

EL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES Y LA SENTENCIA “CENTROS”: LA RELEVANCIA DE LA “SEDE REAL” EN EL AMBITO COMUNITARIO.

Prof.Dr. Sixto Sánchez Lorenzo

(Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada)

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL CASO “CENTROS” Y LA DECISION DEL TJCE: 1. El supuesto litigioso. 2. El contenido de la sentencia. III. PERSPECTIVA CONFLICTUAL: 1. “Teoría de la constitución” *versus* “teoría de la sede”. A) Fundamentos de una opción excluyente; B) *¿A minore ad maius?*; C) El art. 48 TCEE: *¿norma de conflicto?*; D) Vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro; E) Personas físicas y personas jurídicas: *¿analogía?* F) Teoría de la constitución y art. 12 TCEE; G) Papel de la armonización: sede social + sede real = principio material; H) Establecimiento principal, establecimiento secundario y traslado de sede; I) Ambito espacial de “Centros; J) Existencia de la sociedad y teoría de la sede. 2. “Centros” y otras teorías intermedias: A) *Kombinationslehre* de D. Zimmer; B) *Überlagerungstheorie* de O. Sandrock. 3. Conclusión: límites de una perspectiva conflictual. IV. PERSPECTIVA MATERIAL: 1. “Teoría de la sede” en clave material: su vigencia en España y en el Derecho europeo. 2. La aplicación de la ley de la sede real justificada por razones de interés general. 3. Fraude y aplicación de la ley de la sede real como *lex originis*: el talón de Aquiles de “Centros”. V. CONCLUSION: *Ubi* sede social, *Ibi* sede real.

I. INTRODUCCION

1. Pocas decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han producido un impacto en los medios jurídicos y económicos tan inmediato y notable como la *Sent. TJCE de 9 de marzo de 1999 (Asunto C-121/97: “Centros”)*. Pocos meses después, las decenas de comentarios doctrinales a la decisión han suscitado un auténtico debate acerca de sus efectos en el Derecho de sociedades europeo y, por ende, en el Derecho de sociedades de los Estados miembros*. Para no pocos, la decisión del

* Quiero agradecer al profesor Stefan Leible, de la Universidad de Bayreuth, y a la profesora Eva-Maria Kieninger, de la Universidad de Berlín y del Max Planck Institut de Hamburgo, su amabilidad al facilitarme valiosos materiales en lengua alemana utilizados en este artículo, así como por los fructíferos intercambios de ideas mantenidos de forma electrónico-epistolar.

TJCE viene a consumir la “Delawarización”¹ del (116) Derecho de sociedades europeo, el establecimiento de un principio de “competencia de ordenamientos” en la fijación de los criterios legales de constitución de sociedades, traducido en una genuina “*race to the bottom*”, con la consiguiente “consagración” de las sociedades ficticias (“*pseudo-foreign corporations*”, “*Briefkastenfirmen*”) que contarían con una suerte de patente de corso para inundar fácilmente de agencias y sucursales el territorio comunitario. Desde semejante perspectiva, nos encontraríamos ante una inversión de la jurisprudencia “*Daily Mail*”², ante el fin de la “teoría de la sede” (incluidos los arts. 5 y 6 de la LSA y de la LSRL, respectivamente), ante una vía práctica para facilitar el traslado de sede de las sociedades en el ámbito europeo y, sobre todo, ante un pronunciamiento contrario a la necesidad de armonizar el Derecho europeo de sociedades. En definitiva: un manifiesto por las “desregulación”. Curiosamente, también existen posiciones fundadas que consideran la decisión poco menos que intrascendente, sujeta a las particularidades de un caso muy concreto, y que en modo alguno admiten una alteración del Derecho de sociedades de los Estados tributarios de la “teoría de la sede”. Llama la atención, sin embargo, que los análisis doctrinales de la decisión, salvo muy contadas excepciones, por más que difieran diametralmente en la interpretación de su alcance, no ponen en tela de juicio la propia coherencia de la sentencia del TJCE en el marco del Derecho comunitario.

2. Tras el debate jurídico sobre el alcance de la sentencia “Centros”, se esconde un debate económico y político de primera magnitud, impregnado de componentes ideológicos, que enfrenta un modelo de Derecho de sociedades neoliberal o desregulado con un modelo de sociedades intervenido y afectado por intereses públicos. En muchos casos, los análisis jurídicos no son capaces de ocultar las orientaciones ideológicas de sus autores. Sin embargo, parece posible afrontar el estudio de la incidencia de “Centros” desde un punto de vista ideológicamente neutral, al menos moderadamente neutral, sobre todo si creemos en que una decisión sobre el modelo de Derecho de sociedades debe ser adoptada por economistas y políticos, y no por juristas. Y a pesar de lo mucho y bueno que se ha escrito, creemos que aún pueden aportarse algunos argumentos relevantes a un debate mucho más complejo que lo que en apariencia

¹ Sobre el “síndrome Delaware”, *vid.* el resumen sobre su origen y sentido de P. Blanco Morales Limones, *La transferencia internacional de la sede social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 53-56.

resulta de la propia sentencia. La intención de este trabajo es suministrar algunos de esos elementos y tratar de desvelar las limitaciones de algunos enfoques parciales de la decisión. Concretamente, se tratará de poner de relieve las limitaciones de una perspectiva exclusivamente “conflictual” del problema, opción excesivamente formalista y predilecta de la doctrina alemana, a la que a menudo se añade otra vía de aproximación aún más formalista: el análisis económico del Derecho. Se intentará poner de relieve no sólo las claves materiales para una comprensión adecuada en el ámbito comunitario, enmarcada en los principios de la libertad de (117) establecimiento y de la libre prestación de servicios, sino también el relevante papel que la “teoría de la sede”, entendida y explicada asimismo en clave material, cumple dentro del propio Derecho comunitario y, por extensión, en muchos sistemas nacionales, incluido el español. Sin duda, antes de este análisis, conviene acotar con precisión cuál fue el supuesto de hecho litigioso en el caso “Centros”, y sobre qué presupuestos y fundamentos dictó el TJCE su fallo.

II. EL CASO “CENTROS” Y LA DECISION DEL TJCE.

1. El supuesto litigioso.

3. Los señores Bryde, ambos de nacionalidad danesa, son los únicos socios de la sociedad “Centros Ltd.” (*private limited company*), constituida en el Inglaterra en mayo de 1992, y cuya sede social se encuentra en el domicilio de un amigo del señor Bryde en Inglaterra. Su capital social asciende a 100 libras esterlinas, y se encuentra dividido en dos participaciones sociales que pertenecen al señor y la señora Bryde. La sociedad no llevó a cabo actividad alguna desde su constitución. En el verano de ese mismo año, la Sra. Bryde, administradora única de “Centros”, solicitó ante el registro de sociedades danés la homologación del acto constitutivo de “Centros” con el fin de abrir una sucursal en Dinamarca.. La inscripción de la sucursal fue denegada sobre la base de una práctica habitual, amparada en el concepto de fraude a las disposiciones del Derecho de sociedades danés acerca del capital mínimo de las sociedades de responsabilidad limitada (200.000 coronas danesas), argumentando que, en realidad, “Centros”

² Sent. TJCE de 27 de septiembre de 1988 (Asunto 81/87).

pretendía constituir en Dinamarca un establecimiento principal y no una sucursal. La decisión denegatoria fue confirmada por los Tribunales daneses en primera instancia. En fase de apelación, la jurisdicción danesa plantea una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de esta decisión con los arts. 52 y 58 del TCEE (actualmente arts. 43 y 48 en la numeración del Tratado de Amsterdam).

2. El contenido de la sentencia.

4. En la decisión del TJCE, una vez expuestos los hechos y descrita la cuestión prejudicial, y antes de referirse a los fundamentos de la decisión, el TJCE formula, con carácter preliminar, un presupuesto de la decisión que cobra, como veremos, una importancia singular. En su fundamento jurídico 15º el TJCE constata que, de conformidad con el Derecho danés, no se discute que cualquier sociedad de responsabilidad limitada constituida conforme a la legislación de un Estado miembro y con sede social en dicho Estado pueda abrir una sucursal en Dinamarca, con reconocimiento, por tanto, de su personalidad jurídica. Añade el TJCE que la razón de la denegación de la inscripción radica, en concreto, en la **(118)** falta de actividad comercial en Inglaterra, precisando que las autoridades danesas habrían procedido a la inscripción en caso contrario, y por tanto, cabe añadir, incluso si la sede real de la sociedad (administración o centro de actividad principal) fuera a radicar en Dinamarca.

5. Una vez sentado este presupuesto preliminar, el TJCE desarrolla sus consideraciones jurídicas sobre el caso, que pueden resumirse en cuatro aspectos problemáticos:

1ª. Se rechaza el argumento del gobierno danés en orden a considerar la situación como puramente interna, excluida, por tanto del ámbito de aplicación del art. 52 TCEE (actual art. 43), por el mero hecho de que “Centros” sólo pretendía realizar actividades comerciales en Dinamarca. El ámbito de aplicación espacial de los arts. 52 y 58 TCEE (43 y 48 en la nueva numeración) incluye claramente el supuesto de una sociedad válidamente constituida en Inglaterra, que pretende abrir una sucursal en Dinamarca, sin perjuicio de las medidas que quepa adoptar para impedir el fraude a las

disposiciones nacionales, a través de una utilización abusiva del Derecho de establecimiento o de la libre prestación de servicios (fundamentos 16 a 18)³.

2ª. Reitera el TJCE la doctrina ya sentada de que el derecho de establecimiento reconocido por el art. 52 se extiende a las sociedades recogidas en el art. 58 del TCEE, incluyendo el derecho al establecimiento secundario a través de agencias, sucursales o filiales, así como que los criterios de sede social, centro de administración principal o centro de actividad principal recogidos en el art. 58 cumplen la misma función delimitadora que el criterio de nacionalidad de las personas físicas (sujeción al ordenamiento de un Estado miembro), en orden al disfrute de tales libertades. Por ello, la denegación de inscripción de una sucursal constituye *ab initio* un obstáculo al ejercicio del derecho de establecimiento (fundamentos 19-23). **(119)**

3ª. Sobre la posibilidad de la justificación de la medida sobre la base de un fraude o uso abusivo de las libertades comunitarias con el fin de eludir las normas danesas sobre constitución de sociedades, el TJCE señala la pertinencia de las medidas nacionales disuasorias, siempre que guarden un equilibrio con los objetivos de las disposiciones comunitarias (fundamentos 24-25). En este contexto, la libertad de optar por la legislación de un Estado que establezca condiciones más favorables para la constitución de una sociedad constituye una libertad inherente a los objetivos del TCEE, que por sí sola no puede constituir fraude (fundamento 27). Esta afirmación no queda afectada por el hecho de que no exista una armonización suficiente del Derecho de sociedades (fundamento 28), ni por el hecho de que la sociedad no ejerza actividad alguna en el Estado de constitución (fundamento 29). En consecuencia, no puede considerarse contrario al Derecho comunitario el que toda la actividad comercial de la sociedad se dirija hacia el Estado de destino, donde pretende establecerse la agencia (fundamento 30).

³ La consideración del caso como un supuesto puramente interno es, sin duda, insostenible, y no sólo porque el TJCE ya tuvo ocasión de pronunciarse concretamente sobre el ámbito de aplicación espacial del art. 58 TCEE en el asunto “*Segers*” (*Sent. TJCE de 10 de julio de 1986, As. 79/85*). En el ámbito del derecho de establecimiento, existe una nutrida y terminante jurisprudencia comunitaria acerca de los puntos de conexión, a menudo muy débiles, que bastan para considerar un supuesto de apariencia exclusivamente nacional como intracomunitario [*Sentencias TJCE de 21 de junio de 1974 (As. 2/74: “Van Binsbergen”); de 24 de octubre de 1978 (As. 15/78: “Koestler”); de 7 de febrero de 1979 (As. 136/78: “Auer I”); de 7 de febrero de 1978 (As. 115/78: “Knoors”); de 18 de marzo de 1980 (As. 52/79: “Coditel”); de 6 de octubre de 1981 (As. 256/80: “Broeckmeulen”); de 22 de julio de 1983 (As. 271/82: “Auer II”); de 3 de octubre de 1990 (As. 54/88, 91/88 y 14/89: “Nino, Pradini y Pierini”); de 31 de marzo de 1993 (As. C-19/92: “Kraus”); de 14 de julio de 1994 (As. C-379/92: “Matteo Peralta”); de 12 de abril de 1994 (As. C-1/93: “Halliburton”); de 29 de septiembre de 1999 (As. C-224/97 (“Eric Ciola”)), entre otras]. En el marco de esta jurisprudencia, resulta evidente que el mero hecho de que la sociedad se haya constituido en el Reino Unido y tenga allí una sede social resulta más que suficiente.*

4ª. Sobre la posibilidad de justificar la negativa danesa a la inscripción de la sucursal en razones imperiosas de interés general, en relación con la protección de los acreedores públicos y privados, el TJCE conviene en que la exigencia de un capital mínimo es menos rigurosa que la extensión de la responsabilidad personal de los socios; sin embargo, considera que esta medida, aún no siendo discriminatoria y estando justificada en un interés general, no resulta adecuada al objetivo perseguido ni proporcional. Lo primero porque la agencia habría sido inscrita si “Centros” hubiese tenido actividad comercial en Inglaterra, produciéndose idénticos riesgos de desprotección, y porque los acreedores están informados de la sujeción al Derecho inglés de la sociedad a través de los mecanismos de publicidad comunitarios y sus cauces de protección. Lo segundo, porque existen medidas menos rigurosas e igualmente eficaces: posibilidad de que los acreedores públicos concierten las garantías necesarias o que el estado adopte medidas menos drásticas que la simple denegación de la inscripción de la agencia (fundamentos 31 a 38).

6. Sobre estos cuatro pilares argumentativos, el TJCE dicta su fallo, declarando contraria a los antiguos arts. 52 y 58 TCEE la denegación de la inscripción de la sucursal de “Centros” por las autoridades danesas.

III. PERSPECTIVA CONFLICTUAL.

1. “Teoría de la constitución” versus “Teoría de la sede”.

A) Fundamentos de una opción excluyente.

7. Una buena parte del estudio de los efectos de la sentencia “Centros” se ha centrado en su incidencia sobre las opciones de los Derecho nacionales en orden **(120)** a determinar la ley aplicable al estatuto de la sociedad o *lex societatis* (personalidad y capacidad jurídica, constitución, funcionamiento, transformación, disolución, etc...). Se suele afirmar, a veces de forma excesivamente simplista, que los sistemas jurídicos, en particular los sistemas europeos, se dividen a este respecto en torno a dos criterios fundamentales: la “teoría de la constitución” y la “teoría de la sede”.

Grosso modo, los sistemas partidarios de la teoría de la constitución someten la personalidad jurídica y el estatuto de la sociedad a la ley conforme a la cual se constituye y, donde, en el cien por cien de los casos, debe fijar su sede social o estatutaria (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlandia, Suecia y Países Bajos). Consecuentemente, conforme a dicho criterio, una sociedad válidamente constituida de conformidad con la legislación del Estado donde se constituye y tiene su sede social, existe, es capaz, y su personalidad jurídica es reconocida en el Estado tributario de dicho principio. De forma un tanto elíptica, el art. 9.11º del C.c. sigue este criterio al someter el estatuto social a la ley nacional de la sociedad.

Se mantiene, a su vez, que en otros sistemas jurídicos (Alemania, Francia, Italia, Grecia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Austria, España) rige el principio contrapuesto de la “teoría de la sede”, según el cual la *lex societatis* se determina a partir del ordenamiento jurídico del Estado donde la sociedad mantiene su “sede real” (centro principal de administración o de actividades). En los sistemas en que este principio se formula bilateralmente, la norma de conflicto se erige también en una condición de reconocimiento: no será reconocida la personalidad ni la capacidad jurídica de una sociedad regularmente constituida y con sede social en un Estado, si su sede real radica en el foro, o incluso en un tercer Estado si éste no reconoce a su vez la existencia de la sociedad por no seguir la teoría de la constitución (en caso contrario funcionaría el reenvío). Para algunos autores, este principio rige en España para las sociedades de capital, merced a lo dispuesto en los arts. 5.2º LSA y 6.2º LSRL, si bien con una proyección exclusivamente unilateral. Las sociedades de capital con sede real en España deben constituirse conforme a la ley española y tener su sede social en España, por lo que no serán reconocidas las sociedades regularmente constituidas y con sede social en un Estado extranjero, si su sede real se encuentra en España, al ser la ley española la *lex societatis*. Si cabe, en contrapartida, su reconocimiento y la aplicación de la ley del Estado de constitución, si su sede real se encuentra en un tercer Estado.

