



# Traslado Internacional de Domicilio Social de Persona Jurídica

AUTOR: Marina Llinás Font.

TUTOR: Dr. Federico Francisco Garau Sobrino.

**ÍNDICE**

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO.....</b>	<b>4</b>
<b>3. PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD.....</b>	<b>6</b>
<b>4. PROBLEMÁTICA DE LA LEX SOCIETATIS.....</b>	<b>7</b>
<b>5. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA AL RESPECTO.....</b>	<b>8</b>
5.1. Caso Daily Mail (STJCE 27 septiembre 1988).....	8
5.2. Caso “Cartesio” (STJCE 16 diciembre 2008).....	8
5.3. Caso “Vale” ( STJCE 12 julio 2012) .....	9
5.4. Conclusión de la valoración de las mismas.....	9
<b>6. IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA CARTESIO.....</b>	<b>10</b>
<b>7. RELEVANCIA TRIBUTARIA DEL CASO “NATIONAL GRID” .....</b>	<b>13</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>15</b>

## 1. Introducción

Cada ordenamiento jurídico contiene normas que determinan cuáles son sus sujetos (poseedores de la personalidad jurídica) y en qué medida éstos adquieren capacidad, tanto de actuar jurídicamente como de asumir derechos y obligaciones. En Derecho Internacional dichas normas no han sido codificadas y, por lo tanto, deben deducirse de la práctica internacional y de su valoración por la jurisprudencia y la doctrina. El Derecho Internacional Privado es una rama del Derecho que analiza las relaciones jurídicas internacionales ya sea entre privados, o donde existe un interés privado. Esta relación jurídica tiene la particularidad de tener un elemento extraño al derecho local, que suscita ya sea conflictos de jurisdicción o de ley aplicable, y su fin es determinar quien puede conocer sobre el tema y que derecho debe ser aplicado. En definitiva, tiene como objeto los conflictos de jurisdicción internacionales, los conflictos de ley aplicable, los conflictos de ejecución y determinar la condición jurídica de los extranjeros.

De la jurisprudencia del TJUE establecida en Sentencias como “Daily Mail<sup>1</sup>”, se aprecia que al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, y en el Estado del Derecho de la Unión Europea, en virtud de un ordenamiento jurídico nacional, es decir, que sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento.

Es importante distinguir entre las diversas formas en que una sociedad puede hacer uso de la libertad de establecimiento la cual responde a unas necesidades actuales dirigidas a expandir la actividad social o trasladarla a otro Estado miembro. De esta forma, se debe diferenciar entre la creación de sucursales<sup>2</sup>, la creación de agencias<sup>3</sup> y el tema que nos ocupa, el cambio de domicilio social. Y todo ello, cabe diferenciarlo de la fusión y la creación de filiales, cuestiones que no se incardinan dentro de la libertad de establecimiento.

En este trabajo se abarca la cuestión de si a una sociedad, constituida de arreglo con la legislación de un Estado miembro, le es permitido trasladar su domicilio social a otro Estado miembro, sin necesidad de liquidación y, sin tener que constituirse de nuevo en el Estado miembro de destino. Para ello, se intenta aclarar la jurisprudencia obtenida hasta ahora por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea remarcando la falta o, por lo menos, la insuficiencia de regulación europea para solventar este problema.

---

<sup>1</sup> STJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto 81-87, Daily Mail and General Trust.

<sup>2</sup> Una sucursal puede ser definida como un establecimiento dependiente de otro establecimiento central que desempeña sus mismas funciones.

<sup>3</sup> Una agencia es una empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o a prestar determinados servicios.

## 2. La libertad de establecimiento.

Es sabido que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece, de una parte, la libre circulación de trabajadores y de capitales (art. 45 TFUE) y por otra parte, y la que realmente nos ocupa ahora, las libertades ligadas a la realización de actividades por cuenta propia: la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE).

Si bien es cierto que tradicionalmente esta libertad se reconocía como algo que podríamos llamar circunstancial y que ha tenido que ir venciendo a una gran problemática en cuanto a su reconocimiento pleno, se ha ido desarrollando adquiriendo gran importancia y, todo ello, gracias a la función que ha venido desarrollando el TJUE. Tanto es así, que el órgano ha ido especificando las facultades que forman parte de esta libertad ampliándose de forma bastante considerada y estableciendo, a través de su jurisprudencia la eficacia directa de la normativa aplicable en este campo para conseguir su garantía real y efectiva.

