

LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL DERECHO SOCIETARIO DE LA UNIÓN EUROPEA. COMENTARIO AL ASUNTO POLBUD Y A CUESTIONES DERIVADAS

THE IDENTITY CRISIS OF THE EUROPEAN UNION'S CORPORATE LAW. A REVIEW ON THE POLBUD CASE AND DERIVATED MATTERS

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ LÓPEZ

Graduado en Derecho por la Universidad de Cantabria

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5204>

Resumen: La regulación de la vida y muerte de las sociedades es una cuestión que corresponde a cada uno de los Estados miembros de la UE. Ante un quizás interesado desinterés armonizador, ha sido el TJUE el encargado de solventar en la medida de lo posible los problemas que, a la luz de la libertad de establecimiento, ha suscitado la mencionada falta de interés. En este trabajo se comenta de manera crítica la jurisprudencia del mencionado Tribunal y los problemas que evidencia. Tales problemas son, en esencia, las contradicciones entre las regulaciones societarias laxas y estrictas de los diferentes Estados miembros y la gran contradicción: las dos teorías contrapuestas para la determinación de la *lex societatis* que conviven en territorio europeo.

Palabras clave: domicilio social, traslado, sede real, incorporación, empresa, compañía.

Abstract: The regulation of life and death of companies is a competence of each EU member states. Due to a lack of interest in harmonizing, the CJEU has been in charge of solving the conflict between the freedom of establishment and the mentioned lack of interest. This paper contains a critical commentary of the case law of the CJEU and the problems that it shows. Such problems are basically the contradictions between the lax and strict corporate regulations of the different Member States and, also, the great contradiction: the two opposed theories for the regulation of the *lex societatis* that coexist in European territory.

Keywords: registered office, transfer, real seat, incorporation, enterprise, company.

Sumario: I. Introducción.– II. El asunto Polbud. Un antes y un después en materia de establecimiento y traslado del domicilio social intra UE.– 1. La cuestión prejudicial.– A) Breve introducción fáctica y conceptual.– B) La cuestión prejudicial.– C) Razones que sostienen la compatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento.– D) Razones que sostienen la incompatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento.– E) Fallo.– III. La libertad de establecimiento. Un breve encuadre.– 1. El mercado único.– 2. La libre circulación de personas.– 3. La libertad de establecimiento.– IV. El traslado de domicilio social en el marco de la libertad de establecimiento.– 1. Marco regulatorio de las transformaciones transfronterizas del domicilio social.– A) Las teorías de determinación de la *lex societatis*.– B) La problemática de la oposición entre incorporación y sede real.– 2. La jurisprudencia del TJUE en materia de ley aplicable a las sociedades y al traslado intracomunitario de domicilio social.– A) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de destino.– B) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de origen.– 3. Consideraciones críticas. Especial referencia al asunto Polbud.– A) Del ajuste del fallo al derecho vigente.– B) De las consecuencias prácticas del fallo.– 4. La crisis de identidad del Derecho societario europeo.– V. El futuro tras Polbud: ¿hacia una nueva directiva de la UE?.– VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará la situación legal de la posibilidad de migración internacional del domicilio social que el ordenamiento jurídico europeo, a consecuencia de la consagración de la libertad de establecimiento como uno de los principios básicos de la Unión Europea, ofrece a las sociedades de sus Estados miembros.

La apariencia trivial que la cuestión de las transformaciones transfronterizas otorga puede venir suscitada por la impresión de ser una cuestión completamente de Derecho interno. Sin embargo, lo cierto es que dentro de la UE esto no es del todo así, ya que, como se verá, existe un reducido conjunto de pronunciamientos del TJUE que reflejan la gran repercusión que los domicilios sociales tienen sobre la piedra de toque del Derecho mercantil europeo: la libertad de establecimiento.

Y es que quizás el prejuicio, un tanto *legeforista*, de que el establecimiento del domicilio social –o mejor dicho la completa determinación de la *lex societatis*– es una cuestión puramente de Derecho interno, ha dado lugar a una situación de absoluta carencia regulatoria en dicha materia. Este páramo legal difiere sobremanera al panorama a observar en otros ámbitos del Derecho societario internacional, como por ejemplo el de la gobernanza corporativa o el de las fusiones transfronterizas, más parecidas estas últimas con respecto a lo que nos concierne.

Esta carencia de regulación, que desde largo la UE ha planeado cubrir mediante una directiva, ha suscitado, como es de esperar, diversas controversias, de las cuales algunas han quedado materializadas en una serie de Sentencias del TJUE que serán objeto de análisis en las páginas que se siguen. Con el objeto de clarificar todas las consideraciones que la materia objeto de este trabajo requiere, utilizaremos como epicentro de este la Sentencia del TJUE del conocido como asunto *Polbud*¹, que marca un antes y un después en lo relativo a la migración o traslado intraeuropeo del domicilio social con respecto a los antiguos pronunciamientos del Tribunal.

II. El asunto Polbud. Un antes y un después en materia de establecimiento y traslado del domicilio social *intra ue*.

1. La cuestión prejudicial

A) Breve introducción fáctica y conceptual

1. Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o. (en adelante, Polbud) es una sociedad de responsabilidad limitada que se constituye en Łąck, una pequeña villa en Polonia con apenas 1000 habitantes.

2. En el año 2011, se acuerda en junta extraordinaria el traslado del domicilio social de Polbud a Luxemburgo.

3. Lo que pareciese un *simple* cambio de domicilio internacional se complica, sin embargo, cuando se repara en que la intención de los socios de la mercantil no es, como pudiera parecernos, transferir el ejercicio de sus actividades y, con ello, su nota registral, a otro país.

Lo que realmente pretenden los socios de *Polbud* es, en el ejercicio de su derecho a la libertad de establecimiento, pasar a ser una sociedad luxemburguesa *sobre el papel*, aprovechando que en dicho Estado miembro no se exige a las sociedades, como condición indispensable para su existencia, correlación entre el lugar del desempeño de su actividad mercantil y el lugar en el que se inscriben.

4. En otras palabras, Luxemburgo aplica en su ordenamiento jurídico la teoría de la incorporación, que básicamente –sin perjuicio de que *a posteriori* profundicemos en ello– determina que la ley aplicable a una sociedad, o la nacionalidad que esta adquiere, es la del lugar en cuyo registro se inscribe.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017, *Polbud*, asunto C-106/16, EU:C:2017:804

5. La mentada teoría es la opuesta a la de la sede real, que se sigue en otros Estados miembros de la UE, entre ellos España, que viene a significar que la ley aplicable a las sociedades es la del lugar en donde estas tienen su sede real o, en otras palabras, donde localizan su centro efectivo de negocios.

6. En relación con el asunto, sucede en este, sin embargo, que la Ley polaca exige a sus sociedades liquidarse cuando trasladen su domicilio social al extranjero. Refleja esta exigencia concreta el art. 270 del Código de Sociedades Mercantiles polaco².

7. Con esto último, el conflicto se materializa en su mayor expresión: la ley polaca obliga a las sociedades a dejar de existir. Sin embargo, *Polbud* reniega, se resiste a morir. Su objetivo es, tan solo, pasar a domiciliarse en Luxemburgo y, para más inri, allí solo se le exige inscribirse en un Registro y no desempeñar sus actividades dentro de las fronteras estatales.

B) La cuestión prejudicial

8. Visto el problema la cuestión se plantea casi por sí misma:

¿Se oponen los artículos 49 TFUE y 54 TFUE a la aplicación de disposiciones de Derecho interno del Estado miembro en el que se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada que supeditan la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil a la disolución de la sociedad una vez efectuada la liquidación, cuando la sociedad ha sido reconstituida en otro Estado miembro sobre la base de un acuerdo social que prevé la continuidad de la personalidad jurídica que se adquirió en el Estado miembro de la constitución?

9. En otras palabras, ¿es contraria la ley polaca que mencionábamos en anteriores líneas a la libertad de establecimiento? ¿Tiene *Polbud*, pues, derecho a trasladar su domicilio social, solo a efectos registrales, a otro Estado miembro?

10. Antes de entrar en el fallo, resulta bastante enriquecedor el pararse a analizar los argumentos que cada una de las partes esgrime que, en definitiva, van en direcciones opuestas en relación con la adaptación de la legislación polaca a la libertad de establecimiento.

En todo caso, como veremos, las posiciones de cada una de las partes responden de manera bastante satisfactoria la cuestión que se nos presenta. Con ello, sin duda, la polémica está servida.

C) Razones que sostienen la compatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento

11. Como ha podido adelantarse con respecto a lo avanzado hasta el momento, las razones –o mejor dicho: la razón– que determinan la compatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento vienen a ser, más que técnicas o jurídicas, políticas.

12. El Gobierno austriaco y, evidentemente, el polaco, señalaron que esta suerte de movilidad que pretendía *Polbud* no estaba salvaguardada por la libertad de establecimiento, puesto que la mercantil no tenía intención alguna – y esto era completamente cierto – de ejercer actividad de ningún tipo en Luxemburgo. A este respecto citaban ávidamente desde Polonia la jurisprudencia del TJUE relativa a medidas aparentemente restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el país en el que la sociedad nace o se constituye.

El asunto *Daily Mail*³, que trataremos más adelante, les servía así de excelente seguro: en efecto, dejaba sentado el Tribunal en el fallo que el Estado que da vida a la sociedad es competente para

² Código de Sociedades Mercantiles de Polonia: Kodeks spółek handlowych, de 15 de septiembre de 2000, en su versión modificada (Dz. U. de 2013, n.o 1030).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*, asunto 81/87, EU:C:1988:456

quitársela, para regularla, para componer su *lex societatis* a su modo y voluntad –en otras palabras, para determinar los puntos de conexión que unen a una determinada sociedad a su ordenamiento–. Sin embargo, ya en el citado asunto y posteriores, el TJUE señaló que no tenía relevancia en cuanto al ejercicio de la libertad de establecimiento el hecho de que la sociedad desarrolle toda su actividad en uno u otro Estado miembro.

13. Además, cita el Estado polaco una sentencia del TJUE que, a pesar de serle útil en sus alegaciones, termina por darle a sus pretensiones el fracaso que, podría decirse, no esperaban.

En efecto, tras los *obiter dicta* del asunto *Cartesio*⁴, aquel que citó el Estado polaco, el poder determinar completamente cada uno de los aspectos de sus leyes societarias, que era antes una certeza para los Estados miembros, se convierte lentamente en una incierta –y rodeada de pesimismo, tal vez– posibilidad.

14. Con *Polbud*, como veremos en el tratamiento del fallo, esta posibilidad se transforma definitivamente en una mala noticia para los Estados miembros en su ambición por regular y mantener lo que, hasta ahora, era absolutamente suyo. Sin embargo, antes de profundizar en lo descrito, pasaremos a analizar los argumentos contrarios a la pretensión de Polonia y Austria.

D) Razones que sostienen la incompatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento

16. Evidentemente, como parte interesada en el sostenimiento de una pretendida, de momento, incompatibilidad entre Ley polaca y libertad de establecimiento, nos encontramos a la sociedad *Polbud*.

17. Como ya se tuviera oportunidad de comentar, *Polbud* solicita cancelación en el Registro polaco en cuanto que ha trasladado su domicilio a Luxemburgo. Sin embargo, desde la institución, el Registro, se le deniega la citada operación, puesto que la Ley polaca exige para llevarla a cabo que la sociedad se liquide.

La cuestión es que *Polbud* no se ha liquidado ni tiene intención de hacerlo. Solo quiere que su asiento registral polaco se cancele ya que su nuevo domicilio, en otras palabras, su nuevo asiento, se encuentra en Luxemburgo.

18. La mercantil considera tal exigencia, la de llevar a cabo la liquidación, una clara restricción a su libertad de establecimiento, ya que cumple con todas las condiciones exigidas en el país de destino para constituirse o, mejor dicho, establecer allí su domicilio y, además, por el momento, estaba válidamente constituida en su país de origen, Polonia.

19. Debe señalarse que, de contrario, podría aducirse –como ya hemos visto– que la exigencia de liquidación controvertida es, en efecto, una cuestión de Derecho nacional. El Estado polaco es quien debería decidir cómo y cuándo se le reconoce personalidad jurídica a una sociedad o, por contra, se le niega –se le exige la liquidación, por ejemplo–: esta era una cuestión pacífica en el TJUE, de hecho, hasta el fallo de este preciso asunto, el cual pasa a comentarse a continuación.