8. Según ciertas opiniones, la sentencia “Centros” viene a proclamar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la teoría de la sede real, entendida en términos conflictuales⁴. Supondría una modificación sustancial a los pronunciamientos

⁴ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, “La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE (Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)”, *R.D.M.*, núm. 232, 1999, pp. 645-686. P. Behrens, “Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem

(121) del TJCE en la sentencia “*Daily Mail*”⁵, que, curiosamente, no aparece citada en el texto de la decisión ni en las conclusiones del Abogado General La Pergola. Según esta tesis, “Centros” obliga al Estado de destino, aún cuando sea tributario de un sistema de “sede real”, a proceder a la inscripción de una agencia de una sociedad constituida válidamente y con sede social en el país de origen, incluso si su actividad comercial se dirige exclusivamente al Estado de destino o establecimiento secundario. De esta forma, el art. 58 del TCEE (actual art. 48) se erigiría como una norma de conflicto o regla de reconocimiento basada en el criterio de la constitución, o al menos con el efecto de desplazar la norma de conflicto nacional basada en la “teoría de la sede”⁶.

9. Para los defensores de esta interpretación, la incompatibilidad de la “teoría de la sede” y, en consecuencia, la opción del Derecho comunitario por el criterio de constitución, en los términos establecidos en la sentencia “Centros”, justifican un proceso similar al conocido en Estados Unidos como “efecto Delaware”, descrito gráficamente como “*race to the bottom*”⁷. Se infiere de la decisión (122), y así resulta

Centros-Urteil des EuGH”, *IPRax*, 1999/5, pp. 324-325. J.C. Cascante, “Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie- Goodbye Daily Mail?”, *R.I.W.*, 1999/6, pp. 450-451. N. Dautzenberg, “Nota”, *F.R.*, 1999/8, pp. 451-453. R. Freitag, “Das Wettbewerb des Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht”, *Eu.Z.W.*, 1999/9, pp. 267-270. V. Geryhalter, “Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie – Goodbye Daily Mail?”, *E.W.S.*, 1999/6, pp. 201-203. M. Götsche, “Das Centros-Urteil und seine Auswirkungen”, *D.St.R.*, 1999/34, pp. 1403-1408. B. Höfling, “Die Centros-Entscheidung des EuGH – auf dem Weg zu einer Überlagerungstheorie für Europa”, *D.B.*, 1999/23, pp. 1206-1208. W. Meilicke, “Nota”, *D.B.*, 1999/12, pp. 627-628. H.W. Neye, “Art. 52 EGV”, *EuGH E.Wi.R.*, 1/99, pp. 259-260. G. Risse, “Nota”, *M.D.R.*, 1999, pp. 752-754. J. Sedemund y F.L. Hausmann, “Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie – Abschied von Daily Mail”, *B.B.Z.R.W.*, núm. 6, de 22.4.1999, pp. 809-811. E. Werlauff, “Ausländische Gesellschaft für ausländische Aktivität”, *Z.I.P.*, 1999/21, pp. 875-876. Más matizadamente, S. Leible, “Nota”, *N.Z.G.*, 1999/7, p. 301.

⁵ Como es sabido, en la sentencia “*Daily Mail*”, el TJCE formuló un principio de neutralidad respecto de los criterios utilizados en las normas de conflicto nacionales acerca del régimen de las sociedades, afirmando que “el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, 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”.

⁶ *Vid.* P. Behrens, *loc.cit.*, pp. 324-325. Con anterioridad a la sentencia “Centros” parte de la doctrina ya se había manifestado claramente a favor de considerar al art. 58 TCEE como una norma de reconocimiento primaria, inmediatamente aplicable, clara e incondicionada, que primaría sobre las normas de conflicto nacionales inspiradas en el criterio de la “sede real” (*Vid.* especialmente E. Brödermann y H. Iversen, *Europäischen Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994, pp. 61-165, esp. pp. 78 y ss.).

⁷ Enfatiza este aspecto N. Dautzenberg, *loc.cit.*, p. 452.

en efecto de las consideraciones del Abogado General⁸, que los actuales arts. 43 y 48 TCEE habilitan una “competencia entre ordenamientos” (*Wettbewerb von Rechtsordnungen*⁹), que confiere a los operadores el derecho a optar por constituir la sociedad de conformidad con el sistema jurídico que le ofrezca más ventajas, sin que dicha conducta pueda considerarse fraudulenta, aun cuando toda la actividad económica se dirija hacia el mercado de un Estado distinto. Se trataría, simplemente, de un derecho inherente a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios del TCEE. Evidentemente, semejante interpretación aboca a un reconocimiento expreso del derecho a constituir sociedades ficticias (“*pseudoforeign corporations*” o “*Briefkastenfirmen*”).

Dentro de esta interpretación, los más extremistas y comprometidos con la idea de la desregulación o “efecto Delaware” defienden la bondad económica del planteamiento, sugiriendo la necesidad de descartar una armonización comunitaria del Derecho de sociedades, de suyo contradictoria con el objetivo económico perseguido por la competitividad o competencia de ordenamientos¹⁰. Sin embargo, tampoco faltan autores que, señalando la corrección del planteamiento, convienen en que, precisamente, pone de manifiesto la necesidad de armonización¹¹, o, incluso, sugieren que en el fondo de la sentencia subyace un castigo o sanción por parte del TJCE a las instituciones comunitarias o a los legisladores nacionales, por el hecho de no haber seguido en la última década el “consejo” suministrado en “*Daily Mail*” en orden a conseguir dicha

⁸ Este planteamiento aparece claramente expuesto, casi en forma de manifiesto, en la conclusión vigésima de las conclusiones de Antonio La Pergola, en donde, entre otras afirmaciones, puede leerse que “se trata de proteger la oportunidad de una iniciativa económica y, junto a ella, la libertad comercial de utilizar los instrumentos previstos a tal fin en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros” (*vid. asimismo, acerca de la idea de “competencia de ordenamientos” y las conclusiones generales de La Pergola: P.K. Andersen y K.E. Sorensen: “Free Movement of Companies from a Nordic Perspective”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1999/1, pp. 62-62).*

⁹ Cf. R. Freitag, *loc.cit.*, p. 269.

¹⁰ *Vid. B. Höfling, loc.cit.*, p. 1207. S Leible, *loc.cit.*, p. 302.

¹¹ Así J.C. Cascante, *loc.cit.*, pp. 450-451. V. Geryhalter, *loc.cit.*, p. 203. H.W. Neye, *loc.cit.*, p. 260. J. Sedemund y F.L. Hausmann, *loc.cit.*, p. 811. *Vid. también E.M. Kieninger, “ECLR. Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit”, Z.G.R., 1999/5, p. 747-749.* Como pne de relieve S. Rammeloo, el contagio por el virus “Delaware” no parece claro en Europea, a juzgar por las cautelas adoptadas por Estados abiertamente tributarios del “modelo de constitución” como los Países Bajos (*vid. “Recognition of Foreign Companies in Incorporation Countries: A Dutch Perspective”, Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union”, Amberes, Maklu, 1995, pp. 47-73).*

armonización por vía de Derecho derivado o de un Convenio internacional en el marco del antiguo art. 220 TCEE (actual art. 293)¹². (123)

10. Finalmente, la sentencia “Centros” produciría un efecto inmediato en el problema del traslado de la sede de las sociedades. Para algunos autores, “Centros” propicia un traslado “de hecho” de la sede real de las sociedades, a partir del Estado de la sede social, a través del mecanismo del derecho de establecimiento secundario¹³. Pero incluso se ha defendido que *in casu*, la auténtica pretensión no era la apertura de una agencia, sino la fijación del establecimiento principal en Dinamarca, argumentando a menudo a partir de la interpretación del concepto en el marco del art. 5.5.º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil¹⁴, por lo que una lectura correcta del asunto llevaría a afirmar la posibilidad de traslado de sede establecimiento principal con mantenimiento (reconocimiento) de la personalidad jurídica.

B) *¿A minore ad maius?*

11. Desde un punto de vista tan conflictualista y formalista como el anterior, parece relativamente sencillo desactivar los argumentos expuestos por los teóricos de la constitución, a favor de la compatibilidad de la “teoría de la sede” y la pervivencia de la neutral jurisprudencia “*Daily Mail*”. El argumento básico radica en la imposibilidad de

¹² Esta es la lectura de O. Sandrock (cf. “Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie”, *B.B.*, 1999/26, pp. 1.337-1-338 y 1.341). A su juicio, la sentencia “*Daily Mail*” había puesto de relieve la necesidad de una armonización unilateral o convencional del Derecho de sociedades, en particular del problema relativo al traslado de sede con mantenimiento de la personalidad jurídica. Después de diez años, y habida cuenta incluso del tenor del actual art. 10 TCEE (principio de confianza comunitario), puede afirmarse que tanto los Estados como las instituciones incumplieron el consejo o mandato implícito en “*Daily Mail*”, al no adoptar Directiva alguna ni adoptar un texto convencional sobre la base del art. 220 (actual 293 TCEE). “Centros” vendría a suponer una sanción a semejante pasividad. El planteamiento de O. Sandrock suscita, empero, dudas “constitucionales”. No existía ni antes ni después de “*Daily Mail*” un período transitorio para adoptar tal medida. En un sistema como el europeo, compete a los Estados y, en su caso, a las instituciones comunitarias, con un papel relevante del Parlamento, adoptar iniciativas legislativas. No parece que sea muy democrático ni ajustado al entramado competencial que sean los jueces de Luxemburgo quienes orienten la política legislativa y sancionen a las instituciones cuando actúan lentamente, a menos que dicha pasividad conculque alguna obligación de resultado dimanante del TCEE. Pero las condiciones jurídicas siguen siendo las mismas ahora que hace diez años, cuando el TJCE dictó “*Daily Mail*”.

¹³ Cf. N. Dautzenberg, *loc.cit.*, p. 452. R. Freitag, *loc.cit.*, p. 268.

¹⁴ *Vid.* R. Freitag, *loc.cit.*, p. 268.

extrapolar la solución de la cuestión prejudicial resuelta a un supuesto en que el Estado de destino o apertura de la sucursal fuera un sistema de “sede real”. En efecto, parece existir práctica unanimidad en el hecho de que tanto Inglaterra (Estado de origen o de establecimiento principal) como Dinamarca (Estado de destino o de establecimiento secundario) son tributarios de la “teoría de la constitución”¹⁵. En consecuencia, el ordenamiento danés – comprendida su norma de conflicto – reconocía la personalidad jurídica, existencia y capacidad de “Centros”. De hecho, habida cuenta de la ubicación y del contenido (124) del fundamento jurídico 15º, es fácil colegir que esta dato fue, como ya señalamos, el presupuesto del que partió el TJCE para dictar su decisión¹⁶, impidiendo un argumento *a minore ad maius*. Quiere ello decir, que la solución del caso no determina en modo alguno la hipotética respuesta que podría dar un sistema de “sede real”, pues en este caso su norma de conflicto determinaría la inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad y la imposibilidad de su reconocimiento¹⁷. La coincidencia de criterios entre el sistema inglés y el danés en torno al criterio de constitución explicarían, entre otras cosas, la falta de citas en el caso a la jurisprudencia “*Daily Mail*” y la propia sutileza con que el TJCE redacta su fundamento 15º. En

¹⁵ Vid. P.H. Andersen y K.E. Sorensen, *loc.cit.*, pp. 55-56. Con la excepción de W. Meilicke (*loc.cit.*, p. 627), en todos los trabajos citados en este artículo se parte del hecho de que Dinamarca es un sistema jurídico enmarcado entre los que siguen el criterio de la constitución.

¹⁶ “El contexto fáctico y normativo del caso” es también tenido muy en cuenta en las observaciones de la Comisión, como se desprende de la 10ª conclusión del Abogado General. La importancia de este fundamento es puesta de relieve por S. Görk, “Das EuGH-Urteil in Sachen “Centros” vom 9. März 1999: Kein Freibrief für Briefkastengesellschaften”, *GmbHRundschau*, 1999/15, pp. 793-794.

¹⁷ Vid. En este sentido: P.K. Andersen y K.E. Sorensen, *loc.cit.*, pp. 61-62. H. Bungert, “Konsequenzen der Centros-Entscheidung des EuGH für die Sitzanknüpfung des deutschen internationalen Gesellschaftsrecht”, *D.B.*, 1999/36, pp. 1841-1842. W.F. Ebke, “Das Sicksal der Sitztheorie nach dem Centros Urteil des EuGH”, *J.Z.*, 1999/13, pp. 658-661. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, pp. 793-800. Id.: “Nota”, *MittBayNot.*, 1999/3, pp. 300-302. G. Hoor, “Das Centros-Urteil und seine Auswirkungen auf die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts”, *N.Z.G.*, 1999/20, p. 984. P. Kindler, “Niederlassungsfreiheit für Schein-Auslandsgesellschaften? (Die “Centros” Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht)”, *N.J.W.*, 1999/28, pp. 1.996-1.998. K.W. Lange, “Nota”, *D.Not.Z.*, 1999, pp. 593-607. G.H. Roth, “Grundungstheorie: Ist der Damm gebrochen?”, *Z.I.P.*, 1999/21, pp. 862-863. H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter “Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit”, *R.I.W.*, 1999/10, p. 722 y 725-727. M. Timme y F. Fülk, “Das Ende der Sitztheorie im internationalem Gesellschaftsrecht?”, *JuS.*, 1999/11, pp. 1.055-1.058. P. Ulmer, “Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz”, *J.Z.*, 1999/13, p. 662. Para algunos autores, la cuestión se reduciría, incluso, a un problema de falta de prueba del Derecho extranjero. A juicio de K.W. Lange el registrador mercantil alemán, a la hora de inscribir una agencia de una sociedad extranjera, debe determinar la capacidad de la sociedad. Como ésta se rige por el país en que tiene su sede real, y la sociedad carece de sede real alguna, resulta posible identificar el ordenamiento rector de la capacidad jurídica de la sociedad y, en consecuencia, su inscripción (*cf. loc.cit.*, p. 600. Vid. también P. Kindler, *loc.cit.*, p. 1.994).

suma, el asunto “Centros” no afectaría a un supuesto idéntico en que el Estado de destino siguiera el criterio de la “sede real”, para lo cual sería necesario, cuando menos, un nuevo pronunciamiento prejudicial¹⁸. Entretanto, la doctrina neutral “*Daily Mail*” seguiría vigente, y podrían reproducirse decisiones internas como la dictada en el sistema alemán por el *Oberlandesgerichtshoff Bay de 26 de agosto de 1998*, denegando en un supuesto similar la inscripción de una agencia de una *private company* inglesa. (125)

C) El art. 48 TCEE: ¿norma de conflicto?

12. La crítica de los defensores de la “teoría de la sede” participa de la tesis de los defensores de la “teoría de la constitución” en hacer de la cuestión de la existencia de la sociedad y del reconocimiento de la personalidad jurídica un aspecto esencial, al tiempo que niega el carácter del viejo art. 58 TCEE como norma conflictual o de reconocimiento¹⁹. Sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre esta cuestión, existen argumentos muy poderosos para negar el carácter conflictual del art. 48 TCEE (ex art. 58), al margen de lo ya dicho por el TJCE en “*Daily Mail*”. En primer término, su propio texto es una buena prueba de la neutralidad del Derecho comunitario, al utilizar alternativamente, como criterio de sujeción de una sociedad a un Derecho nacional, tanto la sede social como la sede real, en un plano de total igualdad²⁰. En segundo lugar, una interpretación del art. 48 TCEE como norma de reconocimiento resultaría incongruente con la política de negociaciones entre Estados miembros prevista al mismo tiempo en el art. 220 TCEE (actual art. 293), con la finalidad de

¹⁸ En este sentido, cf. W.F. Ebke, *loc.cit.*, p. 661. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 797. H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 729. E.M. Kieninger, *loc.cit.*, p. 746. Para P. Kindler, ni siquiera sería necesario (cf. *loc.cit.*, p. 1.998).

¹⁹ Vid. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens-und Verbandsrechts*, vol I, *Grundlagen*, Munich, 1980, p. 793; B. Grossfeld, *J. von Staudinger Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerliche Gesetzbuche, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht*, 13 ed., 1993. R. Arenas García, *Acceso del empresario al Registro Mercantil y Derecho internacional privado*, Barcelona, 1996, pp. 59-90.

