

EL DOMICILIO SOCIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO: LA *SOCIETAS EUROPEA* A LA LUZ DE LA SENTENCIA ÜBERSEERING*.

IVO ALMAGRO ESPUNYES

1. INTRODUCCIÓN

1. El objeto de este trabajo va a ser el estudio de un aspecto específico del régimen de la Sociedad Europea (SE), el del domicilio social, especialmente en lo que atañe a su localización. Como veremos, al regular la SE el legislador ha optado por imponer necesariamente la coincidencia entre el domicilio social y la administración central de esta nueva forma societaria de Derecho comunitario, de acuerdo con lo que se conoce, en el ámbito del Derecho internacional privado de sociedades, como «teoría de la sede real» o «*Sitztheorie*». Examinaremos algunos de los problemas que se desprenden de tal elección dentro del marco general de lo que es —y de lo que debería ser— la SE.

Por otro lado, analizaremos la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Überseering*, para tratar de determinar qué consecuencias se derivan de la misma para el Derecho de sociedades. Asimismo, y con carácter más específico, intentaremos examinar si *Überseering* ha dado lugar a cambios o matizaciones que refuercen la idea de que el régimen del domicilio en la SE no termina de estar correctamente configurado de acuerdo con la evolución que está experimentando el Derecho de sociedades a nivel comunitario.

* El presente trabajo ha sido realizado gracias al apoyo del Departament d'Universitats, Recerca i Societat de la Informació de la Generalitat de Catalunya.

II. EL DOMICILIO SOCIAL EN LA SOCIETAS EUROPAEA

2. El Reglamento de la SE¹ contiene dos disposiciones básicas sobre el régimen jurídico del domicilio social: los arts. 7 y 8. Asimismo, encontramos otras normas que regulan aspectos específicos del régimen del domicilio a lo largo del Reglamento; a ellos haremos referencia más adelante. El art. 7 cumple la función de determinar cómo debe ser localizado en el espacio el domicilio de la SE, y el art. 8 establece el procedimiento conforme al cual puede trasladarse el domicilio social de un Estado miembro a otro. La localización que lleva a cabo el art. 7 resulta esencial dentro del sistema configurado por el Reglamento, puesto que, en el mismo, el domicilio cumple una función específica que no encontramos habitualmente en el Derecho de sociedades. En efecto, más allá de sus funciones habituales², en la SE el domicilio es un elemento determinante a la hora de establecer las normas reguladoras de la sociedad, por su incidencia en el sistema de fuentes establecido por el Reglamento.

En virtud del art. 9 del Reglamento, la SE queda sometida a una pluralidad de fuentes. En primer lugar, se regirá por las normas (materiales y conflictuales) contenidas en el Reglamento (art. 9.1.a). Por lo que respecta a las normas materiales —que regulan los aspectos concretos del régimen societario—, no se plantean problemas que afecten al ámbito de nuestro estudio. En cambio, las normas conflictuales, por las que el Reglamento se remite a disposiciones de Derecho interno, nos interesan en tanto que la remisión se efectúa a la legislación del Estado miembro del domicilio social³. Las previsiones del Reglamento podrán ser modificadas, cuando este lo permita expresamente, por los estatutos de la SE (art. 9.1.b). La relevancia del domicilio reaparece en el apartado c) del art. 9.1, puesto que todas las materias no reguladas por el Reglamento, o reguladas sólo parcialmente, se verán también sometidas al Derecho societario del Estado donde la SE esté domiciliada. Cabe señalar que esta remisión comprende tanto las disposiciones estatales relativas

¹ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 08.10.2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (*D.O.C.E.* núm. L 294, de 10.11.2001, pp. 1-21).

² Como pueden ser la determinación del foro de competencia judicial internacional o del lugar de notificación a efectos procesales.

³ *Vid.*, *ad exemplum* y sin ánimo de exhaustividad, los arts. 4.3, 5, 13, 15.1, 47.1, etc.

exclusivamente a la SE, como aquellas disposiciones aplicables en general a las Sociedades Anónimas internas.

3. Vista la importancia de la determinación del domicilio en la configuración concreta del estatuto jurídico de la SE, pasamos a examinar su regulación, establecida por el Reglamento en su art. 7, que reza así:

El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar.

Lo primero que nos llama la atención es que, contrariamente a lo que sería de esperar del régimen jurídico de la SE, este artículo limita la libertad de localización del domicilio, puesto que opta por un modelo de sede real (*Sitztheorie*), al imponer la coincidencia —dentro de un mismo Estado miembro— entre el domicilio social y la administración central. La obligatoriedad de la ulterior coincidencia física, en el interior de dicho Estado, se deja en manos del desarrollo legislativo de la SE que lleven a cabo los Estados. El Reglamento no define el concepto de «administración central», por lo que se ha propuesto⁴ acudir al concepto de «centro de intereses principales» contenido en el considerando 13 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia⁵, con su doble articulación en un criterio material («lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses») y un criterio de protección de terceros («y que, por consiguiente, puede ser averiguado por terceros»).

