

TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA: EXIGENCIAS PARA EL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA COMENTARIO A LA STJUE C-378/10 (VALE ÉPÍTÉSI KFT)

ROSA MIQUEL SALA

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Universität Bayreuth*

Recibido: 16.07.2013 / Aceptado: 20.07.2013

Resumen: En la sentencia sobre el asunto C-378/10 (VALE Építési Kft) el TJUE retoma las afirmaciones realizadas en un obiter dictum de la sentencia Cartesio y afirma de nuevo el derecho de las sociedades constituidas conforme al derecho de un Estado miembro a trasladar su domicilio social adoptando una forma societaria del Estado miembro de acogida con mantenimiento de su identidad. La limitación de la posibilidad de transformación a sociedades a sociedades constituidas según el derecho del Estado miembro de acogida resulta contraria a la libertad de establecimiento reconocida en los arts. 49, 54 TFUE. A falta de una 14ª Directiva en materia de sociedades relativa a la transferencia de la sede social, el derecho del Estado miembro de acogida debe obedecer a los principios de equivalencia y efectividad.

Palabras clave: libertad de establecimiento, traslado del domicilio social, transformación transfronteriza, principios de equivalencia y efectividad.

Abstract: In the judgement on the case C-378/10 (VALE Építési Kft) the ECJ resumes its obiter dicta statement from the decision Cartesio and affirms the right of the companies governed by the law of a Member State to transfer their registered office maintaining their legal personality. The limitation of the rules on conversion to companies of the host Member State is contrary to the freedom of establishment granted in Art. 49, 54 TFEU. In the absence of a 14th Company Law Directive on the cross-border transfer of the registered office the law of the host Member States must be in accordance with the principles of equivalence and effectiveness.

Key words: freedom of establishment, transfer of registered office, cross-border conversion, principles of equivalence and effectiveness.

Sumario: I. Introducción. II. La sentencia en el Asunto VALE Építési Kft. 1. Los hechos. 2. La cuestión prejudicial. 3. Respuesta del TJUE. A) Dudas sobre la admisibilidad. B) Vulneración de la libertad de establecimiento. C) Aplicación de los principios de equivalencia y efectividad. III. El concepto de establecimiento: ¿vuelta a los orígenes? IV. Implicaciones para el derecho español: Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales. V. Persistente necesidad de una Directiva sobre transferencia del domicilio social. 1. Antecedentes y base competencial. 2. Contenido.

I. Introducción

1. La sentencia del TJUE en el asunto C-378/10 (VALE Építési Kft) trata de las transformaciones societarias transfronterizas. En la línea de las sentencias en los asuntos C- 81/87 (Daily Mail) y C-210/06 (Cartesio), el Tribunal afirma que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su fun-

cionamiento. Dicha legislación puede decidir, en concreto, si el traslado del domicilio social va acompañado o no de la liquidación de la sociedad. Sin embargo, en la sentencia *Cartesio* esta afirmación se excepcionó para el caso en que el traslado del domicilio estuviese acompañado de un cambio de la *lex societatis*. La libertad de establecimiento exige en este supuesto que la legislación del Estado de origen de la sociedad permita el traslado de domicilio social como transformación transfronteriza con cambio del derecho aplicable y mantenimiento de la identidad de la sociedad. El TJUE se centra ahora en el examen de la compatibilidad con la libertad de establecimiento de las normas sobre transformaciones societarias del Estado miembro de acogida. Pese a reconocer a dicho Estado la potestad para decidir sobre las condiciones en que la sociedad debe ser (re-)constituida, se establece que el derecho del Estado miembro de acogida ha de permitir la transformación no solamente a sociedades constituidas de acuerdo con el derecho nacional, sino también a sociedades constituidas de acuerdo con el derecho de otro Estado miembro. Dado que hasta la fecha solamente se han armonizado las fusiones transfronterizas,¹ pero no los demás tipos de transformación, el Estado miembro de acogida deberá atenerse a los principios de equivalencia y efectividad a la hora de legislar sobre esta cuestión.