E) Fallo

20. El fallo que el Tribunal emite, visto el asunto, es el siguiente:

Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación,

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, asunto C-210/06, EU:C:2008:723

conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, sin que se desplace el domicilio real de la mencionada sociedad.

Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en cuya virtud el traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, está supeditada a la liquidación de la primera sociedad.

20. De su lectura se extrae, de una manera quizás más sencilla que de la cuestión prejudicial, una conclusión o idea general. Y es que, básicamente, el TJUE estima todas y cada una de las pretensiones de la mercantil Polbud:

21. Por un lado, permite que esta se ampare en la libertad de establecimiento para iniciar un procedimiento de transformación transfronteriza en la que solamente su domicilio registral, y no el real, se traslade de su Estado de origen a otro, en este caso Luxemburgo. Este movimiento pues, pese al tinte fraudulento que pueda ostentar, es para el TJUE perfectamente legítimo: de hecho, no parece ser sino la última consecuencia de, como veremos, la libertad de establecimiento.

Por otro, señala que la normativa impuesta por Polonia, que exige la liquidación de *Polbud* y que, en fin, transgrediría el recién mentado pronunciamiento: en efecto, exigirle la liquidación a la mercantil supondría no reconocerle continuidad y, por ende, no permitir la transformación que esta interesa. El silogismo es simple: prácticamente cualquier –por no decir todo– traslado de domicilio, aunque quede limitado al mero nuevo establecimiento de un “buzón” o un domicilio solamente registral, está amparado por la libertad de establecimiento.

22. En ese sentido, una normativa que no permite una transformación del domicilio social, que en última instancia es un cambio de domicilio, se opone, de plano, a la tan citada libertad.

23. Vista la Sentencia y visto el fallo, un tanto rompedor –si bien puede argüirse lo contrario a la vista del antecedente fundamental de este, el asunto *Cartesio*⁵–, conviene ahora comentar todos los antecedentes del asunto. En otras palabras, es imperativo analizar la historia de un problema que la UE carga desde prácticamente sus orígenes, que no es sino el de la determinación de la ley aplicable a las sociedades y su conflicto con la libertad de establecimiento.

Trataremos este ya histórico –y en ocasiones desatendido– conflicto jurídico por medio del comentario de la jurisprudencia que el TJUE ha venido estableciendo en relación con asuntos similares al tratado –que en pro de una mayor brevedad serán abordados de manera genérica–. Se comentará pues el cambio que el fallo de *Polbud*, interpretable como una última llamada del TJUE a la armonización en materia de Derecho aplicable a las sociedades, supone con respecto al resto de pronunciamientos existentes.

Asimismo, se realizará una clasificación sistemática de los diferentes asuntos a comentar que, si bien son parecidos, entrañan ciertas diferencias muy relevantes de cara al fallo de cada uno de ellos.

24. En todo caso, debe señalarse que tanto esta evolución como las contingencias que se presentarán con su explicación, están presentes de manera implícita en el asunto comentado, por lo que nos resultarán, a partir de ahora, familiares.

⁵ R. ARENAS GARCÍA, “De Obiter dicta a Ratio decidendi [a propósito de la STJ (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017, As. C-106/16, Polbud –Wykonawstwo SP. Z.O.O. en liquidación]” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, Nº 35, p.3. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num35/archivos/12_Cronica_DIPR.pdf> (Último acceso a 18/07/2019)

III. La libertad de establecimiento. Un breve encuadre

1. El mercado único

25. Bien es sabido que el mercado único no es tan solo uno de los pilares fundamentales del desarrollo de la UE, sino que constituye además el principal ideal que llevó al nacimiento de esta⁶.

26. Si bien es del todo cierto que la UE del Tratado de Lisboa de 2007⁷ refleja una paulatina e imparable progresión en materias que nominalmente pueden parecer ajenas al mercado, como por ejemplo la creación del espacio Schengen o la de la ciudadanía de la UE –hitos que algunos autores califican de manifestaciones de una *refundación de la Unión*–⁸, es igualmente innegable que estos avances se encuentran a su vez muy estrechamente vinculados a la institución que nos concierne: el mercado único. Tan cercano es el lazo que los une que podría sostenerse que no son sino elementos accesorios a este, derivados en parte de una cierta democratización de la economía.

30. Sería de hecho el Tratado de Maastricht⁹ el que introdujese en 1992 principios fundamentales de la UE como el de subsidiariedad o el implícito principio de optatividad, ambos consolidados durante la última fase de la Unión Monetaria¹⁰.

31. En definitiva, conviene señalar que, desde que se instaurase a través del Tratado de la Comunidad Económica Europea, los cuatro fundamentos del mercado único son, y han sido, las libertades de circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Como ya se ha manifestado, todas ellas son el germen de otras tantas ya integradas en la UE que comparten una naturaleza social, y ya no tan estrictamente mercantil, que partirán, por lo general, del importante principio europeo que se comentará a continuación: la libre circulación de personas.

2. La libre circulación de personas

32. En sus orígenes, la libre circulación de personas –a día de hoy *pedra angular de la ciudadanía de la Unión*¹¹– no era sino una manera de fomentar la libre competencia entre los mercados laborales de los Estados miembros de la Comunidad Europea.

Por lo tanto, habría de entenderse que “personas” significaba, hasta la aparición del Tratado de Maastricht, “trabajadores” o “prestadores de servicios”¹²; la ratificación de este Tratado y, posteriormente, del Tratado de Lisboa de 2007, supondría la introducción de términos como el de ciudadanía europea¹³ y de conceptos o instituciones como el espacio Schengen, que introducirían matices con un tono más social a, entre otras, esta libertad.

33. Volviendo de nuevo al ámbito más primitivo de la libre circulación de personas y adentrándonos ya en el objeto de este trabajo, debe de destacarse que esta libertad toma una doble vertiente:

⁶ C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (dir), y Vv.AA, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2015, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed, pp. 17-19

⁷ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial nº C 306, de 17.12.2007, pp. 1–271.

⁸ *Op. Cit.* C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (dir.), pp. 22-23

⁹ Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial nº C 191 de 29/07/1992 p. 0001 - 0110.

¹⁰ J. BILBAO UBILLOS “Del mercado único a la Unión Monetaria; ¿hacia una política común? *Cuadernos europeos de Deusto*, 2014, Nº50, p. 73.

¹¹ Apartado 34 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 abril 2009, sobre Problemas y perspectivas de la ciudadanía europea [DOUE C 137, de 27 mayo]], (2008/2234(INI)).

¹² E. LINDE PANIAGUA “La libre circulación de los trabajadores versus libre circulación de las personas. La ciudadanía europea” *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, Nº5, pp. 15-36. página 15.

¹³ L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR “La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración (ejemplar dedicado a Derecho social Internacional y Comunitario)*, 2011, Nº 92, pp. 257-282, página 259.

Por un lado, nos encontramos con la ya mencionada libertad de circulación de trabajadores y prestadores de servicios, como personas físicas.

Por otro, teniendo en cuenta que la actividad mercantil se desarrolla en gran número de ocasiones a través de personas jurídicas, de sociedades, la libre circulación de personas desemboca en la libertad de establecimiento. Esta última toma pues un enfoque dirigido no ya tanto al trabajador, sino al empleador o empresario que desarrolla su actividad a través de una persona jurídica o sociedad.

34. Beneficiarias de la libertad de establecimiento pueden ser, aunque pueda haberse entendido lo contrario, las personas físicas. Como se verá ahora, esta libertad conlleva lo evidente, el “establecerse” en cualquier Estado miembro de la UE, lo cual es un aspecto que la diferencia en cierto modo de la libre prestación de servicios.

De ahí que se haya hecho referencia al cariz más societario que reviste la libertad de establecimiento, puesto que es de sobra conocido que, desde que naciesen, posiblemente, a raíz de las compañías marítimas y los gremios, los mecanismos más efectivos para la realización de negocios son las sociedades mercantiles¹⁴.

3. La libertad de establecimiento

35. A través de esta especie de embudo de conceptos se ha llegado al que será el eje principal de este trabajo: la libertad de establecimiento, consagrada en el artículo 49 TFUE:

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

36. Evidentemente, es inviable hablar de un mercado único y de una efectiva libre de circulación de personas si, además de poder circular libremente trabajadores, capitales y mercancías –entre otros– las empresas no pueden establecerse en cualquier punto del territorio de la Unión y competir en igualdad de oportunidades con otras entidades establecidas en las fronteras de esta. Precisamente es esta garantía y no otra la que el artículo transcrito asienta en su segundo párrafo.

37. Como puede observarse, es el propio art. 49 TFUE el que, haciendo hincapié en las sociedades como destinatarias principales de la libertad de establecimiento, resalta sobremanera la naturaleza mercantil de esta libertad, que la escinde o separa en cierto modo de la pura libertad de circulación tal y como puede observarse desde la óptica de una UE *refundada* o social¹⁵.

38. Explicado esto, es fundamental también distinguir la libertad de establecimiento de la libre prestación de servicios en la UE.

Comenzando por el principio, ha de señalarse que TFUE establece en su artículo 56, al igual que con la libertad de establecimiento, una prohibición general de cualquier medida tomada por los Estados

¹⁴ J. ÁLVAREZ RUBIO (Coord.) y Vv.AA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Dykinson, 2ª ed., 2016. pp. 48-49.

¹⁵ Puesto que es cierto que la libertad de establecerse o residir en cualquier Estado de la UE, para las personas físicas, no va inevitablemente anudada al desempeño de actividad comercial alguna en el Estado de destino. Así, pueden discernirse dos tipos de actividades a llevar a cabo por los individuos ciudadanos de la UE: por un lado existe el derecho a circular libremente y establecerse en otro país como persona física, como ciudadano europeo, y, por otro, el de fundar una sociedad y establecerse en otro Estado miembro con el fin de desempeñar en este una actividad o, en fin, competir, al máximo exponente, en el mercado europeo.

miembros que pueda restringir la libre prestación de servicios. No obstante, el artículo 57 del mismo texto subordina la libre prestación de servicios a la libertad de establecimiento, señalando lo siguiente: *con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas*¹⁶.

39. Dicha subordinación responde a la lógica más evidente: toda aquella actividad que no quede amparada por la libertad de establecimiento, que será aquella que no proceda de un agente establecido efectivamente en un Estado miembro distinto a aquel del cual sea nacional, será, sin más, una simple prestación de servicios en otro Estado miembro, esto es, más allá de sus fronteras.

40. En este sentido, precisamente, ha de hacerse referencia a la nota de habitualidad que sirve como distintivo fundamental entre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Evidentemente, el establecimiento comprenderá actividades habituales, prolongadas en el tiempo. La mera prestación de servicios será puntual o, al menos, no reunirá la suficiente intensidad como para poder constatar que existe un establecimiento efectivo en un Estado miembro.

41. En lo relativo a la definición de esta temporalidad o habitualidad, así como en la de otros aspectos de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, son fundamentales la STJCE del Asunto *Gebhard*¹⁷ y las conclusiones a la luz de esta del Abogado General Léger¹⁸.

En estas últimas, Léger hace alusión a los criterios de temporalidad y enfoque de la actividad, sucediendo que, de estar esta orientada de manera principal al país de establecimiento, se hablaría de ejercicio de libertad de establecimiento, mientras que de ser esta orientación meramente accesorio, se entraría en el campo de la libre prestación de servicios.

42. Llegados a este punto ha de señalarse que esta diferenciación conceptual no es una cuestión baladí. El AG Léger señala, en las mismas conclusiones, la tentación de hacer pasar por prestación de servicios actividades aquellas que deberían de discurrir por el cauce de la libertad de establecimiento: un ejemplo claro de tal tentación es el de la abogacía, que de desarrollarse realmente en régimen de establecimiento ha de adaptarse a las normas del país en donde se asiente, para competir con los operadores allí establecidos.

A estos efectos, un despacho efectivamente asentado en un Estado debería de seguir sus reglas de colegiación o impositivas, por ejemplo. Sin embargo, este despacho, con el objetivo de eludir una normativa no beneficiosa, podría señalar estar efectivamente asentado en otro Estado y estar tan solo prestando unos determinados servicios en otros¹⁹. Hablaríamos, en definitiva, de un claro ejemplo de fraude de ley internacional.