²⁰ Cf. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 795. S. Korn y Ch. Tahler, “Das Urteil des EuGH in der Rs centros: Ein Milenstein für das europäische Gesellschaftskollisionsrecht?”, *wbl*, 1999/6, pp. 247-254. K.W. Lange, *loc.cit.*, p. 606. H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 726. Como afirma el fundamento 21º de la sentencia “*Daily Mail*”, interpretando el art. 58 del TCEE, “el Tratado hizo equivalentes la sede social, la administración central y el centro de actividad principal como vínculo de conexión”.

alcanzar un Convenio internacional para el “reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del art. 58”²¹. Pero, sobre todo, la génesis de la norma demuestra que la única finalidad de dicho precepto fue establecer el ámbito de aplicación personal de la libertad de establecimiento, aplicada a las personas jurídicas y por analogía con las personas físicas. Para éstas últimas, la nacionalidad bastaba como criterio de sujeción o pertenencia al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. La “nacionalidad” era un criterio más problemático para las personas jurídicas, cuya propia existencia y, por ende, su nacionalidad, dependen de la aplicación de unos Derechos nacionales divididos en cuanto al criterio determinante (“sede social” *versus* “sede social”). Salomónicamente, se contemplaron todos los criterios vigentes en los sistemas nacionales, con el único fin de precisar (126) la sujeción de la persona jurídica a un sistema jurídico nacional, y así incluirla en la lista de beneficiarios. Muy pronto se observó que los criterios ordenados alternativamente planteaban el riesgo de atribuir tal condición de beneficiario a sociedades interpuestas o económicamente vinculadas a un tercer Estado. Para evitar el desbordamiento de las barreras exteriores que provocaban los sistemas tributarios de la teoría de la constitución/sede social, se añadieron condiciones adicionales de vinculación efectiva a la economía de un Estado miembro, como enseguida veremos²². Tal fue la función del art. 58 TCEE, y tal sigue siendo la función del art. 48 TCEE.

En efecto, en modo alguno el actual art. 48 TCEE es una norma de reconocimiento directo de sociedades, sino una disposición que procede a delimitar, por analogía con las personas físicas, el ámbito de aplicación subjetivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en relación con las personas jurídicas²³. Afirmar que un sujeto es beneficiario de una libertad no implica, ni mucho menos, que vaya a poder beneficiarse *de facto*, circunstancia que dependerá, entre otros

²¹ Sobre las relaciones de los arts. 58 y 220 TCEE y sus posibles interpretaciones, *vid.* P. Blanco Morales Limones, *op.cit.*, pp. 167-170. V. Kruse, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG*, Colonia, Carl Heymanns, 1997, pp. 73-80. Para algunos autores, este argumento, en todo caso, no puede considerarse determinante (*vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *loc.cit.*, pp. 665-666. R. Caro Gándara, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 254 ss.)

²² Sobre el sentido histórico de la condición adicional, *vid.* especialmente M. Mejuq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 42-43.

²³ *Cf.* en este sentido, y en relación con el caso “Centros” H. Bungert, *loc.cit.*, p. 1842. D. Sancho Villa, “La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia Centros Ltd”, *La Ley: Unión Europea*, nº 4938, p. 3. *Vid.* también R. Arenas García, *op.cit.*, p. 87. P. Blanco-Morales Limones, *op.cit.*, p. 173 ss.

extremos, de las eventuales restricciones que puedan oponer legítimamente los Estados miembros. Desde luego, las sociedades constituidas conforme a la ley de un Estado miembro y que sólo tenga en él su sede social son beneficiarias de las libertades en el sentido del TCEE. Pero ello no prejuzga que un Estado miembro donde dicha sociedad tiene su sede real pueda aplicar justificadamente su Derecho de sociedades, incluso en bloque, cuestión que abordaremos más adelante. Sin embargo, sí es cierto que el art. 48 puede provocar, indirectamente, la necesidad de reconocer la existencia de la sociedad. Dicho de otro modo, ¿el hecho de considerar a un sujeto beneficiario del Derecho comunitario, no implica de suyo reconocer su existencia y personalidad jurídica como un *prius* lógico? Si es así, como trataremos de referir más adelante, tampoco significa que el art. 48 sea ni una norma de conflicto, ni una norma de reconocimiento. La personalidad jurídica de la sociedad vendría afirmada, en todo caso, de forma indirecta.

D) Vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro.

13. Para contradecir los argumentos conflictuales de quienes anuncian el fin de la “teoría de la sede” bastaría, desde luego, argumentar que en el caso “Centros” no se discutió la cuestión, al dictarse la decisión sobre el presupuesto de dos sistemas adscritos al criterio de constitución. Tal afirmación, sin embargo, (127) no significaría en todo caso la pervivencia inmaculada de la teoría de la sede, sino simplemente la debilidad de los planteamientos conflictuales aludidos. Existen, sin embargo, otras razones que permiten hacer dudar de las teorías excluyentes de la teoría de la sede, a la luz de criterios menos formalistas o conflictuales.

14. La primera de ellas se refiere a las condiciones adicionales al art. 48 TCEE introducidas por los Programas Generales de 1961 para la supresión de las restricciones al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios²⁴. En sendos Títulos I, los programas añaden una condición para considerar como beneficiarias de ambas libertades a las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro que únicamente tengan su sede social en territorio comunitario: literalmente, se exige “una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro,

²⁴ Vid. con carácter general D. Sancho Villa, *loc.cit.*, pp. 4 ss.

excluyéndose que dicha vinculación dependa de la nacionalidad, en particular de los socios, de los miembros de los órganos de gestión o de las personas que posean el capital social”. Tal condición fue reconocida por el Derecho derivado²⁵ y la propia jurisprudencia del TJCE, pasando a formar parte como lugar común del Derecho comunitario sobre la libre circulación de servicios²⁶.

Curiosamente, la limitación parece afectar de lleno a la sociedad “Centros”. Dicha sociedad, cuando pretende inscribir su agencia en Dinamarca, únicamente cuanta con su sede social en el Reino Unido. Carece de vinculación efectiva con la economía de un Estado miembro, pues no tiene actividad comercial alguna; pero, sobre todo, le resultaría imposible demostrar una vinculación continuada, pues este adjetivo requiere necesariamente una apreciación temporal de la actividad. Por añadidura, la corrección excluye expresamente que la nacionalidad danesa de ambos socios pueda justificar tal conexión efectiva. En tal contexto, no puede admitirse que la corrección introducida por los programas generales se de por cumplida con la simple demostración de que la sociedad carece de una sede real o de actividad comercial en un tercer Estado (condición negativa). Los programas postulan claramente una condición positiva de vinculación efectiva con la economía de un Estado miembro. En segundo lugar, tampoco parece de recibo el concepto de “vinculación latente”, es decir, el cumplimiento de la condición cuando la sociedad carece de actividad pero pretende llevarla a cabo dentro **(128)** de la Unión Europea, como vendría a ser el caso “Centros”, pues semejante posibilidad vaciaría de contenido la necesidad de que la vinculación sea “continua”, lo que viene a significar que sólo obedece a criterios de actividad pasados y presentes, pero no exclusivamente futuros. Sin embargo, hay que reconocer que se trata de una reducción funcional defendible, tal y como ha demostrado D. Sancho Villa²⁷.

Resulta sorprendente que la decisión no haya retenido este extremo, máxime cuando el propio Abogado General La Pergola, cuyas conclusiones sí son retenidas en la sentencia, reconoce la eficacia de la condición adicional suministrada en primer

²⁵ Por ejemplo, en el art. 1 de la Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales, las sociedades beneficiarias se definen por remisión a cada uno de los Títulos I de ambos programas.

²⁶ Así lo reconocen reputados defensores de la interpretación de la sentencia “Centros” como contraria a la teoría de la sede (*ad. ex. P. Behrens, loc.cit.*, p. 326), si bien considerando que la cuestión no afecta al supuesto de hecho que dio lugar a la decisión.

²⁷ *Loc.cit.*, pp. 12-16.

término por los programas generales. Sin embargo, La Pergola despacha la cuestión como un aspecto que no viene al caso, al referirse a sociedades extracomunitarias (conclusión 20ª), pero en su 12ª conclusión se observan patentes equívocos, pues entiende que la condición se refiere a “sociedades establecidas con carácter principal fuera de la Comunidad”. Dicha afirmación encierra dos errores: en primer lugar, una sociedad con sede social en un Estado miembro y su sede real fuera de la Unión Europea no tiene su establecimiento principal fuera de la Unión Europea, sino únicamente su sede real, pues, como luego se señalará, el concepto de “establecimiento principal” en Derecho comunitario designa, precisamente, el lugar de constitución o sede social; en segundo lugar, la condición no afecta a “sociedades establecidas con carácter principal fuera de la Comunidad”, sino a “sociedades establecidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro en caso de que únicamente tengan su sede social en la Comunidad”, tanto si tienen su sede real fuera de la Comunidad como si no la tienen. Y lo único cierto es que si una sociedad no tiene sede real, no puede tener la sede real en la Comunidad. Sobre este presupuesto, cabría defender que “Centros” no era beneficiaria de la libertad de establecimiento en el sentido “completo” del antiguo art. 58 TCEE. Llevado hasta el extremo, significaría que una sociedad sin actividad comercial no podría beneficiarse del derecho de establecimiento secundario; este es el sentido que se desprende de la *Sent. TJCE de 25 de julio de 1991 (As. C-221/89: “Factortame II”)*²⁸. Sin embargo, tanto la sentencia “Centros” como, anteriormente, la *Sent. TJCE de 10 de julio de 1986 (As. 79/85: “Segers”)* contradicen esta conclusión²⁹. Pero este no es, ni mucho menos, el único ni más importante argumento material contra la exclusión por la sentencia “Centros” de la teoría de la sede. (129)

E) Personas físicas y personas jurídicas: ¿analogía?

15. Un recurso muy socorrido para justificar los pronunciamientos de la sentencia “Centros” y el descarte de la “teoría de la sede” consiste en jugar con la

²⁸ Donde se afirma que “el concepto de establecimiento... implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente”. Sobre la importancia de esta decisión en relación con el principio del “vínculo efectivos y continuo”, *vid.* M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 206-208.

²⁹ Fundamentos jurídicos 17º y 16º, respectivamente. *Vid.* El análisis sobre este particular de E.M. Kieninger, , *loc.cit.*, pp. 735-737.

analogía entre el régimen de las personas físicas y las personas jurídicas frente al derecho de establecimiento. Ya vimos que esta analogía nos permite, entre otras cosas, calificar al viejo art. 58 TCEE como una simple norma de delimitación del ámbito de aplicación personal de tal libertad. Como reiteradamente ha establecido la jurisprudencia del TJCE, los criterios de sede social, administración o centro de actividad principal, resumibles en el concepto “domicilio”, sirven para determinar, a semejanza de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro³⁰.

En las conclusiones de La Pergola resultan palpables las confusiones a la hora de hacer analogías entre el régimen de establecimiento de personas físicas y jurídicas³¹. Es falso que la nacionalidad sea el único requisito exigido para el establecimiento de las personas físicas. Es el único exigido para el establecimiento principal o primero. La libertad de establecimiento secundario de las personas físicas sigue el régimen de la libre prestación de servicios y, en consecuencia, requiere que, además, el nacional de un Estado miembro tenga su establecimiento principal en territorio comunitario (antiguo art. 59.2º, actual 49.2º)³². Cosa muy distinta es que el Estado de destino pretenda restringir el derecho de establecimiento secundario o la libre prestación de servicios exigiendo la “residencia” o “establecimiento” en “su” territorio, lo que supondría reducir tal actividad al régimen exclusivo del derecho de establecimiento principal, y que sólo en casos extremos podría estar justificado³³. Si las personas jurídicas, para beneficiarse del derecho de establecimiento secundario o la libre prestación de servicios, no siguen un criterio similar al previsto en el art. 59.2º, que únicamente podría significar añadir a la constitución la presencia de la sede real en territorio comunitario, lo que de hecho se produce es un régimen asimétrico y en buena parte incongruente: un abogado o médico español cuyo despacho o consulta profesional esté situado en Estados Unidos, no tiene garantizado el derecho de abrir un despacho o consulta adicional en territorio

³⁰ Asunto “Segers” (fundamento jurídico 13). *Sents TJCE de 28 de enero de 1986 (As. 353/83: “Comisión/Francia”)*; *Sent. TJCE de 13 de julio de 1993 (As. C-330/91: “Commerzbank”)*. En idéntico sentido se pronuncian muy recientemente la *Sent. TJCE de 29 de abril de 1999 (As. C-311/97: “Royal Bank of Scotland plc/Ellikino Dimosio”)* y la *Sent. TJCE de 21 de septiembre de 1999 (As. C-307/97: “Saint-Gobain”)*.

³¹ Cf. nota 14ª y conclusión 18ª.

³² *Vid. Sent. TJCE de 12 de julio de 1984 (As. 107/83: “Klopp”)*, esp. fundamento 18º.

³³ *Ad. ex. Sent. TJCE de 20 de mayo de 1992 (As. C-106/91: “Ramrath”)*.

comunitario ni a la libre prestación de servicios, como profesional liberal. Para sortear este límite, le basta con constituir una sociedad de asesoría jurídica o servicios médicos en el Reino Unido, y proceder a abrir la agencia o a prestar el servicio en el Estado en cuestión **(130)** mediante un contrato laboral o de servicios con dicha sociedad ficticia.

16. Una solución simétrica en relación con el régimen de las personas físicas habría exigido, incluso, ir más lejos, limitando el derecho de establecimiento secundario y la libre prestación de servicios a las personas jurídicas a aquéllas que tuvieran tanto su sede social como su sede real en territorio comunitario³⁴, pero esta solución era incompatible con el tenor del art. 58 TCEE. Esa fue, precisamente, la razón de que los programas de 1961 incluyeran, como condición para el derecho de establecimiento secundario de las sociedades, la exigencia de “vínculo efectivo y continuo”, por analogía con el requisito exigido para el establecimiento secundario de las personas físicas en el viejo art. 59.2^{o35} (establecimiento en un Estado miembro). En todo caso, la exigencias de que también la sede real estuviera en territorio comunitario sería además la apropiada para admitir el traslado de sede de la sociedad, como así se prevé en el art. 1 de la Propuesta de 14ª Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la transferencia de sede de las sociedades de un Estado miembro a otros estado miembro con cambio de la ley aplicable³⁶.

F) Teoría de la constitución y art. 12 TCEE.

³⁴ De hecho, esta tendencia es palpable en el Derecho derivado, como demuestran, entre otros, los siguientes textos a los que alude D. Sancho Villa (*cf. loc.cit.*, p. 4): art. 4.2 a) del Reglamento de 25 de julio de 1985 sobre Agrupaciones Europeas de Interés Económico; arts. 2 y 3 de la Propuesta modificada de Reglamento por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea de 1991, al igual que su predecesora de 1991. A estos textos, podría añadirse, a título de ejemplo: art. 2.2º b) del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros y que define como “armador comunitario” a “las compañías marítimas establecidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo centro de actividad principal esté situado en un Estado miembro, realizándose su control efectivo en un Estado miembro”.

³⁵ *Cf.* este dato en Y. Loussouarn, “Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne”, *Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre Teitgen*, París, 1984, pp. 239 ss. *Id.* “Le droit d’établissement des sociétés”, *Rev.trim.dr.eur.*, 1990, p. 229.

³⁶ *Cf.* una relación de este dato con la exigencia del “vínculo efectivo y continuo” en D. Sancho Villa, *loc.cit.*, p. 4.

17. Como señalamos en otro lugar³⁷, las consideraciones relativas a la contrariedad respecto del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 12 TCEE) de la conexión “nacionalidad” en el ámbito de la capacidad de las personas físicas³⁸, no es directamente trasladable al ámbito de las personas jurídicas (**131**). Los sistemas conflictuales, tributarios de la “teoría de la sede”, designan la ley aplicable a la capacidad de la sociedad a través de una conexión objetiva (sede real) equivalente a la residencia habitual de las personas físicas. En cambio, si la ley aplicable se hace depender de un criterio subjetivo como el que defiende la teoría de la constitución, se aproxima funcionalmente al criterio de la nacionalidad, y en tal sentido cabría defender una contrariedad de semejante norma de conflicto, por los resultados diferenciales a que conduce en el régimen jurídico de la sociedad, sobre la exclusiva base de una distinción formal y subjetiva: nacionalidad, incorporación o sede social³⁹.

G) Papel de la armonización: sede social + sede real = principio material.