II. La sentencia en el Asunto VALE Építési Kft.

1. Los hechos

2. En febrero del año 2006, la sociedad limitada de derecho italiano VALE Costruzioni Srl solicitó la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil de Roma alegando su voluntad de trasladar su actividad y su domicilio social a Hungría. Como consecuencia, se realizó una anotación de «Cancelación registral y traslado de domicilio», haciendo constar que «la sociedad se ha trasladado a Hungría». Nueve meses después, el gerente de VALE Costruzioni y otra persona física aprobaron los estatutos de VALE Építési Kft, sociedad limitada de derecho húngaro, desembolsaron el capital requerido por la ley húngara y solicitaron ante el órgano jurisdiccional competente para decidir sobre dicha cuestión la inscripción de la nueva sociedad limitada, haciendo constar que VALE Costruzioni era la sucesora legal de VALE Építési Kft.

3. La solicitud de inscripción fue denegada en primera y en segunda instancia al no permitir el derecho húngaro el traslado del domicilio social de una sociedad italiana a Hungría ni la inscripción como sucesora legal de una sociedad que no esté constituida de conformidad con el derecho húngaro. Llegado el asunto ante el Tribunal Supremo de Hungría, VALE Építési alegó que se habían vulnerado los artículos 49 y 54 TFUE. A la luz de la sentencia del TJUE en el asunto *Cartesio*, el Tribunal Supremo húngaro cuestiona principalmente la compatibilidad con la libertad de establecimiento de la normativa húngara sobre transformaciones societarias al aplicarse esta última solamente a situaciones internas.

2. La cuestión prejudicial

4. El Tribunal Supremo húngaro plantea cuatro cuestiones al TJUE. Las dos primeras están íntimamente relacionadas y su respuesta en sentido positivo sirve de presupuesto para las dos cuestiones posteriores, referidas ya a aspectos concretos del derecho húngaro.

- 1) *¿Tiene que atenerse el Estado miembro de acogida a los artículos [49 TFUE y 54 TFUE] en el supuesto de que una sociedad constituida en otro Estado miembro (de origen) traslade su domicilio social al Estado miembro de acogida y, simultáneamente, cancele a estos efectos su inscripción registral en el Estado miembro de origen, los accionistas de la sociedad otorguen una nueva escritura de constitución con arreglo al Derecho del Estado miembro*

¹ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DOUE L 310 de 25 de noviembre de 2005, p. 1 ss.

de acogida y la sociedad solicite su inscripción en el Registro Mercantil del Estado miembro de acogida con arreglo al Derecho de dicho Estado?

- 2) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión ¿han de interpretarse los artículos 49 TFUE y 54 TFUE] en el sentido de que se oponen a una normativa o práctica de un Estado miembro (de acogida) que impide a una sociedad constituida legalmente en cualquier otro Estado miembro (de origen) trasladar su domicilio social al Estado miembro de acogida y continuar operando con arreglo al Derecho de este último Estado?*
- 3) *A los efectos de la respuesta a la segunda cuestión, ¿tiene relevancia cuál sea el motivo por el que el Estado miembro de acogida deniegue la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil? Concretamente:*
 - *Que, en la escritura de constitución recibida en el Estado de acogida, la sociedad solicitante haga constar como predecesora legal a la sociedad constituida en el Estado miembro de origen, cuya inscripción registral ha cancelado, y solicite que se mencione a dicha sociedad como su predecesora legal en el Registro Mercantil del Estado miembro de acogida.*
 - *En el supuesto de una transformación internacional intracomunitaria, a efectos de la resolución del Estado miembro de acogida acerca de la solicitud de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, ¿está obligado el Estado miembro de acogida a tener en cuenta el acto por el que el Estado miembro de origen anotó en su Registro Mercantil el hecho del cambio del domicilio social y, en caso afirmativo, en qué medida?*
- 4) *¿Está legitimado el Estado miembro de acogida para resolver con arreglo a las disposiciones de su Derecho de sociedades que regulan las transformaciones societarias internas, acerca de la solicitud de inscripción en el Registro Mercantil de ese Estado formulada por una sociedad que realiza una transformación internacional intracomunitaria, exigiendo a dicha sociedad que cumpla todos los requisitos que establece el derecho de sociedades del Estado miembro de acogida para las transformaciones internas (por ejemplo, la elaboración de un balance y de un inventario de los activos) o, por el contrario, está obligado, sobre la base de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, a diferenciar entre las transformaciones internacionales intracomunitarias y las transformaciones internas y, en caso afirmativo, en qué medida?*

