

# EL NUEVO RÉGIMEN DE LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE LA SEDE SOCIAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA<sup>1</sup>

*Universidad de Granada*

**SUMARIO:** I.—INTRODUCCIÓN: 1. Significado e interés de la transferencia de la sede social en la práctica del comercio internacional. 2. La importancia de la ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. 3. Carácter estatal del nuevo régimen y antecedentes. II.—LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL RÉGIMEN DE LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE LA SEDE SOCIAL. III.—LA TRANSFERENCIA DE LA SEDE SOCIAL DESDE EL EXTRANJERO A ESPAÑA. 1. Régimen jurídico. 2. Sociedades que pueden transferir su domicilio a España. 3. La adaptación de la sociedad al Derecho español. 4. Documentación a presentar. 5. La calificación del registrador mercantil.—IV. LA TRANSFERENCIA DE LA SEDE SOCIAL AL EXTRANJERO. 1. Régimen jurídico. 2. Sociedades que pueden transferir su sede al extranjero. 3. Redacción y depósito del proyecto de traslado en el Registro Mercantil. 4. Informes preceptivos. 5. Aprobación por la Junta de socios del acuerdo social de traslado de la sede. 6. Derecho de separación de los socios que votaron en contra del acuerdo de traslado de la sede social. 7. La oposición de los acreedores al traslado al extranjero de la sede social. 8. Certificación previa al traslado de la sede social y cierre del Registro. 9. Inscripción en el Registro extranjero y cancelación de la hoja registral en el Registro Mercantil español. 10. Cambio de domicilio y cambio de nacionalidad. V.—CONCLUSIONES.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. El correo electrónico del autor es festeban@ugr.es



## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Significado e interés de la transferencia de la sede social en la práctica del comercio internacional

La transferencia internacional de la sede social es una operación societaria en virtud de la cual los accionistas, o socios, de la sociedad acuerdan que la sede social deje de estar situada en un país y se traslade a otro distinto. La transferencia de la sede estatutaria permite a una sociedad desvincularse del primer país y crear una conexión con el país de la nueva sede, en tal modo que la sociedad pasará a ser regida por el Derecho de este país como ley de su nacionalidad (art. 9.11 CC). Para acotar su significado y trascendencia en la estrategia económica de la empresa, la transferencia de sede supone que una sociedad se pueda trasladar a otro Estado sin necesidad de proceder a su disolución, y liquidación, en el país de su domicilio actual. Con esta operación se pueden reducir los trámites societarios necesarios para trasladar la actividad de la sociedad de un país a otro (disolución y liquidación en el Estado del domicilio anterior y constitución de una nueva sociedad en el país del nuevo domicilio), y se evita la necesidad de obtener el consentimiento de cada uno de los socios tanto para constituir la nueva sociedad como para realizar la aportación singular de bienes a la misma tras la liquidación efectuada, salvo que no se haya procedido a la liquidación y se produzca una transmisión universal de derechos y obligaciones de la sociedad extinguida a la sociedad nueva. Por otra parte, a esta mayor complejidad se añade la necesidad del abono de los impuestos que gravan las operaciones societarias de disolución en un país y de constitución en el país de la nueva sede.

La práctica societaria del comercio internacional muestra que la transferencia de la sede social puede ser empleada para fines variados. Puede ser, por ejemplo, el procedimiento a emplear para regularizar la situación de una sociedad que, por motivo del devenir de su actividad económica, ha trasladado su