18. La sentencia “Centros” afirma claramente que la falta de armonización del Derecho de sociedades no puede constituir un límite al Derecho de establecimiento secundario de las sociedades. Esta afirmación, traída a menudo a colación por los proponentes del fin de la “teoría de la sede”, no aporta en todo caso argumento alguno a favor de estas tesis. Como bien señala W.F. Ebke⁴⁰, ni la doctrina ni la jurisprudencia del TJCE han aludido nunca a la falta de armonización como justificante de una restricción al derecho de establecimiento secundario. Ciertamente, la referencia aparece en la sentencia “*Daily Mail*” en relación con un problema de traslado de sede real, y tal afirmación sigue siendo plenamente compatible con la sentencia “Centros”.

³⁷ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros”, *R.C.E.A.*, vol. XII, 1996, pp. 74-75.

³⁸ Cf. *Sent. TJCE de 1 de febrero de 1996 (As. C-177/94: Perfili)*.

³⁹ Vid. U. Drobnič, “Verstösst des Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot der EWG Vertrages?”, *Rechts Z.*, 1979, pp. 650-666. G. Fischer, “Gemeinschaftsrecht und kollisionsrechtliche Staatsangehörigkeitsprinzip”, *Tagung des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Onasbrück am 6. 7. April 1990 in Onasbrück*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1991, pp. 178 ss. A.V.M. Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *R. Des C.*, t. 232 (1992-I), p. 353. R. Arenas García, *op.cit.*, pp. 105-106. *Id.*: “Recensión a P. Blanco Morales Limones (*La transferencia internacional de sede social*)”, *R.E.D.I.*, vol. XLIX, 1997-2, p. 389.

⁴⁰ *Loc.cit.*, p. 660.

19. Conviene sin embargo dejar apuntada ya una consideración especialmente relevante en relación con la armonización del Derecho de sociedades y la sentencia “Centros”, de signo muy distinto, y que sólo muy parcialmente ha sido apuntada por la doctrina: tanto las Directivas adoptadas, como las Propuestas existentes en materia de sociedades, apuntan siempre a la compatibilidad con el Derecho comunitario de la “teoría de la sede”, al menos entendida en términos materiales. Es el caso de la Proposición de decimocuarta Directiva sobre el traslado de sede de sociedades⁴¹. Pero, además, las disposiciones existentes hoy por hoy en el Derecho derivado que regulan de alguna forma el régimen de constitución de las sociedades, se orientan claramente a un criterio material contrario (132) a la teoría de la constitución: la necesaria coincidencia de la sede real y de la sede social. En concreto, para los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, ya preveía en su art. 3 que “para la aplicación de la presente Directiva, un OICVM se considera situado en el Estado miembro en que se encuentre su sede estatutaria de la gestión del fondo común de inversión o el de la sociedad de inversión; los Estados miembros deben exigir que la administración central se sitúe en el Estado miembro en el que está fijada la sede estatutaria”. Siguiendo este criterio, la Directiva 95/26/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995, por la que se modifican las Directivas relativas al régimen de establecimiento y servicios de entidades de crédito y compañías de seguro introdujo sendas modificaciones en su art. 3, disponiendo que “los Estados miembros exigirán a las empresas de seguros que su administración central esté situada en el mismo Estado miembro que su domicilio social”, que “los Estados miembros exigirán a las entidades de crédito que sean personas jurídicas y que tengan un domicilio social de conformidad con su Derecho nacional, que su administración central éste situada en el mismo Estado miembro que su domicilio social” y “a las demás entidades de crédito, que su administración central esté situada en el Estado miembro que haya expedido la autorización y en el que ejerzan realmente sus actividades”. En este mismo sentido, es especialmente significativa la forma que tiene de determinar el establecimiento principal la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del

⁴¹ Vid. W.F. Ebke, *loc.cit.*, p. 661.

comercio electrónico en el mercado interior⁴², que, jugando con las palabras, permite afirmar que aunque existan las *Briefkastenfirmen* no serán posibles las *E-mailfirmen*.

Posteriormente valoraremos cuáles fueron las razones de estas Directivas y Propuestas. Por ahora conviene poner de relieve una contradicción. Si resulta evidente que el Derecho derivado comunitario en vigor ha optado por un principio material de coincidencia entre la sede social y la sede real, es cuando menos incongruente que la traducción conflictual de dicho principio sea contraria al Derecho comunitario. Los países tributarios de la “teoría de la sede” no tuvieron que realizar grandes esfuerzos para adaptar a su régimen de sociedades de capital la exigencia del art. 3 de la Directiva 95/26/CE. En contrapartida, países como el Reino Unido tienen prohibido constituir entidades de crédito y de seguros si la sede real no se fija en su territorio. Por otra parte, el caso “Centros” no tendría sentido si habláramos, por ejemplo, de una compañía de seguros o de crédito. Como veremos, este argumento despliega un alcance mucho más poderoso (133) que la mera puesta en duda de una lectura conflictual contraria a la “teoría de la sede”.

H) Establecimiento principal, establecimiento secundario y traslado de sede.

20. Mención aparte merece la disquisición acerca de si la sentencia “Centros” se refería a un problema de establecimiento principal o secundario, y la incidencia que esta disyuntiva puede tener en el problema del traslado de sede⁴³. Para algunos autores, sobre todo a partir del fundamento 29º de la sentencia, podría mantenerse que el TJCE se pronuncia sobre un problema de establecimiento principal en Dinamarca o que, en todo caso, da pie a considerar la posibilidad de un traslado de sede con mantenimiento de la personalidad jurídica⁴⁴.

En primer lugar, conviene poner de relieve que el concepto comunitario de “establecimiento principal” tiene poco que ver con el concepto de “sede real” o “centro

⁴² D.O.C.E., C núm. 30/1999, p. 4. Para fijar el lugar de origen del prestador de servicios *on line* la propuesta no sigue un criterio formal, paralelo de la teoría de la constitución, como podría ser el lugar donde radica el “sitio”, donde se mantiene la tecnología que mantiene el “sitio” o donde se puede acceder a él, sino donde está el centro principal de actividades (considerando nueve) proporcionando un concepto consecuente de prestador de servicios establecido (art. 2 c).

⁴³ Vid. El planteamiento de esta cuestión, por todos, en E.M. Kieninger, *loc.cit.*, pp. 728-735. S. Leible, *loc.cit.*, pp. 301-302.

⁴⁴ Vid. S. Korn y Ch. Thaler, *loc.cit.*, p. 250.

de actividad principal” propio de los Derechos nacionales. En el ámbito comunitario, se entiende el concepto en estricta relación con el “derecho de establecimiento principal” que atribuye el primer inciso del antiguo art. 52.1º del TCEE en relación con el 52.2º (actual art. 43) y el art. 58 (actual art. 48). En el primer inciso se menciona la libertad de establecimiento, en general, que se extiende a la libertad de apertura de agencias, sucursales o filiales (establecimiento secundario). La libertad de establecimiento primario o principal tiene que ver (art. 52.2º) con el derecho a constituir y gestionar sociedades en las condiciones fijadas por el país de establecimiento, esto es, de constitución, para sus nacionales. En consecuencia, el establecimiento principal, a efectos de la aplicación de los arts. 43 a 48 del TCEE, se refiere estrictamente al primer establecimiento constituido, coincidente con la sede social original de la sociedad (en el caso “Centros” Inglaterra). El derecho de establecimiento secundario, que sigue el régimen de la libre prestación de servicios y no el régimen del establecimiento principal, supone, en el ámbito de las personas jurídicas, la existencia previa de un establecimiento primero o de constitución de la sociedad⁴⁵. Esto es, precisamente, lo que pretendía la sociedad danesa: simplemente abrir una agencia, y no trasladar su establecimiento principal, si bien lo que buscaba era convertir su agencia en la “sede real”. En tal sentido, la *lex originis* en materia de sociedades (**134**) es, por definición, la ley del país de constitución o establecimiento principal, y la ley de destino se corresponde con la ley del país donde quiere abrirse la agencia o prestarse un concreto servicio. El derecho comunitario derivado relativo al establecimiento y servicios de sociedades se conforma, ciertamente, con esta comprensión de “establecimiento principal o primero” y “establecimiento secundario”⁴⁶.

⁴⁵ Este planteamiento se evidencia, por lo demás, en el caso de que la sociedad constituida y con sede social en un Estado miembro carezca de sede real en el territorio de la Unión Europea. Ya se vio que, en el marco del art. 48 TCEE, dichas sociedades son beneficiarias de la libertad de establecimiento, pudiendo abrir sucursales o establecimientos secundarios en otros Estados miembros, si mantienen un vínculo efectivo y continuo – que no sede real – con la economía de un Estado miembro. En tales casos, la sede social sigue siendo el establecimiento principal y no, evidentemente, la sede real o centro de actividad principal, que puede ubicarse en un tercer Estado.

⁴⁶ A título meramente ejemplificativo: el art. 1.6º de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables define como Estado miembro de origen “cuando la empresa de inversión sea una persona jurídica, el Estado miembro donde tenga su domicilio social o, en caso de que de conformidad con su Derecho nacional no lo tuviere, el Estado miembro en el que tenga su administración central”; el art. 1.7º considera como Estado miembro de acogida “el Estado miembro en el cual una empresa de inversión tenga una sucursal o preste servicios, entendiéndose por “sucursal” (art. 1.8º) “un establecimiento que constituya una parte sin personalidad jurídica de una empresa de inversión y que preste servicios de inversión para cuyo ejercicio la empresa de inversión haya recibido la oportuna autorización; todos los establecimientos creados en un mismo Estado miembro por una empresa de inversión *que tenga su domicilio social en otro Estado miembro* se

21. Sobre estas premisas, no parece en absoluto de recibo considerar que el TJCE se pronunció sobre un traslado del establecimiento principal. Resulta meridianamente claro que el TJCE abordó la cuestión como un supuesto de libertad de establecimiento secundario, dando por sentado, en consecuencia, que el establecimiento principal se encontraba en el Reino Unido y que la sede social de la sociedad no iba a cambiar como consecuencia de la inscripción de la agencia⁴⁷ (135). Es más, un cambio de sede social o establecimiento principal a Dinamarca o cualquier otro Estado miembro plantearía en todo caso un cambio de la ley aplicable a la sociedad en virtud de la propia teoría de la constitución, que permitiría (exigiría) la aplicación de la ley del Estado de destino, incluida la necesidad hipotética de existencia de la sede real en dicho Estado, con el consiguiente cumplimiento o adaptación a sus disposiciones sobre capital mínimo, solvencia, etc.⁴⁸. No debe extrañar, por tanto, que aún quienes defienden el fin de la “teoría de la sede” manifiesten que el problema del traslado de sede, a falta de que lleguen a buen fin textos armonizadores⁴⁹, precisaría un nuevo pronunciamiento

considerarán como una sola sucursal (la cursiva es nuestra). Para las entidades de crédito, el art. 3 de la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, siguiendo los criterios de la Primera Directiva (art. 1), define la “sucursal” como “una sede de explotación que constituya una parte, desprovista de personalidad jurídica, de una entidad de crédito, que efectúe directamente, de modo total o parcial, las operaciones inherentes a la actividad de una entidad de crédito; se considerarán como una sola sucursal varias sedes de explotación creadas en el mismo Estado miembro por una entidad de crédito *que tenga su sede social en otro Estado miembro*”. En este ámbito, la estructura de la primera Directiva 77/780/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1977 es aún más significativa, al separar en dos títulos el diverso régimen de las entidades de crédito que tengan su sede (social) en uno de los Estados miembros y sucursales en los demás Estados miembros, de un lado, y las sucursales de entidades de crédito que tengan su domicilio social fuera de la Comunidad, de otro. Para ésta últimas (extracomunitarias), los Estados miembros no pueden prever un régimen más favorable que para las primeras. Como puede apreciarse, el criterio de establecimiento principal se asienta en todo caso sobre el criterio de la sede social, en el sentido de primer establecimiento o establecimiento constitucional de la sociedad. En el ámbito del seguro, el establecimiento principal o ley de origen que determina la autorización primera de la sociedad (licencia única) se corresponde asimismo con el domicilio social de la empresa (arts. 1 c) y 4 de la Tercera Directiva 92/46/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 para seguros distintos del de vida, y arts. 1 d) y 3 de la Tercera Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992 para seguros de vida).

⁴⁷ Vid. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 797. G.Hoor, *loc.cit.*, p. 985. H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 723. Esta afirmación ha llevado a algunos autores a insistir en la idea de que, en todo caso, la sentencia “Centros” sólo vendría a imponer una limitación a la teoría de la sede en el ámbito de la libertad de establecimiento secundario, pero no en relación con el establecimiento principal ni con el traslado de sede (en este sentido W.F. Ebke, *loc.cit.*, p. 658. M. Götsche, *loc.cit.*, pp. 1405-1406).

⁴⁸ Vid. En este sentido J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 797.

⁴⁹ P. Behrens, *loc.cit.*, p. 330.

prejudicial⁵⁰, ni que los defensores de dicha teoría resalten que dicho pronunciamiento ya existe y sigue vigente, y se denomina “*Daily Mail*”.

22. De hecho, sin embargo, una lectura de la decisión desde la óptica de quienes impugnan la “teoría de la sede” aboca a dos claras consecuencias: en primer lugar, la sentencia “*Daily Mail*” se vería afectada porque la posibilidad de un traslado de sede real dependería exclusivamente de la ley del lugar de constitución de la sociedad, que sería la encargada de establecer si tal traslado es posible y con qué condiciones, y si disuelve o no la sociedad, esto es, produce efectos en su personalidad jurídica, sin que la ley del estado de sede real tuviera nada que decir⁵¹; en este punto, la solución no es muy diferente a la del caso “*Daily Mail*”, donde se trataba de determinar la posibilidad de que la ley inglesa, como ley del país de constitución, exigiera determinadas condiciones fiscales para el traslado de la sede de dirección de una sociedad a otro Estado miembro, con mantenimiento de su personalidad jurídica. Pero, en segundo lugar, la inaplicabilidad de la ley de la sede real en el supuesto de un establecimiento secundario, permite un traslado de sede real fáctico y efectivo a través del derecho de establecimiento secundario⁵², incluso con consecuencias fiscales⁵³. Dicho de otro modo, resultaría impropio hablar de traslado de sede, si resulta posible un cambio fáctico de sede real sin necesidad de cambio de estatuto social, siendo esta situación

⁵⁰ Así V. Geryhalter, *loc.cit.*, p. 203.

⁵¹ Vid. P. Behrens, *loc.cit.*, pp. 329-330. Desde la perspectiva española, ello significaría que una sociedad constituida en un Estado tributario del modelo de constitución podría trasladar su sede real a España manteniendo su personalidad jurídica y estatuto social. Sin embargo, no implica también, como afirma F.J. Garcimartín Alférez (*loc.cit.*, p. 681), que una sociedad constituida en España pueda trasladar su sede real fuera de España (caso “*Daily Mail*”). Tal posibilidad en todo caso se deduciría del Derecho español como ley del país de constitución, y no del Derecho comunitario. Dicho de otro modo, la posibilidad o no del traslado de la sede real sería competencia del Derecho de sociedades del país de constitución, y no una posibilidad directamente brindada por el Derecho comunitario.

⁵² Se trataría de un “cambio de sede por la puerta de atrás”, como afirma S. Leible (*loc.cit.*, p. 301. Cf. en el mismo sentido R. Freitag, *loc.cit.*, p. 268. M. Götttsche, *loc.cit.*, p. 1406. O. Sandrock, *loc.cit.*, p. 1.340. H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 729).

⁵³ La posibilidad de que, a través de una agencia, una sociedad constituida y con sede social en un Estado miembro, pudiese actuar en un segundo Estado miembro tributario de la “teoría de la sede real”, incluso dirigiendo hacia él toda su actividad comercial o fijando en él su sede real, provoca la consiguiente necesidad de modificar o adaptar unos criterios de fiscalidad que, por definición, suelen descartar semejante hipótesis. Sobre la eventual incidencia de la sentencia “Centros” en los sistemas fiscales de los Estados miembros tributarios del criterio de la “sede real”, aspecto que no abordaremos en este trabajo, puede consultarse: S. Eiler y H.-G. Wienands, “Neue Steuerliche und gesellschaftsrechtliche Aspekte der Doppelaussässigkeit von Kapitalgesellschaften nach der EuGH-Entscheidung vom 9.3.1999”, *Internationales Steuerrecht*, 1999/19, pp. 286-296. M. Götttsche, *loc.cit.*, p. 1407. G.H. Roth, *loc.cit.*, p. 864.

predicable tanto si el Estado de destino es un sistema tributario de la “teoría de la constitución” o de la “teoría de la sede”. En este sentido, el planteamiento de la actual propuesta de 14ª Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre traslado de sede de las sociedades de un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio de la ley aplicable resultaría en parte contradictorio a lo establecido en la sentencia “Centros”, en particular por lo que se refiere a los arts. 2 b) y 11.2⁵⁴. En principio, no hay nada que objetar a este planteamiento, siempre que, con independencia de la fijación de la “sede real” entendamos que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, el establecimiento principal o ley de origen sigue estando en el país de constitución (Inglaterra), y el establecimiento secundario o ley de destino en el segundo Estado (Dinamarca). Pero es conveniente recordar que el razonamiento sólo opera sobre un presupuesto que aún no hemos aceptado: la inaplicabilidad del Derecho de sociedades del país de la sede real.