3. Respuesta del TJUE

A) Las dudas sobre la admisibilidad

5. La admisibilidad de la cuestión prejudicial se puso en tela de juicio tanto por parte del Gobierno del Reino Unido, que expresó sus dudas sobre si el supuesto en el que se basó la cuestión prejudicial podía realmente considerarse una transformación transfronteriza, como por parte de la Autoridad de Vigilancia de la AELC, que consideró que las cuestiones tercera y cuarta no iban acompañadas de suficientes informaciones sobre el derecho húngaro como para garantizar una respuesta útil del TJUE. Merece la pena detenerse en la primera cuestión, ya que ciertamente podría dudarse, en este caso, de que la operación objeto del litigio fuese efectivamente una transformación. No en vano desde el momento en que se canceló la inscripción de la Srl en el Registro Mercantil de Roma con la referencia al traslado de domicilio hasta la solicitud de inscripción de la sociedad limitada húngara con mención a la Srl como predecesora legal existe un lapso temporal bastante considerable. Además, si la inscripción de la predecesora legal había sido cancelada, dicha sociedad se debía considerar extinguida y el mantenimiento de la identidad imposible.² Los representantes legales de VALE Építési Kft no podrían hacer constar por

² C. BEHME, «Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale», NZG 2012, p. 937; P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», EuZW 2012, p. 889.

tanto ninguna predecesora legal y estarían, simplemente, constituyendo una nueva sociedad de acuerdo con el derecho húngaro. Por otro lado, y a la vista de la doctrina sentada en el asunto *Cartesio*, si el derecho italiano considerase una causa de extinción de la sociedad el traslado del domicilio social a otro Estado miembro también en el caso en que –como aquí– el traslado estuviese acompañado de una transformación, estaría vulnerando la libertad de establecimiento.

6. El TJUE niega sin embargo que la cuestión no tuviese relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, que el problema tratado fuese de naturaleza hipotética o que no tuviese los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. En concreto, el Tribunal considera que no le corresponde a él considerar liquidada a VALE Costruzioni debido a la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de Roma, sino que la competencia para calificar o no el supuesto litigioso de transformación transfronteriza les correspondía a los jueces nacionales. Por lo tanto, la liquidación de la sociedad de acuerdo con el derecho italiano tendría que ser dilucidada en el marco del proceso ante los tribunales húngaros. Teniendo en cuenta que los ordenamientos de los Estados miembros conciben las transformaciones societarias de forma distinta, debería ser suficiente, para entender garantizada la libertad de establecimiento, que tras liquidación de la sociedad constituida según el derecho del Estado miembro de origen le suceda en sus derechos y obligaciones la nueva sociedad en el Estado miembro de acogida.³

7. De todos modos, de las informaciones del gobierno italiano, requerido por el TJUE, se desprende que el derecho italiano permite el traslado del domicilio social, siempre que el Estado de acogida lo permita igualmente. Si la sociedad desea, además de trasladar la sociedad, dejar de estar sometida al derecho italiano, la cancelación registral se producirá únicamente después de que la sociedad se haya registrado en el extranjero.⁴ En el presente caso, sin embargo, la cancelación de la inscripción con la anotación «la sociedad se ha trasladado a Hungría» se produjo erróneamente, sin haberse realizado aún ninguna gestión para cumplir con los requisitos de constitución de una sociedad limitada húngara ni solicitado la inscripción de los estatutos de la kft ante las autoridades de dicho país. Sin embargo, según las informaciones del gobierno italiano, dicha inscripción de cancelación podría anularse con efectos retroactivos a petición de los socios. A falta de una impugnación, el Abogado General considera que VALE Costruzioni ya no existe, aunque constata que la sociedad húngara en formación ha gozado de la capacidad jurídica necesaria para ser parte ante los órganos jurisdiccionales húngaros y ante el TJUE. Pero además considera, con razón, que teniendo en cuenta la finalidad eminentemente económica de la libertad de establecimiento, no debe resultar decisiva la extinción de la sociedad italiana ni deben iniciarse «debates metafísicos» sobre la naturaleza de las personas físicas y su continuidad en caso de transformación o sucesión, sino que debe entenderse que son los socios o la sociedad húngara en formación los que ejercen la libertad de establecimiento.⁵

8. A la vista de que las dudas sobre la existencia de una transformación transfronteriza derivan en este caso de una aplicación incorrecta del derecho italiano, por lo demás conforme con lo establecido en la sentencia *Cartesio*, queda por saber cuál tendría que ser la postura de los tribunales húngaros en el supuesto contrario, es decir, si el derecho del Estado miembro de origen de la sociedad vulnerase la libertad de establecimiento y previese siempre la liquidación de la sociedad que trasladase su domicilio social a otro Estado miembro con independencia de si este traslado fuese acompañado o no de un cambio de *lex societatis*. Aunque tal vez las afirmaciones del Abogado General se podrían aplicar también a este supuesto, la mejor solución pasa por la armonización de los derechos nacionales con el fin de asegurar su compatibilidad con la libertad de establecimiento.

