

TRASLADO INTERNACIONAL DE SEDE SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: DEL CASO *DAILY MAIL* AL CASO *CARTESIO*. VEINTE AÑOS NO SON NADA

FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Católica San Antonio de Murcia
Abogado

Recibido: 19.01.2009 / Aceptado: 06.02.2009

Resumen: La sentencia del TJUE de 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, aborda un caso clave que arroja luz sobre la cuestión del régimen jurídico del traslado internacional de sede social en la UE. Veinte años después de la no menos famosa sentencia del mismo TJCE en el caso *Daily Mail* (STJCE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*), el TJCE aclara que la libertad comunitaria de establecimiento no otorga a las sociedades el derecho a trasladar su domicilio de un Estado miembro a otro sin cambio de la Ley aplicable a dicha sociedad y con mantenimiento de la personalidad jurídica. Pero la sentencia de 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, dice mucho más que eso: incorpora los límites comunitarios a la competencia de los Estados miembros para determinar la Ley aplicable a las sociedades con ocasión del traslado del domicilio de las mismas en la UE.

Palabras clave: Libertad de establecimiento, sociedades mercantiles, domicilio social, Lex Societatis, Conflicto de Leyes.

Abstract: On December the 16th 2008 the ECJ has revealed the so much awaited judgment on the *Cartesio* case. This judgment sheds some light on the transnational transfer of domicile for companies with regard to Community Law. Twenty years after the famous *Daily Mail* case (ECJ Judgment September the 27th 1988, *The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*), the ECJ underlines again that the freedom of establishment does not cover the right of transferring a firm's domicile from one Member State to another without change of the applicable Law. Anyway, the ECJ Judgment of December the 16th 2008, *Cartesio*, is much more than that. In this judgment, the TCJ points out the limits of the State freedom to determine the applicable Law to companies that arise from Community Law.

Key words: Freedom of establishment, firms, domicile of companies, Lex Societatis, Conflict of Laws.

Sumario: I. Introducción. – II. Problemática jurídica del traslado internacional de sede social. – III. Diversidad de supuestos de traslado internacional de sede social. A) Sociedad extranjera que traslada su sede estatutaria desde un país extranjero a España. B) Sociedad española que traslada su sede estatutaria a un país extranjero. – IV. Traslado de sede social, libertad de establecimiento y Ley aplicable a las sociedades en la UE. Las sentencias *Daily Mail* (TJCE 27 septiembre 1988) y *Cartesio* (STJCE 16 diciembre 2008). A) El caso *Daily Mail* (STJCE 27 septiembre 1988, *Daily Mail*). B) El caso *Cartesio* (STJCE 16 diciembre 2008, *Cartesio*). – V. La doctrina del TJCE sobre el traslado de sede social y la libertad de establecimiento. A) La libertad de establecimiento. Datos previos. B) El art. 293 TCE y el derecho a un traslado intracomunitario de la sede social sin cambio de la Ley aplicable a la sociedad. C) Ley aplicable al traslado intracomunitario de sede social. D) Límite comunitario a la “regulación nacional” del traslado de sede social de un Estado miembro a otro.

II. Introducción.

1. Las cuestiones relativas al traslado internacional de sede social en la UE han motivado un interesantísimo nuevo pronunciamiento del TJUE en materia societaria: la STJUE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*¹. Esta sentencia se une a otras sentencias muy conocidas del TJCE en materia societaria: a) STJCE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*²; b) STJCE 9 marzo 1999, asunto C-212/97, *Centros*³; c) STJCE 5 de noviembre 2002, asunto C-208/00, *Überseering*⁴; d) STJCE 30 septiembre 2003 asunto C-167/01, *Inspire Art*⁵; e) STJUE 12 septiembre 2006, *Cadbury Schweppes plc*. Todas estas sentencias han suscitado numerosísimos comentarios y reflexiones en la doctrina especializada, especialmente la trilogía “*Centros-Überseering- Inspire Art*”⁶. La saga societaria del TJUE continúa. En la

¹ Aún no publicada aún en el Repertorio de jurisprudencia del TJUE. El texto utilizado para realizar este comentario ha sido extraído de la base de datos de la Comunidad Europea: <http://eur-lex.europa.eu>. Sobre esta sentencia, *vid.* el muy sugerente comentario de S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen”, *Betriebs Berater*, 12 enero 2009, pp. 58-63.

² *Rec. p.* 5483.

³ *Rec. p.* I-1459.

⁴ *Rec. p.* I-9919.

⁵ *Rec. p.* I 10155.