4. Es difícil no valorar negativamente la adscripción al modelo de sede real; valoración que se refuerza si tenemos en cuenta que esta sorprendente elección viene a unirse a otras sorprendentes elecciones realizadas por el legislador comunitario al elaborar este Reglamento, de las que quizá sea la mejor muestra el predominio de la técnica conflictual por encima de la solución material en la regulación

⁴ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, enero/febrero, núm. 217, pp. 7-38, p.15.

⁵ Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29.05.2000, sobre procedimientos de insolvencia (*D.O.C.E.* núm. L 160, de 30.06.2000, pp. 1-18; corrección de errores en el *D.O.C.E.* núm. L 176, de 05.07.2002, p. 47).

societaria⁶. En efecto, a raíz de esta opción, se nos plantean serias dudas sobre si podemos afirmar que la SE es un tipo societario verdaderamente europeo. Para empezar, este planteamiento casa mal con el primer considerando del Reglamento, que justifica la aprobación de la SE como mecanismo para que estas empresas «puedan concebir y llevar a cabo sus actividades a escala comunitaria». Asimismo, el considerando 7 dispone que «las disposiciones de un Reglamento de este tipo permitirán la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea». Pues bien, desde un punto de vista general, podemos afirmar que el hecho de ligar tan estrechamente la SE con un solo Estado miembro supone, hasta cierto punto, romper con las referidas «escala comunitaria» y «dimensión europea». Como decimos, esta fuerte atadura no encaja dentro del modelo general de lo que se esperaba de la SE, puesto que confiere un cariz nacional a un modelo societario que debería ser europeo, esto es, no ligado a un ordenamiento estatal concreto, sino al Derecho comunitario en general —pues, tal y como ha quedado configurado su régimen, la SE no aporta demasiadas ventajas respecto de lo que ya nos ofrecían los distintos Derechos societarios internos—.

Por otro lado, como afirma Garcimartín⁷, el modelo escogido por el art. 7 del Reglamento tiene como consecuencia que se discrimine a las SE frente a las sociedades domiciliadas en Estados miembros con un modelo societario de constitución (*Gründungstheorie*): estas últimas pueden fijar —o desplazar— libremente su administración central en todo el territorio comunitario, mientras que si lo hace una SE, deberá liquidarse, como veremos más adelante. En general, el modelo de sede real restringe la autonomía de la voluntad de los socios, y por lo tanto, casa mal con las necesidades del tráfico privado internacional, que requiere de mecanismos flexibles para que las sociedades puedan adaptar con cierta agilidad sus estructuras a las circunstancias variables de la vida societaria. Por último, cabe hacer referencia al hecho que el modelo escogido resulta, en cierto modo, incongruente en relación con el considerando 5 del Reglamento, en virtud del cual «[l]os Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las Sociedades Europeas en virtud del presente Reglamento entrañe [...] limitaciones desproporcionadas [...] al cambio de su domicilio». Pues

⁶ Para una crítica detallada a la opción por la teoría de la sede, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «El reglamento de la...», *loc. cit.*, pp. 15-16.

⁷ *Ibid.*, p. 15.

bien, aunque en un sentido estricto esta lectura pueda ser discutida, entendemos que el modelo de sede real supone, en materia de cambio de domicilio, unas limitaciones mayores que las que se derivan de un modelo de constitución o, en todo caso, de un modelo más flexible en cuanto a la coincidencia entre la sede estatutaria y la sede efectiva. Evidentemente, puesto que el modelo de sede real viene impuesto por el articulado del Reglamento, no existe contravención directa de la obligación recogida en este considerando; pero la filosofía implícita en esta disposición sí se ve algo menoscabada por la elección del legislador comunitario. En este sentido, el Reglamento adolece de cierta incongruencia interna.

Más allá de las críticas doctrinales, podemos intuir en el propio texto del Reglamento un cierto reparo (¿podríamos llamarlo arrepentimiento?) ante el hecho de haberse acogido a la *Sitztheorie*. El propio considerando 27 nos lo hace pensar así al apuntar que «el régimen de la sede real que el presente Reglamento establece para la SE [...] no prejuzga las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades». Asimismo, el art. 69.a) del Reglamento prevé la posible modificación de este régimen, ya que dispone que la Comisión elabore un informe sobre la aplicación del Reglamento, en un plazo máximo de cinco años desde la entrada en vigor del mismo, en el que se analice, entre otros extremos, la conveniencia de «permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados miembros». Las previsiones del considerando 27 y del art. 69.a), leídas conjuntamente, nos dejan entrever indirectamente que el legislador era consciente del hecho que su opción quizá no era la más acorde de acuerdo con la evolución del Derecho comunitario (especialmente de su jurisprudencia) en lo que atañe al Derecho de sociedades. Volveremos sobre este punto más adelante, al analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero podemos apuntar —con carácter preliminar— que, si bien no puede afirmarse que la teoría de la sede haya sido declarada incompatible con el Tratado de la Comunidad Europea, sí lo han sido algunas de sus consecuencias (o, en todo caso, el modo en que algunos Estados miembros han regulado dichas consecuencias). ¿Supone esto una cierta tendencia del Tribunal a decantarse por la teoría de la constitución como modelo preferible en el estado actual del Derecho comunitario de sociedades? Trataremos de dar respuesta a este interrogante más adelante.