El TFUE reconoce la libertad de establecimiento tanto a personas físicas como a personas jurídicas. En relación a las últimas reconoce como un derecho cuyo ejercicio supone una actuación en un Estado diferente al que se encuentra el domicilio de la sociedad, es decir, se trata de un derecho de carácter transnacional. Queda claro que sólo puede invocarse este derecho si el supuesto en cuestión es referido siempre a situaciones externas y no internas. En tal sentido, el Tribunal de Justicia en la Sentencia “Vale<sup>4</sup>” afirma que “el traslado del domicilio social de una sociedad que opera con arreglo al Derecho de otro Estado Miembro... no puede admitirse en Derecho húngaro como transformación, pues la normativa nacional sobre transformaciones sólo se aplica a situaciones internas”. Y lo que realmente se planteaba en este caso es si existía compatibilidad de tal normativa estatal con la libertad de establecimiento.

Así, el art. 54 TFUE contempla la equiparación a efectos del derecho de establecimiento de las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social se encuentre dentro de la UE, con las personas físicas. Y debido a la amplia diversidad de regímenes jurídicos que existen en los Estados miembros y la falta de legislación comunitaria que hace que surja la necesidad de dar cabida a cada uno de ellos dentro del Derecho de la UE, esta norma adoptó una formulación un poco ambigua a la hora de regular el régimen aplicable a las personas jurídicas. Y precisamente por ello, su interpretación está sujeta a varias dificultades.

De esta forma, a lo largo de la historia de la Unión Europea, la libertad de establecimiento ha ido ampliándose por una serie de Directivas adoptadas con base en el art. 54 TFUE y gracias a la también extendida jurisprudencia que puede partir de la Sentencia “Centros<sup>5</sup>” donde ya se exige la obligación del reconocimiento de sociedades válidamente constituidas en otro Estado miembro, pero sin embargo, todavía en la actualidad sigue habiendo obstrucciones.

Y es que los Estados miembros tienen plena soberanía para fijar los requisitos de

---

<sup>4</sup> STJCE de 12 de julio de 2012, Asunto C-378/10, Vale.

<sup>5</sup> STJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C 212-97, Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

formación, constitución y conservación de una sociedad sometida a sus propias leyes siempre y cuando respete una serie de condiciones: permitir el cambio de domicilio social a otro Estado miembro cuando la legislación de este último lo permita así como también deben consentir ese traslado cuando la situación se refiera a una fusión transfronteriza; y cabe mencionar en este sentido, la consecuencia directa de estas acciones que es el cambio de la ley aplicable a la sociedad como resultado del cambio de conexión legislativa.

No hay que olvidarse de que los Estados miembros deben aceptar el asentamiento en su territorio nacional de las sociedades que provengan de otros Estados, llamados de origen.

Sin embargo, puede verse limitada esta libertad de establecimiento cuando la intención directa del cambio de domicilio social sea la de evitar de forma fraudulenta el régimen fiscal del Estado de origen, y a tales efectos, los Estados miembros deben controlar estas situaciones localizando los casos de abuso por parte de las sociedades, si bien es cierto que en ocasiones, la jurisprudencia entiende que no constituye abuso el hecho de que una sociedad prefiera establecerse en un Estado con un régimen de sociedades más permisivo.

Por otra parte, se puede observar la existencia de una restricción importante a la libertad de establecimiento y su posible justificación en la reiterada jurisprudencia implantada en Sentencias como “Vale”, concretamente en su fundamento jurídico núm. 39, o “Cartesio” en su fundamento jurídico núm. 113, cuando el Tribunal de Justicia afirma que una restricción de tales condiciones se puede justificar por “razones imperiosas de interés general como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores, así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales y cuando esta restricción sea apta para garantizar la realización de los objetivos perseguidos y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlos (también puede observarse en este sentido la sentencia “CaixaBank France” en sus apartados 11 y 17)<sup>6</sup>.

Como se observa queda claro que no puede justificarse una restricción de estas características alegando una inexistencia de normas comunitarias a tal respecto pero sí por darse alguna de las circunstancias manifestadas en el art. 52 TFUE que establece que las medidas adoptadas en virtud de las disposiciones establecidas en la ley no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

---

<sup>6</sup> FJ núm. 11: “Respecto al capítulo I, el artículo 4, apartado 1, del acuerdo del CNF prohíbe toda inaplicación de las reglas relativas a los honorarios y a los derechos fijados para los servicios de los abogados”.

