Polbud respecto de Cartesio y Vale es que la sociedad que traslada su domicilio (de Polonia a Luxemburgo) **sin cambiar su sede real,** es decir su centro de dirección efectiva. El TJUE considera que Polonia no puede oponerse al traslado por esta razón: no puede exigir que se cumpla el principio de sede real, porque en ese momento se transforma en una sociedad de un Estado que no lo exige.

Además, **en contra del criterio de la Abogada General y de anteriores sentencias (Reyners, Gebhard, Vale, Iraklis) entiende que tampoco es necesario que la sociedad ejerza o vaya a ejercer una actividad económica en Luxemburgo**. Señala que en el caso Centros ya se admitió el ejercicio de la libertad de establecimiento cuando una sociedad se había constituido en otro estado en el que no iba a realizar ninguna actividad. Aunque en ese caso se trataba de crear una sociedad nueva y no de modificar una existente, el TJUE no considera que esto justifique un tratamiento distinto.

La consecuencia, expresamente reconocida por la sentencia, es que la sociedad puede optar por la legislación que considere más ventajosa y que esta puede ser la única motivación de la transformación transfronteriza*: "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"*.

Esto supone una modificación sustancial en la situación anterior**: a partir de ahora las sociedades podrán optar por la legislación que más les conviene no solo en el momento de la constitución (como se deducía de los casos Centros y Uberseering) sino en cualquier momento posterior a través de la transformación transfronteriza.**

[4] Esto lo había establecido también el TJUE en el caso SEVIC Systems relativo a las fusiones transfronterizas

En realidad, solo van a poder pretender ser el Delaware europeo los Estados que siguen el principio de constitución, es decir que no requieren conexión entre sede real y domicilio estatutario. Por ello quizás dentro de poco habrá que hablar del efecto Dublin o Amsterdam puesto que -con el Brexit- estos son los dos Estados de la unión monetaria que siguen claramente el principio de constitución. Las dificultades e incertidumbres que aún afectan al proceso de traslado internacional pueden además disminuir si se aprueban las medidas que presentará la Comisión antes de final de año para armonizar los requisitos de las fusiones, escisiones y traslados.

Hay que destacar la importancia de esta cuestión. La competencia puede convertirse en un estímulo para una mejor legislación o incluso para el mejor funcionamiento de la justicia, el notariado o los registros mercantiles. Pero puede que funcione de otra forma: que los accionistas mayoritarios busquen la normativa que menos proteja a los minoritarios; o que una sociedad con litigios potenciales con sus socios opte por la jurisdicción que tenga el sistema judicial más lento o ineficaz; otra quizás se traslade para sujetarse a la normativa -o vigilancia- más laxa sobre asistencia financiera.

Desde el punto de vista tributario la ubicación del domicilio al margen de la sede real no parece determinante, tanto el artículo 48 de la Ley General Tributaria como el artículo 8 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, atienden, para fijar la obligación de autoliquidar el Impuesto de Sociedades español, al lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios. Pero también es cierto que la aplicación de los tributos requiere una calificación previa de las operaciones y ésta puede diferir en función de la legislación aplicable lo que podría llevar en algún caso a la decisión de trasladar el domicilio social con el fin de obtener una tributación más favorable.

Por ello lo aconsejable sería que las medidas de facilitación de las operaciones transfronterizas fueran acompañadas de una armonización en cuestiones de derecho societario que se consideren que son de interés público y en las que no debe operar la competencia entre legislaciones.

La reproducción, copia, uso, distribución, comercialización, comunicación pública o cualquier otra actividad que se pueda realizar con el contenido de este documento, incluida su publicación en redes sociales, queda condicionada a previa autorización de la AEDAF.