I) Ambito espacial de “Centros”

23. Aún admitiendo que la sentencia “Centros” llegara a desplazar a las normas de conflicto nacionales inspiradas en el criterio de la “sede real”, parece indudable que ello no afectaría a la posibilidad de que dichos Estados, como país de origen, pudieran seguir exigiendo la presencia de la sede real en su territorio como criterio para constituir válidamente una sociedad en tales Estados. Sin embargo, esta conclusión no significaría un efecto parcial de la sentencia “Centros” sobre las normas de conflicto de dichos Estados. Como bien señala P. Behrens, tales casos no son más que situaciones puramente internas en las que está en juego el Derecho material de sociedades, y no la norma de conflicto⁵⁵. (137)

24. Por otra parte, sí resulta inconcuso que la norma de conflicto podría seguir actuando como norma de “no reconocimiento” frente a las sociedades constituidas y con

⁵⁴ Vid. W. Meilicke, “Auswirkungen der “Centros-Entscheidung auf die 14. EU-Sitzverlegungs-Richtlinie”, *GmbH.R.*, 1999/17, pp. 896-897. E.M. Kieninger, *loc.cit.*, p. 746.

⁵⁵ Vid. *loc.cit.*, p. 326.

sede social en un tercer Estado, cuya sede real radicara en un Estado de la Unión Europea tributario del modelo conflictual de “sede real”⁵⁶.

25. Aún así, no faltan voces que aconsejen una total eliminación del criterio de la “sede real”, en primer lugar porque implicaría una discriminación inversa de las sociedades nacionales⁵⁷, sujetas a un mayor control en su constitución y traslado de sede que las sociedades extranjeras. En segundo lugar, frente a las sociedades de terceros Estados, con el fin de eliminar la complejidad del sistema resultante de la combinación de criterios⁵⁸. Tales propuestas, sin duda, dejan satisfecho al más puro seguidor de la doctrina “Delaware”, pero, en el fondo, parte de la base de la efectiva eliminación por la sentencia “Centros” del criterio conflictual de la “sede real”, circunstancia que, como hemos visto, está lejos de ser clara desde una perspectiva puramente conflictual, y resultará más bien oscura desde un punto de vista material.

J) Existencia de la sociedad y “teoría de la sede”

26. Por más que la sentencia “Centros” no sea extrapolable a un supuesto en que el Estado de destino sea tributario de la “teoría de la sede”, parece claro que confirma la incidencia del art. 48 TCEE en el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro, en el que tiene su sede social, es beneficiaria de la libertad de establecimiento, y ello supone, aunque sea implícitamente, la necesidad de reconocer su personalidad jurídica como consecuencia o mandato material (no conflictual) del art. 48 TCEE. Desde este punto de vista, sí habría que aceptar que el art. 48 TCEE tiene un significado amplio y comporta el reconocimiento de la subjetividad o personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, dentro del ámbito de aplicación del TCEE, cuando cumplen las condiciones previstas en dicho precepto⁵⁹. Y, en tal sentido, habría que compartir la idea de que el

⁵⁶ Cf. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 797. M. Götttsche, *loc.cit.*, p. 1406.

⁵⁷ Sobre esta circunstancia cf. R. Freitag, *loc.cit.*, p. 269. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, pp. 796-797. H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 727

⁵⁸ Vid. O. Sandrock, *loc.cit.*, p. 1.341-1.342.

⁵⁹ Vid. en especial los planteamientos de P. Behrens (*loc.cit.*, pp. 324-326), G. Hoor (*loc.cit.*, pp. 984-985), S. Korn y Ch. Thaler, (*loc.cit.*, p. 249) y H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, (*loc.cit.*, p. 723).

art. 48 TCEE no se compadece con la “teoría de la sede”, entendida desde el punto de vista conflictual tradicional⁶⁰. Ciertamente, puede defenderse, como hemos visto, que la exigencia de un “vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado (138) miembro” ampliaría la posibilidad de negar existencia a una persona jurídica por parte de los sistemas tributarios de la “teoría de la sede”, al reducir el ámbito de beneficiarios del art. 48 TCEE. Pero, aún así, la exigencia adicional de los programas general no llegan hasta el punto de exigir sede real en territorio comunitario, ni mucho menos en el Estado de la sede social. En consecuencia, es perfectamente posible imaginar una sociedad constituida y con sede social en Inglaterra, que presente un vínculo efectivo y continuo con la economía británica, pero tenga su sede real en Alemania o en España, aunque no sea el caso “Centros”. En tal caso, la “teoría de la sede” tradicional negaría la existencia de la sociedad en contradicción con el art. 48 TCEE. Pero conviene resaltar que dicha contradicción sólo proviene de una “teoría de la sede” entendida en términos conflictuales, que hace aplicable la ley del país en que radica la sede real a la propia personalidad jurídica, existencia y capacidad de la sociedad. Pero no se discute su posible aplicación a otros aspectos o contenidos del estatuto social.

Ciertamente, en algunos sistemas – como el alemán - parece muy claro, aunque sólo sea desde el punto de vista doctrinal, que el problema conflictual, esto es, la determinación de la ley aplicable al Derecho de sociedades o estatuto social a partir de la sede real, lleva implícita una cuestión de reconocimiento de la existencia o personalidad jurídica de la sociedad⁶¹. Y puede decirse que esta es una concepción arraigada desde la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, resulta criticable que éste sea el verdadero alcance de la “teoría de la sede” en sistemas romanistas en principio adscritos al mismo⁶², como el español, e incluso que tal deba ser la interpretación inatacable en el sistema alemán. A ello nos referiremos más adelante.

2. “Centros” y otras teorías intermedias.

⁶⁰ Cf. J.C. Cascante, *loc.cit.*, p. 451. O. Sandrock, *loc.cit.*, p. 1.341. F.J. Garcimartín Alférez, *loc.cit.*, p. 646.

⁶¹ Vid. P. Behrens, “Der Annerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaften”, *Z.G.R.*, 1978, pp. 499 y ss..

⁶² Cf. en este sentido E. Brödermann, *op.cit.*, pp. 81 ss.

A) *Kombinationslehre* de D. Zimmer⁶³.

27. La teoría de D. Zimmer parte de la aplicabilidad de la ley de constitución de la sociedad como *lex societatis*. Sin embargo, para el supuesto de las sociedades ficticias, D. Zimmer propone una interpretación basada en el art. 3.1º E.G.B.G.B., según el cual las normas de conflicto sólo operan sobre la base de que se trate de situaciones que presentan una vinculación con un sistema extranjero. En el caso de constitución de una sociedad ficticia como fue el asunto “Centros”, el juez del país donde la sociedad tiene su sede real y despliega su (139) actividad comercial no estaría obligado a aplicar ni considerar la ley del país de constitución, sino la suya propia, al considerarlo un supuesto puramente interno⁶⁴. En el mismo sentido, podría argumentarse conforme a los límites previstos en el art. 3 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el caso de elección de una ley aplicable al contrato distinta a aquélla con la que el contrato presenta todos sus vínculos, y que conduce a la aplicación de todas las normas imperativas, incluidas las de orden público interno, de este último ordenamiento⁶⁵.

28. Se ha afirmado que el planteamiento descrito por D. Zimmer acerca de las sociedades ficticias es incompatible con lo sentenciado en “Centros”⁶⁶. De ello no cabe duda; pero al margen de la decisión, el planteamiento es incompatible con el Derecho comunitario, porque en ningún caso la constitución de una sociedad en un país extranjero puede considerarse irrelevante con el fin de considerar al supuesto “puramente interno”, desde la perspectiva del Derecho comunitario; al contrario, el país de constitución de la sociedad se mantendría como *lex originis*. Descartada la premisa de su planteamiento, es más discutible que su consecuencia – la aplicación de todas las normas imperativas del Derecho de sociedades del país con que la sociedad presenta el

⁶³ Vid. D. Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1996, pp. 219-240.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 219 ss.

⁶⁵ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, *loc.cit.*, pp. 648 y 672. La comparación, sin embargo, no es afortunada. Un supuesto como el que refiere para los contratos dicho precepto del Convenio de Roma no estaría inscrito en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, por considerarse un supuesto puramente interno.

⁶⁶ Cf. O. Sandrock, *loc.cit.*, p. 1.342. P. Behrens, *loc.cit.*, pp. 324-325.

resto de sus vínculos – sea incompatible con el Derecho comunitario. Como trataremos de demostrar más adelante, este es precisamente el resultado al que aboca el Derecho comunitario relativo a la libre circulación de servicios, si bien sobre una premisa muy distinta: el fraude al Derecho nacional bajo la cobertura del derecho de establecimiento.

B) *Überlagerungstheorie* de O. Sandrock.

29. Para algunos autores, “Centros” viene a proponer una *Überlagerungstheorie* para Europa⁶⁷. Se trata de una concepción planteada en la doctrina alemana y especialmente desarrollada por O. Sandrock en diversos estudios⁶⁸, muy cercana a una concepción material de la “teoría de la sede” – a la que aludiremos más adelante-, pero aún sobre un planteamiento conflictual. Dicha tesis propone **(140)** una aplicación coordinada de la ley del país de la constitución, y de la ley del país donde radica la sede social. Si bien la teoría de la constitución *qua lex societatis* vendría a ser la encargada de determinar la existencia y régimen de la sociedad *ad intra*, existiría una conexión especial (*Sonderanknüpfung*) a favor de la ley de la sede real para determinar determinadas condiciones materiales (capital mínimo, insolvencia, participación de los trabajadores, etc...) vinculadas a intereses de protección *ad extra*⁶⁹, cuya aplicación se justificaría por razones de orden público, o como excepción a la ley de constitución, debiendo limitar su aplicación a las condiciones de justificación de una restricción en el ámbito comunitario, especialmente en relación con el principio de proporcionalidad.

30. Es indudable que desde una dogmática conflictual o como “modelo analítico ideal” esta tesis desemboca prácticamente en una variante de la teoría de la sede real⁷⁰. Sin embargo, desde la óptica del Derecho comunitario o, si se quiere, utilizando

⁶⁷ Vid. B. Höfling, *loc.cit.*, *passim*. O. Sandrock, *loc.cit.*, p. 1.343.

⁶⁸ Vid. “Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen”, *Ver.D.Ges.VR*, 1978, pp. 169 ss. “Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften”, *Rabel z.*, 1978, pp. 227-267. “Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen”, *Festschrift für Beitzke zum 70. Geburtstag*, 1979, pp. 669 ss. “Sitztheorie, Überlagerungstheorie un der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer”, *R.I.W.*, 1988, pp. 505 ss.

⁶⁹ El planteamiento es sustancialmente similar a la *Differenzierungstheorie* expuesta prolijamente por G. Grasmann (cf. *System des internationalen Gesellschaftsrecht (Aussen-und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht)*, Heine/Berlín, Neue Wirtschafts-Briefe, 1979, pp. 343-557) y a planteamientos generales de P. Behrens.

⁷⁰ En este sentido *vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *loc.cit.*, p. 652.

modelos analíticos reales, existe una notabilísima diferencia. En cierta medida, como veremos más adelante, esta teoría refleja con bastante nitidez el juego de la ley de origen y de destino en el ámbito del derecho de establecimiento de sociedades en la Unión Europea; sin embargo, su alcance no resulta muy preciso: si únicamente opera en supuestos de abuso o fraude, la teoría se resiente notablemente, al menos como fórmula con pretensiones de utilidad comunitaria; como veremos, resulta discutible que sea la solución adecuada en el caso de sociedades ficticias. En cambio, la teoría se acomoda bien a las relaciones entre teoría de la constitución y teoría de la sede, cuando no media fraude ni sociedades ficticias.

3. Conclusión: límites de una perspectiva conflictual.

31. Hemos puesto de relieve las dificultades de acomodar a las necesidades del Derecho comunitario tanto la teoría de la constitución como la teoría de la sede. La primera puede resultar contraria al art. 12 TCEE y lo es, de hecho, respecto del criterio de coincidencia material entre sede social y sede real que se deriva del desarrollo derivado del derecho de establecimiento. Además, plantea graves riesgos en el mantenimiento de las barreras exteriores y produce incoherencias en relación con el régimen de las personas físicas. En contrapartida, la “teoría de la sede” en su formulación conflictual y tradicional más pura no logra acomodarse a las necesidades de reconocimiento implícito que derivan del art. (141) 48 TCEE. Si en virtud del art. 65 b) del TCEE procediera buscar una norma de conflicto comunitaria, ninguna de las teorías conflictuales resultaría totalmente satisfactoria en el estado actual del Derecho comunitario.

32. Tampoco las teorías intermedias o combinatorias suponen una adecuación pura, aunque sí más aceptable, de los sistemas conflictuales nacionales al Derecho comunitario. Se trata de mecanismos conflictuales o de corrección conflictual que implican una aplicación genérica e indiscriminada de las normas materiales del país de la sede real a ciertas cuestiones (capital mínimo, participación de los trabajadores, transparencia, etc...), ciertamente diversas a la existencia de la sociedad, por razones de imperatividad o protección. Sin embargo, como señalan H.J. Sonnenberger y H.

Grosserichter, sería contrario a la seguridad jurídica e ineficiente analizar norma por norma del país de la sede real con el fin de determinar su carácter imperativo (impresionismo jurídico), por lo que la conexión especial permite la aplicación en bloque o directa de dichas normas⁷¹. Sin embargo, la técnica de la conexión especial o de la aplicación directa de un grupo normativo por razones de imperatividad no se compadece con la técnica de justificación de las restricciones en el ámbito comunitario. Al contrario, éste exige una técnica no conflictual de análisis, de impresionismo jurídico, pues resulta preciso determinar no sólo que la norma concreta no es discriminatoria y responde a un interés público, sino que es efectivamente adecuada al fin que persigue y, sobre todo, que es proporcional, es decir, que no existen vías menos restrictivas para conseguir el fin, y que no supone una duplicidad respecto de las medidas adoptadas por el Estado de origen, donde la sociedad se ha constituido y tiene su sede social. Tales exigencias obligan a un contraste puntual del alcance de la cada norma material concreta de la teoría de la sede, en particular con las exigencias que sobre el particular se han cumplido en el momento y conforme a la ley del país de constitución.

33. En su loable estudio, F.J. Garcimartín Alférez afirma que “el Derecho internacional de sociedades es una categoría dogmática conflictual”⁷². Su modelo de análisis, como el de tantos otros, es abiertamente coherente con este planteamiento, y su consecuencia lógica puede ser tal vez el descarte de la “teoría de la sede” y la entronización de la “teoría de la constitución”, aunque, como hemos visto, desde idéntica perspectiva formalista parece aconsejable barajar la solución contraria. Esta perspectiva, compartida con buena parte de la doctrina alemana bien conocida, resulta, al menos en el ámbito comunitario, marcadamente limitada, por no decir simplista. Para decirlo gráficamente, la perspectiva conflictual nos ofrece una visión del Derecho europeo de sociedades propia de un tuerto con riesgo de padecer varias dioptrías en su ojo sano. Para obtener una **(142)** imagen binocular y enfocada, es preciso mantener que “el Derecho europeo de sociedades es una categoría dogmática material”. En las páginas que siguen trataremos de ofrecer esta otra perspectiva de la sentencia “Centros” y, evidentemente, la formulación de unas conclusiones bastante distintas de las que

⁷¹ Cf. *loc.cit.*, pp. 724-725.

⁷² Cf. *loc.cit.*, p. 647.

derivan de una perspectiva como la conflictual, deductiva en sus argumentos, y completamente desenfocada en un marco como el comunitario.

III. PERSPECTIVA MATERIAL.

1. “Teoría de la sede” en clave material: su vigencia en España y en el Derecho europeo.