5. Sea como fuere, una vez formalizada la adscripción a la teoría de la sede en el art. 7, el Reglamento se ocupa de asegurar, mediante un sistema de control, el respeto a esta norma. El Reglamento no

se ocupa expresamente del control *ex ante*, es decir, previo a la constitución de la SE. Sin embargo, se entiende que esto no plantea demasiadas dificultades —a pesar de los posibles problemas probatorios: es difícil determinar la administración central de una sociedad que todavía no actúa—, pues las autoridades nacionales competentes para controlar la constitución y la inscripción de la SE podrán encargarse de comprobar esta coincidencia⁸. Por lo que respecta al control *ex post*, el art. 64 prevé la solución en caso de falta de coincidencia entre el domicilio social y la administración central: si una SE traslada esta última, el Estado en que esté domiciliada deberá obligarla, en un plazo determinado, bien a reimplantar dicha administración en su territorio, o bien a proceder al traslado del domicilio conforme al procedimiento del art. 8 (que veremos a continuación). De no hacerlo, el Estado del domicilio deberá garantizar que se liquide la SE. Por último, el Reglamento establece un sistema de vigilancia pública con fuertes potestades de control, ya que si las autoridades o cualquier interesado conocen el cambio de situación de la administración central, el Estado en que esta se haya situado deberá comunicarlo al Estado del domicilio, para que proceda a obligar a la SE a optar por una de las dos vías que hemos señalado (reimplantar o trasladar).

6. Antes de pasar al estudio de la jurisprudencia, debemos hacer una breve referencia al resto de disposiciones del Reglamento que disciplinan, en mayor o menor medida, el régimen aplicable a la SE. En primer lugar, obviamente, está el art. 8, que permite el traslado intracomunitario del domicilio social (el traslado nacional y el extracomunitario, en tanto que materias no reguladas, quedan sometidos a lo dispuesto en el Derecho interno, de acuerdo con el sistema de fuentes expuesto anteriormente), con la nota fundamental del mantenimiento de la personalidad jurídica (art. 8.1 *in fine*⁹). Los apartados 2 a 16 del art. 8 establecen, de forma muy detallada, el procedimiento de traslado de sede, cuya función esencial —más allá de establecer el *iter* conforme al cual debe desarrollarse la operación, desde que se toma la decisión de incoar el procedimiento hasta que se produce la inscripción definitiva en el Estado de destino— es la de proteger los derechos de los accionistas minoritarios y de los acreedores y titulares de otros derechos. Asimismo, estas normas dispo-

⁸ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «El reglamento de la...», *loc. cit.*, p. 16.

⁹ Que dispone así: «Dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica».

nen: un sistema de coordinación registral (apdo. 11); algunos criterios para la protección de los acreedores y los terceros, como la regla de oponibilidad del domicilio (apdo. 13), la que prohíbe el traslado en supuestos de disolución, liquidación, insolvencia o suspensión de pagos (apdo. 15) o la que modifica la determinación del domicilio a efectos de competencia judicial internacional (apdo. 16); y una cláusula de salvaguarda en virtud de la cual los Estados pueden oponerse a un traslado por motivos de interés público (apdo. 14). Por otra parte, se ocupan también del domicilio y su traslado los arts. 14.2 —sobre el anuncio de los traslados en el *D.O.U.E.*—, 37.3 —que veta el traslado cuando se cree una SE por transformación de una SA preexistente—, 59.1 y .2 —*per relationem*, ya que establece los quórumos requeridos para la modificación de los estatutos, que son los mismos que se exigen para adoptar la decisión de traslado— y 69.c) —que dispone que el informe sobre la aplicación del Reglamento, al que ya hemos hecho referencia, tome en consideración la posibilidad de modificar la cláusula sobre competencia judicial internacional del art. 8.16 del Reglamento—.