FJ núm. 17: “Posteriormente, la Comisión completó en dos ocasiones el análisis realizado en el escrito de requerimiento. En un primer escrito de requerimiento complementario, de 23 de diciembre de 2005, la Comisión consideró incompatibles con los artículos 43 CE y 49 CE las disposiciones italianas que establecen la obligación de respetar las tarifas establecidas respecto a las actividades judiciales y extrajudiciales de los abogados”.

### **3. Principios de equivalencia y efectividad.**

El principio de equivalencia exige tratar del mismo modo las controversias cuyo origen se encuentra en Derecho nacional, y aquéllas que se encuentran en el ámbito del Derecho de la Unión y el principio de efectividad exige que no se entorpezca o se haga especialmente difícil la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere.

Por lo que respecta al principio de equivalencia, y por jurisprudencia del Tribunal de Justicia, concretamente en la Sentencia “Vale”, “un Estado miembro no está obligado a tratar las operaciones transfronterizas mas favorablemente que las operaciones internas. Tal principio sólo implica que las medidas del Derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que las aplicables a las situaciones semejantes de naturaleza interna”.

Lo que significa que si la normativa de un Estado miembro requiere, para que una transformación sea permitida y válida, por ejemplo una prolongación a nivel económico o incluso jurídico entre la sociedad primaria cuya intención es la transformación interna, es decir, dentro del Estado, y la sociedad que podemos calificar de transformada; tal requerimiento se podrá exigir de igual forma a una transformación transfronteriza.

Por tanto, tal y como ocurre en la sentencia “Vale”, la negación por parte de las autoridades correspondientes del Estado miembro, que en ese caso es Hungría, de la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad como “predecesora legal” de la que entendemos como transformada, precisamente con razón de una transformación transfronteriza; es totalmente incompatible con el principio de equivalencia si en el ámbito de las transformaciones que se realizan dentro del Estado miembro, sí se realiza la inscripción de la sociedad como “predecesora legal”.

Por otro lado, en relación con el principio de efectividad lo que se discute en el caso “Vale”, es si en el contexto de una petición de registro de una serie de documentos procedentes de las autoridades del Estado de origen (Italia) que concretamente son los que sirven para comprobar y verificar si “Vale Costruzioni” se desvinculó del Derecho italiano conforme las normas previstas en el ordenamiento jurídico italiano, y todo ello conservando su personalidad jurídica que le permite transformarse en sociedad húngara; es pertinente que se realice tal examen o no. Pues bien, al tratarse de un trámite fundamental para proceder al registro húngaro, éste debe regirse por sus propias normas ya que no existe un Derecho comunitario para tales condiciones, y de acuerdo con el principio de efectividad, Hungría estará obligada a tener en cuenta esos documentos, en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión.

## 4. Problemática de la *lex societatis*.

La principal problemática que suscita el cambio de domicilio social de una sociedad de un Estado a otro es el cambio de la *lex societatis* y su consiguiente cumplimiento de la normativa del Estado de origen y del Estado de destino, lo que evidentemente supone que pueda haber ciertas contradicciones e incompatibilidades entre los requisitos previstos en ambos ordenamientos. Y aunque es cierto que el Derecho de la Unión Europea consagra la libertad de establecimiento, ésta no abarca el derecho por parte de las sociedades a trasladar su domicilio social pero manteniendo la ley aplicable a su Estado de salida sino que garantiza que el Estado de destino deba permitir el traslado junto con el cambio de la ley aplicable.

Esta ausencia de concordancia de la normativa comunitaria de la que vengo hablando junto con su breve desarrollo ha hecho que sea la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que vaya estableciendo el contenido real de la libertad de establecimiento garantizando, pero a la vez, limitando su alcance y aplicación. Si bien es cierto, que ha ido siguiendo una línea que facilita y promueve esa facultad a las personas jurídicas para que vean reducidas las trabas que normalmente suelen poner los Estados.

Y es que cuando nos encontramos ante una situación de un cambio transfronterizo de domicilio social dentro de la Unión Europea, aunque hablemos del ámbito comunitario, es evidente que también entran en juego elementos extranjeros y, precisamente por ello, debemos acudir a las normas de Derecho Internacional Privado cuando en Derecho de la UE deviene insuficiente y cabe resolver conflictos de leyes entre Estados.

Llegados a este punto, es importante matizar qué papel tienen las normas de conflicto por un lado, y las normas materiales por otro. En cuanto a las primeras, responden a la cuestión de si existe o no un cambio de ley aplicable así como cual será la normativa aplicable, y para saberlo, se deben observar los vínculos de conexión que conectan la sociedad con un ordenamiento jurídico en concreto. Y una vez sabido que se produce el cambio de la *lex societatis*, se trata de averiguar que normas van a regir la operación, a fin de analizar las condiciones y consecuencias previstas.