⁶ *Vid., inter alia*, S. GRUNDMANN, *European Company Law*, 2004, esp. pp. 839-846; T. BALLARINO, “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes”, *RCDIP*, 2003-3, pp. 373-402; P. BEHRENS, “Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art”, *IPrax*, 2003, pp. 193-207; H.-S. BIRKMOSE, “A Market for Company Incorporations in the European Union? – Is Überseering the Beginning of the End?”, *TulJIntCompL*, 2005, pp. 55-108; S. BRAUN, “Die Europäische Aktiengesellschaft nach ‘Inspire Art’ bereits ein Auslaufmodell?”, *Jura*, 2005, pp. 150-156; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 28, 1, 2007, pp. 59-100; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Cacucci Editore, Bari, 2004; W.F. EBKE, “Centros -Some Realities and Some Mysteries”, *AJCL*, 2001, pp. 623-640; W.F. EBKE, “Überseering: ‘Die wahre Liberalität ist Anerkennung’”, *JZ*, 58, 19, 2003, pp. 927-933; F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Vía libre a la movilidad de las sociedades en la UE: la STJCE de 30 septiembre 2003 (as. C-167/01), Inspire Art”, *La Ley*, núm.5924, 31 diciembre 2003; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; *Id.*, “Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable”, en J.F. DELGADO DE MIGUEL (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; *Id.*, “La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE”, *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; *Id.*, “La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después”, *Not.UE*, nº 195, 2001, pp. 79-96; A. FUNK, *Mitbestimmung in EU-Auslandsgesellschaften nach ‘Inspire Art’*, Baden-Baden, 2007; H. HEISS, “‘Überseering’: Klarschiff im internationalen Gesellschaftsrecht? Besprechung zu EuGH 5.11.2002 Rs C-208/00 (Überseering)”, *ZfRV*, 44, 3, 2003, pp. 90-97; J.-M. JONET, “Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement”, *J.Trib.(Brux.) Droit européen*, 11, 96, 2003, pp. 33-37; A. JÜTTNER, *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit – nach Centros, Überseering und Inspire Art*, Frankfurt am Main, 2005; P. KINDLER, “Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? Die ‘Überseering’-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht”, *NJW*, 56, 15, 2003, pp. 1073-1079; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 5 noviembre 2002, Überseering”, *RCDIP*, 2003, pp. 508-536; S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Wie inspiriert ist ‘Inspire Art’?”, *EZfW*, 2003, pp. 677-683; S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie”, *RIW*, 2002, pp. 925 y ss.; A. LÜHN, *Rechtsformwahl im nationalen und transnationalen Konzern*, Verl. Neue Wirtschafts-Briefe, 2004; M. LUTTER (Ed.), *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland: mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln, O. Schmidt, 2005; *Id.*, “‘Überseering’ und die Folgen”, *BB*, 58, 1, 2003, pp. 7-10; M. MENJUCQ, “Nota a STJCE 23 septiembre 2003, Inspire Art”, *JDI Clunet*, 2004, pp. 917-929; H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, Inspire Art”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; A. PERRONE, “Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti?: riflessioni sul ‘caso Centros’”, *Rivista delle società*, 46, 5, settembre-ottobre 2001, pp. 1292-1307; S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law: a European Perspective*, Oxford Univ. Press, 2001; *Id.*, “The long and winding road towards freedom of establishment for legal persons in Europe. ECJ case 208/00 Überseering Bv v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) [2002] not yet reported”, *M.J.*, 10, 2, 2003, pp. 169-197; W.H. ROTH, “From Centros to Ueberseering: free movement of companies, private international law, and Community law”, *JCLQ*, 2003, pp. 177-208; A. ROUSSOS, “Realising the free movement of companies”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 12, nº 1-2, January-February 2001, pp. 7-25; S. SÁNCHEZ LORENZO, “El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Libro homenaje al Prof. Sánchez Calero*, 2002, pp. 451 y ss.; *Id.*, “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.0, 2000, pp. 115-157; E. SCHANZE /A. JÜTTNER, “Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung ‘Inspire Art’”, *AG*, 48, 12, 2003, pp. 661-671; M. SIEMS, “Convergence, competition, ‘Centros’ and conflicts of law: European company law in the 21st century”, *Eur.L.Rev.*, 27, 1, February 2002, pp. 47-59; G. SIMEN GRAVIR, “Conflict of laws rules for Norwegian companies after the Centros judgement”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 12, 7-8, July-August 2001, pp. 146-153; G. SPINDLER, “Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen Inspire Art und Golden Shares?”, *RIW*, 49, 11, 2003, pp. 850-858; G. SPINDLER / O. BERNER, “Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Ins-

presente “nota” se expone el relieve que alcanza este nuevo pronunciamiento (STJUE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*), y se seguirá, a tal efecto, el riguroso tratamiento doctrinal que realizan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en relación con la transferencia internacional de sede o domicilio de las sociedades en la Comunidad Europea⁷.

II. Problemática jurídica del traslado internacional de sede social.

2. El traslado internacional de sede social de un país a otro suscita problemas complejos por varios motivos⁸: 1º) Suele implicar un cambio de la “Ley aplicable a la sociedad”; 2º) Es frecuente que dicho cambio quede sujeto a requisitos legales muy exigentes por parte de los Estados implicados, tanto por parte del “Estado de origen” como por parte del “Estado de destino”. Ello se explica por motivos fiscales, ya que la mayor parte de las Leyes fiscales estatales utilizan como criterios de sujeción al impuesto de sociedades, el “domicilio” o “sede” de la sociedad. Por ello, una “emigración de la sociedad” de un país a otro comporta un cambio de la Ley aplicable al impuesto de sociedades. Los Estados se resisten a dejar escapar a las sociedades con sede en su territorio que desean “emigrar” a otros países con tipos fiscales más reducidos. Así, la aplicación del Derecho Fiscal Societario español se articula a través del art. 7 TR Ley Impuesto sociedades (RD Legislativo 4/2004 de 5 marzo), cuyo texto indica que tributan por este impuesto al Fisco español las personas jurídicas que tengan su residencia en territorio español. Y se entiende que tiene su residencia en territorio español la persona jurídica que (art. 8): (a) Se ha constituido con arreglo a las Leyes españolas; (b) O tiene su domicilio social en territorio español; (c) O si tiene su sede de dirección efectiva en territorio español; 3º) En el caso de un traslado de sede social de un Estado comunitario a otro Estado comunitario, la libertad de establecimiento (arts. 43-48 TCE) no comprende el derecho de una sociedad a trasladar su sede de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio de la Ley aplicable a dicha sociedad. Esta “emigración intracomunitaria” de las sociedades está sujeta a las Leyes nacionales de los Estados miembros implicados en dicho traslado. Ahora bien, la libertad comunitaria de establecimiento debe ser respetada por las normativas nacionales de conflicto de Leyes.

pire Art”, *RIW*, 50, 1, 2004, pp. 7-16; G. SPINDLER, “El Derecho europeo de sociedades después de Inspire Art y Golden Shares”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 23, 2004, pp. 65-80; M.P. STRAUPE, “Das ‘Herkunftslandprinzip’ im EU-Gesellschaftsrecht nach der ‘Überseering-Entscheidung’”, *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 30, 2, 2003, pp. 33-44; V. TRIEBEL /K.A. VON HASE, “Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach ‘Überseering’ und ‘Inspire Art’”, *BB*, 58, 46, 2003, pp. 2409-2417; A. TRUNK, “Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerungen aus Centros, Überseering und Inspire Art”, *SZIER*, 2004, pp. 531-557; F. UNZICKER, *Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union nach der Centros- und der Überseering-Entscheidung der EuGH*, Frankfurt am Main, 2004; M.-PH. WELLER, “Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art”, *Iprax*, 2003, pp. 207-210; D. ZIMMER, “Nach ‘Inspire Art’. Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?”, *NJW*, 2003, pp. 3585-359; Id., “Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH”, *BB*, 58, 1, 2003, pp. 1-7.