43. Señalada esta diferencia con la libre prestación de servicios, que como vemos es de gran importancia, conviene, por último, hacer alusión de nuevo al artículo 49, que contempla implícitamente las dos modalidades posibles de libertad de establecimiento. Esta, como hemos podido ver, se acompañará siempre de una implantación efectiva en el Estado miembro en cuestión. Los dos tipos de libertad de establecimiento en cuestión son los siguientes:

La primera de ellas, a la cual no se hace mención, sería el establecimiento primario u originario de un nacional de un Estado miembro en otro, ya sea a través de sí mismo, como persona física, o a través de una sociedad.

La segunda sería, por otro lado, el establecimiento secundario, que en palabras del propio precepto comprendería *la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro*.

¹⁶ En la alusión del precepto a las libertades de circulación se refleja la derivación de estas que constituye la libertad de establecimiento y, además, su enfoque mercantil y/o societario.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, EU:C:1995:411

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 20 de junio de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, EU:C:1995:194

¹⁹ J. F. MESTRE DELGADO, "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea" *Derecho privado y Constitución*, 1997, N°11, pp. 131-156., página 141.

44. Como puede verse, la situación del domicilio social de una sociedad constituye un aspecto elemental de la libertad de establecimiento por la cual quedará asistida. En efecto, el lugar en donde esta asiente su domicilio o abra una filial no será sino una plena manifestación de su implantación en el Estado miembro de que se trate.

45. Visto esto, se evidencia ya del todo que una de las formas de ejercicio de esta libertad de establecimiento es, por ejemplo, la creación de una sociedad en un Estado miembro por un nacional de este y la posibilidad de operar con ella a través de agencias, sucursales o filiales en otro Estado miembro. Sin embargo, no todo se queda ahí: haciendo uso de la libertad de establecimiento, parece lógico que el nacional de un Estado miembro se desplace a otro para crear allí una sociedad con mayores facilidades, aunque luego vaya a realizar toda su actividad, a través de filiales, en su propio estado o en otros.

Este último, sin duda, es el ejemplo más controvertido: el establecimiento de domicilios sociales que no son más que un buzón y que no guardan detrás de sí implantación real de ningún tipo ni intención de llevar a cabo actividad alguna en el Estado miembro en el que se domicilian. Establecimiento que, dicho sea de paso, viene motivado generalmente por la intención de eludir normas más estrictas para la creación de sociedades o para la protección de acreedores y accionistas minoritarios.

46. Asimismo, debe decirse también que no todo quedará ahí, en la mera creación de una sociedad en cualquier Estado miembro. Otra posibilidad que queda abierta en este marco que se ha explicado es, en materia de domicilio social, la transformación societaria transfronteriza, que puede consistir en un cambio de domicilio a un Estado miembro diferente del de origen.

47. Realizadas estas superficiales explicaciones, puede notarse que las posibilidades citadas revisten una apariencia un tanto fraudulenta. Nada más allá de la realidad, en cierto modo podría sostenerse que, en efecto, lo son, sobre todo si se tienen en cuenta los estrictos criterios que existen a efectos de la determinación del domicilio fiscal o del domicilio a efectos del derecho europeo del trabajo.

48. Lo cierto es que, sin embargo, en materia de traslado del domicilio social, el escaso marco legal actual y una jurisprudencia del TJUE algo laxa o quizás extremadamente respetuosa con la libertad de establecimiento, permiten la realización de las operaciones que hemos citado como ejemplo. Y las consecuencias de ello, evidentemente, son bastante importantes²⁰.

IV. El traslado de domicilio social en el marco de la libertad de establecimiento

1. Marco regulatorio de las transformaciones transfronterizas del domicilio social

49. Las ya explicadas posibilidades para el traslado del domicilio social dentro de la UE no solo se suceden de la libertad de establecimiento en sí, sino que lo hacen también de una circunstancia que, si bien es ya del todo evidente, no ha sido aún mencionada.

²⁰ La normativa de constitución de sociedades varía bastante de un Estado miembro a otro. Entre otras, destaca la diferencia de requisitos de capital mínimo que existe entre ordenamientos jurídicos: si bien en España se necesitan 3.000 euros para constituir una SL, en el Reino Unido no existe capital mínimo para crear una Ltd o limited. Como ejemplo más extremo, en Bélgica se necesitarían 18.850 euros según el art. 214 del su *Code des Sociétés* –si bien esta exigencia se suprimirá totalmente durante el presente año 2019 a través de una reforma legislativa belga, quizás por influencia de las circunstancias que se explicarán en este trabajo, tómesese en cuenta que se cita a tan solo a modo de ejemplo: de hecho, son muchos otros los Estados europeos que exigen capitales mínimos que, desde nuestra perspectiva, quizás parezcan excesivos–.

La principal consecuencia de esta discordancia normativa es el hecho de que, efectivamente, ciertos Estados miembros son más protectores con los acreedores, trabajadores y accionistas minoritarios de las sociedades, en perjuicio esto de la libertad en el campo económico de estas. En esta coyuntura, es razonable que las sociedades decidan emigrar a Estados miembros menos protectores con estos grupos con el fin de gozar de un mayor margen de maniobra, lo cual puede ser un foco de conflictos entre los Estados dadas las distintas posiciones que en esta materia se pueden tomar. Estamos, en efecto, ante la clásica disyuntiva entre libertad económica y protección, foco de debate no solo ya en el ámbito comunitario, sino en el ámbito doméstico, puramente nacional.

Esta misteriosa circunstancia no es sino el punto de conexión de una sociedad con el ordenamiento de un Estado, un indispensable –tanto por razones de política legislativa como de pura lógica jurídica– para que la sociedad en cuestión pueda domiciliarse en él, esto es, existir o ser reconocida como persona jurídica en él. Y es que, desgraciadamente, la definición de este punto de conexión no corresponde aún al legislador europeo, sino al de cada uno de los Estados miembros.

50. Los contrastes y diferencias que existen entre los diferentes Ordenamientos de la Unión a la hora de regular este punto de conexión no están, en modo alguno, exentos de polémica. Y menos aún cuando se añade la libertad de establecimiento a la ya de por sí compleja situación.

En efecto, cada Estado tiene diferentes normas de constitución de sociedades: diferentes requisitos de capital mínimo, de protección a ciertos grupos, etc. Además de esto, cada Estado puede también determinar el punto de conexión de una sociedad con su territorio. Y este punto, irónicamente, no ha de consistir en un establecimiento real en sus fronteras, lo cual facilita aquellos movimientos que anteriormente nos aventurásemos, al menos en un principio, a tildar de fraudulentos.

51. Quedamos así pues ante las fauces del problema de las diferentes teorías de determinación de la *lex societatis* que concurren en el territorio europeo. En otras palabras, ante la problemática que suscita la variedad de criterios delimitadores de los puntos de conexión tomados por los diferentes Estados miembros.

Estas teorías o diferentes formas de definir los puntos de conexión, en definitiva, serán distinguibles entre sí por el contenido que el legislador de cada Estado miembro le de al punto de conexión, esto es, por la exigencia que este imponga a las sociedades para serlo, para que se las reconozca personalidad jurídica: para nacer bajo su Ordenamiento.

A) Las teorías de determinación de la *lex societatis*

52. Como ya se ha comentado existen, desde el punto de vista del derecho comparado, dos teorías fundamentales para determinar la ley aplicable a la constitución y funcionamiento de una sociedad, además de a la localización o determinación de su domicilio²¹.

53. La primera de las teorías, que entre otros países sigue España²², es la de la sede real o *real seat*²³. En nuestra legislación encontramos perfectamente reflejada la definición de esta teoría, señalando el artículo 9.1 de la Ley de Sociedades de Capital²⁴ que el domicilio de una sociedad se fija, dentro del territorio español, *en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación*.

Bajo esta teoría se exigiría, por tanto, conexión entre domicilio social y actividad como requisito fundamental de aplicabilidad de la *lex societatis*. Además de España, otros Estados que rigen el nacimiento de sus sociedades haciendo uso de este planteamiento son Francia o Alemania.

54. Desde la perspectiva de segunda teoría, la teoría de la incorporación o *incorporation theory*, por otro lado, no se exige como requisito de aplicabilidad de la *lex societatis* que exista correspondencia alguna entre lugar de domiciliación de la sociedad y situación de su sede real. Por ello mismo es el lugar de creación de la sociedad el que determina la ley que la rige. En otras palabras, la *lex societatis* aplicable es aquella en la que la sociedad se registra, la del país que ha sido elegido como domicilio social, al menos sobre el papel.

²¹ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado*, 2018, volumen II, Editorial Comares, Granada, 18.^a ed., pp. 855-856.

²² J.M BLANCO FERNÁNDEZ, “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.203/204, pp. 245-276.

²³ *Op. Cit.* A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado...*, pp. 855-856.

²⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «BOE» núm. 161, de 03/07/2010, BOE-A-2010-10544.

55. Una variante de la explicada visión es la teoría de la sede estatutaria²⁵, según la cual la ley aplicable a la sociedad es aquella que los socios eligen en sus estatutos. Como puede evidenciarse, el matiz es realmente sutil, por lo que en este trabajo se hablará indistintamente de teoría de la incorporación o de la sede estatutaria: al fin y al cabo, ambas comportan una elección consciente – en cuanto que no es determinada por el lugar de actividad real de la sociedad– de la *lex societatis*²⁶.

56. Parece evidente que este criterio, seguido por países como Reino Unido, Dinamarca o los Países Bajos, es bastante más formalista que el de la sede real, puesto que no se exige concordancia entre domicilio o lugar de registro y situación de la sede real (determinación de esta última bastante sujeta a la casuística o a lo material).

En definitiva, el criterio de la incorporación es más formalista y menos fáctico, lo cual es a su vez garante de una mayor seguridad jurídica²⁷, habida cuenta de que siempre sería más fácil averiguar la nacionalidad de una sociedad desde esta perspectiva que desde la de la sede real, dado que en aplicación de esta última habría de buscarse dónde se halla la administración efectiva de la sociedad en cuestión en vez de tan solo atenerse al lugar de inscripción o registro de esta.

B) La problemática de la oposición entre incorporación y sede real

57. Como puede sustraerse del anterior apartado, las dos teorías explicadas son radicalmente opuestas y, evidentemente, esta contrariedad se agrava todavía más en materia de movilidad del domicilio. Idéntica conclusión se extrae de la lectura y análisis del ya analizado y tan mencionado Asunto *Polbud*.

58. Basta ahora con recordar el ejemplo que en el anterior epígrafe se daba con respecto al traslado transfronterizo del domicilio. El ejemplo más simple de dicha operación sería el siguiente: una sociedad constituida en un país que sigue la teoría de la incorporación decide trasladar su sede real o administración o centro efectivo de negocios (u operar, que es lo mismo) a un país que sigue la teoría contraria, la de la sede real. La problemática deslumbra, y la pregunta es del todo sencilla: ¿dónde se encuentra el domicilio de la sociedad? ¿Cuál es su *lex societatis*?

De igual manera, como vimos en *Polbud*, una sociedad constituida en un Estado que sigue la teoría de la sede real decide, sin más, trasladar su domicilio registral a otro con el objetivo de cambiar tan solo la *lex societatis* que se le aplica. ¿Podrá hacerlo? Una vez más, ¿dónde estará su domicilio social?, ¿qué ley se le aplicará a la sociedad?

59. Las preguntas, que serán respondidas en lo que queda de este análisis, no carecen en modo alguno de fundamento. Por el momento, conviene por comenzar señalando que la oposición entre teorías dentro de los Estados miembros de la UE es un problema *originario* de esta. Su ya deducible repercusión sobre la libertad de establecimiento y el mercado único no dejan duda al respecto de su importancia, al igual que tampoco la dejan sobre el hecho de que los diversos Estados miembros no hayan logrado armonizar aún sus criterios sobre la *lex societatis* aplicable. De hecho, el artículo 54 TFUE es tremendamente revelador al respecto, aludiendo en sus líneas a las dos teorías explicadas, y tomando ambas como válidas:

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros

60. Desde luego, un problema principal que deriva de la conjugación de ambas teorías con la libertad de establecimiento puede ser el abuso de esta, al cual predisponen sus diferencias no solucio-

²⁵ *Op cit.* A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado...*, pp. 855-856.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Sobre las ventajas y desventajas de la teoría de la sede real, véase la siguiente obra: J.F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2002), *Derecho de sociedades y conflicto de leyes. Una aproximación contractual*, Ed. Edersa. pp. 45-90.

nadas. Volvemos al sencillo ejemplo y esta vez, a su respecto, cabe recalcar que el hecho de que una sociedad se constituya válidamente en un Estado *incorporativo* con una normativa laxa y, amparándose en su libertad de establecimiento, desarrolle absolutamente toda su actividad fuera de él en Estados con normas más rigurosas de creación y funcionamiento de sociedades es, en cierto modo, fraudulento.