En esta línea, es necesaria una aplicación conjunta tanto de la ley del Estado miembro de origen que es la que va a fijar los requisitos y las circunstancias bajo las que se permite ese cambio de domicilio social, así como la ley del Estado miembro de acogida porque es la que va a establecer los criterios que permiten la admisión de una sociedad extranjera en su Estado, así que es importante que ambas permitan la actuación.

Que la sociedad deba respetar las normas establecidas por el Estado de origen es lógico, pero lo es más que acate las impuestas por el Estado de acogida ya que se convierte en una sociedad que, en adelante, se va a regir por sus reglas, ya que cambia su nacionalidad y sus próximos trámites ya se regularán bajo la segunda normativa.

Por otra parte, las normas materiales o de Derecho positivo analizan la posibilidad de ese cambio de domicilio en concreto así como sus efectos y consecuencias, de las cuales, la que tiene mas arraigo es la continuidad o no de la personalidad jurídica de la sociedad.

## 5. Análisis de las sentencias más relevantes del Tribunal de Justicia al respecto.

### 5.1 Caso “Daily Mail” (STJCE 27 septiembre 1988)<sup>7</sup>

La sociedad “Daily Mail and General Trust PLC”, 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 ni 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 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.

### 5.2 Caso “Cartesio”. (STJCE 16 diciembre 2008)<sup>8</sup>

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, quería seguir siendo una sociedad sometida a la Ley húngara. Y a tales efectos, alegó la libertad de establecimiento de las sociedades del Derecho Comunitario (arts. 43-48 TCE).

El problema es que de acuerdo con el Derecho nacional 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”, y como consecuencia, se extingue.

---

<sup>7</sup> STJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto 81-87, Daily Mail and General Trust.

<sup>8</sup> STJCE de 16 de diciembre de 2008, Asunto C 210-06, Cartesio.



### **5.3 Caso “Vale”. ( STJCE 12 julio 2012)<sup>9</sup>**

De esta sentencia extraemos que los arts. 49 y 54 TFUE son de aplicación para un caso de nueva constitución transfronteriza de una sociedad, que como ya he mencionado, se trata de un traslado de domicilio social de un Estado miembro de origen que en este caso es Italia a otro Estado miembro al que se llama de acogida que es Hungría, y que por ello, se cancela la inscripción en el registro italiano, los accionistas presentan la escritura de constitución de la nueva sociedad bajo la normativa húngara y se solicita su inscripción en el Registro Mercantil en el Estado de acogida también con arreglo a su propio Derecho.

Por otro lado, los arts. 49 y 54 TFUE ya mencionados se oponen a una actuación de un Estado miembro de acogida que no permita a una sociedad constituida según la legislación de otro Estado miembro y continuar elaborando allí sus operaciones bajo la normativa también de ese Estado que recibe la sociedad. A no ser, que como ya hemos visto, esa no permisión se deba a razones imperiosas de interés general, no se decida de forma discriminatoria y que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

También se deduce de la sentencia que en el supuesto de nueva constitución transfronteriza de una sociedad, es de obligación que se acrediten a través de documentos válidos y justificativos que la sociedad implantada en el Estado de origen debe ser considerada su predecesora legal y que la acción de solicitar la inscripción en el Registro mercantil del Estado de acogida de aquella sociedad como predecesora legal no constituye una razón válida ni conforme al Derecho para denegar la inscripción de la nueva sociedad en el Registro húngaro.

Y por último, se extrae también que en un supuesto de cambio de domicilio social transfronterizo, los Estados miembros pueden prever la aplicación de la normativa de su propio Derecho nacional relativo a las sociedades y al tema que nos ocupa por las razones justificativas ya mencionadas, pero que sin embargo, no pueden disponer de unas disposiciones específicas que impidan a las sociedades ejercer su libertad de establecimiento, ni que las disposiciones previstas para las transformaciones transfronterizas supongan una carga mas gravosa para aquellas internas.