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Personas jurídicas y sociedades mercantiles”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª edición, Ed. Comares, Granada, 2009, de próxima aparición y a cuyo texto se ha tenido acceso por gentileza de los autores; *vid. también*, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007-1, núm. 28, pp. 59-100.

⁸ La bibliografía especializada sobre el traslado internacional de sede social es ingente, en especial por lo que se refiere al marco comunitario. *Vid. a modo de muestra*, inter alia, W. BECHTEL, *Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie: zur europarechtskonformen Fortentwicklung des internationalen Gesellschaftsrechts*, Lang, Frankfurt am Main, 1999; P. BLANCO MORALES-LIMONES, *Transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997; H. DINKHOFF, *Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts*, Lang, Frankfurt am Main, 2001; L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Transferencia internacional de sede social”, *RGD*, vol. 591, 1993, pp. 11867-11908; U. DROBNIG, “Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht. ‘Daily Mail’ und die Folgen”, en V. BAR, CH. (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Colonia / Berlín / Bonn / Munich, 1990, pp. 185-206; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l’espace européen*, 1997; Id., *Droit international et européen des sociétés*, 2001; TH. RATKA, *Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften*, Wien, 2002; D. SANCHO VILLA, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, Madrid, 2001; D. SANCHO VILLA, “El traslado del domicilio social a España en el Registro Mercantil”, *AEDIPr*, 2000, pp. 465-480; O. SANDBROCK / AUSTMANN, “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?”, *RIW*, 1989, pp. 249-253; F. ZISOWSKI, *Grenzüberschreitender Umzug von Kapitalgesellschaften: eine Untersuchung aus steuerrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Gesichtspunkte*, v. Decker, Heidelberg, 1994.

III. Diversidad de supuestos de traslado internacional de sede social.

3. Existen diversos casos de traslado internacional de sede social de un país a otro, lo que exige un análisis separado, como ha expuesto con rigor P. BLANCO-MORALES LIMONES⁹.

A) Sociedad extranjera que traslada su sede estatutaria desde un país extranjero a España.

4. Se ocupa del caso el art. 309 RRM¹⁰. Del precepto se extraen distintos datos: 1º) Es perfectamente posible el traslado del domicilio estatutario de sociedades extranjeras al territorio español, pues ello no está prohibido por la Ley española, sino que está expresamente previsto; 2º) La sociedad que traslada su domicilio estatutario a España sólo puede inscribirse en el Registro Mercantil si se ha constituido o re-constituido con arreglo a la Ley española y, en consecuencia, ha fijado su domicilio estatutario en España. El art. 309.1 RRM se refiere a un “empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española”, lo que presupone que la sociedad antes extranjera debe regirse, desde el momento de su inscripción y tras su traslado de domicilio a España, por la Ley sustantiva española; 3º) El art. 309 RRM acepta implícitamente la “subsistencia de la personalidad jurídica” de la sociedad, pues el precepto alude a los “actos y circunstancias” que se “hallen vigentes” en el registro extranjero así como al depósito de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado. Será necesario exclusivamente que la sociedad cumplimente los requisitos que la Ley española exige a las sociedades anónimas españolas en la medida en que no sean cumplidos por la sociedad en cuestión –*ad ex.*, menciones necesarias en los estatutos, máximo y mínimo del capital social, etc. En otras palabras, no es preciso que la sociedad antes extranjera se disuelva para volver a constituirse con arreglo al Derecho español, pero sí es preciso que la sociedad extranjera cambie de Ley aplicable y pase a regirse por la Ley española; 4º) El Derecho del “Estado de salida” de la sociedad (primera *Lex Societatis*) regulará los requisitos y condiciones del acuerdo de traslado de sede social.

B) Sociedad española que traslada su sede estatutaria a un país extranjero.

5. Dicho traslado puede realizarse con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad o bien, previa extinción de la sociedad y re-fundación de una nueva sociedad en el extranjero.

1. *Traslado de sede social con mantenimiento de personalidad jurídica.* El caso se halla regulado en el art. 149.2 LSA y arts. 20, 160 y 161 RRM¹¹. Cubre tanto el caso de que la sociedad siga siendo “es-

⁹ P. BLANCO MORALES-LIMONES, *Transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, esp. pp. 98-104.

¹⁰ Artículo 309 RRM: “Traslado de domicilio a territorio nacional. 1. Cuando un empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española traslade su domicilio a territorio nacional, se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero.

Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero.

2. Será preciso, además, el depósito simultáneo en el Registro Mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado”.

¹¹ Artículo 20 RRM (redactado con arreglo al Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo): “Cambio de domicilio al extranjero. Si el cambio de domicilio se efectuase al extranjero, en los supuestos previstos por las Leyes, se estará a lo dispuesto en los Convenios internacionales vigentes en España y a las normas europeas que resulten de aplicación. En tales supuestos, el Registrador competente en razón del domicilio de la sociedad que se traslada certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la entidad antes del traslado, y no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del tribunal, notario u autoridad competente del nuevo domicilio acreditativa de la inscripción de la sociedad. Recibida ésta, cancelará la hoja de la sociedad y extenderá nota de referencia expresiva de los nuevos datos registrales.