III. EL CASO ÜBERSEERING

7. Como hemos visto, a principios de octubre de 2001 se aprueba finalmente, después de más de tres décadas de intentos frustrados, el estatuto de la Sociedad Europea. Poco más de un año después, el 5 de noviembre de 2002, el Tribunal de Justicia resuelve un asunto en materia de derecho de establecimiento de sociedades; se trata de la sentencia *Überseering*¹⁰, por la que el Tribunal da respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio entre la sociedad neerlandesa *Überseering* (inscrita en el Registro Mercantil de Amsterdam y Haarlem) y la sociedad NCC (domiciliada en Alemania). Los hechos se resumen como sigue. En octubre de 1990, *Überseering* adquiere un terreno en Alemania; dos años más tarde, encarga a NCC que realice unas obras de renovación del edificio de aparcamientos y el motel situados en el mismo. *Überseering* consideró que existían vicios en los trabajos de pintura. Posteriormente, a finales de 1994, dos ciudadanos alemanes adquieren la totalidad de las participaciones sociales de *Überseering*. En 1995, la sociedad

¹⁰ STJCE de 05.11.2002, as. C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Recopilación 2002 pp. I-9919.

neerlandesa requiere a NCC para que subsane los vicios, y al no ser atendida su petición, interpone una demanda ante el Landgericht Düsseldorf para reclamar los gastos de subsanación de los vicios, así como los correspondientes daños y perjuicios. Dicho tribunal desestima la demanda, por lo que Überseering apela ante el Oberlandesgericht Düsseldorf, que confirma la tesis del tribunal de instancia, declarando la inadmisibilidad del recurso.

8. El motivo de semejantes resoluciones lo encontramos en las consecuencias derivadas de la adscripción del Derecho de sociedades alemán a la *Sitztheorie*, sumada a la opción del Derecho societario neerlandés por la *Gründungstheorie*. En efecto, la *Zivilprozessordnung* (Ley de Enjuiciamiento Civil alemana) dispone que debe declararse la inadmisibilidad de las demandas presentadas por personas que no tengan capacidad procesal; a su vez, el art. 50 de esta ley establece que tienen capacidad procesal las personas que tengan capacidad jurídica. En lo que respecta a las sociedades, la capacidad jurídica viene determinada —en virtud de la *Sitztheorie*— en función del estatuto personal, regido por el derecho del Estado donde se encuentre su sede de administración central o principal (sede real), independientemente del Estado en el que la sociedad se haya constituido. Según se desprende de la doctrina alemana mayoritaria, así como de la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán), desde la adquisición de todas las participaciones de Überseering por los dos particulares residentes en Düsseldorf, esta sociedad tiene su sede de administración real o efectiva en dicho lugar. De ello se deriva que, a partir de dicha adquisición, la sede real de Überseering se localiza en Alemania, y en tanto que sociedad inscrita en los Países Bajos, no tiene capacidad jurídica —y en consecuencia, tampoco procesal— en Alemania. Así pues, su demanda no puede ser admitida.

Ante esta resolución del Oberlandesgericht Düsseldorf, Überseering decide presentar un recurso de casación ante el Bundesgerichtshof. Este tribunal, en vista de los hechos, cuestiona la compatibilidad entre la libertad de establecimiento de los arts. 43 y 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y las normas alemanas por las que una sociedad, válidamente constituida en otro Estado miembro, ve como no se le reconoce ni capacidad jurídica ni capacidad procesal como consecuencia del hecho que, desde el punto de vista de dicho ordenamiento, se considera que ha trasladado su domicilio efectivo a Alemania. Por ello, decide acudir al Tribunal de Justicia en vía de cuestión prejudicial.

9. En su sentencia, el Tribunal, examinadas las alegaciones de las partes, procede a responder a la cuestión que se le plantea evaluando, en primer lugar, si resultan aplicables las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento; su conclusión es afirmativa. El Tribunal llega a dicha respuesta desestimando los argumentos en contra alegados por las partes. En primer lugar, descarta que la previsión del tercer guión del art. 293¹¹ constituya una reserva de legislación a favor de los Estados, puesto que sólo se aplica «en tanto sea necesario», es decir, en tanto que las disposiciones del Tratado no permitan realizar sus objetivos. La inexistencia de tratados como los previstos en dicho precepto —o de una armonización mediante las Directivas del art. 44 TCE— no puede condicionar el ejercicio de la libertad de establecimiento. En segundo lugar, el Tribunal también descarta la alegación basada en la sentencia *Daily Mail*¹², ya que entiende que los supuestos de hecho de ambas sentencias no son equiparables por dos grandes motivos. El primero consiste en que *Überseering*, a diferencia de *Daily Mail*, no tuvo en ningún momento intención de trasladar su sede, y lo que es más, desde el punto de vista de su ordenamiento de constitución —basado, como hemos visto, en la *Gründungstheorie*—, sigue siendo una sociedad plenamente válida, sin que tenga repercusión alguna la adquisición de sus participaciones por los dos nacionales alemanes. El segundo motivo que impide la equiparación entra ambas sentencias, según el Tribunal de Justicia, reside en que *Daily Mail* se ocupaba del trato otorgado a una sociedad por el Estado en el que se ha constituido, esto es, aquel en cuyo ordenamiento se basa su existencia, mientras que *Überseering* versa sobre el trato dado a una sociedad por el Estado en el que pretende beneficiarse de su libertad de establecimiento. Por ello, la doctrina *Daily Mail* (por la que se consideraba que el TCE no se oponía a que un Estado no permitiera que una sociedad, creada conforme a su Derecho, trasladara su domicilio sin pérdida de personalidad jurídica) no es extrapolable al caso *Überseering*, de lo que se colige que el Estado de acogida no puede ampararse en dicha sentencia para impedir el establecimiento de una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro.