### **5.4. Conclusión de la valoración de las mismas.**

Como ya sabemos la libertad de establecimiento abarca una serie de legitimaciones a las sociedades tales como instalar establecimientos secundarios en otros Estados, formar nuevas sociedades en otros Estados con o sin un anterior disolución de la primera sociedad así como constituir una sociedad en otro Estado miembro; sin embargo, en uno de los casos observados, se refiere al traslado de la sede social de un Estado miembro a otro sin perder su personalidad jurídica ni su condición de sociedad en el Estado de origen, todo ello sin

---

<sup>9</sup> STJCE de 12 de julio de 2012, Asunto C-378/10, Vale.

cambio de la ley aplicable. No entra, sin embargo, este tipo de casos dentro del ámbito de los arts. 43 y 48 TCE. Y es que, en conclusión, la libertad de establecimiento persigue impulsar la creación de sociedades así como el desarrollo de asentamientos secundarios dentro de la Unión Europea por parte de las sociedades ya formadas.

Por tanto, podemos realizar dos observaciones de interés que se extraen de estas sentencias. Se trata de dos condiciones que las sociedades deben cumplir para poder ejercer verdaderamente la libertad de establecimiento, por una parte, la sociedad debe estar válidamente constituida de acuerdo con su legislación nacional, es decir, aquella del Estado miembro en el que se crea. Y por otra parte, y conforme al art. 48 TCE, dicha sociedad debe tener su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro. Y precisamente por estas razones, va a ser la *lex societatis* la que regulará los términos y condiciones para la formación y extinción de las sociedades ya que el Derecho comunitario no entra a legislar este aspecto.

A efectos de todo ello, es realmente necesario abarcar la cuestión de la determinación de la ley aplicable al régimen jurídico de las sociedades en cuestión. Cada Estado miembro puede establecer el tipo de conexión que considere más adecuado, por tanto, pueden elegir entre establecer la conexión según su sede real, donde la sociedad tiene su establecimiento donde ejerce su administración central; otro criterio puede ser que la sociedad se regule por las normas del Estado donde la misma tenga su principal explotación o aquel en que la persona jurídica se rija por las normas del Estado donde se ha constituido, entre muchas otras. Por tanto, los Estados miembros tienen plena libertad para utilizar uno u otro punto de conexión con el objetivo de determinar la ley aplicable a las sociedades.

En lo referente al traslado intracomunitario de domicilio social, que no es regulado por el Derecho comunitario, queda regularizado por los Estados miembros que participan en el mismo con la limitación que les imponen los arts. 43 a 48 TCE que se resumen en la obligación de aceptar dos posibilidades. Por un lado, el caso extinción y nueva constitución de la sociedad en otro Estado miembro, lo que supone admitir por parte del Estado miembro de origen que la sociedad en él constituida se disuelva para volver a constituirse en otro Estado miembro. Y por otro lado, el mismo Estado de origen de la sociedad debe consentir también a la misma su derecho a transformarse, sin una anterior liquidación o disolución, en una sociedad que se va a regular por el Derecho de otro Estado miembro que será el de acogida, siempre que dicho Derecho del Estado de destino reconozca dicha transformación sin disolución. Si bien, cabe marcar que lo contrario a lo último mencionado supone un impedimento a la libertad de establecimiento.

## **6. Importancia de la sentencia “Cartesio”.**

Al analizar la sentencia “Cartesio”, es importante darse cuenta de la distinción que hace el Tribunal entre el Estado de entrada y de salida de la sociedad. A este respecto, la conclusión del Tribunal fue opuesta a las conclusiones del Abogado General. El Tribunal consideró tal distinción como algo esencial, porque los Estados miembros de entrada y salida de las empresas causan diferentes problemas legales. La Corte se refirió a la sentencia “Daily Mail and General Trust” como un caso basado en una “situación

fundamentalmente diferente " al de "SEVIC Systems<sup>10</sup>" y al de otros casos de circunstancias y escenarios similares , a saber, "Centros", "Überseering<sup>11</sup>" y "Inspire Art<sup>12</sup>". Por un lado, en el caso de "SEVIC Systems" se hizo un juicio sobre el reconocimiento que concernía a "en el Estado miembro de constitución de una sociedad , de una operación de creación realizado por esa empresa en otro Estado miembro ". Mientras que, por otro lado, según el Tribunal de Justicia Europeo, el problema en casos como "Centros", "Überseering" o "Inspire Art" y "SEVIC Systems" se centró en si la empresa se encontró con una "restricción en el ejercicio de su derecho de establecimiento en otro Estado miembro ". Por último, este problema se debe distinguir del otro planteamiento que surgió en Cartesio, que era " si la empresa puede ser considerada como una sociedad que posee la nacionalidad del Estado miembro bajo cuya legislación se incorporó ".