34. Una de las afirmaciones más incontestables de los defensores de la “teoría de la sede” se refiere a que el TJCE no se refiere en ningún pasaje de la sentencia “Centros” al juego de las normas de conflicto de los Derechos nacionales sobre régimen de las sociedades. Ya vimos que, en buena medida, ello podría deberse al hecho de que tanto el Reino Unido como Dinamarca coinciden en los criterios de sus disposiciones conflictuales (teoría de la constitución). Pero, sobre todo, al estar en juego el régimen de una libertad comunitaria, es indudable que el TJCE sólo está interesado en los aspectos materiales de la cuestión, a saber, en qué medida una determinada disposición nacional, sea cual fuere su naturaleza, puede constituir una discriminación o restricción injustificada en el ámbito de las libertades comunitarias⁷³. En esencia, el Derecho comunitario sólo se opone a las normas de conflicto que utilizan como conexión la nacionalidad⁷⁴, y, en todo caso, ello pone en cuarentena a la teoría de la constitución, y no a la teoría de la sede. En términos conflictuales, el Derecho comunitario permanece neutral ante los criterios seguidos por los Estados miembros, tal y como afirmó “*Daily Mail*” o mantiene el primer considerando de la Propuesta de 14ª Directiva sobre sociedades, aludiendo al principio de subsidiariedad⁷⁵. Lo que interesa al TJCE son las consecuencias materiales a que conducen tales normas de conflicto, al remitir la aplicación de una determinada ley al estatuto de la sociedad o a algunos de sus aspectos⁷⁶.

⁷³ Vid. En este sentido W.F. Ebke, *loc.cit.*, pp. 657 ss. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 794. G. Hoor, *loc.cit.*, p. 984-985. O. Sandrock, *loc.cit.*, p. 1.340. H.J. Sonnenberger y H. Grosserichter, *loc.cit.*, p. 722. P. Ulmer, *loc.cit.*, p. 664.

⁷⁴ Vid. S. Sánchez Lorenzo, *loc.cit.*, *passim*.

⁷⁵ Vid. P. Kindler, *loc.cit.*, p. 1.997.

⁷⁶ Cf. H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 728.

Hemos convenido en que la aplicación de la ley de la sede real a la cuestión de la personalidad o existencia de la sociedad podría ser contraria al art. 48 TCEE, en la medida en que anularía el efecto útil de la disposición, cuya justificación es (143) simplemente establecer los beneficiarios de la libertad de establecimiento o, lo que es lo mismo, el ámbito de aplicación subjetivo de dicha libertad. En la medida en que el precepto designa como directos beneficiarios de dicha libertad a las sociedades constituidas y con sede social en un Estado miembro, reconoce implícitamente su existencia. Una disposición nacional, ya sea una norma conflictual o una norma de extranjería, que determine la inexistencia de la sociedad, impide, ciertamente, atribuirle los derechos subjetivos previstos en el art. 48 TCEE, y en tal sentido sería contraria a dicha disposición. *In casu*, la necesidad de un vínculo efectivo y continuo de la sociedad con un Estado miembro como condición adicional del art. 48 TCEE pone en tela de juicio, incluso, esta afirmación, al excluir como beneficiarias del derecho de establecimiento a sociedades ficticias como “Centros”. A nuestro juicio, sin embargo, este no es un argumento determinante para todos los casos, en especial si no se trata de sociedades ficticias. Y es que, en realidad, no creemos que la “teoría de la sede” tenga un alcance específicamente conflictual, ni siquiera que deba tenerlo en sistemas como el alemán, donde tal proyección conflictual es discutida y puramente jurisprudencial. Lo que interesa, a nuestro modo de ver, es analizar en qué medida una “teoría de la sede” entendida en términos materiales es compatible, incluso la única defendible, en el marco comunitario.

35. Expuesta en términos materiales, la “teoría de la sede real” se fundamenta en el principio de que “sede social” y “sede real” deben coincidir. La teoría de la sede, entendida en términos materiales, puede explicar el propio Derecho español de sociedades⁷⁷, o al menos es posible una interpretación que ajuste el Derecho español al mencionado principio, siquiera parcialmente. La existencia y el régimen de una sociedad se determinan con normalidad conforme a la ley del país en que se constituye y tiene su sede social. Este es el resultado al que, con carácter general, llegan los arts.

⁷⁷ En España, una visión de la teoría de la sede que supera la perspectiva conflictual puede verse en R. Arenas García, “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales”, *Derecho de los negocios*, 1996, núms. 70/71, pp. 11-26, citando expresamente los planteamientos de P.H. Neuhaus (*Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, 1976, p. 207), E. Rabel (*The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Michigan, 1958) y M. Heller y K. Siehr (*Allgemeine Lehre des internationalen Privatrechts*, Zúrich, 1986). Cf. también su “Nota...”, *loc.cit.*, p. 390.

9.11° en relación con el art. 28 C.c. y los artículos 5.1° LSA y 6.1° LSRL, por más que dichos preceptos jueguen con el equívoco concepto de nacionalidad y domicilio⁷⁸. Si una sociedad de capital se constituye conforme al Derecho español, necesariamente tendrá su domicilio (sede social) en España, y será considerada, en consecuencia, como sociedad de (144) nacionalidad española. Si la sociedad se ha constituido conforme a un Derecho extranjero y tiene allí su sede social, su existencia y régimen jurídico se determinarán de conformidad con dicha ley, incluyendo la eventual necesidad de que concurra en tal Estado la sede real. La “teoría de la sede real” no se formula con carácter conflictual, sino material: los arts. 5.2° LSA y 6.2° LSRL se limitan a disponer que deberán tener su domicilio (sede social) en España, las sociedades que tengan su sede real (establecimiento o explotación principal) en España. Esta exigencia material produce, sin duda, el efecto de que sea aplicable la ley española. La exigencia requiere que la sociedad se constituya conforme a la ley española, y sea, en consecuencia, de “nacionalidad” española. La cuestión estriba en determinar qué efectos produce el incumplimiento de dicho principio que, en todo caso, tiene una eficacia unilateral: no altera el régimen ni el reconocimiento de las sociedades con sede real fuera de España. En concreto, es preciso determinar cómo afecta el principio material señalado en el régimen de una sociedad válidamente constituida y con sede social en el extranjero, cuando su sede real se encuentra en España.

La consecuencia material del principio apunta a la necesidad de que tal sociedad se reconstituya conforme a la ley española⁷⁹. En tal caso, la “nacionalidad” española o la aplicación de la ley española no es la causa de dicha exigencia (arts. 5.2° y 6.2°), sino el efecto de su constitución conforme a la ley española y de la fijación de la sede social en España (art. 5.1° y 6.1°)⁸⁰. En caso contrario, se afirma que no cabe el reconocimiento

⁷⁸ Vid. en particular F. Sánchez Calero, “La nacionalidad de la sociedad anónima”, *R.D.S.*, 1993, núm 1, pp. 45-60. Vid. además los planteamientos de F. Esteban de la Rosa y R. Arenas García, “El empresario y las sociedades mercantiles”. *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 222-228 y 232-237.

⁷⁹ Esta conclusión no sería extensible respecto de sociedades constituidas en algunos países con los que España suscribió convenios bilaterales, y que hoy por hoy, aún no han sido denunciados, como es el caso, precisamente, del Reino Unido (Real Decreto de 29 de enero de 1883: *Gaceta de Madrid de 2.2.1883*).

⁸⁰ En este sentido, cf. A.L. Calvo Caravaca y P. Blanco Morales Limones, “Personas jurídicas: especial referencia a las sociedades mercantiles”, *Derecho internacional privado*, vol.II, Granada, Comares, 1998, pp. 303-304.

de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada extranjera⁸¹. Sin embargo, esta conclusión es susceptible de matización⁸². Una sociedad de capital constituida conforme a la ley extranjera y cuya sede social no se encuentra en España, pero que tiene en nuestro país su sede real, se ha constituido válidamente y existe, conforme a la *lex societatis*. De hecho, es perfectamente posible que a dicha sociedad se le reconozca capacidad procesal⁸³ o personalidad jurídica, por ejemplo para atribuirle responsabilidad extracontractual o considerarla sujeto pasivo de un impuesto. Luego, la sociedad existe. Ahora bien, el principio material aludido conduce a no atribuir a dicha (145) sociedad el carácter de sociedad anónima, y más concretamente la limitación de responsabilidad que dicho tipo privilegiado conlleva. La sociedad existe, como sociedad irregular o civil⁸⁴, pero no como sociedad anónima. De hecho, al no considerarse sociedad anónima, no se le aplicará la LSA, pues para ello debe respetar el principio material del art. 5.2º. Si es considerada como una sociedad distinta a la sociedad anónima o a la sociedad de responsabilidad limitada, su personalidad no deriva de la aplicación de la ley española, sino de la aplicación de la ley extranjera. La ley española interviene únicamente como límite al reconocimiento del “tipo” societario, y, en consecuencia, frente a la aplicación de las normas de la *lex societatis* que atribuya a la sociedad los atributos propios de este

⁸¹ Vid. F. Esteban de la Rosa, *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999, pp. 306 ss. Una posición matizada también es la defendida por R. Arenas García, *op.cit.*, pp. 59-90.

⁸² En palabras de F. Esteban de la Rosa, “la experiencia comparada hace ver la conveniencia de establecer, para estos casos, efectos distintos al no reconocimiento de la sociedad (*ibíd.*, p. 309).

⁸³ Como se desprende de las *Sents. T.S. de 20 de junio de 1881 y de 17 de enero de 1912*, citadas a colación por R. Arenas García (*cf. op.cit.*, p. 72, nota 106ª).

⁸⁴ Acerca del tipo societario que debe ser retenido por imposibilidad de transponer el tipo societario se suscitan dudas doctrinales. J.J. Pretel Serrano opta por la consideración como sociedades irregulares (*cf.* “Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima”, *AAMN*, t. XIII, vol. 1, 1991, pp. 233 ss.), mientras que J.M. Blanco Fernández apunta al régimen de las sociedades civiles (*cf.* “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, *R.D.M.*, núms. 203/204, 1992, p. 268). Otros autores proponer el tipo de las sociedades colectivas (*cf.* A.L. Calvo Caravaca, y P. Blanco Morales Limones, *op.cit.*, p. 305). No obstante, estas propuestas parten de la base de la aplicabilidad del sistema español. Sin embargo, la ausencia de sede real en España provoca una inaplicabilidad del régimen de las sociedades anónimas español, pero no una aplicabilidad de la *lex societatis* española. En otros términos, una sociedad de capital con sede real en España sólo puede regirse por la ley española, después de haberse constituido y establecer su sede social en España. El fracaso en la transposición exige que se considere como sociedad de responsabilidad ilimitada, pero, por lo demás, lo lógico sería estar, en cuanto sea posible, al régimen de Derecho aplicable a dicha sociedad conforme a su *lex societatis*, que es, por principio, la ley del país de constitución (*cf.* F. Sánchez Calero, *loc.cit.*, p. 53). Incluso degradando a la sociedad como sociedad civil o irregular, la *lex contractus*, habida cuenta de que existe *de facto* una inscripción constitutiva en el sistema extranjero, no podría diferir de la ley del país de constitución-sede social, sobre la base de un principio elemental de voluntad tácita.

tipo societario⁸⁵. No es una norma de conflicto, ni tampoco una norma de extensión: no extiende la aplicación de la ley española, sino que establece un requisito material para que sea considerada sociedad anónima y nuestra ley le resulte aplicable con el privilegio añadido de la responsabilidad limitada⁸⁶. En suma, el principio material de la sede real implica una aplicación imperativa de las normas materiales del Derecho español sobre limitación de la responsabilidad, pero no una remisión conflictual a la ley española. En sentido contrario, la disposición no se aplica a los supuestos en que una sociedad anónima tenga en España sólo su sede social. Dicha sociedad se regirá por la ley española (teoría de la constitución), aunque tenga su sede real fuera de España (art. 5.1º LSA y 6.1º LSRL). La razón es simple: el principio de sede real no se formula de forma conflictual. Para tal caso, el país de la sede real será el que tendrá que determinar los límites materiales y la imperatividad de sus normas, pero no la ley española (*lex societatis*). (146)

Exigencias como las de los arts. 5 LSA o 6 LSRL no pueden ni deben entenderse como una negativa al reconocimiento de la personalidad jurídica o existencia de la sociedad extranjera⁸⁷, ni siquiera como una cuestión de capacidad jurídica, por más que las normativas registrales se amparen en este concepto. En el fondo radica no un problema de reconocimiento de la sociedad, sino de transposición de los tipos societarios, y, más en concreto, una cuestión relativa al reconocimiento al privilegio de la responsabilidad limitada, cuando no se han cumplido las condiciones que en un mercado se consideran la justa contraprestación de tal beneficio (principio de solvencia o capital mínimo)⁸⁸. El art. 48 TCEE no permite negar la existencia de la sociedad, pero

⁸⁵ Esta interpretación parece sugerir en ocasiones R. Arenas García (*cf. op.cit.*, pp. 87-90).

⁸⁶ *Vid.* las consideraciones en este sentido de J.M. Blanco Fernández, *loc.cit.*, pp. 264-265.

⁸⁷ El problema del “reconocimiento de la sociedad” es, en definitiva, un lastre heredado de la situación de mediados del siglo XVIII (*cf.* B. Grossfeld, “Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im internationalen Gesellschaftsrecht”, *Festschrift für H. Westermann*, Karlsruhe, 1974, pp. 199-222). Posteriormente devorado el concepto por el problema de la determinación de la *lex societatis*, de lo que se trataba entonces y ahora es de la oponibilidad de normas de protección económica frente a la actividad comercial en un Estado de compañías extranjeras. Esta tendencia, configurando una teoría de la sede real en clave conflictual, que emplea medidas que afectan a la personalidad jurídica, “violentan la realidad jurídica de la sociedad”, en palabras de J.M. Blanco Fernández (*loc.cit.*, p. 251). *Vid.* asimismo el excelente análisis histórico y crítico de R. Arenas García, “La *lex societatis*...”, *loc.cit.*, pp. 11-12. D. Sancho Villa, *La ley aplicable a la transferencia internacional de la sede social*, tesis, Madrid, 1999, pp. 41-62. S. Rindisbacher, *Anerkennung gesellschaftsrechtlicher Gebilde im Internationalen Privatrecht*, Berna, Peter Lang, 1996, pp. 47-48.

⁸⁸ *Vid.* H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 725. Resulta, por tanto, erróneo identificar reconocimiento de la personalidad jurídica o reconocimiento de la sociedad con reconocimiento del tipo societario (*cf.* esta identificación, entre nosotros, en F.J. Garcimartín Alférez, *loc.cit.*, p. 653). De hecho,

nada impediría una transposición “a la baja” o degradación del tipo social o de su responsabilidad, mediando una restricción justificada en criterios de constitución tan livianos como los exigidos en el Reino Unido⁸⁹. Además, esta interpretación compatible con el art. 48 TCEE maximiza la finalidad de protección perseguida. En efecto, parece cierto que la negación de la existencia o capacidad de la sociedad acaba perjudicando los intereses de los acreedores o contratantes, así como los intereses de los socios locales, más que beneficiándolos⁹⁰. Pero dicho efecto no se produce con la aplicación de normas tuitivas relativas a la ampliación de capital, la transparencia social, la participación de los trabajadores, etc...

36. Desde la perspectiva del Derecho comunitario, la teoría de la sede en clave material (coincidencia entre sede real y sede social) es, simplemente, un hecho constatable en la generalidad de las disposiciones de Derecho derivado (Derecho material comunitario) que regulan el régimen de constitución de sociedades. **(147)** Ya hemos visto que la obligación de coincidencia entre sede real y sede social es una de las disposiciones fundamentales en sectores tan significativos como las entidades de crédito, las compañías de seguros o las sociedades de inversión en valores mobiliarios, precisamente sectores en que los intereses de protección de los acreedores y terceros son aspectos fundamentales⁹¹.

37. Aceptar este planteamiento de la teoría de la sede en clave material no resulta fácil desde una perspectiva marcadamente conflictualista – y a veces formalista– como es la que caracteriza a la doctrina alemana⁹², acostumbrada a considerar la norma de conflicto, el ámbito de aplicación espacial de las normas materiales o la incidencia de

la transposición es una institución característica del Derecho internacional privado, específicamente en supuestos de conflicto móvil, que en modo alguno determina la existencia del derecho, sino que procura una equivalencia del mismo hacia las fórmulas típicas del Derecho del foro, eventualmente con una mengua o adaptación de su contenido.

⁸⁹ En este sentido, *cf.* H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, pp. 729-730.

⁹⁰ En este sentido *vid.* D. Zimmer, *op.cit.*, pp. 241 ss. P. Behrens, “Niederlassungsfreiheit und internationales Gesellschaftsrecht”, *Rabels Z.*, 1988, pp. 498 y ss.

⁹¹ *Vid. supra* párrafo núm. 19.