³ P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 890.

⁴ Cfr. Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 40.

⁵ Cfr. Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 45 s.

B) Vulneración de la libertad de establecimiento

9. Entrando ya a resolver sobre las dos primeras cuestiones, el Tribunal afirma, al igual que en las sentencias *Daily Mail* y *Cartesio*, que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento, es decir, que las sociedades son «criaturas del derecho»⁶ o que para ellas rige la teoría de la ficción que en su día apuntó *Savigny*.⁷ El derecho de un Estado miembro «dispone indiscutiblemente de la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida de conformidad con su derecho nacional (...) como el requerido para mantener posteriormente tal condición.»⁸. Así pues, los Estados miembros también pueden decidir libremente, por ejemplo, si sancionan con la liquidación de la sociedad el traslado de la sede de administración. Sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE sobre el traslado de la sede de administración, queda claro que tal sanción, pese a ser compatible con la libertad de establecimiento, es absurda,⁹ y así lo entendió el legislador alemán al reformar el § 4a GmbHG en el año 2008.¹⁰ La razón de ser de la reforma fue poner a las sociedades alemanas en igualdad de condiciones con sociedades de otros Estados miembros, permitiéndoles el traslado de la sede de administración a otro Estado miembro manteniendo su domicilio social en Alemania y por ende su personalidad jurídica.

10. No obstante, de acuerdo con el Tribunal esta área que en principio no está sujeta a las exigencias de la libertad de establecimiento debe «recortarse», admitiendo la sumisión de los derechos de los Estados miembros a la libertad de establecimiento en el marco de las transformaciones transfronterizas. Con ello se despejan las dudas de los gobiernos húngaro, alemán, británico e irlandés sobre si la misma afirmación contenida en la sentencia en el asunto SEVIC¹¹ sobre fusiones transfronterizas se refería a todos los tipos de transformación. Si bien es cierto que en la sentencia *Cartesio* se recogía la obligación del Estado miembro de origen de permitir la transformación transfronteriza en caso de cambio del domicilio social, de forma que la sociedad pueda adoptar una forma societaria prevista por el derecho del Estado miembro de acogida cuando «el Derecho del Estado miembro de acogida lo permita», esta última frase no significa que las normas de dicho Estado sobre transformación de sociedades no estén sometidas a la libertad de establecimiento, sino simplemente que la refundación de la sociedad solamente será posible a través del derecho del Estado miembro de acogida, que es el que «permite» o canaliza la constitución de la sociedad.¹² Por tanto, si bien es cierto que el traslado del domicilio social solamente es posible si lo permiten en Estado de origen y el de destino (*Kombinationslehre*),¹³ pero que la libertad de establecimiento obliga al Estado miembro de destino a permitir la transferencia del domicilio con cambio de derecho aplicable. De las afirmaciones del TJUE en la sentencia *Cartesio* se deriva también, a sensu contrario, que un Estado miembro bien podría permitir el traslado del domicilio social sin cambio de la ley aplicable, pero un traslado de domicilio de estas características no quedaría cubierto por la libertad de establecimiento y el Estado miembro de acogida tampoco estaría obligado a aceptarlo.

⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. Vale Építési kft)», *Diario La Ley* N° 7992, Sección Tribuna, 28 Dic. 2012, Ref D-459; P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 888.

⁷ H. HAHN, «Grenzüberschreitender Formwechsel und grenzüberschreitende Sitzverlegung («VALE»)», *jurisPR-SteuerR* 39/2012, Anm. 6.

⁸ N. 29.

⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. Vale Építési kft)», *Diario La Ley* N° 7992, Sección Tribuna, 28 Dic. 2012, Ref D-459.

¹⁰ Mediante la Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, MoMiG, BGBl. 2008, p. 2026.

¹¹ STJUE de 13 de diciembre de 2005, SEVIC Systems, As. C-411/03, Rec. I-10805.

¹² N. 32.