Se podría argumentar que, el Tribunal, al decidir sobre el asunto "Cartesio" se basó en las disposiciones ya establecidas en la jurisprudencia en materia de libertad de establecimiento. Y precisamente, la pregunta es si sería posible encontrar la solución que el tribunal húngaro solicitó ante el Tribunal de Justicia Europeo , en la jurisprudencia anterior sobre la libertad de establecimiento o si había una necesidad de otra regla que refina los juicios anteriores. La respuesta parece estar en el enfoque general del problema de la movilidad de las empresas; es decir , la distinción o la ausencia de distinción entre empresa entrante y saliente. A la luz del caso "Cartesio", la distinción se convirtió en una herramienta importante en la conformación de la interpretación de los artículos 43 TCE y 48 TCE . En resumen, si se asumía que hay una distinción entre "emigración" e "inmigración" de las empresas , había una necesidad para el desarrollo de la postura del Tribunal de Justicia Europeo en los casos de emigración; mientras que, en caso de que no hubiera tal distinción, la jurisprudencia anterior parece ser motivo suficiente para resolver el caso.

Asimismo, el Tribunal de Justicia señaló en la sentencia que los problemas legales que se presentan en "emigración" e "inmigración" de empresas son muy diferentes. Tal noción sugiere que estas dos situaciones requieren soluciones diferentes. Por lo tanto, se podría suponer que el Tribunal tuvo en cuenta esta distinción y se encontró la necesidad de analizar el caso "Cartesio". Y a este respecto, cabe señalar que la jurisprudencia relativa al establecimiento de entrada está bien desarrollado; mientras que desde "Daily Mail and General Trust", no ha habido ningún caso de emigración de una sociedad; y es más , en la parte de la sentencia de "Daily Mail" relativa a la libertad de establecimiento era un obiter dictum<sup>13</sup> o lo que es lo mismo, un algo "dicho de paso". Por lo tanto , en sentido estricto , el Tribunal de Justicia no había tenido conocimiento de ningún caso antes en circunstancias como las del caso "Cartesio". En consecuencia, el Tribunal podría considerar "Cartesio" como una oportunidad para una aclaración sobre los artículos 43 TCE y 48 TCE en el ámbito de la "emigración" de la empresa. Al respecto, cabe señalar que la decisión del Tribunal en la sentencia "Cartesio" era totalmente justificada y coherente ya que el mismo

---

<sup>10</sup> STJCE de 13 de diciembre de 2005, Asunto C 411/03, SEVIC Systems AG.

<sup>11</sup> STJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C 208/00, Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH.

<sup>12</sup> STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C 167-01, Inspire Art Ltd.

<sup>13</sup> Obiter dictum (o en plural, obiter dicta) es una expresión latina que literalmente en español significa "dicho de paso". Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

no sólo interpretó los artículos 43 TCE y 48 TCE en el contexto de una empresa de traslado, sino que también estableció que, en estas disposiciones se necesita la dicotomía en las normas sobre libertad de establecimiento. La importancia de esta última cuestión no se había abordado en juicios anteriores.

Por otro lado, hay varios argumentos en contra de la distinción entre “inmigración” y “emigración” de empresas. Tal distinción, en el supuesto adicional de que la libertad de establecimiento se refiere sólo a la inmigración, pero deja a los Estados la libertad de hacer frente a la “emigración” podría dar lugar a que los legisladores nacionales impusieran restricciones a la libertad de establecimiento y diera un resultado que se podría resumir en la obstaculización de la libertad de circulación de las personas jurídicas. Otro argumento es que no hay base para la diferenciación entre la “entrada” y “salida”, ya que el reconocimiento de estos procesos depende sólo del punto de vista tanto del Estado miembro de origen como el Estado miembro de acogida.

En conclusión, la sentencia Cartesio se refirió a varias cuestiones fundamentales de Derecho de sociedades europeo. El Tribunal se refirió a la idea de las empresas como “criaturas de las leyes nacionales” y se analiza el papel de las leyes nacionales en la conformación de las normas relativas a la movilidad de las empresas. La sentencia establece normas relativas a la modificación de la ley aplicable a la sociedad que transfiere su sede. Además, el tribunal hizo hincapié en la distinción entre la jurisprudencia sobre “emigración” y “la inmigración” de las empresas. En ese respecto, la sentencia aclara y sistematiza la jurisprudencia anterior relativa a los artículos 43 TCE y 48 TCE. Sin embargo, el caso Cartesio no es sólo acerca de la interpretación de las disposiciones del Tratado sino que se trata de una cuestión que aún sigue sin resolverse después del juicio y es si hay una necesidad de armonización del Derecho derivado en la transferencia de asiento transfronterizo de las empresas. Por lo tanto, es importante situar la sentencia Cartesio en el proceso en curso de la conformación de las normas relativas a la movilidad de las empresas en virtud del principio de libertad de establecimiento, tanto en referencia a la jurisprudencia anterior y la legislación comunitaria prospectiva.