¹¹ Que dice así: «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 [...]».

¹² STJCE de 27.09.1988, as. 81/87, *Daily Mail and General Trust Plc, Recopilación 1988 p. 5483*.

10. Fijada de este modo la pertinencia de la libertad de establecimiento para enjuiciar la falta de capacidad jurídica y procesal de la sociedad neerlandesa desde la óptica del Derecho alemán, el Tribunal de Justicia pasa a aplicar su esquema habitual para los supuestos de posibles restricciones a las libertades garantizadas por el Tratado. Lo primero que debe examinarse, evidentemente, es si existe una restricción de dicha libertad. Al respecto, el Tribunal afirma que la legislación alemana no permite, en un supuesto como el examinado, otra opción que no sea la de disolverse y volverse a constituir conforme al Derecho societario alemán; de no ser así, la sociedad no podrá hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales internos. Teniendo en cuenta que *Überseering* conserva en los Países Bajos su personalidad jurídica —ya que para la teoría de la constitución el supuesto traslado de sede efectiva es irrelevante—, la única solución posible desde el Derecho alemán (disolverse para volverse a constituir) supone negar de pleno la libertad de establecimiento de la sociedad neerlandesa, que sigue siendo válida para el Derecho de su Estado de origen. La restricción de la libertad en cuestión es, pues, obvia. El siguiente paso en el examen habitual del Tribunal consiste en determinar si dicha restricción puede estar justificada, para lo que deberá verificarse el cumplimiento de los cuatro criterios establecidos en apartado 37 de la sentencia *Gebhard*¹³: que la medida nacional se aplique de manera no discriminatoria, que esté justificada por razones imperiosas de interés general, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Por lo que respecta al primer criterio, la normativa alemana no es discriminatoria, puesto que en el caso inverso —una sociedad constituida en Alemania que trasladase su sede real a otro Estado— se producirían las mismas consecuencias: falta de capacidad jurídica y procesal. El segundo criterio también se ve satisfecho, ya que el Tribunal reconoce que existen razones imperiosas de interés general que pueden justificar esta restricción: la protección de los intereses de los acreedores, los socios minoritarios, los trabajadores e incluso la Hacienda Pública. Los dos criterios restantes son examinados en conjunto, desde el principio de proporcionalidad, y es justamente en este punto donde el Tribunal declara que la normativa alemana no puede ser justificada. La negación total de capacidad jurídica y procesal es

¹³ STJCE de 30.11.1995, as. C-22/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, Recopilación 1995 p. I-4165.

una medida absolutamente desproporcionada en relación con los objetivos enunciados, puesto que «equivale a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 43 CE y 48 CE» (apdo. 93 de la sentencia). Así pues, el Tribunal de Justicia entiende que no se cumplen los requisitos que permiten justificar la restricción a dicha libertad, y en consecuencia, declara incompatible con el Derecho comunitario la denegación de capacidad jurídica y procesal.

IV. LA SOCIETAS EUROPAEA VISTA DESDE ÜBERSEERING: ALGUNAS INCONSISTENCIAS DEL SISTEMA

11. Como acabamos de exponer, en el asunto *Überseering* el Tribunal declara incompatible con el Derecho comunitario una denegación absoluta de capacidad jurídica y procesal. O lo que es lo mismo, declara contraria a una de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE una normativa que encuentra su base en el modelo de sede real. Quede claro que el Tribunal no invalida el modelo de la *Sitztheorie*, ni tampoco establece como único modelo compatible con la libertad del art. 43 TCE el de la *Gründungstheorie*. Ambos modelos siguen siendo válidos, y queda en manos de los Estados miembros la elección de uno u otro en la configuración de su Derecho societario. Pero ello no obsta para que, dentro de cada uno de los modelos, el Derecho comunitario pueda entrar a marcar los límites que deben ser respetados, so pena de contravenir las libertades fundamentales. De este modo, el papel de la libertad de establecimiento del art. 43 TCE, en combinación con la norma del art. 48 TCE, no puede ser el de regular el Derecho societario desde un punto de vista conflictual: contrariamente a lo que sostuvieron algunos autores a raíz de la sentencia *Centros*¹⁴ —y que una lectura incorrecta del caso *Überseering* podría hacer resurgir—, el art. 48 TCE no es una norma de conflicto que entronice la teoría de la constitución en detrimento de la teoría de la sede real¹⁵, sino que tiene por única finalidad la de establecer el ámbito de aplicación personal de la libertad de establecimiento.

¹⁴ STJCE de 09.03.1999, as. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, *Recopilación* 1999 p. I-1459.

¹⁵ Al respecto, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, «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*, 2000, t. 0, pp. 115-157, pp. 120-121 y 125-126.