61. Dentro de este panorama permisivo en materia de traslado transfronterizo del domicilio social (entiéndase que dentro de la UE) puede encontrarse, eso sí, una excepción. Esta se recoge en el art. 52 TFUE, que enuncia lo siguiente:

Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas

62. El citado precepto ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de que los Estados miembros pueden, en efecto, imponer medidas que restrinjan la libertad de establecimiento siempre que estas estén justificadas por razones de orden, seguridad y salud públicas y, además, sean proporcionadas y no discriminatorias por razón de nacionalidad²⁸.

En definitiva, con respecto al control de las posibles restricciones a la libertad de establecimiento, podríamos hablar de que estas están sometidas a un control de proporcionalidad en sentido amplio (justificación y razonabilidad de la medida) que, a su vez, incluye otro en sentido estricto (que la medida sea, además de apropiada al supuesto, indispensable para proteger el interés superior en juego).

63. Dicho sea, para finalizar, que el citado control de las restricciones a la libertad de establecimiento deriva de una prolífica jurisprudencia del TJUE, si bien su aplicación al problema de la ley aplicable a las sociedades y a las migraciones de domicilio intra UE se recoge en un número bastante reducido de asuntos.

64. Como curiosidad, dentro ya del ámbito de las explicaciones que se darán en el siguiente apartado, pudiera decirse que el tratamiento del problema presentado por el cauce del *case law* no es sino una de las muchas influencias de un Reino Unido reacio desde siempre a realizar concesiones a una UE de la cual a día de hoy se está separando.

Es irónicamente, además, el Estado británico el que, junto a otros Estados miembros, ha defendido con firmeza su criterio de determinación de la *lex societatis* frente a toda ambición europea de armonizar esta materia que, como veremos más adelante, ha permanecido desde largo en la lista de tareas pendientes de la UE.

2. La jurisprudencia del TJUE en materia de ley aplicable a las sociedades y al traslado intracomunitario de domicilio social

65. A pesar de que exista la expectativa de una muy esperada Directiva en la citada materia, lo cierto es que esta aún no ha sido elaborada. Por ello, a la hora de tratar esta materia, es imperativo y, de momento, fundamental, comentar la jurisprudencia del TJUE al respecto.

66. Nótese que la jurisprudencia del alto Tribunal es del todo contraria a la legislación, análoga por materia, relativa a las sociedades europeas. Como a continuación se verá, esta primera es sobremanera conductiva del movimiento intracomunitario de las sociedades: Si bien en un primer momento quizás pudiese ser mínimamente restrictiva con este, lo cierto es que a día de hoy, más aún tras la Sentencia Polbud, otorga una libertad casi plena a las sociedades en la elección de su ley aplicable, lo cual, ciertamente, puede ser el nido de un aprovechamiento fraudulento del derecho a la libertad de establecimiento.

²⁸ R. ARENAS GARCÍA, “El legislador europeo y el DIPr de sociedades en la UE” *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, Vol. 69, nº1, p. 56

67. En pro de una mayor brevedad y claridad expositiva, la ocasión merece el tomarse la licencia de clasificar en dos categorías los asuntos que, en materia de traslado del domicilio social, ha resuelto el TJUE, desde el asunto *Daily Mail* de 27 de septiembre del 1988 al asunto *Polbud* de finales del año 2017 –concretamente de 25 de octubre de dicho año–.

De manera sucinta, podría señalarse que contamos con dos tipos de asuntos; por un lado, aquellos que enjuician restricciones impuestas por parte del Estado del cual la sociedad quiere moverse –ya sea trasladando su sede real o simplemente su domicilio registral– o, en otras palabras, de su Estado de origen; por otro, los relativos al enjuiciamiento de las medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por parte del Estado de destino, que es aquel al cual la sociedad quiere llevar su nota registral o su sede real.

68. Bien es cierto, como puede deducirse, que *Polbud* rompe en cierto modo con esta categoría, al menos a nivel de hechos, siendo realistas jurídicos. No sucede así, opino, si llevamos esta división a un plano de reflexión teórica centrada en los conceptos, en la salida y entrada de sociedades de un Estado miembro de la UE a otro y en el alcance que debiera de dársele a las consideraciones relativas a la libertad de establecimiento en uno u otro caso²⁹.

A) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de destino

69. En relación con lo explicado, esta categoría de asuntos es, posiblemente, la más fácil de deducir. El esquema es el siguiente: nos encontramos con una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro que quiere ejercer actividades en otro Estado miembro.

Dicho traslado, siempre que esté libre de colisionar con la legislación del Estado en el que la sociedad nace, será, siempre y cuando no sea solo la apertura de una rama o filial, el de la sede real de esta –trasladar el domicilio registral sería una transformación propiamente dicha–.

70. Así el TJUE dictamina que *Centros*, una sociedad constituida en Inglaterra, con Administración central y establecimiento principal en Dinamarca, ha de ser reconocida en este último Estado como una sociedad inglesa, a pesar de que sus socios no desempeñen ninguna actividad en Inglaterra y puedan ser incluso de nacionalidad danesa –lo cual refleja que la libertad de establecimiento comprende la libertad de elección de ley aplicable para constituir una sociedad–. De manera prácticamente igual se pronuncia el Tribunal en los asuntos *Überseering*³⁰, *Inspire Art*³¹ o *Vale*³².

Como puede evidenciarse, una sociedad constituida en un Estado que siga la *incorporation theory*, puede, evidentemente, suscitar reticencia a ser recibida por otro Estado miembro en el que se siga la teoría de la sede real, en cuanto que, posiblemente, las exigencias de constitución allí sean más gravosas y la sociedad en cuestión las esté –en cierto modo– esquivando.

71. Es precisamente por lo explicado por lo que, usualmente, los Estados miembros adscritos a la teoría de la sede real tienden a rechazar la entrada de sociedades válidamente constituidas en Estados que siguen la *incorporation theory*, especialmente la de las que se crean bajo ordenamientos jurídicos *poco exigentes*.

Y es que es del todo cierto que estos movimientos pueden ser abusivos en cuanto al uso que dan de la libertad de establecimiento, especialmente en los casos en los cuales la sociedad que solicita el traslado no desempeña actividad alguna en su Estado de origen y tan solo busca constituirse válidamente en aquel, cumpliendo menores requisitos de constitución, y llevar a cabo toda su actividad en aquel Estado en el cual no ha querido –o no ha podido– constituirse.

²⁹ F. MUCCIARELLI, “Company ‘Emigration’ and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited”, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Ed. Cambridge University Press, 2008, Vol. 9, nº2, pp. 277-281.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, asunto C-208/00, EU:C:2002:632.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, asunto C-167/01, EU:C:2003:512.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, *Vale*, asunto C-378/10, EU:C:2012:440.

72. Aun así, ha de decirse que no es menos cierto que, quizás, la libertad de establecimiento comprenda también la libertad de decidir en qué Estado constituirse como sociedad para poder, posteriormente, llevar a la práctica el ámbito más evidente de esta: el poder establecerse o desempeñar una determinada actividad en cualquier Estado miembro –siempre y cuando la sociedad se constituya válidamente conforme a la legislación de cualquier Estado miembro–.

73. Precisamente, con respecto a estas medidas restrictivas impuestas por el Estado de destino se ha pronunciado el TJUE, y en estos pronunciamientos, ciertamente, la prosperidad o no de dichas medidas viene a depender de una ponderación que el Tribunal establece, que no es sino una regla de proporcionalidad que da respuesta a las cuestiones explicadas con anterioridad: ¿interfiere la medida con la libertad de establecimiento? ¿es apropiada –o fundamentada en razones de interés público–? ¿es proporcional y no discriminatoria? A rasgos generales, conviene señalar que las medidas puestas a tela de juicio no superan este filtro y suelen ser declaradas contrarias a la libertad de establecimiento. No sucedía así, como veremos, con las normas impuestas por el Estado de origen, que es el que, al fin y al cabo, decidía, hasta el fallo de *Polbud*, sobre *la vida y la muerte* de la sociedad.

B) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de origen

74. Para comenzar, con respecto al primer tipo de asuntos que el TJUE ha conocido, es totalmente necesario hacer una sucinta alusión al hasta hace poco paradigmático asunto *Daily Mail*, resuelto en una dirección totalmente opuesta a *Polbud*.

En el citado asunto, por explicarlo de manera sucinta, una compañía domiciliada en el Reino Unido, *Daily Mail and General Trust PLC* –dueña de, entre otros, el reconocido periódico *Daily Mail*– solicita a dicho Estado permiso para trasladar su administración a los Países Bajos manteniendo, a la vez, su personalidad jurídica inglesa.

75. En otras palabras, *Daily Mail* quería trasladar su actividad real a otro país –con fines puramente fiscales– y mantener su domicilio registral en Reino Unido. En un principio, teniendo en cuenta lo comentado sobre la teoría de la incorporación, en la cual dicho Estado inspira su legislación societaria, esta maniobra debería de ser perfectamente posible.

76. En relación con lo anterior, sin embargo, la legislación fiscal inglesa exige a toda sociedad que quiera trasladar su domicilio a efectos fiscales una autorización previa de la Tesorería del Estado, lo cual, en cierto modo, es contradictorio con la filosofía tremendamente conductiva del movimiento de las sociedades en la que su legislación societaria se inspira. Dicha contradicción representa, a todas luces, la otra cara de la moneda de la teoría de la incorporación: no imponer prácticamente restricción alguna al movimiento societario, esto es, no solo en materia de Derecho societario, supondría para los Estados un tremendo foco de pérdidas fiscales. Y es que parece del todo lógico y evidente que el domicilio fiscal de la persona jurídica se corresponda con el lugar en el que desarrolla la mayor parte de su actividad y no de ninguna otra manera. Con respecto a la nacionalidad de esta, a efectos de la ley que le es aplicable, como puede verse, la cuestión se retuerce.

77. Independientemente de este comentario, como es de esperar, el TJUE ajusta su decisión a los hechos presentados y al escasísimo Derecho aplicable. En esta línea, con respecto al impedimento que el Reino Unido impuso a *Daily Mail*, señaló lo siguiente:

Al respecto, ha de recordarse que, al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, y, en el estado actual del Derecho comunitario, en virtud de un ordenamiento jurídico nacional. Sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento.

78. El TJUE, en definitiva, reconoció el Derecho del Reino Unido o de cualquier otro Estado miembro a regular, evidentemente, los requisitos por los cuales se le reconoce personalidad jurídica a las sociedades creadas bajo el manto de su ordenamiento jurídico. Las Sociedades son pues creaciones de un ordenamiento jurídico, *criaturas* de cada uno de los Estado miembros.

79. Esto último, sin embargo, no fue óbice para que el Tribunal advirtiese – como si de una profecía se tratase– que las disposiciones del actual TFUE relativas a la libertad de establecimiento, además de actuar como protección de este derecho en cuanto a medidas restrictivas impuestas por el estado de destino o acogida:

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.

80. Visto esto, resulta increíblemente difícil de imaginar, ponderando los dos fundamentos en juego –la libertad de cada Estado miembro para elaborar las leyes que rijan el funcionamiento de las sociedades constituidas bajo su propio ordenamiento y la libertad de establecimiento–, una medida impuesta por el Estado de origen que sea contraria a la libertad de establecimiento o que, al menos, restrinja esta de manera abusiva o discriminatoria.

81. De cualquier modo, conviene comentar que los asuntos encuadrados en esta categoría daban por sentada la competencia de cada Estado miembro para determinar su *lex societatis*. En este sentido, solían obviar la aplicación de la ya mencionada *rule of reason* –las tres cuestiones a las que ha de responder la medida conflictiva con la libertad de establecimiento– y venían considerando toda normativa relativa a la nacionalidad de las sociedades válida en contraste con la ya mencionada libertad.

82. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en el asunto *National Grid Indus*³³. Curiosamente, este último asunto dibuja un conflicto entre dos Estados que siguen la teoría de la incorporación, Holanda y Gran Bretaña. Sin embargo, irónicamente, la sociedad *National Grid Indus*, domiciliada en Holanda, interesa de un traslado de su sede real a Reino Unido, operación para la cual el fisco holandés le exige el pago de un impuesto *de salida*. Dicho impuesto, consecuencia tremendamente menos grave que la impuesta en *Daily Mail*, que era la pérdida de personalidad jurídica si cae en el ámbito de aplicación del TFUE.