Para finalizar, la última pregunta que debe responderse a la luz del caso “Cartesio” es si existe la necesidad y el espacio para la legislación secundaria sobre el traslado transfronterizo de la sede de las empresas y de qué manera debe alcanzarse una aclaración sobre el tema. Analizando el Derecho actual se observa que hay una laguna bastante amplia de reglas y es que la legislación comunitaria vigente sólo prevé una estrecha gama de instrumentos para la cooperación transfronteriza.

Cabe señalar que “Cartesio” trae un cambio en la interpretación de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento. Una norma relativa al cambio de la ley aplicable no fue tocado antes en la forma en que fue tratado en “Cartesio”. Por ello, el impacto y la importancia de la sentencia se pueden resumir de la siguiente manera. En primer lugar, la sentencia establece que la legislación nacional pueda exigir a las empresas que emigran a cambiar la ley aplicable. En segundo lugar, la sentencia establece que existe una clara distinción entre “emigración” y “la inmigración” de las empresas. Tal distinción es útil y aclara la jurisprudencia anterior. Sin embargo, la distinción entre “emigración” e “inmigración” combinado con el cambio de la legislación aplicable tiene consecuencias importantes.

Por último, otra conclusión es que la legislación vigente en este ámbito de la movilidad de

las empresas es insuficiente y poco rentable y el intento de promulgar nueva legislación o jurisprudencia en este campo todavía parece quedar incompleto e insatisfactorio.

## 7. Relevancia tributaria del caso “National Grid”.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2011<sup>14</sup> se responde a una cuestión prejudicial muy parecida a la contestada en la sentencia “Daily Mail”. Aunque el Tribunal conteste de una forma un tanto diversa, llega a la misma conclusión a la que se llegó en la sentencia anterior y es que la libertad de establecimiento no se opone a que un Estado grave las plusvalías latentes cuando la sociedad traslada su sede efectiva a otro país europeo sin trasladar su inscripción registral. El fundamento es, que aunque tal previsión fiscal<sup>15</sup> restringe la libertad de establecimiento ya que tal obligación de pago no se produciría si la compañía hubiera cambiado su sede de una ciudad a otra dentro del mismo país, la restricción está justificada por el interés fiscal del Estado de "emigración". Este interés no legitima, sin embargo, la restricción a la libertad de establecimiento cuando el que "emigra" es un individuo y no una persona jurídica.

Si echamos la vista atrás, observamos que de la sentencia “Daily Mail” surgió una tendencia jurisprudencial relacionada con el derecho de establecimiento de sociedades bastante interesante que ha implantado una doctrina que lejos de abarcar toda la realidad problemática en este aspecto, aún tiene que resolver y completar ciertas lagunas legales de gran interés y que deberán ser resueltas de aquí en adelante. De esta doctrina se extrae que el Derecho regulador de una sociedad creada y constituida en un Estado miembro de la Unión Europea es precisamente el Derecho del Estado donde se ha formado y constituido la misma y, por ello, será la ley nacional la que regule los términos y requisitos del traslado de la sede social de un Estado miembro a otro. Y por su parte, los Estados de acogida, tienen la condición de reconocer y aceptar la personalidad jurídica de la sociedad.

En esta línea nos damos cuenta de que, a pesar de la insuficiencia normativa de la UE en materia de traslado de sede social internacional de persona jurídica, existe una normativa legal impuesta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que señala dos perspectivas. Se trata de dos puntos de vista de la legislación, por una parte, la compatibilidad del Derecho nacional con la libertad de establecimiento prevista en la normativa de la UE observada bajo el punto de vista del Estado de constitución; y de otra parte, la regulación de los Estados de la UE diferentes del de constitución.

De la segunda parte, se ocuparon las sentencias del Tribunal de Luxemburgo “Centros”, “Überseering” e “Inspire Art”. Y en cuanto a la primera parte, fue encarada en la sentencia “Daily Mail”, ya mencionada, “Cartesio” y la que aquí nos ocupa, la STJUE de 29 de noviembre de 2011, “National Grid”, que se puede considerar como una resolución que, en cierta forma, cierra el círculo abierto por “Daily Mail” y, a la vez, resuelve cuestiones que en aquel caso de

---

<sup>14</sup> STJUE de 29 de noviembre de 2011, Asunto C-371/10, National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor.