⁹² Por el contrario, un magnífico análisis desde una perspectiva material, muy atenta a las claves del Derecho comunitario, puede verse en el trabajo de E.M. Kieninger, *loc.cit.*, esp. Pp. 737 y ss. En España, en D. Sancho Villa, *op.cit.*, pp. 16-18.

normas imperativas (*Sonderanknüpfung*) como variaciones sobre el mismo tema. Incluso el planteamiento que hemos realizado sería considerado como simplemente “conflictualista”, o como una simple variante táctica (*Überlagerungstheorie, Kombinationslehre, Differenzierungstheorie*) del problema de la ley aplicable. Pero no todo problema de la aplicación de una ley es un problema de Derecho aplicable, en el sentido del *Kollisionsrecht*. Las aplicación de las normas del Derecho de sociedades de un Estado miembro donde radica la sede real no es el fruto de una conexión o búsqueda de la *lex societatis*, sino un límite impuesto por razones materiales, si se quiere de Derecho público económico o de Derecho de extranjería. En el fondo, no se trata de un problema relativo a la ley aplicable al estatuto social, que es y seguirá siendo la ley del país de constitución y sede social, sino de la posibilidad de que el Estado cuyo mercado resulta principalmente afectado por la actividad comercial de la sociedad pueda oponer a la sociedad extranjera ciertas condiciones materiales para que acceda a su mercado, incluyendo la posibilidad, que no necesidad, de exigir en bloque la aplicación de su Derecho de sociedades y la reconstitución de la sociedad conforme a su Derecho nacional⁹³. (148)

Analizadas las cosas desde este punto de vista, y teniendo muy presente que el propio Derecho derivado comunitario participa del valor “sede social donde sede real”, procede a continuación determinar si la teoría de la sede real, en términos materiales,

⁹³ En este sentido, *vid.* D. Sancho Villa, *op.cit.*, pp. 276-277, apoyando tal tesis en los planteamientos generales de K. Schmidt (*cf.* “Sitzverlegung, Freizügigkeit und Gesellschaftspraxis”, *Z.G.R.*, 1999, pp. 20-35), D.P. Fernández Arroyo (*cf.* “Problemas y perspectivas de la configuración de un Derecho internacional privado comunitario en la Unión Europea”, *Rev.Der.Priv.Com.*, 1998, pp. 535-571) y P.A. de Miguel Asensio (*cf.* “Integración europea y Derecho internacional privado”, *R.D.C.E.*, 1997, pp. 413-445). En relación con “Centros”, la cuestión aparece muy bien planteada por G. Hoor: la existencia de la sociedad viene mediatizada por el art. 48 TCEE: la contrariedad con la teoría de la sede, entendida en los términos conflictuales clásicos, es, pues, circunstancial: al margen de la “existencia” o “capacidad” de la sociedad, la aplicación de las normas materiales de la sede real puede estar justificada por otras razones y sobre otros extremos (*cf. loc.cit.*, pp. 984-985. En el mismo sentido S. Korn y Ch. Thaler, *loc.cit.*, pp. 253-255). De hecho, de algún modo la doctrina alemana acaba reparando en la dimensión material de la teoría de la sede, aunque sin poder liberarse de las ataduras conflictuales, reconociendo que la norma de conflicto presuntamente vigente en Alemania es una norma materialmente orientada, bien sea a evitar el fraude (*cf.* V. Geryhalter, *loc.cit.*, p. 202), bien a la protección de los acreedores, socios y trabajadores de la sociedad (M. Götsche, *loc.cit.*, p. 1404), bien con ambos objetivos (*cf.* S. Korn y Ch. Thaler, *loc.cit.*, p. 252). Su misión no es otra que hacer valer las *policies* del mercado afectado (*cf.* W.H. Roth, “Recognition of Foreign Companies in *Siège Réel* Countries: A German Perspective”, *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, Amberes, Maklu, 1995, p. 31). Sin embargo, la evicción del fraude no puede constituir la razón de ser de un punto de conexión, entre otras cosas porque es innecesario y su solución se obtiene a través de la teoría del fraude a la ley en supuestos de alteración del punto de conexión. Ciertamente, la protección del mercado y de determinados sujetos puede justificar semejante norma, pero en tal caso su extensión a la existencia de la propia sociedad no casa bien en el marco del Derecho comunitario, o al menos no tan bien como la justificación de la extensión de las normas materiales del foro por razones de proximidad e interés público.

puede implicar una restricción justificada a la actividad comercial en el Estado de la sede real de una sociedad válidamente constituida y con sede social en otro Estado miembro, que *a priori* resulta beneficiaria de las libertad de establecimiento y de prestación de servicios, según el art. 48 TCEE⁹⁴.

2. La aplicación de la ley de la sede real por razones de interés general: límites derivados de “Centros”.

38. Se suele hacer hincapié en el hecho de que la Sentencia “Centros” indica claramente que la simple constitución de la sociedad conforme al Derecho inglés no basta, “por sí sola” para justificar una restricción al derecho de establecimiento secundario en Dinamarca, pero que el Estado de destino puede hacer valer, como así lo hizo Dinamarca, razones de interés general que justifiquen la aplicación de sus disposiciones nacionales⁹⁵. Conviene subrayar que el concepto de restricciones justificadas por razones de interés general es una derivación jurisprudencial (“*Cassis de Dijon*”, para las mercancías) de las limitaciones originarias basadas en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (antiguos arts. 52.2º, 59 y 60.2º). A menudo se enmarca este concepto, de forma errónea, en el contexto del antiguo art. 56 TCEE (paralelo a la reserva del antiguo art. 48)⁹⁶, que nada tiene que ver con él, pues dicha reserva de orden público está referida estrictamente a las reglas de extranjería aplicables para limitar la libre circulación de personas físicas (entrada, salida y permanencia) y resulta, dadas (149) sus condiciones, difícilmente aplicable a las personas jurídicas⁹⁷. Por eso, el TJCE en el asunto “Centros” (fundamento 34) despacha la cuestión diciendo que las alegaciones no tienen nada que ver con el art. 56, y que, de

⁹⁴ Quizás en la doctrina en lengua alemana sea el planteamiento de S. Görk el más cercano a estas permisas (cf. “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 795).

⁹⁵ Cf. W.F. Ebke, *loc.cit.*, p. 659. V. Geryhalter, *loc.cit.*, p. 203. J. Sedemund y F.L. Hasumann, *loc.cit.*, p. 810.

⁹⁶ *Ad. ex.* F.J. Garcimartín Alférez, *loc.cit.*, pp. 659-660; P. Behrens, *loc.cit.*, p. 327.

⁹⁷ Sobre la vinculación del art. 46 TCEE (ex. 56) a las normas de extranjería relativas a las personas físicas, y su intrascendencia en el ámbito societario *vid.* M. Fallon, *Droit matériel général des Communautés Européennes*, Paris/Lovaina, L.G.D.J., 1997, p.161. V. Kruse, *op.cit.*, p. 157. No obstante, su alegación genérica en supuestos de fraude suele ser habitual e incluso aparece referida, además de en “Centros” en el considerando 17 de la sentencia “*Segers*”. Semejante práctica recuerda a la confusión habitual, en la jurisprudencia española, entre el fraude de ley (art. 12.4º C.c.) y el orden público (art. 12.3º C.c.)

lo que se trata, precisamente, es de apreciar si es una restricción justificada por razones de interés general. Ciertamente, si la persona jurídica demuestra un “comportamiento personal” que supone una amenaza real y suficientemente grave por pertenecer a la iglesia de la ciencia (Van Duyn), ser un reincidente criminal (Bouchereau), una conocida prostituta (Adoui) o un peligroso sindicalista (Rutili) no parece que sea la cuestión.

39. *In casu*, parece lógico que el TJCE haya objetado las razones esgrimidas por la posición danesa, por falta de adecuación objetiva y proporcionalidad. No niega que la pretensión danesa respete el principio de igualdad de trato, ni considera que los intereses referidos a la solvencia de las sociedades no sean dignos de protección. Las condiciones incumplidas se refieren a la falta de eficacia o adecuación objetiva, y a la ausencia de proporcionalidad. En efecto, parece claro que Dinamarca no se habría opuesto a la inscripción de la sucursal si la sociedad hubiese tenido alguna actividad en el país de origen, resultando evidente que en ambos casos la falta de solvencia y la desprotección de los acreedores es la misma. Además, la medida le pareció al TJCE excesivamente drástica o desproporcionada, en la medida en que los acreedores pueden ser informados acerca de la solvencia de la empresa a través de los mecanismos previstos en el Derecho derivado, con sus correspondientes derechos, y, sobre todo, porque la protección de los acreedores, especialmente públicos, puede conseguirse con medidas menos rigurosas, tales como la concertación de las garantías necesarias. En todo caso, el TJCE no descarta la posibilidad de adoptar medidas justificadas tanto por parte de la ley de origen como por parte de la ley de destino.

40. Desde los países tributarios de la teoría de la sede, concretamente en la doctrina en lengua alemana, se han barajado las hipotéticas normas materiales que podrían venir a sustituir la aplicación de la ley de la sede real como *lex societatis*, y la consecuente necesidad de reconocer la personalidad jurídica de la sociedad. Esta alternativa vendría a reconstruir la “teoría de la sede” desde las claves materiales aludidas, y se ampararía en la necesidad de proteger la solvencia del mercado, los intereses de los acreedores y socios, y los derechos de participación de los trabajadores, conduciendo en el fondo a un resultado de protección (150) prácticamente idéntico del que perseguía la “teoría de la sede” entendida como justificante de una norma de conflicto materialmente orientada que designara la aplicación de la ley de la sede real al

estatutos social. En concreto, se apunta la conveniencia de reforzar incluso la solvencia de las sociedades de capital alemanas, manteniendo fuerte exigencias de capital social mínimo con el fin de hacerlas más fiables – y por tanto más competitivas - comparativamente⁹⁸. Más comúnmente, se señala la necesidad de establecer, para las sociedades extranjeras que quieran realizar actividades comerciales en el foro, una adaptación de su capital social mínimo o, alternativamente, prever una sanción consistente en la responsabilidad personal de los socios o, lo que es lo mismo, en la fractura del principio de limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital extranjeras insolventes⁹⁹, amen de otras actuaciones sobre las fórmulas de hacer pública la condición de la sociedad en sus relaciones comerciales¹⁰⁰, propiciar la transparencia financiera¹⁰¹, o garantizar la cogestión o participación de los trabajadores en la gestión de la empresa¹⁰².

41. La regla de reconocimiento debe operar, como luego justificaremos, en aquellos supuestos en que no exista fraude. Pero en supuestos en que no medien sociedades ficticias, la aplicación en bloque de la ley de la sede real resulta problemática. No puede descartarse la posibilidad de que el propio Estado de constitución de la sociedad establezca reglas sobre protección de acreedores, solvencia o transparencia de la sociedad tanto o más protectoras que las normas del país de la sede real, en cuyo caso éstas resultarían inaplicables. En todo caso, la regla de reconocimiento implica un procedimiento sin duda complejo, puesto que es preciso analizar punto por punto y norma por norma si las disposiciones del país de la sede real resultan o aplicables una vez superados los diversos test a que obliga la regla de reconocimiento¹⁰³. Esta es una de las razones, precisamente, de que en el Derecho

⁹⁸ Así, J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 798.

⁹⁹ Vid. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 798. M. Götttsche, *loc.cit.*, p. 1406. P. Ulmer, *loc.cit.*, p. 664. E. Werlauff, *loc.cit.*, p. 876. P. Kindler, *loc.cit.*, p. 1.999, citando en apoyo precedentes jurisprudenciales del TJCE.

¹⁰⁰ Vid. J. Görk, “Das EuGH-Urteil...”, *loc.cit.*, p. 798. P. Ulmer, *loc.cit.*, p. 663.

¹⁰¹ Vid. M. Götttsche, *loc.cit.*, p. 1407.

¹⁰² Vid. M. Götttsche, *loc.cit.*, p. 1407. G.H. Roth, *loc.cit.*, p. 864. P. Ulmer, *loc.cit.*, p. 663.

¹⁰³ De ahí que, en término de eficiencia, parezca más aconsejable obligar a los pocos sistemas que siguen criterios de constitución muy livianos a reforzar sus normas materiales de protección, como sugiere D. Sancho Villa, *loc.cit.*, pp. 5-6.

derivado se haya optado por un criterio que evita el problema: la coincidencia entre la sede social y la sede real, como hemos puesto de relieve más arriba. Por estos motivos, la compatibilidad con la regla de reconocimiento aconseja una interpretación restrictiva del concepto de sede real¹⁰⁴. En los casos en que la sociedad despliegue una actividad comercial tanto en el país de la sede (**151**) social como en otro Estado, es preciso hacer una valoración contenida de la presencia de dicha sede real en el segundo Estado, particularmente cuando no aparece claro el centro de dirección efectivo (una sociedad puede dirigirse, en efecto, desde un avión), ni el lugar de actividad principal, que debe entenderse como independientemente de contingencias o coyunturas relativas a los índices de actividad, de ventas o el balance comercial. En el caso en que la sociedad despliegue actividad comercial en el Estado de su sede social, debe partirse de una presunción *iuris tantum* de que la sede real radica en dicho Estado, y exigirse un *plus* de motivación o prueba para llegar a un resultado contrario.

En suma, la regla de proporcionalidad y no duplicidad puede constituir un serio obstáculo a la aplicación de las normas de protección del país de la sede real, tal vez con excepción de los derechos de participación de los trabajadores¹⁰⁵. Además, la fundamentación de la sentencia “Centros” apunta a criterios sin duda restrictivos. En el fundamento 33º se afirma que la atribución a los socios de responsabilidad personal, efecto que produciría la interpretación de los arts. 5.2º LSA y 6.2º LSRL como normas de reconocimiento del “tipo societario”, se consideraría desproporcionada y contraria al Derecho comunitario, pues siempre serían posibles medidas menos drásticas, como la obligación de suplementar el capital mínimo u otras exigencias materiales. Con más razón, la negativa a inscribir la agencia o la exigencia de reconstitución de la sociedad. Si se mantiene una interpretación absolutamente restrictiva de las medidas que justificadamente puede adoptar el país de la sede real, habría que llegar a la conclusión de que el art. 48 TCEE no sólo es una norma de reconocimiento indirecto de sociedades, sino que también, por vía jurisprudencial, se convertiría en una norma de conflicto encubierta a favor de la sumisión del régimen completo de la sociedad a la ley del país de constitución¹⁰⁶. Sin embargo, tal conclusión no puede extraerse inmediatamente, ni

¹⁰⁴ En esta dirección, aparecen como plenamente acertadas las propuestas restrictivas en relación con los arts. 5.2º LSA y 6.2º LSRL realizadas por D. Sancho Villa, *op.cit.*, pp. 135-139.

¹⁰⁵ *Vid.* en particular el análisis y las conclusiones de E.M. Kieninger, *loc.cit.*, pp. 740-747.

¹⁰⁶ *Vid.* En este sentido P. Behrens, “Das internationale...”, *loc.cit.*, p. 329.

mucho menos, de la propia sentencia “Centros”, que se refiere a un caso muy concreto y determinado. Y en cualquier caso, ya se ha señalado las contradicciones que en el propio marco del Derecho comunitario plantearía semejante norma de conflicto. En todo caso, la dificultad de aplicar la regla de reconocimiento, analizando la justificación de cada una de las normas, caso por caso, no deja de resultar una solución harto compleja e ineficiente para el mercado de servicios a cargo de las sociedades de capital en el ámbito comunitario. Ahora bien, en los ámbitos armonizados en que las instituciones comunitarias han tenido que regular las condiciones de constitución de sociedades, ya hemos visto que el problema desaparece, merced a un principio muy concreto: la obligación para los Estados miembros de hacer coincidir sede social y sede real. Por lo demás, tampoco las limitaciones que impone la regla de reconocimiento a la eficacia de la sede real son extensibles, como antes apuntábamos, al régimen de las sociedades ficticias. En este caso, cabe defender la aplicabilidad de la ley (152) de la sede real, incluso en bloque (arts. 5.2º LSA y 6.2º LSRL), exigiendo la reconstitución de la sociedad o negando la inscripción de una agencia.