2. Si en el Convenio se previese el mantenimiento de la nacionalidad española de la sociedad, las inscripciones se trasladarán, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, a la hoja que se le abra en el Registro Mercantil Central, en la que se practicarán en lo sucesivo los asientos correspondientes a dicha sociedad.

3. En la hoja abierta a la sociedad en el Registro correspondiente al antiguo domicilio, se extenderá la diligencia a que se refiere el apartado primero del artículo anterior.

4. Si el traslado fuera de una sociedad anónima europea domiciliada en España a otro estado miembro de la Unión Europea, el Registrador del domicilio social originario certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la entidad antes del traslado y extenderá en la hoja abierta a la entidad la diligencia a que se refiere el apartado primero del artículo anterior.

pañola” como el caso de que la sociedad se transforme en sociedad extranjera. Pues bien, tales preceptos exigen que exista un Convenio internacional entre los Estados implicados o normativa comunitaria que permita el traslado de domicilio social al extranjero con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que traslada su sede social. El Convenio internacional o la normativa comunitaria pueden prever que la sociedad mantenga la nacionalidad española o bien que la pierda y adquiera la del Estado de acogida, pero en todo caso, permite que la sociedad no tenga que disolverse en España y con arreglo

Quando la sociedad anónima europea se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio, el Registrador español del anterior domicilio cancelará la hoja de la sociedad después de recibir la correspondiente notificación en la que la autoridad correspondiente del nuevo domicilio le dé cuenta de aquella inscripción. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 315 de la Ley de Sociedades Anónimas y 160.3 de este Reglamento”.

Artículo 160 RRM: “*Inscripción de la sustitución del objeto y de la transferencia del domicilio social al extranjero. 1. La inscripción de la sustitución del objeto o de la transferencia al extranjero del domicilio social, sólo podrá practicarse cuando, además de los requisitos señalados en los artículos 158 y 163, conste en la escritura pública la declaración de los administradores de que ningún accionista ha hecho uso del derecho de separación o, en su caso, de que han sido reembolsadas las acciones de quienes lo hubieren ejercitado o ha sido consignado su importe, con expresión del precio reembolsado por acción, previa reducción del capital social mediante amortización de las acciones.*

2. En la inscripción de la transferencia al extranjero del domicilio social se harán constar, además, los datos relativos al convenio internacional en que se funda el acuerdo y a su ratificación, con expresión de la fecha y número del Boletín Oficial del Estado en que se hubieran publicado el texto del convenio y el instrumento de ratificación”.

Artículo 160 bis RRM: “*Inscripción del traslado del domicilio de una sociedad anónima europea a otro Estado miembro. 1. En el traslado de domicilio de una sociedad anónima europea domiciliada en España a otro Estado miembro de la Unión Europea, el Registrador del domicilio social, una vez que tenga por efectuado el depósito del proyecto de traslado, lo comunicará, en el plazo de cinco días, al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social y, en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente. Dicha comunicación se hará constar por nota marginal en la hoja abierta a la sociedad.*

2. El Gobierno, o en su caso la autoridad de vigilancia correspondiente, notificarán al Registrador la oposición en cuanto se haya aprobado dicho acuerdo y como máximo en el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 316.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. El Registrador hará constar esta circunstancia por nota marginal y denegará la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 315 de dicha Ley.

3. En la escritura pública de traslado deberá constar la declaración de los administradores de que ningún accionista ha ejercitado su derecho de separación, ni ningún acreedor su derecho de oposición. Caso contrario, el derecho de separación se recogerá mediante la declaración de los administradores de la que resulte el reembolso de las acciones correspondientes y los datos de identidad de los accionistas que ejercitaron tal derecho, previa amortización de aquellas y reducción del capital social. Y el derecho de oposición de los acreedores se recogerá mediante declaración de los administradores en la que conste la identidad de quienes se hubieren opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la sociedad. Todas estas circunstancias se harán constar en la inscripción.

4. El Registrador, a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de traslado presentada, acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos anteriores y practicadas las correspondientes operaciones registrales, expedirá la certificación a que se refiere el artículo 315 de la Ley de Sociedades Anónimas, y extenderá la diligencia contemplada en el artículo 20.4 de este Reglamento.

5. Una vez recibida por el Registrador la certificación de haber quedado inscrita la sociedad anónima europea en el Registro correspondiente al nuevo domicilio social, extenderá la inscripción de cierre de la hoja registral”.

Artículo 161 RRM: “*Reducción del capital a causa de sustitución del objeto o de la transferencia del domicilio social al extranjero. 1. En el acuerdo de la Junta General de sustitución del objeto o de transferencia al extranjero del domicilio social, se entenderá comprendido el de reducción del capital social en la medida necesaria para el reembolso de las acciones de quienes hubiesen ejercitado el derecho de separación de la sociedad.*

2. Cuando algún accionista hubiere ejercitado el derecho de separación dentro del plazo legal, los administradores de la sociedad, una vez transcurrido dicho plazo, publicarán el acuerdo de reducción del capital social en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de gran circulación en la provincia en que la sociedad tuviera su domicilio.

En el caso de que los acreedores hubieran ejercitado el derecho de oposición, no podrán reembolsarse las acciones hasta tanto la sociedad no preste las garantías oportunas”.

Artículo 149 LSA: “*Cambio de domicilio. 1. Salvo disposición contraria de los estatutos, el cambio de domicilio social, consistente en su traslado dentro del mismo término municipal, no exigirá el acuerdo de la junta general, pudiendo acordarse por los administradores de la sociedad.*

Dicha modificación se hará constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo siguiente.

2. El acuerdo consistente en transferir al extranjero el domicilio de la sociedad solo podrá adoptarse cuando exista un convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de su misma personalidad jurídica.