<sup>15</sup> Previsión que fue dictada para que el país desde donde la sociedad "emigra" pueda asegurarse que recibirá el impuesto sobre las plusvalías generadas en la sociedad mientras estaba sometida a su legislación tributaria ya que, tras la "emigración" será el Derecho fiscal del país de inmigración el que determinará la tributación.

1988 habían sido evitadas, tanto en el planteamiento de la decisión prejudicial como en la decisión del Tribunal de Luxemburgo.

Tal y como puede apreciarse de ambas sentencias, hay una estrecha relación entre “Daily Mail” y “National Grid”. Tanto es así que llegan a coincidir en pequeños detalles que pueden calificarse de irrelevantes como que, en el ámbito fáctico, se trata de un supuesto de hecho en el que una persona jurídica tiene la voluntad de trasladar su dirección efectiva de Inglaterra a los Países Bajos (Caso Daily Mail) y otro supuesto de hecho en que se trata del mismo cambio solo que de forma contraria, es decir, el traslado de una sociedad constituida en los Países Bajos a Inglaterra (Caso National Grid).

Sin embargo, lo realmente importante de ambos casos es el aspecto fiscal de los mismos, donde se encuentra verdaderamente la incógnita de la cuestión.

Esta sentencia de la que vengo hablando dio la posibilidad al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de renovar la doctrina jurisprudencial en materia de Derecho de sociedades, y en especial, a su relación y compatibilidad con el Derecho Internacional que concierne a este aspecto y al Derecho europeo de establecimiento. De hecho, con el caso “National Grid”, el Tribunal retorna a los problemas planteados en la sentencia “Daily Mail”, sin embargo, se centra en el ámbito fiscal y aspectos tributarios de aquél.

Además de todo ello, el Tribunal deja claro de una forma rotunda que la normativa del Estado de constitución de la sociedad está sujeta a las exigencias de la libertad de establecimiento y así aclara lo que se obvió, de cierta forma, en los casos anteriores, y más concretamente, en las sentencias “Cartesio” y “Daily Mail”. Por otra parte, aclara también que la tributación que se deriva del traslado de la sede de una sociedad de un Estado miembro a otro es una restricción a la libertad de establecimiento que, sin embargo, está justificada por la necesidad de garantizar una adecuada distribución de competencia tributaria entre los diferentes Estados miembros. En concreto, “es posible que se liquiden los tributos derivados de las plusvalías latentes aún no realizadas en el momento de la transferencia internacional de sede, si bien no es exigible el pago inmediato del tributo resultante, pudiendo ser sustituido dicho pago por la obligación de informar a la Hacienda del Estado de origen tras el traslado y hasta el momento en el que la plusvalía se haga efectiva, acompañando dicha información, en su caso, por la constitución de una garantía suficiente del pago futuro. En cualquier caso, el Estado de origen no está obligado a tener en cuenta en la liquidación las minusvalías que pudieran producirse tras el traslado, lo que supone una importante diferencia entre el tratamiento del traslado de sede de las personas físicas y las personas jurídicas”.

## Bibliografía

- STJCE de 12 de julio de 2012, Asunto C-378/10, Vale.
- STJCE de 16 de diciembre de 2008, Asunto C 210-06, Cartesio.
- STJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto 81-87, Daily Mail and General Trust.
- STJCE de 13 de diciembre de 2005, Asunto C 411/03, SEVIC Systems AG.
- STJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C 212-97, Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
- STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C 167-01, Inspire Art Ltd.
- STJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C 208/00, Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH.
- STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, Asunto C-371/10, National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor.
- Informe del Diario La Ley sobre el cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. Vale Épitési kft).
- Informe del Diario La Ley sobre Notas del traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Informe de Beata Wegrzynowska sobre Cartesio: “Analysis of the Case”.
- Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo, disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf)
- Martínez Rivas, Francisco. Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso “Daily Mail al caso “Cartesio”. Veinte años no son nada.
- Informe del Diario La Ley sobre la Transparencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa: Derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento.

-Miquel Sala, Rosa. Transformación transfronteriza: exigencias para el Estado miembro de acogida. Comentario a la STJUE c-378/10 (Vale Építési KFT).

-Enciclopedia jurídica.

-Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.