¹³ Cfr. al respecto por ejemplo M.-Ph. WELLER, «EuGH: Grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft - VALE», *LMK* 2012, 336113; S. LEIBLE, «El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento», en R. Arenas García/ C. Górriz López/ J. Miquel González (coords.), *La internacionalización del derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 108.

11. La relevancia de posibilitar un traslado del domicilio social con mantenimiento de la identidad a los efectos de la libertad de establecimiento se hace patente al repasar las ventajas que éste puede reportar: una reducción de trámites en comparación con la disolución y constitución de una nueva sociedad en el Estado miembro de destino, la falta de necesidad del consentimiento de cada uno de los socios en el transcurso del nuevo proceso fundacional, la regularización de la situación de una sociedad que ha trasladado su sede de administración a otro Estado miembro o la facilitación de la adquisición de una sociedad extranjera, sin necesidad de comprar los activos.¹⁴

12. En relación con la concreta compatibilidad de una norma que permite solamente la transformación de sociedades constituidas de acuerdo con el derecho nacional y no de las sociedades constituidas de acuerdo con un derecho extranjero, el TJUE afirma que dicha norma «establece una diferencia de tratamiento entre sociedades en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la transformación, lo que puede disuadir a las sociedades domiciliadas en otros Estados miembros de ejercer la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado, constituyendo, por ello, una restricción en el sentido de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.» Esta afirmación es contradictoria. Si una norma trata de forma diferente a sociedades dependiendo de su domicilio social, criterio por el que se establece su nacionalidad, estamos ante una norma de carácter discriminatorio¹⁵ («diferencia de tratamiento») y no ante una restricción de la libertad de establecimiento, por mucho que pueda disuadir a las sociedades extranjeras de ejercer, aunque sea por otros medios como el traslado de sede de administración, el ejercicio de la libertad secundaria de establecimiento o una fusión transfronteriza. Según el Tribunal, la denegación general de las transformaciones transfronterizas por parte del derecho húngaro no es susceptible de justificación por razones imperiosas de interés general.

C) Aplicación de los principios de equivalencia y efectividad

13. Las cuestiones tercera y cuarta planteadas por el Tribunal Supremo húngaro se refieren ya a la adaptación del derecho nacional con el fin de asegurar la conformidad con la libertad de establecimiento. El órgano jurisdiccional remitente pregunta en primer lugar si es relevante el motivo por el cual el Estado miembro de acogida deniega la inscripción en el Registro Mercantil y quiere que el TJUE se pronuncie sobre dos ejemplos concretos: si se puede denegar la inscripción como predecesora de una sociedad por estar ésta constituida en base al derecho de otro Estado miembro y si existe una obligación de tener en cuenta el acto por el que el Estado miembro de origen anotó en su Registro Mercantil el hecho del cambio del domicilio social y, en caso afirmativo, en qué medida. A falta de armonización del derecho de los Estados miembros, el Tribunal establece que el derecho del Estado miembro de acogida, que es el que determina en exclusiva los requisitos para la transformación, debe respetar los principios de equivalencia y efectividad, establecidos en jurisprudencia consolidada. El Tribunal reconoce asimismo que en el presente contexto la libertad de establecimiento deja de ser considerado un derecho defensivo¹⁶ de los intervinientes en el mercado interior frente a medidas legislativas discriminatorias o que representen un obstáculo para la circulación de personas, bienes y servicios, confirmando un auténtico un derecho al justiciable.¹⁷

14. En virtud del principio de equivalencia se genera para el legislador del Estado de acogida la obligación de no tratar las operaciones transfronterizas de forma menos favorable que las operaciones nacionales. Esto se traduce, en el presente caso, en la posibilidad del legislador nacional de exigir

¹⁴ F. ESTEBAN DE LA ROSA, «El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho y comercio* nº54, 2010, p. 75 f.

¹⁵ En el mismo sentido Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 72; C. BEHME, «Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale», *NZG* 2012, p. 938. Cfr. sobre la fusión transfronteriza S. LEIBLE, *Syst. Darst.* 2, en L. MICHALSKI, *GmbH-Gesetz*, Band 10, München, C.H. Beck, 2010, Rn. 33.

¹⁶ H. HAHN, «Grenzüberschreitender Formwechsel und grenzüberschreitende Sitzverlegung («VALE»)», *jurisPR-SteuerR* 39/2012, Anm. 6.