Los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán derecho de separación en los mismos términos y con las mismas consecuencias establecidas en el artículo 147”.

a la Ley española como paso previo a su inscripción en el extranjero y a su posible re-constitución en el país de destino. Sin embargo, hasta la fecha no existe ningún Convenio internacional vigente en España, ni normativa comunitaria que autorice este “traslado de sociedades” con mantenimiento de “personalidad jurídica”, al margen de lo establecido para la SE, SCE y AEIE¹².

2. *Traslado del domicilio social a un país extranjero con extinción de la personalidad de la sociedad.* Se acuerda el traslado del domicilio social al extranjero y la extinción de la sociedad con arreglo al Derecho español. La sociedad deberá reconstituirse en el país extranjero con arreglo a las leyes de dicho país. No obstante, si el establecimiento principal o la explotación principal de la sociedad continúa radicando en España, la sociedad seguirá siendo española y el acuerdo social de traslado al extranjero del domicilio social será nulo (art. 5.2 LSA).

IV. Traslado de sede social, libertad de establecimiento y Ley aplicable a las sociedades en la UE. Las sentencias *Daily Mail* (TJCE 27 septiembre 1988) y *Cartesio* (STJCE 16 diciembre 2008).

6. Con un intervalo de veinte años, el TJCE se ha pronunciado en dos sentencias de extraordinaria importancia sobre la cuestión de saber si la libertad de establecimiento de las sociedades recogida en el Derecho comunitario comprende el derecho de dicha sociedad a transferir su sede social de un Estado miembro a otro sin que ello requiera la previa disolución y posterior re-constitución de la sociedad con arreglo al Derecho del otro Estado miembro y con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad y de la Ley reguladora de la sociedad (“emigración de la sociedad de un Estado Miembro a otro”). El TJCE se ha pronunciado al respecto en la STJCE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*¹³, y en la STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*¹⁴. En ambos casos, con más de veinte años de diferencia, el TJCE ha mantenido una doctrina constante.

A) El caso *Daily Mail* (STJCE 27 septiembre 1988, *Daily Mail*).

7. El caso fue el siguiente. Una sociedad llamada *Daily Mail and General Trust PLC*, que era una sociedad holding y de inversión, constituida con arreglo al Derecho del Reino Unido y con sede social en dicho país, solicitó trasladar su domicilio social a Holanda sin perder por ello su personalidad jurídica ni su condición de sociedad británica, esto es, regulada por el Derecho inglés. La legislación británica no impedía dicho traslado. Tampoco impedía que dicho traslado se realizara sin que la sociedad perdiera su personalidad jurídica y sin que la sociedad tuviera que cambiar de legislación aplicable a la misma. La legislación fiscal británica sólo exigía que, antes de dicho traslado, la sociedad obtuviera una autorización específica expedida por la Hacienda Pública británica. La sociedad británica *Daily Mail* deseaba trasladar su domicilio social y sede de dirección a Holanda para realizar ciertas operaciones económicas. Ello se explicaba porque las Leyes fiscales británicas se aplican a las sociedades con domicilio en el Reino Unido, de modo que tales operaciones económicas a realizar cuando la sede social de la entidad *Daily Mail* estuviera ya en Holanda, no tributarían en el Reino Unido, sino en Holanda, que contaba con un tratamiento fiscal más beneficioso para la sociedad *Daily Mail*. Por otra parte, las leyes de los Países Bajos no impedían que las sociedades extranjeras establecieran su sede social y administración central en dicho país. Sin embargo, y ante la lentitud de la Hacienda británica, que tardaba en expedir la autorización fiscal en cuestión, la sociedad *Daily Mail* decidió, sin esperar a obtener la citada autorización fiscal británica, proceder a la apertura de una oficina de gestión de inversiones en los Países Bajos con vistas a prestar servicios a terceros. El órgano jurisdiccional británico preguntó al TJCE si la libertad comunitaria

¹² Vid. Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DO n° L 207 de 18 agosto 2003; 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), DO L 294 de 10 noviembre 2001; Reglamento 2137/85 del Consejo de 25 julio 1985 relativo a una asociación europea de interés económico, DO L 199 de 131 julio 1985.

¹³ Rec. p. 5483.

¹⁴ No publicada aún en el Repertorio de jurisprudencia del TJUE. Texto extraído de la base de datos: <http://eur-lex.europa.eu>.

ria de establecimiento se oponía a que un Estado miembro prohíba a una sociedad con sede social en dicho Estado miembro, trasladar, sin autorización previa ni aprobación, dicha sede a otro Estado miembro.

B) El caso *Cartesio* (STJCE 16 diciembre 2008, *Cartesio*).

8. El caso fue el siguiente. La sociedad *Cartesio* era una sociedad constituida de conformidad con el Derecho húngaro y que tenía su domicilio social en Hungría. Dicha sociedad trasladó su domicilio social a Italia, y manifestó que deseaba conservar su condición de “sociedad de Derecho húngaro”, es decir, de sociedad sometida a la Ley húngara. Invocó a tal efecto, la libertad de establecimiento de las sociedades del Derecho Comunitario (arts. 43-48 TCE). Con arreglo al DIPr. húngaro, dicho traslado era imposible, pues la sociedad húngara con sede social en Hungría que traslada su sede social fuera de dicho país, pierde su condición jurídica de “sociedad”, esto es, pierde su “personalidad jurídica”, se extingue.

V. La doctrina del TJCE sobre el traslado de sede social y la libertad de establecimiento.

9. En la STJCE 27 septiembre 1988, *Daily Mail*, y en la STCE 16 diciembre 2008, *Cartesio*, el TJCE ha indicado lo siguiente.

A) La libertad de establecimiento. Datos previos.

10. El TJCE ha perfilado varias cuestiones relativas a la libertad de establecimiento y que resultan indispensables para precisar el régimen jurídico del traslado intracomunitario de sede social.