¿Cuál es entonces la función del Derecho comunitario en esta materia? Lo indica claramente el Abogado General Ruiz-Jarabo en los apartados 39, 40 y 43 de sus conclusiones en el caso *Überseering*¹⁶: «las cuestiones relativas a la definición del punto de conexión determinante de la *lex societatis*, así como los problemas derivados del traslado transfronterizo de la sede de una sociedad se regían y se rigen, a falta de ejercicio armonizador, por los ordenamientos de los Estados miembros, que, no obstante, *deberán respetar el derecho material de origen comunitario*»; «[d]esde esta perspectiva, el derecho europeo sigue sin incidir directamente en la capacidad de los Estados miembros de organizar las respectivas reglas de conflicto a su guisa, más allá de imponer el respeto de sus principios». En suma, el Derecho comunitario no puede configurar en esta materia los quince —pronto veinticinco— sistemas de Derecho internacional privado; sin embargo, sí puede obligarles a respetar sus principios y límites: por ejemplo, en el caso *Überseering*, Alemania hubiera debido respetar bien el principio de la libertad de establecimiento, bien los límites impuestos por los cuatro criterios examinados a las restricciones a dicha libertad.

12. Este planteamiento de base no nos impide afirmar que intuimos que el modelo preferido por los defensores del interés general de la Comunidad y del Mercado Interior sería el de la teoría de la constitución, puesto que se adapta mejor a las necesidades del tráfico jurídico intracomunitario y lo beneficia en mayor medida. Retomando lo que hemos apuntado anteriormente¹⁷, también puede sostenerse que los pronunciamientos de las sentencias Centros, *Überseering* y —más recientemente— *Inspire Art*¹⁸, se decantan, implícitamente y *a contrario sensu*, por la *Gründungstheorie*. Recordemos que en el caso Centros el Tribunal prohibía, también en virtud de la libertad de establecimiento, que un Estado denegara la inscripción de la sucursal de una sociedad válidamente constituida conforme al ordenamiento de otro Estado y domiciliada en este último, a pesar de que la sociedad no pretendía ejercer ninguna actividad comercial en el Estado de su domicilio, sino que dicha actividad iba íntegramente dirigida al Estado de establecimiento, con la fina-

¹⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 04.12.2001, *Recopilación 2002* pp. I-9922.

¹⁷ *Vid. supra*, apdo. 4.

¹⁸ STJCE de 30.09.2003, as. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, *Recopilación 2003* (aún no publicada).

lidad de eludir las normas de constitución de sociedades vigentes en este último —más rigurosas en materia de desembolso mínimo del capital social—. Vemos, pues, que el Tribunal vetó, de forma paralela a lo que posteriormente haría en el caso *Überseering*, una consecuencia de la aplicación de la *Sitztheorie*, en ese supuesto por parte de Dinamarca.

A su vez, el Tribunal retoma un razonamiento similar en el supuesto de la sentencia *Inspire Art*. En este caso, el Tribunal declara incompatible con la libertad de establecimiento una ley neerlandesa que impone requisitos específicos —relativos al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores— para los establecimientos secundarios, situados en los Países Bajos, de sociedades constituidas de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, pero que llevan a cabo sus actividades total o casi totalmente en territorio neerlandés (sociedades que dicha ley define como «formalmente extranjeras»). Recordemos que, al analizar el caso *Überseering*, hemos sostenido que los Países Bajos se caracterizan por su adscripción a la *Gründungstheorie*; afirmación que es cierta con carácter general, pero que se ve matizada por la existencia de normas como las incluidas en la ley examinada. Dicha ley pretende la aplicación de determinadas normas imperativas del Derecho neerlandés de sociedades —no de todo el Derecho societario de ese Estado— a las sociedades formalmente extranjeras, esto es, que actúan con carácter exclusivo o cuasi exclusivo en los Países Bajos gracias a las facilidades que para ello suponen las disposiciones del TCE en materia de libertad de establecimiento. En resumen: esta normativa neerlandesa intenta crear un régimen particular —más gravoso— para las sociedades extranjeras con sede real en su territorio. El Tribunal, después de pasar esta medida a través del filtro de los cuatro criterios de la sentencia *Gebhard*, la declara incompatible con la libertad de establecimiento. Una vez más, el juicio desfavorable se produce respecto de una medida basada claramente en el modelo de la *Sitztheorie*; y además, paradójicamente, esta situación se da en un país que, como hemos visto, opta con carácter general por la teoría de la constitución.