¹⁷ N. 49.

las mismas garantías de continuidad jurídica y económica entre la sociedad predecesora que solicitó la transformación y la sociedad sucesora transformada.¹⁸ Parece que, al puntualizar precisamente esta cuestión, el Tribunal reconocía implícitamente sus dudas sobre si el supuesto que sirve de fundamento a la cuestión prejudicial podría efectivamente considerarse una transformación societaria.

15. El principio de efectividad, por su parte, establece que las normas de los derechos nacionales no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. En el presente caso, dicho principio requiere que las autoridades de Estado miembro de acogida «tengan debidamente en cuenta los documentos procedentes de las autoridades del Estado miembro de origen que acreditan que dicha sociedad cumplió efectivamente las condiciones de éste, en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión». No queda muy claro lo que se pretende con este inciso final, del que podría derivarse que las autoridades del Estado miembro de acogida podrían ignorar los documentos procedentes del Estado miembro de origen de ser éstos por alguna razón incompatibles con la libertad de establecimiento. Con ello se estaría presuponiendo un control de la compatibilidad del derecho del Estado de origen con la libertad de establecimiento pese a que la instancia competente para ello es el TJUE. Por otro lado, el Abogado General puntualiza que la oponibilidad frente a terceros y la responsabilidad estatal derivada de inexactitud no deberían regir en la inscripción de datos procedentes de autoridades de otros Estados miembros, ya que las autoridades del Estado miembro de acogida tampoco pueden verificar su exactitud.¹⁹

III. El concepto de establecimiento: ¿vuelta a los orígenes?

16. Con independencia de si se sigue la teoría de la sede o la teoría de la constitución, el traslado del domicilio social comporta la producción de un conflicto móvil, ya que difícilmente van a querer los socios realizar todos los trámites para trasladar el domicilio social –suponiendo que el Estado miembro de origen lo permita– manteniendo la sede de administración en el Estado de origen.²⁰ El TJUE considera por lo demás que el traslado del domicilio social sin traslado de la sede de administración no está amparado por la libertad de establecimiento. Para ello recurre a la sentencia *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Schweppes Overseas*,²¹ según la cual el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en el Estado miembro de acogida por una duración indeterminada. En definitiva, la libertad de establecimiento no está llamada a propiciar la creación de sociedades fantasma o pantalla.

17. La referencia a esta sentencia, que trataba de cuestiones tributarias, en un supuesto de «inmigración» de una sociedad llama la atención a la vista de la jurisprudencia anterior sobre el traslado de la sede de administración: no en vano en la sentencia *Centros* se había reconocido el derecho de una sociedad a ejercer la totalidad de sus actividades en una sucursal situada en otro Estado miembro, en la sentencia *Überseering* se afirmó la obligación del Estado miembro al que una sociedad había trasladado su sede de administración de reconocer a esta sociedad la personalidad jurídica de acuerdo con el derecho del Estado miembro en el que se constituyó y, finalmente, en la sentencia *Inspire Art* se consideró contrario a la libertad de establecimiento que el Estado miembro de acogida impusiese requisitos legales adicionales a una sucursal. A la vista de esto no debe extrañar que el AG Poiares Maduro considerase la sentencia *Cadbury Schweppes* como «una matización significativa de las sentencias *Centros* e *Inspire Art*».²² De hecho podría entenderse que, si el traslado del domicilio social siempre se ha de acompañar

¹⁸ N. 55.

¹⁹ N. 76.

²⁰ Cfr. sobre la aplicación de la *Sitztheorie* en este caso P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 891.

²¹ STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-194/2004, *Cadbury Schweppes plc* y *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* contra *Commissioners of Inland Revenue*, Rec. 2006, p. I-8031, n. 54.

²² Conclusiones en el Asunto C-210/06 (*Cartesio*), n. 29. Cfr. al respecto S. LEIBL/J. HOFFMANN, «*Cartesio* – fortgeltende

del traslado de la sede de administración para que la operación quede amparada por la libertad de establecimiento, lo mismo tendría que regir en el caso inverso, es decir, si se traslada la sede de administración y toda la actividad de la empresa a un Estado miembro. De no ir el traslado de la sede de administración acompañado del traslado del domicilio social, la sociedad pasaría a tener una «implantación ficticia» en el Estado donde se constituyó.²³

IV. Implicaciones para el derecho español: Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales

18. La sentencia VALE pilla al legislador español con los deberes hechos, ya que el traslado del domicilio social está regulado en los arts. 92 y sigs. de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, normas que según parece se incluirían en el futuro Código Mercantil.²⁴ En el art. 93 apartado primero de dicha ley se permite el traslado del domicilio social de España a otro Estado miembro del EEE, aunque se prohíbe para sociedades en liquidación o en concurso de acreedores. Por otro lado, en el art. 94 apartado primero se establece que el traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del EEE no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad, aunque ésta deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España.