1. *Contenido de la libertad de establecimiento en Derecho Comunitario.* La libertad de establecimiento comunitaria (art. 48 TCE) comporta el derecho de las sociedades constituidas con arreglo a las Leyes de un Estado miembro, a lo siguiente: (a) Instalar libremente establecimientos secundarios, tales como sucursales, filiales, agencias, etc., en otros Estados miembros; (b) Crear libremente nuevas sociedades en otros Estados miembros, con previa disolución de la primera sociedad existente en un Estado miembro, o sin previa disolución de la misma; (c) Participar libremente en la constitución de una sociedad en otro Estado miembro. Sin embargo, los arts. 43 y 48 TCE no comprenden el hipotético derecho de las sociedades constituidas con arreglo a la Ley de un Estado miembro y con sede en un Estado miembro, a trasladar su sede social de un Estado miembro a otro y a conservar al mismo tiempo su personalidad jurídica y su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas sin cambio de la Ley aplicable a tales sociedades. En suma, la libertad de establecimiento se orienta, fundamentalmente, a potenciar la creación *ex novo* de sociedades y la instalación de “establecimientos secundarios” en la UE por parte de sociedades ya existentes.

2. *Sociedades beneficiarias de la libertad de establecimiento.* Para beneficiarse de la libertad de establecimiento, las sociedades deben satisfacer, cumulativamente, dos requisitos: (a) La sociedad debe haber sido “constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro”. Por tanto, el Derecho Comunitario remite al Derecho nacional de los Estados miembros para verificar si la sociedad ha sido válidamente constituida (STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 109)¹⁵; (b) La sociedad debe tener su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro (art. 48 TCE).

3. *Determinación de las condiciones para la creación y extinción de una sociedad.* El Derecho Comunitario no regula esta cuestión. En consecuencia, la creación y extinción de las sociedades se rige por

¹⁵ STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 109: “Por consiguiente, con arreglo al artículo 48 CE, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho comunitario de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, la cuestión de si el artículo 43 CE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo, a semejanza, por lo demás, de la cuestión de si una persona física es un nacional de un Estado miembro que, por este motivo, puede gozar de dicha libertad, constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable. Por lo tanto, únicamente si se comprueba que esa sociedad goza efectivamente de la libertad de establecimiento teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 48 CE se plantea la cuestión de si tal sociedad se enfrenta a una restricción de dicha libertad en el sentido del artículo 43 CE”.

el Derecho estatal que resulta aplicable a la sociedad en cuestión (*Lex Societatis*). Dicha Ley se determina con arreglo al DIPr. de los Estados miembros. La Ley que regula la sociedad (*Lex Societatis*) “da la vida” a la sociedad y “quita la vida” a la misma: determina la creación y la extinción de las sociedades (STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 104 y 110, STJCE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *Daily Mail*, FJ 19 y Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO de 22 mayo 2008 en el asunto C-210/06, *Cartesio*, núm. 34)¹⁶.

4. *Determinación de la Ley aplicable a las sociedades*. El Derecho Comunitario tampoco regula esta cuestión. Por tanto, los Estados miembros son libres para utilizar uno u otro punto de conexión con el objetivo de determinar la Ley aplicable a las sociedades. Así, los Estados miembros pueden utilizar el criterio de la sede real (la sociedad se rige por la Ley del Estado en el que tienen su administración central), de la *Incorporation* (la sociedad se rige por la Ley del Estado con arreglo a la cual se han constituido), sede económica (la sociedad se rige por la Ley del país donde posee su principal explotación) o cualquier otro.

B) El art. 293 TCE y el derecho a un traslado intracomunitario de la sede social sin cambio de la Ley aplicable a la sociedad.

11. Visto que el art. 48 TCE no incluye el derecho a un traslado de sede social en el contenido de la “libertad de establecimiento”, la cuestión se regula por el art. 293 TCE. Este precepto indica que “*los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: - el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes*”. A la fecha presente, el derecho de las sociedades a un traslado de sede social de un Estado miembro a otro con “mantenimiento de la personalidad jurídica” no se ha desarrollado en el Derecho comunitario. No existen, en la actualidad, Convenios internacionales firmados entre los Estados miembros ni ninguna otra normativa de Derecho Comunitario que regule este derecho de las sociedades al traslado de sede social con mantenimiento de la Ley aplicable a la sociedad y de la personalidad jurídica (STCE 5 noviembre 2002, asunto C-208/00, *Überseering*¹⁷, FJ 69 y 70, STJCE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *Daily Mail*, FJ 21 y 23, STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 108)¹⁸.

¹⁶ STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 104: “*A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 19 de la sentencia Daily Mail and General Trust, antes citada, que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento*”. FJ 110: “*En consecuencia, un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerársela constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. 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*”. STJCE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *Daily Mail*, FJ 19: “*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*”. Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO de 22 mayo 2008 en el asunto C-210/06, *Cartesio*, núm. 34: “*Sin embargo, ésta no es la situación del caso de autos. Las normas examinadas en el presente asunto niegan por completo la posibilidad de que una sociedad constituida con arreglo al Derecho húngaro traslade su domicilio social a otro Estado miembro. El Derecho húngaro, tal y como lo aplica el tribunal mercantil, no se limita a establecer requisitos para este traslado, sino que exige que la sociedad se disuelva. Dado, en particular, que el Gobierno húngaro no ha proporcionado ningún elemento justificativo, es difícil ver cómo tal «negación misma de la libertad de establecimiento» puede ser necesaria por razones de interés público*”.

¹⁷ Rec. p. I-9919.

¹⁸ STJCE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *Daily Mail*, FJ 21: “*El Tratado ha tenido en cuenta esta disparidad de las legislaciones nacionales. Al definir en el artículo 58 las sociedades que pueden disfrutar del derecho de establecimiento, el Tratado hizo equivalentes la sede social, la administración central y el centro de actividad principal como vínculo de conexión. Además, en su artículo 220 el Tratado ha previsto la celebración, en la medida en que sea preciso, de convenios entre los Estados miembros a fin de asegurar, en especial, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro. Pues bien, ha de observarse que hasta la fecha no ha entrado en vigor convenio alguno celebrado sobre esta materia*”. FJ 23: “*Procede pues concluir que el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus so-*

C) Ley aplicable al traslado intracomunitario de sede social.