Bien es cierto que la respuesta del Tribunal, en los dos primeros casos, se debe a las consecuencias extremas a las que los Estados miembros en cuestión llevan sus modelos legislativos de sede real: Dinamarca deniega de modo absoluto la inscripción de la sucursal de Centros, y Alemania hace lo propio con la legitimación activa de *Überseering*. De ahí que el Tribunal, al aplicar los cuatro requisitos indispensables para justificar la restricción, consi-

dere que esas medidas no superan el enjuiciamiento desde el principio de proporcionalidad. Otro tanto podemos afirmar en relación con el caso Inspire Art: la ley no es declarada incompatible con el TCE *ab initio*, sino tras comprobar que no supera el referido test de proporcionalidad. Ahora bien, aun así, no es menos cierto que la restricción *per se* deriva directamente de la opción por un modelo de sede real. Es en este sentido en el que entiendo que la *Sitztheorie* es más difícilmente compatible con el Derecho comunitario, y en particular, con la libertad de establecimiento. El modelo de sede real, por su propio funcionamiento, supondrá restricciones a esta libertad con más frecuencia que lo haría el modelo de constitución. Y a pesar de que el Tribunal no prohíbe *a priori* estas restricciones, sino que sólo lo hace en caso de que no superen el «test Gebhard», la probabilidad de que la decisión final sea una prohibición de la medida estatal es mayor que si el principio rector fuera la *Gründungstheorie*, ya que de esta última es más difícil que se desprenda una restricción del art. 43 TCE. Como hemos apuntado, en la dialéctica «constitución vs. sede real», las libertades fundamentales del TCE se ven puestas en tensión con mayor frecuencia —aunque finalmente pueda acabarse justificando la medida— por parte de la segunda, con lo que no es excesivamente arriesgado afirmar que el Derecho comunitario «debería preferir» la teoría de la constitución.

13. En este contexto, ¿por qué el Reglamento de la SE se decanta por un modelo de sede real en su art. 7? No es fácil encontrar una respuesta satisfactoria. Sin duda alguna, buena parte de la culpa es atribuible a lo que Garcimartín califica de «problema grave de determinismo histórico»¹⁹: las tres décadas de negociaciones de la SE se han llevado a cabo «a la sombra siempre de un determinado modelo histórico», que no es otro que el modelo societario alemán²⁰. Más allá de esta explicación —que no justificación—, no es sencillo encontrar puntos de apoyo que nos permitan argumentar el porqué de la elección final del Consejo. Máxime cuando, en las normas de Derecho comunitario *de lege data*, la adscripción a la *Sitztheorie* consti-

¹⁹ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., «El reglamento de la...», *loc. cit.*, p. 9.

²⁰ *Ibid.*, p. 10; como pone de relieve el autor, la influencia directa del modelo alemán es especialmente evidente en determinados aspectos de este Reglamento, como por ejemplo el fuerte régimen de vigilancia pública instaurado por el art. 64.4, en materia de control *ex post* de la coincidencia entre domicilio social y administración central: *ibid.*, p. 16.

tuye una *rara avis* —aparte del art. 12 del Reglamento de la AEIE²¹, que no es precisamente un instrumento jurídico recentísimo, no existe en el Derecho comunitario otro supuesto similar—, y las propuestas *de lege ferenda* —como la Propuesta de Directiva relativa al traslado de la sede de las sociedades con cambio de la legislación vigente²², especialmente en el primer considerando y en el art. 3— tienden a respetar las diversas opciones de los Estados miembros, ciñéndose a la determinación de los límites o las reglas de mínimos, en la línea de las conclusiones del AG Ruiz-Jarabo en el caso *Überseering*. Teniendo en cuenta lo que acabamos de exponer, unido a la interpretación que hemos hecho de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como decimos, no nos resulta difícil mantener las críticas al art. 7 del Reglamento de la SE.

14. Nuestro punto de vista se refuerza todavía más si nos paramos a analizar qué hubiera sucedido si, dándose el mismo supuesto fáctico, *Überseering* hubiese sido una SE; esto es, una SE neerlandesa, constituida en los Países Bajos conforme al Reglamento de la SE y al Derecho societario neerlandés, cuyas acciones son íntegramente adquiridas por dos ciudadanos alemanes. El mecanismo del art. 64 del Reglamento debería entrar en funcionamiento, pero no está claro que sus engranajes llevaran a una solución coherente. Desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial alemán, dicha adquisición supondría, sin duda alguna, un traslado de la administración central de la SE, como hemos señalado al examinar la sentencia²³. Así pues, en virtud del apdo. 4 del art. 64, las autoridades alemanas —felices de poder ejercer esta facultad— procederían a notificarlo «sin demora» a las autoridades neerlandesas, para que estas tomaran las medidas oportunas en virtud del apdo. 1 del mismo artículo. Lo que no resulta tan evidente es que las autoridades neerlandesas, a su vez, consideraran de forma automática que la adquisición de

²¹ Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25.07.1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), (*D.O.C.E.* núm. L 199, de 31.07.1985, pp. 1-9).

²² Propuesta de decimocuarta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al traslado de la sede de las sociedades de un Estado miembro a otro con cambio de la legislación vigente: *Revista de Derecho de Sociedades*, 1997, año V, núm. 9, pp. 457-459; al respecto, *vid.* también el comentario de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2001-1, núm. 16, pp. 107-140, pp. 112-113.