Precisamente por ello, por no mediar pérdida de personalidad, visto que las sociedades son creaciones de los derechos nacionales, en este caso si es aplicable el art. 49 TFUE y la sociedad Holandesa puede alzarse contra la medida y alegar su contrariedad a la libertad de establecimiento, por constituir esta primera un obstáculo para la última.

83. Citando al Tribunal, en relación con lo anterior este señala que *en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, el traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad neerlandesa a otro Estado miembro conlleva la tributación inmediata de las plusvalías latentes correspondientes a los activos trasladados, sin que tales plusvalías sean objeto de gravamen cuando una sociedad de ese tipo traslada su sede dentro del territorio neerlandés. Las plusvalías correspondientes a los activos de una sociedad que traslade su sede dentro del Estado miembro en cuestión sólo serán gravadas cuando se hayan realizado efectivamente y en la medida en que lo hayan sido. Esta diferencia de trato por lo que respecta a la tributación de las plusvalías puede disuadir a una sociedad neerlandesa de trasladar su sede a otro Estado miembro.* Es por ello mismo por lo que el TJUE califica esta diferencia de trato como discriminatoria, en cuanto que no está sujeta a razones objetivas y rechaza también otras alegaciones de los estados francés, español y portugués que tratan de legitimar la medida holandesa.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10, EU:C:2011:785.

84. Visto esto, puede señalarse que a pesar de que se suele decir lo contrario, la normación o no de esta materia si puede tener ciertas repercusiones tributarias.

85. Siguiendo con el tema central, hasta el asunto *Cartesio*, que allana el camino a *Polbud*, esta sería la dinámica decisoria del tribunal: prácticamente toda restricción del Estado de origen de la sociedad no es sino una regulación de su vida y su muerte, cuestiones que, en todo caso, son de su absoluta competencia, ya que es este Estado el que, a través de su ordenamiento, confiere personalidad jurídica a la sociedad.

Así, casi diez años antes del fallo del asunto *Polbud*, en el año 2008, el TJUE introduce unos *obiter dicta* bastante reveladores –y quizás un tanto fuera de lugar– en su Sentencia *Cartesio* –que dirime una cuestión similar a la presentada en Daily Mail, y lo hace además de manera idéntica–.

86. Señala el Tribunal, en primer lugar, algo que ya sabemos: (...) *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 y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición.*

87. A pesar de lo evidente que es la anterior afirmación, añade también lo siguiente, dibujando un supuesto similar al resuelto en *Polbud*: *La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.*

Sin que esto último signifique tampoco, según se señala en el párrafo 112, que la posibilidad de llevar a cabo esta petición o exigencia, *lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y de disolución de sociedades 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.*

88. Todo lo anterior, de todos modos, antes de *Cartesio* o *Polbud*, hubiera podido ser interpretada en el sentido que, efectivamente, el Estado de origen de la sociedad puede exigir a esta liquidarse antes de un traslado del domicilio. Todo quedaría reducido a casos excepcionales en los que la extinción de la personalidad jurídica fuese de un carácter patentemente contrario y discriminatorio y, era, de hecho, poco previsible que fuese a extenderse a prácticamente cualquier supuesto de transformación transfronteriza, incluso sobre el papel.

89. Así, sin embargo, lanzó la primera piedra el Tribunal a una serie de fallos que habían sentado una jurisprudencia ya firme. Precisamente en este contraste o cambio jurisprudencial reside lo criticable del fallo del asunto que lo materializa, *Polbud*, de lo cual pasa a hacerse un comentario crítico a continuación.

3. Consideraciones críticas. Especial referencia al asunto Polbud

90. Con respecto al fallo que el TJUE emite en *Polbud* debe señalarse que, si bien este es bastante criticable, la realidad es que es, a su vez, del todo sabio por dos sencillas razones:

Por un lado el fallo es totalmente ajustado a Derecho, en cuanto no existe en absoluto regulación más allá de los principios generales o cuestiones incluso políticas que permitan realizar una crítica con la debida consistencia.

Por otro, la aplicación de ciertas normas tal y como algunos interesados plantean es, como veremos, totalmente irrazonable.

91. Sin perjuicio de ello, se comentará pues, además del acierto que supone el resolver de manera correcta o con arreglo a derecho, el lado negativo de tal camino, así como las alternativas –legales también– a este.

Es preciso ahora pues comentar las dos caras de este fallo que se encuentran, como se ha señalado, dentro de lo razonable. Comencemos.

A) Del ajuste del fallo al derecho vigente

92. En primer lugar debería señalarse que la pretensión de la Comisión de aplicar en casos similares –y en el asunto *Polbud*, por ejemplo– la legislación vigente para los traslados de domicilio intraeuropeos que se lleven a cabo por parte de las llamadas Sociedades Anónimas Europeas –SE– y las Sociedades Cooperativas Europeas –SCE– es inadmisibles de plano.

Ambos tipos sociales, creados en el seno de la UE como herramienta para la promoción de la libertad de establecimiento y el potenciamiento del mercado interior, aparte de no haber tenido demasiado éxito, son precisamente lo que su nombre y fines indican: tipos sociales específicos a los cuales, evidentemente, se les ha de aplicar una normativa propia. Dicha normativa no es otra que la Comisión pretende aplicar y que toma la teoría de la sede real como criterio de determinación de la *lex societatis*.

Huelga señalar que aplicar esta normativa a todo el resto de sociedades, entendiéndose estas como las nacionales de cada Estado miembro, sería, cuanto menos, forzado. Por ser más ilustrativos, esas normas³⁴, las referidas a las SE y SCE, son las que regulan precisamente el nacimiento y vida de estas y, evidentemente, no las de cualquier otra.

93. Lo mismo sucede con la pretendida aplicabilidad que, desde algún sector doctrinal e institucional europeo, se pretende sostener con respecto de la 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. Son, del todo, inaplicables a estos casos, los concernientes al traslado o migración del domicilio social, dentro de la UE, de sociedades creadas con arreglo al Derecho de sus Estados miembros. Así y no de otra forma lo sostiene el propio TJUE.

94. Por otro lado, más allá de estas poco viables alternativas jurídicas, conviene asimismo señalar que, en la Sentencia del asunto *Cadbury Schweppes*³⁵, si bien lo hace refiriéndose a materia tributaria, el TJUE señala que *una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate*. Supongo que es del todo natural preguntarse por qué el Tribunal no abraza las razones que tiempo atrás sostuvo, máxime cuando en este asunto puede apreciarse cierto abuso de la libertad de establecimiento.

95. Como respuesta a esta pregunta puede oponerse, eso sí, que en este caso no hay montaje artificial de ningún tipo: las sociedades constituidas con arreglo a ordenamientos jurídicos que optan por la *incorporation theory* no vulneran ninguna realidad, y su conjugación con la libertad de establecimiento y las posibles relaciones que pueda guardar con Estados que siguen la teoría de la sede real no puede seguir por el momento otro camino, dentro de la UE, que aquel que el TJUE señala en *Polbud* –en el sentido de que no puede señalarse que exista montaje artificial alguno–.

96. No obstante, como veremos, en comentarios sobre los ámbitos de aplicación de la libertad de establecimiento y, en especial, en el tratamiento de las conclusiones de la AG Kokott, es bastante argüible la inexistencia de este *montaje*. En otras palabras, si hay motivos más que razonables para

³⁴ Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DOUE-L-2001-82441, y Reglamento (CE) n° 1435/2003: Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DOUE-L-2003-81380.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04, EU:C:2006:544.

determinar que estamos en *Polbud* ante un montaje con el mero fin de elegir la ley aplicable y no ante una inocente elección de lugar, de Estado miembro, para constituir una sociedad y luego, en uso de la libertad de establecimiento, operar en otro o en cualquiera de ellos.

B) De las consecuencias prácticas del fallo

97. Ya en segundo lugar, con respecto a las consecuencias prácticas que el fallo de *Polbud* puede suscitar, sí es necesario realizar una crítica y un llamado a la armonización –pese a que, como se ha dicho, la aplicación del Derecho y los razonamientos del Tribunal son intachables: de hecho, como ya se tuviere oportunidad de señalar, parece ser, y es, que el propio TJUE llame en ocasiones a la armonización de la materia que estamos tratando–.

98. Es evidente que el fallo de *Polbud* y los *obiter dicta* de *Cartesio* van aparentemente más allá de los límites de la libertad de establecimiento. De hecho, es el propio TJUE el que, en su llamado a la armonización, termina por armonizar, pero desgraciadamente omitiendo todo debido cuidado con respecto a la distribución competencial entre la UE y los Estados miembros.

99. El Tribunal acaba, con *Polbud*, por dejar en una posición de preponderancia una de las tan comentadas tesis de determinación de la *lex societatis*. Aquella que queda en posición de dominancia no es sino la tesis de la incorporación, que es tremendamente más conductiva con la libertad de establecimiento que la de la sede real pero, en primer lugar, no es compartida por todos los Estados miembros y, en segundo, es incrustada vía jurisprudencia en los ordenamientos de estos últimos sin que estos hayan cedido competencia en la materia a la UE.

100. Puede argüirse que esta última tesis es, quizás, más respetuosa con la realidad. Así lo confirman las regulaciones europeas existentes en otras materias, como lo pueden ser la relativa a la competencia judicial internacional, la determinación del domicilio fiscal o la protección del consumidor o el trabajador. La sede real es precisamente eso: la sede real. El lugar en el cual realmente desarrolla su vida la sociedad.

Un indicio claramente revelador de esta postura aquí expuesta es precisamente la realidad en materia fiscal: como vimos con *Daily Mail*, incluso los Estados que siguen la teoría de la incorporación en lo referente a la determinación de la *lex societatis* siguen, por contra, una teoría de la sede real en lo relativo al domicilio fiscal. Qué sería si no de las arcas de sus Haciendas.

Además, como puede sustraerse de la STJUE del ya citado asunto *Cadbury Schweppes*, toda sociedad residente en el Reino Unido tributa, curiosamente, por impuesto de sociedades en concepto de los beneficios obtenidos por esta en el resto del mundo, y si bien se prevén bonificaciones fiscales como contrapeso para posibles dobles imposiciones, grandes facilidades para la constitución de sociedades unidas a un tipo impositivo bajo pueden resultar, dentro de esta lógica, en una considerable obtención de ingresos³⁶. Júntese esto al hecho de que las normas más laxas en lo referido a la constitución de sociedades mercantiles en Reino Unido hacen que este Estado esté en el primer puesto, a nivel europeo, en lo relativo a cantidad de sociedades administradas exclusivamente por nacionales de otros Estados miembros³⁷.

101. La postura que el TJUE defiende en esta última tendencia jurisprudencial no es otra que la legitimación de un hecho: que los domicilios sociales pueden ser un mero buzón, y todo esto pretendidamente amparado, a su vez, por una libertad impulsada por ideas tan nobles e integradoras como lo es la libertad de establecimiento.

³⁶ F. MARTÍNEZ RIVAS, “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso “Daily Mail” al caso “Cartesio”. Veinte años no son nada” *CDT*, 2009, Vol. 1, nº1, p. 134.

³⁷ C. GERNER-BEUERLE; F. MUCCIARELLI; E. SCHUSTER; M. SIEMS, “Why Do Businesses Incorporate in Other EU Member States? An Empirical Analysis of the Role of Conflict of Laws Rules”, 2018, pp. 14-27. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3012139_code1688367.pdf?abstractid=3012139&mirid=1> (Último acceso a 18/07/2019)

102. Ciertamente es que es necesaria la armonización y que así, sin duda, lo entiende el Tribunal. Pero no es menos cierto, de ningún modo, que la armonización responde a un principio fundamental en lo que respecta a la soberanía de los Estados: esta ha de ser “cedida” por ellos –en el sentido de que se firmaron en su momento Tratados constitutivos que responden al principio de atribución– y no absorbida directamente por el TJUE sino por las instituciones europeas competentes para legislar que, en principio, responden al compromiso unificador e integrador de los primeros.

103. Hablamos tras *Polbud* de, en definitiva, un exceso de alcance de la libertad de establecimiento³⁸ que puede llegar a una consecuencia que, irónicamente, es la que los Estados miembros de la UE pretendían evitar a través de la no regulación y la relativización del choque entre sus teorías de determinación de la *lex societatis*. Dicha consecuencia no es otra que el *Delaware effect*, del cual se hablará en posteriormente y que, en fin, puede suponer en este caso una armonización forzada y totalmente descontrolada. Y todo ello en perjuicio del individuo como tercero acreedor de una sociedad, socio, cliente e incluso –podría ser– mero interesado, aun a título completamente indirecto³⁹.