19. La consecuencia de la producción de un conflicto móvil es que la sociedad extranjera se transforma en una sociedad española con la forma societaria equivalente a la que ésta ostentaba en el Estado miembro de origen y que debe cumplir con los requisitos previstos por la ley española para su constitución a riesgo de ser considerada una sociedad irregular. Traslado de domicilio social con cambio de la *lex societatis* equivale por tanto a una excepcional transformación en una sociedad del mismo tipo, pero constituida según el nuevo ordenamiento aplicable. Desde este punto de vista resulta adecuada la inclusión de las normas españolas sobre esta cuestión en una Ley sobre modificaciones estructurales. Ahora bien, no debe perderse de vista que la finalidad perseguida en una transformación societaria típica y en la transformación consecuencia del traslado del domicilio social es distinta, ya que la primera pretende adecuar el marco legal de la sociedad a las necesidades derivadas de su actividad y administración, mientras que la segunda es simplemente consecuencia del conflicto móvil derivado de la voluntad de alterar el vínculo de la sociedad con un Estado. No obstante, el cambio de domicilio social (con la sede de administración) va tener lugar a menudo debido al contenido más favorable del derecho de sociedades del país de destino.

20. Al establecer la presente sentencia de forma expresa la aplicación de las normas sobre transformación societaria a sociedades del EEE se consiguen dos importantes ventajas: en primer lugar, la posibilidad de inscribir a la sociedad extranjera como predecesora legal; en segundo lugar, que la sociedad no solamente podría adoptar la forma societaria del derecho del Estado miembro de acogida que se correspondiese con la adoptada hasta entonces, sino también otra distinta. En cambio, parece que según la Ley 3/2009 la única transformación prevista lo es en «la sociedad cuyo tipo ostente». Así por ejemplo, la transformación de una GmbH alemana en una Sociedad Anónima española tendría que ir precedida del traslado del domicilio social a España y la transformación en una Sociedad Limitada, ya que el art. 4 de la Ley 3/2009 solamente se aplica a sociedades inscritas. La necesidad de tratar de forma igualitaria a sociedades nacionales y extranjeras parece estar en contra de dicho proceder. Sin embargo, debe tenerse

Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen», *Betriebs-Berater* 2009, p. 61 s.

²³ P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 891 s.; en el mismo sentido L. BÖTTCHER/J. KRAFT, «Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH», *NJW* 2012, p. 2703.

²⁴ Cfr. Arts. 262-1 a 262-14 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

presente que la aplicación de las normas sobre transformaciones societarias a transformaciones transfronterizas obedece a una finalidad distinta a la perseguida en las transformaciones puramente internas, ya que no hay ninguna necesidad, en el ordenamiento jurídico nacional, de prever la transformación de una sociedad en una sociedad del mismo tipo.²⁵ De ahí podría derivarse que la remisión a las normas sobre transformación de sociedades en supuestos transfronterizos solamente lo es a efectos auxiliares, para que la sociedad «inmigrante» pudiese adaptarse al ordenamiento que rige debido al traslado de la sede, sin que la libertad de establecimiento exigiese necesariamente la posibilidad de una transformación en cualesquiera de las formas societarias del Estado miembro de acogida o, al menos, las previstas para la forma societaria equivalente. Bastaría con poder realizar una transformación congruente. No obstante, parece más acorde con el tenor de la sentencia aquí comentada realizar una interpretación acorde con el derecho comunitario del art. 4 de la ley 3/2009 y entender por sociedad inscrita cualquier sociedad inscrita en el Registro de un Estado miembro.

V. Persistente necesidad de una Directiva sobre transferencia del domicilio social

1. Antecedentes y base competencial

21. Tal y como se reconoce en la misma sentencia, la transformación transfronteriza supone la aplicación consecutiva de dos derechos nacionales. Los «problemas específicos»²⁶ que pueden derivar de ello son variados y su solución debería abordarse de forma conjunta por los Estados miembros, tal y como ya ha ocurrido con el Reglamento 2157/2001, que entre otras cuestiones regula el traslado de sede de la sociedad privada europea, el Reglamento 1435/2003, sobre Cooperativas europeas y la Directiva 2005/56 sobre fusiones transfronterizas.