²³ *Vid. supra*, apdo. 8.

acciones equivale a un traslado de administración central. En efecto, como hemos apuntado, el Reglamento de la SE no determina lo que debe entenderse por «administración central», y la propuesta doctrinal que nos remite al concepto de «centro de intereses principales» del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia no será forzosamente la escogida por los Países Bajos —o los otros Estados miembros—. Aún así, con bastante probabilidad la adquisición de todas las acciones de una SE por parte de personas residentes en un Estado diferente del de su domicilio sea considerada como un cambio de situación de la administración central.

En este escenario, nos encontraríamos en el supuesto de los apdos. 1 y 2 del art. 64, esto es, con un Estado —en nuestro caso los Países Bajos— forzado, en virtud del Reglamento, a adoptar medidas para obligar a dicha SE bien a reimplantar su administración central en su territorio, o bien a trasladar a Alemania su domicilio social. La primera opción no parece demasiado factible, pues no es probable que los dos particulares eligieran trasladarse a los Países Bajos, sobre todo teniendo en cuenta que dispondrían de la segunda opción: el traslado del domicilio social a su país de residencia. Es cierto que, en este supuesto, el traslado sería mucho menos distorsionador que en el caso *Überseering*: no sería necesario disolver la SE para reconstituirla posteriormente en Alemania, sino que bastaría con acogerse al procedimiento regulado por el art. 8 del Reglamento, que como sabemos permite mantener la personalidad jurídica. Este extremo no obsta a que, en el caso de que los nuevos titulares de las acciones no desearan llevar a cabo ese traslado —por motivos fiscales, por ejemplo—, esto supondría la obligación de las autoridades neerlandesas de tomar una medida tan drástica como es la de proceder a liquidar la SE, *ex. art. 64.2*.

15. ¿Tiene esto coherencia a la luz de lo establecido por el Tribunal de Justicia en el caso *Überseering*? Consideramos que la respuesta tiende a ser negativa: existen desajustes de coherencia y congruencia interna en el modelo europeo de sociedades. Obviamente, el supuesto no es idéntico, puesto que si en *Überseering* el Tribunal declaró que la denegación de legitimación activa era incompatible con la libertad de establecimiento fue justamente porque la única solución viable pasaba por disolver la sociedad y volverla a constituir en Alemania; en cambio, el Reglamento de la SE permite precisamente no tener que efectuar esta costosa operación. Pero no es menos cierto que, como he apuntado antes, la propia existencia del criterio del art. 7, derivado de la *Sitztheorie*, es el factor que origina este tipo de restricciones. Si la opción hubiese sido por un modelo

de *Gründungstheorie*, surgirían con menos probabilidad situaciones de problemática societaria, porque no se vería puesto en tensión el principio de la libertad de establecimiento²⁴. Así, la aplicación del supuesto de hecho de *Überseering* a una SE nos plantearía la siguiente situación: la SE neerlandesa, cuyas acciones hubieran sido adquiridas por ciudadanos alemanes, pero que no hubiera procedido al traslado de su domicilio social (en la hipótesis de que ni las autoridades alemanas ni las neerlandesas hubiesen tenido noticia previa de dicha adquisición de acciones), al dirigirse ante los tribunales alemanes para exigir los gastos de subsanación de unos vicios, se encontrarían con problemas equiparables a los de *Überseering*. Puesto que en virtud del art. 64 del Reglamento debería ser considerada como una sociedad en situación irregular, tendría problemas para hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales internos, que es justamente aquello contra lo que el Tribunal intentó luchar con su sentencia. Por otro lado, cabe señalar la agravante que supone el hecho que, con el Reglamento de la SE, este tipo de problemas aparecerán en cualquier supuesto similar, con independencia de cuáles sean los Estados miembros entre los que se produzca el movimiento de la SE; mientras que, en los casos de sociedades nacionales, estos desajustes se producen sólo cuando una sociedad sujeta a un ordenamiento que sigue la teoría de la constitución se dirige a un Estado en el que rige la teoría de la sede real.

16. En conclusión, sólo nos queda esperar que el Consejo se atreva a deshacerse del lastre histórico que supone, en este ámbito, el haberse inspirado tan directamente en el modelo societario alemán. Así pues, habrá que ver si la previsión del art. 69.a) del Reglamento es incluida por la Comisión en su primer informe, con lo que se facilitaría una modificación que supondría una innegable mejora para la SE, acercándola más al modelo de lo que debe ser una SE que verdaderamente cumpla su función de dinamización del tráfico jurídico intracomunitario.

²⁴ Damos por supuesto que las SE deben beneficiarse de la libertad de establecimiento del art. 43 TCE, pues aunque no se trata *stricto sensu* de «sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro» en el sentido del art. 48 TCE, no tendría ningún sentido discriminar a estas creaciones genuinamente comunitarias, apartándolas de los beneficios derivados del Derecho originario de los que gozan las sociedades de Derecho interno.