C) Sobre las conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott

104. Tras una acertada explicación de las circunstancias del asunto *Polbud* en la cual no nos reiteraremos, la AG Kokott emite las conclusiones⁴⁰ que a continuación se resumen.

105. En primer lugar, comienza señalando la AG que el ámbito de protección de la libertad de establecimiento halla su límite en la intención o llevanza a cabo de una implantación real en otro Estado miembro destinada a desempeñar en este una actividad económica efectiva. Como ya hemos visto y señala la AG, todo esto queda sentado sin perjuicio de la facultad que el Estado miembro de destino y el de origen tienen para delimitar el punto de conexión exigible a una sociedad para considerarse constituida según su Ordenamiento.

106. En segundo, definida esta máxima del Derecho societario europeo para la AG, señala asimismo la Letrada que siempre que se cumpla esta, habrá una restricción de la libertad de establecimiento al exigirse, en el Estado de origen, la liquidación y disolución de la sociedad para poder cancelar su inscripción registral por haber trasladado esta su domicilio a otro Estado.

Esta concreta medida o exigencia de liquidación y disolución, pues, constituye una restricción a la libertad de establecimiento que, como se ha venido viendo en este trabajo, podría estar justificada en ciertos motivos. Sin embargo, concluye la AG, en tercer lugar, que esta no es un medio proporcionado para proteger a acreedores, socios minoritarios y trabajadores de la sociedad en cuestión.

107. Para llegar a tal solución, la AG comienza por diferenciar la libertad de establecimiento, en el sentido del derecho de las sociedades a abrir filiales o desempeñar actividades en el resto de Estados miembros, de las operaciones de transformación transfronteriza que solo tengan como objeto un cambio de ley aplicable. Por ende, citando la STJUE *Cadbury Schweppes*, señala que ha de apreciarse la actuación de la libertad de establecimiento cuando exista intención real, o al menos potencial, de establecerse efectivamente en otro Estado miembro y desarrollar allí una actividad económica.

Distingue sabiamente esto último de una mera transformación sobre el papel, a efectos de efectuar un cambio en la ley aplicable, operación que, según ella, no queda protegida por el ámbito de la libertad de establecimiento. Tiene tal argumentación un gran sentido: como vimos y se comentará tam-

³⁸ No hablamos aquí de un exceso de alcance en el sentido más puramente literal de la palabra, sino en otro: la armonización o la regulación de estas situaciones se hace ya imperativa.

³⁹ J.F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso *Polbud*” *La Ley mercantil*, 2017, N° 41, p. 6.

⁴⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 4 de mayo de 2017, *Polbud*, asunto C-106/16, EU:C:2017:351.

bién más adelante, no es lo mismo el constituirse con arreglo al ordenamiento de un estado miembro y, después, efectuar actividades en otro, que el pretender que este cambio de ley aplicable, que puede no tener sustento alguno, quede amparado por la libertad de establecimiento.

108. Entre estos razonamientos la AG señala que la jurisprudencia del TJUE no admite un cambio de ley aplicable en sí, como fin y que, por lo tanto, un cambio de *lex societatis* sobre el papel, sin asentamiento real en el Estado de destino, no debería quedar amparado por la libertad de establecimiento.

109. A pesar de estar de acuerdo con esta afirmación final, he de señalarle sin embargo un matiz: el TJUE si admite, en la práctica, quizás de manera menos específica, la elección del derecho aplicable. Es un hecho que un nacional de un Estado miembro puede escapar a la normativa de su territorio creando una sociedad en otro Estado con una normativa más laxa y preferiblemente seguidora del principio de incorporación, lo cual, en cierto modo, comporta un cambio de la ley aplicable a una sociedad que, en realidad, solo operará en el primer Estado.

Esto último si halla fundamento en la libertad de establecimiento –el fin es desempeñar una actividad en un Estado, sea cual sea–, en la no discriminación –cualquier ciudadano de la UE puede constituir sociedades en Estados miembros– y en el principio de mutuo reconocimiento –los Estados miembros han de reconocer a las sociedades válidamente constituidas en sus homólogos–.

110. Las barreras son finas y las consecuencias similares, sea cual sea el caso. Esto no es óbice, sin embargo, para igualar situaciones que, en cierto modo pueden ser criticables –pero que quedan adscritas inevitablemente a la libertad de establecimiento, a falta de armonización o normación de tipo alguno–, con situaciones otras que no hallan casi ningún factor en su interior que grite “libertad de establecimiento”.

La polémica, sobre todo tras la entrada en juego de razonamientos como los de la AG Kokott y la puesta sobre la mesa de otras sentencias del TJUE – las cuales quedan en entredicho tras *Polbud*– queda así pues, servida. No hablamos ya de cuestiones relativas al establecimiento real en términos subjetivos –qué nacionales, qué individuos o con qué intenciones constituyen una sociedad en un Estado miembro–, sino en terminología puramente objetiva: ¿media o ha de respetarse la libertad de establecimiento en una transformación transfronteriza sobre el papel? ¿Qué clase de problemática de reconocimiento hay aquí? ¿Habría de prevalecer sobre la facultad, competencia, de los Estados miembros de definir a sus sociedades?

4. La crisis de identidad del Derecho societario europeo

111. En lo respectivo a estos dos tipos sociales que anteriormente mencionábamos, la doctrina se plantea una cuestión que es interesante, pero que por motivos de espacio no trataremos de manera completa.

En todo caso, la cuestión es la siguiente: ¿son realmente las SE y las SCE sociedades de dimensión comunitaria? El que se opte por la teoría de la sede real en su regulación puede ser un indicio claro de que no y de hecho, esta opción hace que las SE y las SCE tengan muchísima menos movilidad que las sociedades nacionales de cada Estado miembro –a las SE y SCE se les exige liquidación previa al traslado de su sede, lo cual es discriminatorio, y podría sostenerse que incluso contradictorio, con respecto a las libertades que el TJUE reconoce a las segundas⁴¹.

112. Como ya dijimos, la teoría de la incorporación es realmente conductiva con la libertad de establecimiento⁴². A su vez, por contra, la teoría de la sede real “ancla” a las sociedades, de manera

⁴¹ I. ALMAGRO ESPUNYES, “El domicilio social en el Derecho Comunitario: las Sociedades Europeas a la luz de la sentencia *Überseering*” *BFD. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2004, Nº 25, p. 287.

En el mismo sentido, M.A. AMORES CONRADI, “Ubi Societas Europaea: sobre el domicilio social y legislación(es) aplicable(s) a la sociedad anónima europea (SE)” *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2003, Nº8, pp. 25-52.

⁴² Y así lo entiende la doctrina autorizada. Véase a tal respecto la siguiente obra, ya citada: A. CALVO CARAVACA, J. CARRAS-

irremediable, a un Estado. Por ende, ¿podemos hablar realmente de que exista una sociedad “europea”? La realidad es que los Estatutos de ambos tipos de sociedad ni tan siquiera hacen lo que se hizo en otras normas europeas y se lanza directamente a una de las teorías del derecho aplicable a las sociedades, no compartida por todos los Estados miembros.

Aquí ha de repararse de nuevo en la importancia de las pretensiones de la Comisión y ciertos sectores de la doctrina con respecto a la aplicación de la normativa de las SE y de las SCE al problema tratado en este trabajo.

Puede entenderse en este sentido que la teoría de la tesis de la incorporación es contraria a la que hasta ahora es la esencia del Derecho societario europeo, que como hemos visto sigue la tesis de la sede real en cuanto a regulación de sus tipos sociales específicos se refiere. Sin embargo, como veremos, esto es falaz, tanto como lo es el argüir que una sociedad creada conforme a las leyes de un Estado que sigue la teoría de la incorporación incurre necesariamente en un fraude⁴³.

113. Es cuestión pacífica que la regulación de la materia tratada en este análisis, los criterios para la determinación de la *lex societatis*, no es competencia de la UE. En este sentido, vista la “convivencia” no siempre pacífica entre la teoría de la sede real y la de la incorporación, es pertinente el realizar una matización del todo importante:

Somos concedores ya de un principio o libertad que, en fin, es un pilar básico de la UE: la libertad de establecimiento. Ello no obsta, por el contrario, de que conozcamos otro fundamento de la Unión, el principio de atribución, que hace necesaria una previa cesión de competencias por parte de los Estados miembros para que esta pueda legislar en cualesquiera que sean las materias sobre la mesa.

114. Conscientes ya de esto, y del hecho fundamental, que es que la UE no es competente para determinar los criterios de conexión de las sociedades con los Estados miembros, entra en juego la “regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas”.

Como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA⁴⁴, contraria al método clásico de Savigny, que remite la regulación material de una situación privada internacional al Derecho del país con el cual la situación presenta el vínculo más estrecho, la regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas o Anerkennungsprinzip se fundamenta en un adiós al método savigniano.

Dicho adiós a las remisiones a los Derechos nacionales, siendo breves, supone un reconocimiento o aceptación instantánea, por parte de un Estado de la UE, de las realidades que se materialicen en otro un Estado miembro que vayan a tener conexión con él –como sucede en materia societaria, cuando una sociedad constituida en un Estado de la UE quiere operar en otro–.

115. Visto esto, es evidente la conexión que esta teoría guarda con las decisiones del TJUE que han sido comentadas es cercanísima, ya que los Estados miembros han de reconocer y aceptar la operancia de sociedades constituidas en otros Estados miembros, todo ello con fundamento en el respeto a la libertad de establecimiento. Sin embargo, reiterandonos de nuevo en lo anteriormente dicho, el alcance dado a la libertad de establecimiento por el TJUE es, en cierta manera, y habida cuenta de las competencias de la UE, excesivo. Podría argüirse, como señalan ciertos autores, que el tribunal trasciende de lo jurídico y actúa como actor político. Y ello a costa de la regulación que, quizás, pudiera llegar en un futuro⁴⁵.

Con *Polbud*, y de manera previa con *Cartesio*, el TJUE desborda incluso la *Anerkennungsprinzip*. No hablamos en *Polbud* de un reconocimiento, propiamente dicho, de una situación privada acontecida en otro Estado miembro –como si sucede en *Überseering*–. Lo que ocurre en este caso es, en

COSA, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea” *Estudios de Deusto*, 2012, Vol. 55, nº1, p. 59.

⁴³ V. KNAPP, “Cross border mobility: what do we need in practice?”, Revista *ERA Forum*, 2018, Vol. 19, nº1, p. 72.

⁴⁴ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea” *Estudios de Deusto*, 2012, Vol. 55, nº1, p. 88.

⁴⁵ T. BIERMEYER, M. MEYER, “Chaos days and tragedy in EU legislation making on cross-border corporate mobility?” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, Vol. 25, nº1. Disponible en: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1023263X18767801>> (Último acceso a 18/07/2019)

definitiva, una contradicción con respecto a lo sentado años atrás en *Daily Mail* y una inmiscusión clara –a pesar de que se fundamente en la integración– en la soberanía de los Estados miembros: no puede considerarse, en ningún caso, que el hecho de que un Estado miembro haya de reconocer personalidad a una sociedad –de otro– que vaya a operar en él, sea idéntico a lo que ocurre en *Polbud*, que como hemos visto es imponer a un Estado miembro obligaciones que interfieren del todo con lo que es su competencia, que es el determinar la vida –y la muerte– de sus propias sociedades.

116. Llegados a este punto, hemos de plantearnos una última cuestión: ¿cuál es el futuro de nuestro Derecho societario europeo en la materia tratada? ¿que principios inspirarán la regulación, si es que llega? Porque, dicho sea de paso, las reflexiones positivas que cierto sector doctrinal ofrece con ocasión de *Polbud*, si bien son compartidas mayormente desde mi humilde ver, insisten quizás con demasiado ímpetu en que el fallo, además de correctísimo, era del todo esperable.

Cierto es que en el marco de la situación actual la teoría de la incorporación es más respetuosa con la integración de la UE y con la libertad de establecimiento. Cierto es también que facilita el reconocimiento de sociedades entre Estados, que se impone de manera vigorosa en el fallo de *Polbud*. Sin embargo, de ser esta preponderancia, ante todo lo demás, de la libertad de establecimiento totalmente correcta, ¿por qué toda la doctrina exige pues una regulación o una solución? *Polbud* parece dejar intranquilos a todos, tanto a los defensores de la integración máxima, como a los escépticos –cierto es que sin demasiada razón para serlo– con la libertad de establecimiento absoluta o, mejor dicho, con los supuestos tintes fraudulentos que pretendidamente por ellos oculta la incorporation theory. Sospecha esta última ya de sobra tratada y que llegados a este punto ha de señalarse que puede no guardar coherencia ni, por un lado, con el principio de confianza que rige entre Estados la UE ni, por otro, con la autonomía de otros conceptos de domicilio –en materia fiscal o a efectos laborales o de competencia judicial internacional, por ejemplo–⁴⁶.