12. Al no regular el Derecho Comunitario esta cuestión, queda enteramente en las manos del Derecho de los Estados miembros implicados. Los requisitos para que una sociedad pueda trasladar su sede social de un Estado miembro a otro sin perder su personalidad jurídica y sin cambio de la Ley aplicable que rige dicha sociedad, se regulan por el Derecho que rige dicha sociedad (*Lex Societatis*), que será, normalmente, el Derecho del “Estado miembro de origen” de la sociedad, Estado donde la sociedad tiene su sede social (STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 107 y STJCE 5 noviembre 2002, asunto C 208/00, *Überseering*, FJ 70). En consecuencia, los casos suscitados fueron resueltos del siguiente modo.

1. En la STJCE 27 septiembre 1988, *Daily Mail*, el TJCE subrayó que la libertad de establecimiento recogida en el Derecho Comunitario no cubría el derecho de la sociedad inglesa “*Daily Mail*” a trasladar su sede social desde Inglaterra a Holanda con conservación de la Ley aplicable (Ley inglesa) a dicha sociedad. En consecuencia, la exigencia, por parte del Derecho inglés, de una autorización previa de carácter fiscal al traslado de la sociedad desde el Reino Unido a Holanda era perfectamente legítima. El Derecho inglés era aplicable para establecer las circunstancias que debían concurrir para conceder o denegar dicha autorización previa y necesaria al traslado. Tales motivos podían ser de carácter fiscal, tales como impedir que la sociedad pudiera eludir el pago de impuestos.

2. En la STCE 16 diciembre 2008, *Cartesio*, el TJCE señaló que la libertad de establecimiento recogida en el Derecho Comunitario no cubría el derecho de la sociedad de Derecho húngaro “*Cartesio*” a trasladar su sede social desde Hungría a Italia con conservación de la Ley aplicable (Ley húngara) a dicha sociedad. Para que ello fuera posible, este traslado con mantenimiento de la Ley aplicable y de la personalidad jurídica de la sociedad debería estar admitido por el Derecho húngaro. Y el Derecho húngaro no admitía dicho tipo de traslado de la sede social, de modo que si la sociedad llevaba a cabo tal traslado, dejaba de existir como tal “sociedad” (STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 102-105¹⁹ y Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO de 22 mayo 2008 en el asunto C-

ciudades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que sin embargo no han llegado a término”. STCE 5 noviembre 2002, asunto C-208/00, *Überseering* FJ 69: “El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión, en el apartado 23 de dicha sentencia, que el Tratado considera dichas divergencias como problemas que no están resueltos por las normas del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, sino que deben serlo mediante actos legislativos o tratados que, sin embargo, como señaló el Tribunal de Justicia, no se habían adoptado”. FJ 70: “Al actuar de esta forma, el Tribunal de Justicia se limitó a constatar que la posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica de que disfruta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución, y, en su caso, las modalidades de dicho traslado, estaban determinadas por la legislación nacional conforme a la cual se había constituido dicha sociedad. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que un Estado miembro podía imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio para poder conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de dicho Estado”. STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 108: “Por otra parte, debe señalarse que el Tribunal de Justicia llegó igualmente a dicha conclusión sobre la base del texto del artículo 58 del Tratado CEE. En efecto, al definir en dicho artículo las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento, el Tratado CEE consideró la divergencia entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere tanto al criterio de conexión exigido para las sociedades regidas por dichas legislaciones como a la posibilidad y, en su caso, al procedimiento para el traslado del domicilio, estatutario o real, de una sociedad de Derecho nacional de un Estado miembro a otro como una dificultad no resuelta por las normas sobre el Derecho de establecimiento, pero que debe serlo por medio de trabajos legislativos o convencionales, los cuales aún no han culminado (véanse, en este sentido, las citadas sentencias *Daily Mail and General Trust*, apartados 21 a 23, y *Überseering*, apartado 69)”.

¹⁹ STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 102: “El órgano jurisdiccional remitente señala que la solicitud de inscripción en el registro mercantil del cambio del domicilio de *Cartesio* presentada por ésta fue desestimada por el tribunal competente para la llevanza de dicho registro por considerar que, en Derecho húngaro, una sociedad constituida en Hungría no puede trasladar su domicilio, tal como se define en dicha Ley, al extranjero y, al mismo tiempo, seguir estando sujeta a la ley húngara, como ley que regula su estatuto jurídico”. FJ 103: “Puntualiza que tal traslado exige que, con anterioridad, la sociedad deje de existir y se constituya nuevamente de conformidad con el Derecho del país en cuyo territorio desea establecer su nuevo domicilio”. FJ 104: “A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 19 de la sentencia *Daily Mail and General Trust*, antes citada, que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento”. FJ 105: “En el apartado 20 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia señaló que las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el te-

210/06, *Cartesio*, núm. 34)²⁰. En efecto, el Derecho de un Estado miembro puede considerar que una sociedad que se rige por la Ley de dicho Estado miembro pierde su condición de “sociedad” por trasladar su domicilio de un Estado miembro a otro. En tal caso, la sociedad ya no existe: ha muerto.

D) Límite comunitario a la “regulación nacional” del traslado de sede social de un Estado miembro a otro.

13. El “Estado miembro de salida” de la sociedad es libre para regular, en los términos que estime conveniente, el traslado intracomunitario de sede social. Sin embargo, dicha libertad no es total. Los arts. 43-48 TCE exigen al Derecho del Estado de origen de la sociedad que admita estas dos posibilidades en relación con la cuestión del traslado intracomunitario de sede social.