sede real, esto es, su establecimiento o explotación principal, a otro país distinto. Cuando el país en el que se ha situado esta actividad o explotación principal responde, en cuanto al reconocimiento de las sociedades extranjeras, al criterio de la sede real, la discordancia en distintos países entre la sede social y la sede real puede provocar el no reconocimiento de la sociedad, con desigualdad de consecuencias según los diferentes sistemas<sup>2</sup>. En estos supuestos, la transferencia internacional de la sede social puede ser la operación que haga volver a hacer coincidir ambas sedes, la real y la social, alejando el peligro del no reconocimiento de la sociedad. En otros casos, la transferencia de la sede social puede servir para sustituir a un mero contrato de compraventa. En efecto, cuando personas físicas o jurídicas están interesadas en comprar todos los activos de una sociedad extranjera, la compra de los activos puede ser sustituida por la compra de las acciones de la sociedad extranjera y por la «nacionalización» de la sociedad a través de una operación de transferencia internacional de la sede social, esquivándose así el eventual peligro de no reconocimiento de la sociedad al haber pasado a situar su administración principal en el país donde residen los nuevos accionistas. Pero incluso en un ámbito regional como el del Mercado Interior europeo, en el que las sanciones de no reconocimiento de las sociedades extranjeras han debido desaparecer por ser consideradas incompatibles con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades (art. 49 TFUE)<sup>3</sup>, la «nacionalización» de una sociedad, a través de la transferencia de la sede social, puede ser el camino a seguir por una empresa para lograr una mejor presencia y entrada en el país al que van dirigidas la mayoría de las actividades, por generar

<sup>2</sup> A pesar de que el Derecho español no se refiere expresamente al problema del reconocimiento de las sociedades extranjeras, la doctrina no tardó en descubrir al art. 5.2 Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA) como la norma reguladora de la cuestión para las sociedades anónimas, y el art. 6.2 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL) para las sociedades de responsabilidad limitada. Ambas han sido sustituidas a partir del 1 de septiembre de 2010 por el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 161, de 3 julio 2010). Si bien tampoco contamos con un catálogo de las consecuencias del no reconocimiento de una sociedad extranjera, existe cierto consenso en que la *constitución incorrecta* de la sociedad conlleva la aplicación del régimen de las sociedades colectivas. Véase J. J. PRETEL SERRANO: «Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima», *Anales Academia Matritense del Notariado*, t. XXX, vol. I, 1991, pp.187-190; J. M. BLANCO FERNÁNDEZ: «La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas», *Revista de Derecho mercantil*, 1992, núms. 203-204, pp. 245-276; R. ARENAS GARCÍA: «La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales», *Derecho de los negocios*, núm.: 71-72, 1996, pp. 11-26. El Derecho portugués sí contiene una reacción expresa a este problema en el artículo 4 del *Código das sociedades comerciais*, que se puede ver en la siguiente página web: <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoSociedadesComerciais.pdf> (consultada el 24 de noviembre de 2010).

<sup>3</sup> Las decisiones del TJ que marcaron el devenir liberalizador del Derecho comunitario en este ámbito fueron las de 9 de marzo de 1999, As. C-212/97: Centros; de 5 de noviembre de 2002, C-208/00: Überseering y de 30 de septiembre de 2003, C-167/01: Inspire Art. Para un comentario de la última, junto con la retrospectiva de los problemas y de los avances que supusieron, véase F. ESTEBAN DE LA ROSA: «Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: la sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto C-167/01: «Inspire Art»), La Ley, Unión Europea, 31 de diciembre de 2003, núm. 5924.

una mayor confianza en este país. Por último, especialmente en momentos de crisis, la dinámica de la empresa en el comercio internacional demanda instituciones jurídicas que permitan dinamizar la actividad económica. En este contexto, la operación de la transferencia internacional de la sede social constituye una herramienta que ayuda a hacer posible el mantenimiento de la sociedad, y a su vez también la permanencia de las relaciones jurídicas que constituyen el cuerpo del tejido económico-social.