117. Esta incomodidad, al parecer compartida por todos los sectores de la doctrina, se extiende también a otra última cuestión: ¿cómo será la regulación?, ¿y cuándo verá la luz o, al menos, comenzará a gestarse?

V. El futuro tras *Polbud*: ¿hacia una nueva directiva de la UE?

118. Como acertadamente señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, resulta del todo llamativa la ausencia de normas de conflicto de leyes en relación con las sociedades de capital en Derecho internacional privado europeo.

Para ambos autores, lo vistoso de la esta omisión reguladora radica en dos aspectos de sobra conocidos; la gran importancia, por un lado, de las sociedades como agentes activos de la libre circulación entre los Estados miembros y; por otro, el hecho de que existan ya diversas directivas societarias reguladoras de muy diversos aspectos legales de estas⁴⁷

119. Para entender la ausencia de normativa en materia de ley aplicable a las sociedades es necesario sin embargo remontarse, de nuevo, a los tiempos cercanos a los orígenes de la UE.

En concreto, debemos de remitirnos al año 1966, en el que se publica el *informe Berkhouver*⁴⁸, sobre a la propuesta de la Comisión de la CEE al Consejo relativa a la armonización de las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades en el sentido del art. 58.2 TCEE (art. 54 TFUE) para la protección de los intereses de socios y terceros.

⁴⁶ G. VAN GELDER “The *Polbud*-Case and New EU Company Law Proposal: Expanding the Possibilities for Cross-Border Conversions in Europe.” *EC TAX Review*, 2018, Vol. 27, nº5, p. 266.

⁴⁷ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado*, 2018, Volumen II, Editorial Comares, Granada, 18.^a ed, p. 857.

⁴⁸ M. C. BERKHOUWER, Rapport, fait au nom de la commission du marche interieur sur la proposition de la Commission de la Communauté économique européenne au Conseil (doc. 10/1964-1965) relative à une directive tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, 1966.

En el citado informe (que toma su nombre de Cornelis Berkhouwer, abogado y político neerlandés y miembro del Parlamento Europeo del cual fue, además, Presidente entre los años 1973 y 1975⁴⁹) se identificaban, a grandes rasgos, tres razones que hacían necesaria una armonización del Derecho societario de los Estados de la Unión, siendo estas las siguientes; en primer lugar, la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento por las sociedades de la Unión; en segundo, evitar la utilización abusiva de dicha libertad, algo plausible en ausencia de regulación y; en tercer lugar, evidentemente, ofrecer mayores garantías a socios y a terceros implicados en relaciones mercantiles (o no) intracomunitarias.

120. De la segunda de las razones deriva, sin lugar a dudas, la esencia del artículo 50.2.g) TFUE, que señala que se procurará coordinar en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros.

121. Aquello que el mentado precepto contiene no es sino un patente temor al *Delaware effect*, a una competencia entre legislaciones tendente a la baja o, en otras palabras, a la desregularización y liberalización de los requisitos de constitución de las sociedades en cualquiera de los Estados miembros de la UE –*Delaware effect* que dicho sea de paso, dependiendo de la ideología o convicciones políticas del individuo, puede ser vista como una carrera a la alta⁵⁰–.

122. Como se habrá podido deducir, uno de los precursores de este temor es, evidentemente, el decantamiento por una u otra de las teorías de determinación de la *lex societatis*. Y es que, en efecto, una victoria de la teoría de la incorporación sobre la de la sede real sería, a todas luces, el catalizador perfecto para el estallido de la competencia regulatoria puesto que, al asumirse que una sociedad queda constituida con arreglo al derecho del país en el cual se inscribe, se descarta de plano el elemento fáctico, que es el lugar en el cual esta lleva a cabo su actividad real.

Dicho de otra manera, todo lo que habría de hacerse pues para constituir una sociedad sería inscribirla en el Registro de uno u otro Estado y, por ello, todo lo que tales Estados harían para evitar una fuga masiva de sociedades sería competir a la baja en los requerimientos exigidos a estas para constituirse, cosa que sería mas difícil que ocurriese si alguno de estos aún se atuviese a un elemento fáctico de tanta importancia como lo es el del lugar donde se lleve a cabo la mayor parte de la actividad societaria.

123. Fue precisamente el temor a esta competencia salvaje, a este *Delaware effect* que a fin de cuentas esconde detrás de sí una fundamental cuestión de la política y la economía –¿*laissez faire* o intervención?–, lo que llevó a la cristalización del debate en torno a este tan polémico segundo motivo para la armonización que reflejaba el *informe Berkhouwer*, el evitar el abuso de la libertad de establecimiento –entiéndase en este caso que es a través de la instrumentalización del juego u oposición existente entre las dos mentadas teorías–.

124. Fue esta cristalización la que, irónicamente, llevaría al ya conocido y citado artículo 54 TFUE, que como se ha señalado, recoge las dos teorías de ley aplicable a las sociedades. Asimismo, derivaría en que la armonización europea en Derecho societario discurriese por el cauce del aseguramiento de las relaciones mercantiles intraeuropeas y de la facilitación del ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento. En estos ámbitos, el progreso se hace evidente al fijarse la vista en la regulación europea del Derecho de sociedades, que deja totalmente de lado el tema de la *lex societatis* aplicable y se centra en los citados ámbitos.

Otro de los rastros de esta polémica es el art. 24 del Reglamento Bruselas I bis, que a efectos de fijar el domicilio de la sociedad demandada señala que este será el registral, o el de su sede estatutaria, o el de la real –administración efectiva de la sociedad–.

⁴⁹ Esta información se encuentra disponible en la página web oficial del Parlamento Europeo <www.europarl.europa.eu>.

⁵⁰ C. HOLST, “European Company Law After Centros: Is the EU on the Road to Delaware?” *Columbia Journal of European Law*, 2002, Vol. 8, nº2. Disponible en: <<http://cjel.law.columbia.edu/print/2002/european-company-law-after-centros-is-the-eu-on-the-road-to-delaware/>> (Último acceso a 18/07/2019)

125. Queda patente pues que la parálisis regulatoria en materia de ley aplicable a las sociedades comporta una patología que la UE achaca desde el año 1968, en el que fracasase la Convención europea en esta área y, por ende, fuese desatendida una importante –cualitativa y cuantitativamente– parte del *informe Berkehouwer*, escrito dos años atrás a esta fecha.

126. Es oportuno ahora volver a un aspecto mencionado con anterioridad: si bien puede apreciarse la influencia de otros países que aplican la *incorporation theory* en sus ordenamientos jurídicos como criterio fundamental de determinación de la *lex societatis* aplicable, merece la pena destacar la repercusión que el Reino Unido tuvo en la mayor aún paralización de la armonización europea tendente a establecer un criterio o teoría única. Tal influencia, curiosamente, no solo quedó ahí, puesto que lo cierto es que, en ausencia de regulación, el vacío se ve obligado a ser colmado por la jurisprudencia del TJUE, implantándose así en esta área un sistema puro de *case law*, propio de los países del *Common Law* como el Reino Unido.

127. El único sector en el que se regula el traslado de domicilio social y la ley aplicable a las sociedades es el de las sociedades europeas –anónima y cooperativa–, habiéndose decantado el legislador en estos casos por la teoría de la sede real, en la obligada coincidencia entre domicilio registral y lugar de desempeño real de la actividad mercantil, curiosamente en dirección totalmente opuesta a la tomada por el TJUE en materia de sociedades mercantiles nacionales.

128. Conviene señalar que, en la actualidad, la posiblemente inminente marcha de la UE del Reino Unido puede ser el perfecto catalizador para una unificación Europea en materia de *lex societatis*, de derecho aplicable a las sociedades constituidas en los Estados miembros. De hecho, la decimocuarta directiva, aún planeándose, viene enfocada a la regulación de los traslados internacionales del domicilio social y, en definitiva, a la unificación de los criterios de determinación de la ley aplicable a las sociedades. Aun así, cabe esperarse que no todo será tan sencillo: quedan, sin embargo, más Estados miembros que optan en sus ordenamientos por la *incorporation theory* y es previsible que el conflicto que da pie a este trabajo siga latente, como siempre lo ha estado.

129. Ya en 2012, antes de *Polbud*, y como en otras ocasiones⁵¹, el Parlamento Europeo instaba a la Comisión a que presente una propuesta legislativa en que se establecen medidas destinadas a facilitar la movilidad transfronteriza de las empresas dentro de la UE, o, en otras palabras, a adoptar la famosa Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades sobre la transferencia de la sede social de una sociedad⁵². En 2017, el Parlamento repite este llamado, haciendo alusión esta vez a otras circunstancias ya tratadas: *el traslado del domicilio social no debería eludir los requisitos jurídicos, sociales y fiscales previstos por la normativa de la Unión y de los Estados miembros de origen, sino que debería aspirar a establecer un marco jurídico uniforme que garantice la máxima transparencia y simplificación de los procedimientos y que luche contra el fenómeno del fraude fiscal*.

130. La última propuesta del Parlamento, de Abril de 2018⁵³, se refiere ya a *Polbud* e invoca, de nuevo, la necesidad de armonización, sobre todo en materia de transformaciones transfronterizas, basándose en –entre otras razones– *la situación poco satisfactoria en términos de seguridad jurídica existente en dicha materia, máxime tras el fallo del TJUE*.

Sugiere el Parlamento en este último caso, como solución, la instauración mediante Directiva de un procedimiento que comprenda la previa y regularizada información a los componentes de una Sociedad en casos de traslado del domicilio social y, además, ciertas regulaciones en lo que a aceptación de la domiciliación de esta por parte del Estado de destino.

⁵¹ V. KNAPP, “Cross border mobility: what do we need in practice?”, Revista *ERA Forum*, 2018, Vol. 19, nº1, p. 72.

⁵² Futuro del Derecho europeo de sociedades. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades (2012/2669(RSP)), 2012.

⁵³ Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, 2018, COM/2018/241 final - 2018/0114 (COD).

131. Todo parece apuntar a que el camino regulatorio será pues el conflictual y no tanto el del puro y simple reconocimiento o el de la normación sustantiva en materia de *lex societatis*. Mediarán, posiblemente, remisiones a los Derechos nacionales, pero no será esto óbice para una armonización procedimental con fines garantistas⁵⁴ –volveremos, posiblemente, a la noción de sociedades *as creatures of national law*–.

132. Cabe preguntarse, para concluir, hasta qué punto será similar esta regulación a la un tanto peculiar organización que el TJUE ha establecido a lo largo de los años. Y, por supuesto, si podremos hallar dentro de ella dudas de similar calibre a aquellas que se han ido planteando a lo largo de este estudio, que reflejan, como ya se ha señalado, una eternamente larvada *crisis de identidad* del Derecho societario europeo.

En todo caso, visto el avance o expansión que en Polbud se promueve para la libertad de establecimiento, entendiéndolo que esta abraza incluso a las transformaciones transfronterizas, la regulación ha de materializarse. De lo contrario, la ya latente inseguridad jurídica no hará sino acrecentar⁵⁵.

VI. Conclusiones

133. A lo largo de este análisis se ha pretendido explicar la raíz o, mejor dicho, el problema subyacente al pronunciamiento analizado, el asunto *Polbud*. Dicha problemática no es otra que la conflictividad existente entre dos teorías de determinación de la nacionalidad de las sociedades diferentes, pues están basadas cada una en dos puntos de conexión con el ordenamiento en cuestión.

La primera, la *incorporation theory*, sitúa este punto de conexión en el domicilio registral, por lo que la mera inscripción de la sociedad en el Estado en cuestión bastará para que este le otorgue personalidad jurídica o, en otras palabras, le dé vida.

La segunda, la teoría de la sede real, sitúa el punto sin embargo en el lugar en el que la sociedad desarrolle sus actividades o, al menos, localice su administración, con lo cual el Estado que siga esta teoría exigirá como requisito de constitución correspondencia entre el lugar de inscripción y el de ejercicio.