1. El Derecho del Estado de origen de la sociedad debe permitir que ésta pueda disolverse y volver a constituirse en otro Estado miembro con arreglo a la Ley de este Estado miembro de destino”. Este caso no constituye, propiamente, un traslado de la sede social de la sociedad, sino un supuesto de extinción y re-constitución de la persona jurídica.

2. El Derecho del “Estado miembro de salida” de la sociedad debe otorgar a dicha sociedad su derecho a “transformarse”, sin previa disolución y liquidación de la misma, en una sociedad regida, ahora, por el Derecho nacional de otro Estado miembro (“Estado de destino”), siempre que el Derecho del “Estado miembro de destino” permita dicha transformación sin disolución de las sociedades extranjeras. Lo contrario supondría un obstáculo a la libertad de establecimiento de una sociedad válidamente constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro (STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 112 y 113)²¹. En efecto, una sociedad válidamente constituida en un “Estado miembro de salida”, y por tanto, beneficiaria de la libertad comunitaria de establecimiento, debe disfrutar, con arreglo a la libertad comunitaria de establecimiento, del derecho a “emigrar” a otro “Estado miembro de destino” mediante su transformación en una sociedad regida por el Derecho de tal “Estado de destino”. En otras palabras: cuando el Derecho del “Estado miembro de destino” permite la transformación de una sociedad “extranjera” en una sociedad “nacional”, el Derecho del “Estado miembro de salida” debe permitir dicha transformación, pues en caso contrario, tal Ordenamiento jurídico vulneraría la libertad comunitaria de establecimiento. Este derecho a trasladar la sede social desde un Estado miembro a otro Estado miembro sin disolución de la sociedad pero con cambio de la Ley aplicable a la misma está recogido en varios Reglamentos comunitarios (Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba

territorio nacional exigido con miras a la constitución de una sociedad, como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo de conexión. Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio estatutario, sino también la sede real, es decir, la administración central de la sociedad, de forma que el desplazamiento de la administración central fuera de ese territorio supone la disolución de la sociedad, con todas las consecuencias que dicha disolución implica en el plano del Derecho de sociedades. Otras legislaciones reconocen a las sociedades el derecho a trasladar su administración central al extranjero, pero algunas de éstas someten ese derecho a determinadas restricciones, y las consecuencias jurídicas del traslado varían de un Estado miembro a otro”.

²⁰ Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO de 22 mayo 2008 en el asunto C-210/06, *Cartesio*, núm. 34: “Sin embargo, ésta no es la situación del caso de autos. Las normas examinadas en el presente asunto niegan por completo la posibilidad de que una sociedad constituida con arreglo al Derecho húngaro traslade su domicilio social a otro Estado miembro. El Derecho húngaro, tal y como lo aplica el tribunal mercantil, no se limita a establecer requisitos para este traslado, sino que exige que la sociedad se disuelva. Dado, en particular, que el Gobierno húngaro no ha proporcionado ningún elemento justificativo, es difícil ver cómo tal «negación misma de la libertad de establecimiento» puede ser necesaria por razones de interés público”.

²¹ STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 112: “En efecto, en este último caso, la facultad a que se ha aludido en el apartado 110 de la presente sentencia, 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”. FJ 113: “Semejante obstáculo a la transformación efectiva de tal sociedad sin disolución y liquidación previas en una sociedad de Derecho nacional del Estado miembro al que ésta desea trasladarse restringiría la libertad de establecimiento de la sociedad interesada que, salvo si la restricción estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general, estaría prohibida en virtud del artículo 43 CE (véase, en este sentido, en particular, la sentencia *CaixaBank France*, antes citada, apartados 11 y 17)”.

el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), Reglamento nº 2137/85 del Consejo de 25 julio 1985 relativo a una asociación europea de interés económico) (STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 117-118)²². El TJCE, al permitir, *obiter dicta*, el traslado de la sede de una sociedad de un Estado miembro a otro con cambio de la Ley aplicable a la misma pero sin necesidad de disolución y liquidación de la misma, aplica por analogía esta solución, prevista para la SE, SCE y AEIE, al resto de sociedades regidas por los Derechos nacionales de los Estados miembros²³. En conclusión, no existe un derecho de las sociedades a trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro con mantenimiento de la personalidad jurídica y del Derecho aplicable a la sociedad. Pero sí que existe un derecho de las sociedades, cubierto por la libertad de establecimiento, a trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro con “cambio de la Ley aplicable”, es decir, mediante el ajuste legal de la sociedad al Derecho societario del Estado miembro de destino y el abandono de la Ley del Estado miembro de salida, siempre que dicha “transformación jurídica” sin necesidad de disolución de la sociedad, sea posible a tenor del Derecho del Estado miembro de destino.

²² STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 117: “A este respecto, procede señalar que, si bien dichos Reglamentos adoptados sobre la base del artículo 308 CE, prevén efectivamente un mecanismo que permite a las nuevas entidades jurídicas que crean trasladar su domicilio estatutario y, por ende, igualmente su sede real, dado que estos dos domicilios deben situarse, en efecto, en el mismo Estado miembro, a otro Estado miembro, sin que ello dé lugar ni a la disolución de la persona jurídica inicial ni a la creación de una persona jurídica nueva, tal traslado supone, no obstante, necesariamente un cambio en lo tocante al Derecho nacional aplicable a la entidad que lo realiza”. FJ 118: “Ello se desprende, por ejemplo, respecto a una SE, de los artículos 7 a 9, apartado 1, letra c), inciso ii), del Reglamento nº 2157/2001”.

²³ STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*, FJ 120: “Por consiguiente, la aplicación *mutatis mutandis* de la normativa comunitaria a la que se refiere la Comisión, aun cuando se suponga que deba imponerse en caso de traslado transfronterizo del domicilio de una sociedad regida por el Derecho nacional de un Estado miembro, en ningún caso puede abocar al resultado previsto en una situación como la controvertida en el asunto principal”.