3. Fraude y aplicación de la ley de la sede real como *lex originis*: el talón de Aquiles de “Centros”.

42. Si hay algo que resulta evidente en la Sentencia “Centros” es que la opción por constituir una sociedad ficticia en un Estado comunitario no sólo no es por sí sola fraudulenta o abusiva, sino que constituye un derecho inherente a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, según el TCEE, incluso cuando dicha elección se realice expresamente con la finalidad de eludir las normas más restrictivas del Estado al que se pretende dirigir toda la actividad comercial de la sociedad. En consecuencia, desde el punto de vista de las restricciones que puede oponer el Estado de destino, poco importa que se trate de una sociedad ficticia, o de una sociedad con una presencia o actividad económica real en el Estado de origen¹⁰⁷. Este es el pronunciamiento que mejor se acomoda a la proclamación de la “Delawarización” del sistema europeo y de la “competencia de ordenamientos”, pero también, a nuestro juicio, el Talón de Aquiles de la decisión, la razón de que sea criticable y de que se compadezca difícilmente con el propio Derecho comunitario y, lo que es igualmente

¹⁰⁷ Vid. Especialmente los desarrollos de P. Behrens, *loc.cit.*, pp. 326-327.

grave, con la propia jurisprudencia del TJCE que ha servido para configurar los principios básicos de la libre circulación de servicios.

No se trata aquí de hacer un pronunciamiento ideológico, acerca de los riesgos económicos y jurídicos de consagrar a las sociedades ficticias¹⁰⁸. Ciertamente, se ha puesto de relieve, además del déficit de protección social o de los consumidores y acreedores, los enormes riesgos económicos que semejante modelo conlleva: el presumible rechazo que provocaría en el tráfico societario, la desconfianza que generaría en los intercambios por las exigencias publicitarias del tipo societario, el crecimiento de los costes corrientes sobre todo para pequeñas y medianas empresas, los problemas de transparencia, etc... Asimismo, se han puesto de relieve algunas consecuencias jurídicas muy perjudiciales sobre el régimen de los procedimientos concursales, la representación de la sociedad, la transformación y disolución de la sociedad, etc...¹⁰⁹. Aunque los riesgos de complejidad jurídica me parecen evidentes, **(153)** creo que el jurista no puede aventurarse a hacer alabanzas ni a verter críticas sobre las consecuencias económicas de una u otra opción, a menos que tenga unos profundos conocimientos de Economía - y aún así con reservas- o despliegue una soberbia digna de compasión. No se trata aquí, pues, de defender un modelo económico del Derecho de sociedades neoliberal o social, pues se trata de una misión de la que han de ocuparse las instituciones europeas y, sobre todo, el Parlamento. Pero sí compete al jurista, con la información de que dispone – o debería disponer – poner de relieve en qué medida la decisión de los jueces de Luxemburgo se compadece con el Derecho comunitario en vigor y con sus propios pronunciamientos anteriores e, incluso, posteriores. Porque lo único cierto es que si se admite la tesis de “Centros” sobre la viabilidad de las sociedades ficticias, habrá que convenir en que se produce una contradicción poco menos que catastrófica con la ardua tarea llevada a cabo por las instituciones comunitarias durante decenios en distintos ámbitos del Derecho de establecimiento y servicios. Y eso va mucho más allá, tal vez, de lo que sugieren los comentaristas de uno u otro signo.

¹⁰⁸ Que para algunos autores podría resumirse en tres palabras: “Todos a Londres” (cf. S. Götsche, *loc.cit.*, p. 1406). Para otros, no está nada claro si el “efecto Delaware” conduce a una “*race to the bottom*” o a una “*race to the top*” (cf. B. Höfling, *loc.cit.*, p. 1.207). Y algunos, muy gráficamente, han comparado el fenómeno con los “pabellones de complacencia”, que llevarían a un concepto paralelo de “sociedades de complacencia” (cf. G.H. Roth, *loc.cit.*, p. 863). Una defensa de la bondad económica en toda regla de esta solución puede verse en F.J. Garcimartín Alférez, *loc.cit.*, pp. 674-676.

¹⁰⁹ Vid especialmente, S. Görk, *loc.cit.*, pp. 799-800.

43. La evicción del fraude es el objetivo principal de la adscripción del Derecho comunitario a la teoría material de la sede real. Basta, para demostrarlo, reproducir el considerando séptimo de la Directiva 95/26/CE: “los principios de reconocimiento mutuo y de supervisión ejercida por el Estado miembro de origen exigen que las autoridades competentes de cada uno de los Estados miembros no concedan autorización o la retiren cuando factores tales como el programa de actividades, la distribución geográfica o las actividades realmente realizadas demuestren de forma inequívoca que la entidad financiera ha optado por el sistema jurídico de un Estado miembro con el propósito de eludir las normas más estrictas vigentes en el Estado miembro en el que se proyecta realizar o realiza la mayor parte de sus actividades; que toda entidad financiera que sea persona jurídica deberá ser autorizada en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social; que toda entidad financiera que no sea persona jurídica deberá tener su administración central en el Estado miembro en el que haya sido autorizada; que, por otra parte, los Estados miembros deben exigir que la administración central de una entidad financiera siempre esté situada en su Estado miembro de origen y que ejerza realmente sus actividades en el mismo”. Sobran las palabras, pero no está de más una pequeña reflexión: si esto ocurre en los sectores armonizados, donde el riesgo de fraude se minimiza al establecer condiciones de autorización comunes, como ocurre con los márgenes de solvencia de sociedades de crédito o de seguros, ¿cuánto más útil será el respeto al principio material de la sede real en sectores no armonizados?

44. Además, la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado con frecuencia acerca de la necesidad de evitar el fraude a las normas de establecimiento principal del país de origen a través de operaciones de desviación del tráfico profesional, consistentes en orientar un establecimiento secundario o múltiples prestaciones de servicios hacia el Estado donde se quiere realizar la principal actividad, sobre la base de **(154)** un establecimiento principal ficticio en otro Estado¹¹⁰. En materia de sociedades, esta doctrina aparece claramente expuesta en el asunto “*TV10*”¹¹¹, que poco tratadistas

¹¹⁰ Vid. P. Kindler, *loc.cit.*, pp. 1.995-1.996 y jurisprudencia citada en nota 46ª.

¹¹¹ Sent. TJCE de 5 de octubre de 1994 (As. C-23/93).

suelen traer a colación del asunto “Centros”¹¹². El caso “*TV10*” resulta paradigmático, por cuanto se trataba de una sociedad anónima constituida en Luxemburgo, y cuya sede social y sede de dirección estaban en Luxemburgo, donde asimismo se emitían los programas, se realizaban las compras y subtitulados de los programas extranjeros. En suma, en Luxemburgo concurrían la sede social, la sede de dirección y cierta actividad comercial. Sin embargo, el destino de los mensajes televisados era fundamentalmente el mercado holandés. Dicho de otro modo, la principal actividad comercial de la sociedad se orientaba al mercado holandés. Con estos antecedentes, parecería lógico considerar que la *lex originis* era la ley luxemburguesa y la ley de destino la holandesa, que podría oponer restricciones justificadas por razones de interés general, con los límites impuestos por la regla de reconocimiento. Sin embargo, esta no fue la solución que dio el TJCE. Al observar que la sociedad se había prevalido de las condiciones más favorables de constitución y gestión de sociedades televisivas del ordenamiento luxemburgués, con el fin de dirigir su actividad hacia los Países Bajos, el TJCE estimó “que no se puede negar a un Estado miembro el derecho a adoptar las medidas destinadas a impedir que las libertades garantizadas por el Tratado sean utilizadas por un prestador de servicios, cuya actividad está entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado”. Y añade el Tribunal que de ello se deduce que un “Estado miembro puede considerar *como organismo nacional de radiodifusión* a un organismo de radio y de televisión que se instale en otro Estado miembro con el fin de prestar en éste servicios destinados a su territorio, ya que dicha medida tiene por objeto impedir que, amparándose en el ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado, los organismos que se instalen en otro Estado miembro puedan eludir de forma abusiva las obligaciones que derivan de la legislación nacional...”. Los supuestos de fraude, por tanto, permiten la aplicación de la ley de destino como ley de origen. En un caso de fraude tan palpable como el que deriva de la sentencia “Centros”, la sentencia “*TV10*”, y la jurisprudencia del TJCE en general¹¹³, lo que nos dice es que España, por ejemplo, puede considerar a la sociedad “como” una sociedad española, es decir, aplicar a tal sociedad anónima la solución que, con carácter general, suministra el art. 5.1º LSA.

¹¹² Concretamente, la importancia de esta decisión en el contexto del asunto “Centros” es puesta de manifiesto por P. Kindler (*loc.cit.*, p. 1.997), S. Korn y Ch. Tahler (*loc.cit.*, p. 249), y por K. Andersen y K.E. Sorensen, (*loc.cit.*, p. 62).

¹¹³ Ya desde la *Sent. TJCE de 3 de diciembre de 1974 (As. 33/74: “Van Binsbergen”)*.

45. La doctrina del fraude en derecho de establecimiento se fundamenta en el siguiente dato: la libre circulación de servicios en el Derecho comunitario aporta un régimen diferencial no de la libertad de establecimiento respecto de la **(155)** libre prestación de servicios, sino del derecho de establecimiento principal, por un lado, y del derecho de establecimiento secundario y la libre prestación de servicios, por otro. En términos del “principio de reconocimiento”, corresponde a la ley de establecimiento principal establecer como ley de origen las normas relativas a la constitución y control de la actividad de las sociedades. El país de destino, lugar de establecimiento secundario o de libre prestación de servicios, opone su normativa de forma limitada o excepcional, de conformidad con el principio de reconocimiento mutuo. Ciertamente, para eludir las normas de control más rigurosas del estado de destino, acerca, por ejemplo, del capital mínimo para constituir una sociedad, se opta por una desviación de la situación, forzando un lugar de establecimiento principal ficticio.

Como se señaló más arriba, el concepto de “establecimiento principal” no es equivalente, en Derecho comunitario, a la “sede real”, sino al “establecimiento original o primero”, esto es, el lugar donde la sociedad tiene su sede social y conforme a cuya ley ha nacido. Si, como ocurrió en el caso “Centros”, dicho establecimiento es ficticio y en fraude de ley se procede a abrir un establecimiento secundario en otro Estado miembro o, lo que es lo mismo, a realizar prestaciones de servicios continuadas en dicho Estado, a cuyo mercado se dirige la actividad comercial de la sociedad de forma exclusiva o abiertamente principal, la solución que propone el Derecho comunitario no es considerar que el establecimiento principal está en éste segundo Estado. Ya vimos que esta argumentación se utiliza con frecuencia para justificar la asunción por “Centros” de la posibilidad de traslado de sede con mantenimiento de la personalidad jurídica. La solución prevista generalmente en el Derecho comunitario es la característica de los supuestos de fraude de ley (*ad.ex.* art. 12.4º del C.c.), es decir, el derecho que tiene el Estado de destino a aplicar sus normas sobre establecimiento principal, “como” si éste estuviera realmente allí (ficción), pero no porque lo esté en realidad¹¹⁴. Y esta natural consecuencia es la que subyace en decisiones como “TV10” y la explicación a la argumentación de las autoridades danesas, en el sentido de demostrar que, en realidad, la sociedad quería establecerse con carácter principal en Dinamarca.

¹¹⁴ Vid. P. Kindler, *loc.cit.*, p. 1.999.

Ahora bien, existe una marcada diferencia entre aplicar las normas de la sede real en supuesto en que no hay fraude, como vimos en el apartado anterior, y en casos en que sí lo hay. En el primer supuesto, el Estado de destino se ve sometido a los límites de la regla de reconocimiento, en particular a los que suministra el criterio de proporcionalidad. Pero en el segundo caso, la ley del Estado de destino, esto es, de establecimiento secundario o de prestaciones de servicios continuadas, se aplicará como *lex originis*, es decir, en bloque y sin que sea necesario su justificación excepcional por razones de interés general. En el ámbito del Derecho de sociedades, ello significa que en supuestos tan evidentemente fraudulentos como el caso “Centros”, el país de destino tiene derecho a aplicar en bloque su Derecho de sociedades, y ello independientemente de que se trate de un sistema tributario (156) de la “teoría de la constitución” o de la “teoría de la sede”¹¹⁵. En este último caso, tal derecho permite denegar la inscripción de una agencia y exigir, incluso, la reconstitución de la sociedad conforme a la ley del foro, so pena de una negativa absoluta a operar en su territorio¹¹⁶.

46. La interpretación realizada choca frontalmente con los pronunciamientos de los fundamentos 24º a 30º de la sentencia “Centros”. Podríamos convenir en que la sentencia es una simple inversión de la jurisprudencia comunitaria consolidada durante decenios acerca del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, o un desliz imperdonable del Abogado General y de los jueces. Pero aún manteniendo que la sentencia fuera una modificación jurisprudencial con perspectivas de futuro, resulta insalvable su incompatibilidad con los criterios existentes en el Derecho derivado comunitario que rige hoy, merced a la adaptación de las Directivas, en ámbitos tan relevantes como las sociedades financieras o las compañías de seguros. En tales Directivas, se aporta una solución preventiva del fraude, confirmada por propuestas y proyectos sucesivos, que se resume pura y llanamente en un principio material: “Las sociedades de capital deben tener su sede real donde tienen su sede social”. El principio da la razón a G. Kegel, cuando afirmaba que si la sede social no coincide con la sede real, algo huele a podrido¹¹⁷. A nuestro juicio, estos fundamentos de la Sentencia

¹¹⁵ Cf. P. Kindler, *loc.cit.*, p. 1.994. No compartimos, pues, la idea de que un sistema tributario de la teoría de la constitución no pueda defender la aplicación de sus sistema a partir de la idea de abuso de derecho o fraude (cf. . H.J. Sonnenberger y H. Grossereichter, *loc.cit.*, p. 724).

¹¹⁶ Cf. P.K. Andersen y K.E. Sorensen, *loc.cit.*, p. 66.

¹¹⁷ Cf. *Internationales Privatrecht*, 7ª ed., Munich, CH. Beck, 1995, p. 715.

“Centros” desprenden un aroma muy similar. La contradicción e incongruencia de la decisión a la luz de los textos armonizados en materia de sociedades y los principios consolidados en la jurisprudencia comunitaria acerca de la libre circulación de servicios exigen una apreciación muy crítica de la decisión, obligan a desear una pronta clarificación en sentido contrario, y precisan poner muy claramente de relieve los costes y graves consecuencias de una adaptación del Derecho comunitario al dictado de esta decisión aislada.

V. CONCLUSION: “*Ubi sede social, ibi sede real*”.

47. El análisis que hemos realizado únicamente puede llevar a una conclusión muy crítica con la Sentencia “Centros”, y más crítica aún con quienes, exclusivamente desde el Derecho internacional privado o/y desde el Derecho de sociedades, marginan la realidad del Derecho comunitario. La decisión supone una abierta contradicción con decenios de laboriosa tarea en la construcción de un Derecho derivado de sociedades y de los principios básicos de la libre circulación de servicios. Desgraciadamente (157) , no basta con esperar una decisión del TJCE que restituya las cosas a su justo lugar. El riesgo de pronunciamientos parecidos debe ser contrarrestado de la única forma posible: continuar con la tarea emprendida en la armonización del Derecho de sociedades, manteniendo un principio ya consolidado: la coincidencia entre sede social y sede real. Con ello, al menos en términos jurídicos, conseguiremos una respuesta eficiente:

En primer lugar, se evita el fraude, garantizando que la opción constitutiva (oferta) coincida con el mercado de demanda, y que la movilidad de sociedades no responda a motivos coyunturales, susceptibles de constantes cambios y generadores de costes externos.

En segundo lugar, se eliminan los costes jurídicos y la imprevisibilidad de poner en práctica la compleja regla de reconocimiento.

En tercer lugar, se respeta el criterio axiológico vigente en el Derecho derivado y en las propuestas en curso.

En cuarto lugar, desaparece la sangría de los problemas interpretativos del art. 48 TCEE.

En quinto lugar, se refuerzan las barreras exteriores y se da una respuesta clara y definida al régimen de las sociedades extracomunitarias.

En sexto lugar, se acaba, mediante un recurso material, y como ya ha ocurrido en determinados sectores del Derecho de sociedades, con la incompatibilidad de las normas de conflicto nacionales, que devienen intrascendentes en un ámbito intracomunitario en donde necesariamente regirá la ley de la sede social-sede real, permaneciendo plenamente respetables para las relaciones extracomunitarias y despejándose la duda sobre la compatibilidad del art. 12 TCEE con la teoría de la constitución.

En séptimo lugar, se simplificarían los problemas de traslado de sede, al resultar imposible disociar el traslado de la sede social y de la sede real.

Si, además de esto, resultara que la coincidencia entre la sede social y la sede real, por la que inequívocamente ha optado el legislador comunitario, fuera una opción económica e ideológicamente más aconsejable que la “Dewalarización”, estaríamos en el mejor de los mundos posibles. ¿Alguien da más?

Granada, diciembre de 1999