134. A priori esta diferencia no se nos presentaba como un gran vacío o problema. Sin embargo, tratada la libertad de establecimiento, las cosas van tomando un sentido. Está claro que cada Estado decide los criterios por los que otorga personalidad jurídica a sus sociedades, pero ¿qué ocurre en el ámbito de la UE? ¿Deben los Estados miembros reconocer las sociedades de otros Estados miembros que quieran operar en su territorio? La respuesta actualmente, salvados ciertos matices, es que sí: los Estados miembros han de reconocer, prácticamente sin límite alguno, a las sociedades que hayan sido válidamente constituidas en cualquiera de sus homólogos.

Esto, apriorísticamente, parece plenamente coherente con la libertad de establecimiento y, aún teniendo en cuenta diferencias entre ordenamientos, proporcional y coherente también con la soberanía de cada uno de los Estados miembros, que habrán de aceptar, por un lado, la entrada en su territorio de diversas sociedades constituidas en territorio europeo aunque, por otro lado, serán siendo plenamente competentes para regular los requisitos que una sociedad necesita cumplir para obtener su nacionalidad. Sin embargo, en *Polbud*, el TJUE se encuentra con unos hechos ligados a esta competencia y, sorprendentemente –quizás no tanto habida cuenta del razonamiento *obiter* en *Cartesio*– la subordina a la libertad de establecimiento, sembrando serias dudas en primer lugar en lo relativo al alcance de esta y, en segundo, en el contenido de su propia jurisprudencia, que en determinadas ocasiones pudiera carecer de nexos lógicos.

⁵⁴ G. VAN GELDER, “The Polbud-Case and New EU Company Law Proposal: Expanding the Possibilities for Cross-Border Conversions in Europe.” *EC TAX Review*, 2018, Vol. 27, nº5, pp. 263-265.

⁵⁵ R. ARENAS GARCÍA, “De Obiter dicta a Ratio decidendi [a propósito de la STJ (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017, As. C-106/16, Polbud –Wykonawstwo SP. Z.O.O. en liquidación]” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, Nº 35, p.4. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num35/archivos/12_Cronica_DIPR.pdf> (Último acceso a 18/07/2019)

135. A falta de normativa, es cierto que el razonamiento del Tribunal guarda, en fin, una gran lógica, que no es otra que el promover la integración y la libertad de establecimiento mediante la eliminación de toda barrera a esta, como lo podría ser el hecho de que una transformación transfronteriza como la que se presenta en el caso no estuviera amparada en tal libertad y, sin embargo, movimientos más sencillos como el acaecido en *Überseering* –constitución en un Estado miembro y desarrollo total de la actividad en otro–, que en esencia encierran idénticas consecuencias, si lo estuviesen.

136. En definitiva, en *Polbud* se iguala el mero ejercicio de la libertad de establecimiento a una transformación transfronteriza, lo cual, si bien halla su explicación en el fundamento explicado supra, relativiza y mezcla aun más el ya de por sí confuso panorama de la determinación de la *lex societatis* en territorio de la UE que, al menos anteriormente, podía ser dividido en dos tipologías ampliamente distinguibles con soluciones previsiblemente contrarias:

En lo relativo a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de destino de la Sociedad lo imperante era, y es, el reconocimiento de las sociedades procedentes de otros Estados miembros al que queda sometido este último. Si las medidas, por contra, venían impuestas por el Estado de origen, se entendía que este era el soberano para determinar cuándo y cómo extingue la personalidad jurídica de una sociedad –*Daily Mail*–, sin que esto fuese en detrimento del derecho de los socios a, libremente y tras una eventual disolución, resignarse por un lado a ciertos condicionamientos o, por otro, a constituir una nueva sociedad en otro Estado miembro que pudiera otorgarles la ventaja que busquen.

Esto último, que antaño era el último bastión de competencia normadora de la *lex societatis* para los Estados –bastante reducido ya por el lógico hecho de que tuviesen que reconocer las sociedades del resto de sus compañeros de la UE que operasen en su territorio– queda infinitamente mermado tras *Polbud*, pues el fallo del asunto abre las puertas a que prácticamente cualquier supuesto de disolución de sociedades que el legislador de cada Estado miembro prevea sea, de mediar un elemento de traslado internacional –ya sea de actividad o de domicilio– contrario a la libertad de establecimiento.

137. Hubiera bastado, quizás, con seguir la corriente establecida desde el asunto *Daily Mail* que, permitiendo a los Estados miembros normar de manera prácticamente total los puntos de conexión de sociedades, permitía también ya, al unísono, la libre constitución de sociedades en cualquier Estado miembro y su consecuente e inevitable reconocimiento por parte del resto de Estados miembros en los que se operase –asunto *Centros*–.

138. A falta de armonización, debe señalarse, eso sí, que el reconocimiento o ventaja que, desde largo, el TJUE viene otorgando a las sociedades constituidas con arreglo a modelos que siguen la tesis de la teoría de la incorporación protege, evidentemente, la libertad de establecimiento, dándole una vida que la primacía de la teoría de la sede real no podría, en ningún caso, darle –en casos de sociedades con un alto nivel de operaciones o, al menos, muy igualmente repartido entre diferentes Estados, sería imposible determinar su nacionalidad o, aún peor, sería imperativo el obligar a estas a reconstituirse en cada uno de los Estados en el que operen, algo inconcebible en un proyecto como el europeo–.

Con relación a lo señalado, no puede obviarse tampoco que la *incorporation theory*, desde luego, garantiza de mejor manera la seguridad jurídica en el ámbito intra UE, siendo mucho más sencillo para los socios y los terceros el saber en lugar en el cual una sociedad se halla domiciliada: les bastaría con una consulta a los Estatutos sociales y, en todo caso, y posteriormente, al Registro pertinente. Del todo difícil sería, por el contrario, determinar en dónde una sociedad con una gran expansión localiza su actividad efectiva o, en todo caso, su sede real.

139. No obstante también es innegable que los estatutos de las SE y SCE optan por la teoría de la sede real en sus regulaciones, habida cuenta del mayor respeto a la realidad que esta promueve, que en definitiva supone la aplicación de la normativa correcta, aquella que enlazada por un vínculo estrecho al Estado que la dicta, con la situación que se presente, que como vimos puede ser relativa a la protección de los accionistas, de terceros e incluso al régimen de responsabilidad de los administradores.

Quizás una regulación que optase por una teoría de la sede real, pero modulada y respetando la libertad de establecimiento, pudiera no ser contraria al principio de reconocimiento de situaciones jurídicas intra UE, a pesar de que cierto sector de la doctrina opine lo contrario. Sin embargo, ya no para una mínima formulación, sino para su ideación, quizás fuese necesario otro estudio independiente y que tratase de aunar diferentes criterios acudiendo al Derecho comparado.

140. En todo caso basta con señalar que dicha teoría pondría sobre la mesa el factor *real*, que en mi opinión, no debería ser óbice al reconocimiento de situaciones jurídicas en tanto se objetivase qué es y qué no es la *sede real*. Hablaríamos, en definitiva, de reconocer situaciones pero con mayor fundamento que la hasta ahora posible elección de ordenamientos tildable, con pinzas quizás, de *bad forum shopping*.

141. Difícil es a su vez el rechazar que la teoría de la incorporación puede, potencialmente, proporcionar una gran seguridad jurídica. Pero esto sería así en el caso de una UE totalmente integrada y no en una como la actual en la que, por suerte o desgracia, existe la disquisición regulatoria que en estas páginas se ha tratado de describir. En términos absolutos, pues, la implantación de la teoría de la incorporación sería beneficiosa pero, relativamente hablando –y es que como hemos visto, nos encontramos ante un panorama normativo relativo, no armonizado o variable, en fin–, no suscita ninguna duda el hecho de que no lo es: la jurisprudencia del TJUE, si bien es correcta y sus razonamientos adaptados en la medida de lo posible a la realidad, no deja de otorgar cierta preponderancia a los ordenamientos incorporativistas con respecto a los sederrealistas y, esto mismo, se traduce en una mayor inseguridad jurídica de puertas para adentro en los primeros.

142. Hemos asistido a lo largo de los años, en conclusión, a una armonización vía case law del Tribunal de Justicia. Algunos Estados, ávidamente, ya han regulado la materia tratada, la de los traslados transfronterizos del domicilio social –en tanto que la del libre ejercicio del establecimiento, independientemente del lugar de fijación del domicilio, queda fuera de su alcance y está ya pertinentemente tratada por el Tribunal–. Sin embargo, estas regulaciones, en la medida en la que se dictan por cada uno de los Estados miembros y no han de seguir una misma filosofía –si bien lo inteligente sería que se adapten, al menos por el momento, a la promulgada por el TJUE–, siguen siendo absolutamente susceptibles del control jurisdiccional europeo que, como se ha visto a lo largo de este análisis, defiende de manera un tanto desbocada la libertad de establecimiento.

Ejemplar es el caso de nuestro legislador, que a través de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, recoge casi punto por punto los criterios de traslado internacional del domicilio social, y es que, guardando también cierta contradicción con el precepto que anteriormente se mencionaba de la Ley de Sociedades de Capital –en el cual se consagra el principio de la sede real–, termina por abrazar en este pequeño conjunto de tres artículos referidos al traslado internacional del domicilio social, la teoría de la incorporación: la fórmula, referida al traslado al extranjero, *si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad*, lo deja más que patente.

Ciertas dudas ofrece sin embargo, el obstáculo del traslado a la sociedad en liquidación materializado en el artículo 93.2 de la citada Ley –que señala que *no podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores*–, que por azares de la casuística podría acabar, por su cercanía a lo acaecido en Polbud, por ser cuestionado.

143. De todos modos, y como conclusión, cabría poner a nuestro país, de nuevo, como ejemplo o punto de partida explicativo de los peligros de la inseguridad jurídica vertida sobre el territorio de la UE. España, integrada según nuestra Constitución, por diversas nacionalidades, sigue un modelo autonómico, con a veces no muy claros repartos competenciales.

Esto, lo dicho, convierte a nuestro Estado en una “maqueta” de la Unión y, como es evidente, en él ya hubo problemas en el pasado con respecto al establecimiento de “domicilios sociales buzón” con el objetivo de disfrutar de, por ejemplo, los regímenes tributarios más beneficiosos de ciertos territorios.

Curiosamente esto fue combatido a través de la aplicación de la teoría de la sede real que actualmente puede ser fuertemente cuestionada, incluso en nuestro propio territorio, motivo de una armonización forzosa y quizás contradictoria en ocasiones, por parte del TJUE.

Armonización que, dicho sea de nuevo, no es garantista y que responde a la inactividad del legislador europeo que, si bien favorece la movilidad y la libre elección de ley societaria, todo ello beneficioso para el libre mercado y la desregularización, deja por el camino ciertos vacíos e interrogantes.

144. Quedan las puertas abiertas a situaciones que, si bien están tratadas por conceptos autónomos, no está exentas de interferencias por el concepto de domicilio social en términos de ley aplicable: las ya mentadas materias tributaria, laboral o de competencia judicial en sentido amplio.

145. Y quedan, por último, las puertas abiertas, esta vez de par en par, a posibles vulneraciones de los derechos de accionistas minoritarios y terceros, cuya protección en materia de traslado internacional de domicilio no tiene por qué ser legislada de manera obligatoria –como así sucede– por los Estados miembros y que, en ocasiones, de serlo, pueden ser contradictorias entre sí.

146. Por no hablar ya de la ley aplicable a la responsabilidad de los administradores, que supuestamente debiera ser la del país desde el cual realmente administran, convirtiéndose esto, en mi opinión, el límite último al *forum shopping* intraeuropeo en materia de elección de ley aplicable a las sociedades:

147. Es tolerable, en fin, la libertad de elección de los requisitos de constitución más favorables económicamente. Promueve la competitividad y el libre mercado. Pero: ¿Qué hay de la elección de la ley aplicable a ciertas responsabilidades con independencia del lugar en el cuál hayan sido contraídas? ¿Podría esto guardar nexos, además de con la materia mercantil, con la tributaria? ¿En que posición quedaría la jurisprudencia del TJUE con relación al lugar de generación de los daños o, dicho a la inversa, de generación de las responsabilidades?

148. La incertidumbre, como puede verse, es seria. Y trasciende de la temática jurídica, llegando a aquello no controlable por el jurista, la política. Depende de la voluntad integradora de la política europea el asiento de un marco para la regulación. Y hasta que este no sea establecido, la inseguridad jurídica en esta materia, producto de un caos común en una Unión Europea hoy por hoy un tanto desorientada, perdura y, con ello, desasosiega.