22. El traslado transfronterizo de domicilio social (mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro) había formado parte anteriormente de las materias para las que se preveía la posibilidad de un Convenio entre los Estados miembros (art. 220 TCEE, art. 293 TCE). Esta mención desaparece en el Tratado de Lisboa, aunque ya anteriormente se había descartado la vía del convenio y se habían realizado trabajos para la introducción de una directiva sobre transferencia internacional de la sede social. Según se anunció en una la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo²⁷, la Propuesta de Directiva presentada en 1997 por la Comisión,²⁸ que se consideró en su día contraria a la libertad de establecimiento,²⁹ tenía que ser sustituida por otra, pero los trabajos quedaron paralizados a partir del año 2004, y en 2007 se afirmó por parte de la Comisión que tampoco había necesidad de una Directiva sobre esta cuestión, ya que la movilidad de las sociedades dentro de la Unión Europea quedaba suficiente garantizada mediante la Societas Europaea y la posibilidad de realizar fusiones transfronterizas.³⁰ Como ya se ha demostrado debidamente, esta afirmación dista mucho de ser correcta.³¹ La necesidad de una Directiva fue reconocida por el Parlamento Europeo en sendas resoluciones de 2009³² y 2012,³³ y a principios de 2013 se han reiniciado los trabajos por parte de la Comisión.³⁴

²⁵ Cfr. Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 33.

²⁶ N. 37.

²⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 21 de mayo de 2003 sobre la Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar COM (2003), 284 final, p. 23.

²⁸ COM XV/D2/6002/97-EN rev.2, cfr. al respecto M. LUTTER/W. BAYER/J. SCHMIDT, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht: Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien*, Berlín, de Gruyter, 2011, p. 1108 ss.

²⁹ S. LEIBLE, Syst. Darst. 2, en L. MICHALSKI, *GmbH-Gesetz*, Band 10, Múnich, C.H. Beck, 2010, Rn. 56.

³⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-592_en.htm

³¹ S. LEIBLE, «El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento», en R. ARENAS GARCÍA/ C. GÓRIZ LÓPEZ/ J. MIQUEL GONZÁLEZ (coords.), *La internacionalización del derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 111 s.

³² 2008/2196 (INI) <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1070497&t=d>

³³ 2011/2046 (INI) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0019&language=ES>

³⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/index_en.htm

23. La base competencial para la introducción de dicha Directiva debe encontrarse en el art. 50. 2 g) TFUE. Teniendo en cuenta la ya mencionada aplicación de la doctrina sentada en el asunto Cadbury Schweppes, se ha afirmado que no existe título competencial para un traslado del domicilio social que no vaya acompañado de un traslado de la sede de administración.³⁵

2. Contenido

24. Las recomendaciones en el anexo a la última Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012 contienen las líneas generales del contenido de la futura Directiva. Deben destacarse la referencia a la neutralidad del traslado en el plano tributario, a la necesidad de respetar los derechos de terceros y a las informaciones debidas a accionistas, a representantes de los trabajadores o a los mismos trabajadores, que deberían concentrarse en un informe y un plan de traslado. Una vez obtenido un acuerdo los socios, se prevé que las autoridades del Estado miembro de origen verifiquen la legalidad del traslado en base a su propia legislación, emitiendo un certificado al respecto,³⁶ lo que por ejemplo en el presente caso hubiese ahorrado dolores de cabeza innecesarios a los órganos jurisdiccionales húngaros. Conforme vayan avanzando los trámites legislativos en la Comisión se pondrá de relieve si la nueva Directiva requerirá una reforma del derecho español sobre esta cuestión, quizá a incluir ya en un nuevo Código Mercantil.

³⁵ L. BÖTTCHER/J. KRAFT, «Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH», *NJW* 2012, p. 2703; O. MÖRSDORF/C. JOPEN «Grenzüberschreitender Formwechsel einer Gesellschaft („Vale «), EuGH, Urt. v. 12. 7. 2012 – Rs C-378/10 (Oberstes Gericht Ungarn ZIP 2010, 1956; EuGH GA ZIP 2012, 615) », *ZIP* 2012, p. 1399; P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 892.

³⁶ Cfr. anteriormente F. ESTEBAN DE LA ROSA, «El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho y comercio* nº54, 2010, p. 90.