## **2. La importancia de la ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**

La vinculación necesaria de las sociedades con un Estado, y un sistema jurídico, del que obtienen su existencia, ha sido un buen pretexto durante mucho tiempo para que los sistemas legislativos comparados, y entre ellos el español, hayan acogido estas operaciones con bastante recelo, especialmente cuando una sociedad nacional proyecta trasladar su sede social al extranjero. El régimen que el Derecho español ofrecía de la transferencia internacional de la sede social se limitaba a una norma con rango legal, el artículo 149.2 LSA, dirigida más a torpedear que a regular la operación de traslado de la sede al extranjero, al condicionar su viabilidad a la existencia de un convenio internacional que hasta la fecha no ha llegado a existir, y a algunas normas reglamentarias que permitían atisbar la viabilidad del traslado de la sede del extranjero a España, fundamentalmente el artículo 309 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM). El tiempo ha acabado demostrando que el dogma de la imposible existencia extralegal de la persona jurídica más allá de las fronteras, e incluso aquél, contrario y favorable al traslado, que mantiene el carácter autónomo y previo del ente colectivo respecto al reconocimiento de la ley, no deben contar tanto como la demanda social de instituciones jurídicas aptas para encauzar la estrategia empresarial en el ámbito internacional, y que den satisfacción a los intereses en presencia, como son los de accionistas, trabajadores y acreedores<sup>4</sup>. En definitiva, la transferencia de la sede social será posible siempre y cuando cuente con el respaldo de los dos sistemas que pone en relación, el del país del domicilio anterior y el del nuevo domicilio, y las únicas razones que existen para impedir estas operaciones tienen que ver con la falta de consideración que se haga de los intereses en presencia.

A esta visión responde la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LMESM)<sup>5</sup>, que en el terreno

<sup>4</sup> Para una visión de Derecho Comparado de la operación de la transferencia internacional de la sede social, poniendo énfasis en los intereses en presencia, véase SANCHO VILLA, D.: «La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo», Madrid, Eurolex, 2001, pp. 237-242. También véase BLANCO-MORALES LIMONES, P.: «La transferencia internacional de sede social», Pamplona, Aranzadi, 1997.

<sup>5</sup> BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009.

que nos ocupa ha supuesto una verdadera revolución al producir una modernización muy interesante del Derecho español que nos coloca, en términos generales, en una buena posición en el ámbito legislativo europeo, a la altura de legislaciones de Derecho internacional privado, como la suiza, que ya en 1987 reconoció la posibilidad de la transferencia de la sede social al extranjero<sup>6</sup>. Por vez primera contamos con una Ley que ofrece un respaldo sin titubeos a la transferencia internacional de la sede social. Esta nueva situación deja atrás tanto al defecto legislativo del sistema anterior como a los ríos de tinta que han debido correr en torno al reconocimiento por nuestro sistema de la viabilidad jurídica de la transferencia de la sede social al extranjero<sup>7</sup>.

La LMESM aborda la transferencia internacional del domicilio social en su título V (arts. 92 a 103), incluyéndola como una más de los diversos tipos de modificaciones estructurales de las sociedades. No obstante, a decir verdad, el traslado internacional del domicilio social no constituye en puridad una modificación, estructural, por lo que su regulación en la LMESM no encaja del todo en esa denominación. Quizá por ello la propia EM de la LMESM ofrece una explicación, señalando que esta operación *«aunque no siempre presenta las características que permitan englobarla dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal»*. Al margen de esa justificación, y de la realidad del cambio de régimen jurídico que se opera, el operador e intérprete no puede perder de vista que el traslado internacional de la sede social representa una operación que tiene por efecto, bien vincular a una nuestro sistema jurídico a una sociedad extranjera, que desde el momento el traslado pasa a tener nacionalidad española (traslado internacional desde el extranjero a España), o bien desvincular a una sociedad de nuestro sistema, la cual comenzará a estar regida desde el momento del traslado por un régimen jurídico diferente del español, y será inmune al Derecho español de sociedades (traslado de la sede social desde España al extranjero).

### 3. Carácter estatal del nuevo régimen y antecedentes

Conviene advertir que el nuevo régimen introducido en la LMESM respecto del tema que nos ocupa no responde a exigencias provenientes del legislador europeo, que hasta ahora, y a diferencia de otras operaciones como la fusión, ha tenido poco éxito a la hora de dotar al espacio europeo de una regulación propia en el entorno del Mercado Interior. Esto quiere decir que el régimen que para las

<sup>6</sup> Véase el artículo 163 de la Ley Federal de Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, que reconoce y regula esa operación.

<sup>7</sup> Un análisis muy serio sobre las posibilidades que brindaría el art. 149.2 LSA a la transferencia internacional de la sede social al extranjero se puede encontrar en SANCHO VILLA, D.: «La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo», *op. cit.*, pp. 248-250.

operaciones de transferencia internacional de la sede social establece la LMESM proviene de la sola iniciativa del legislador estatal, circunstancia que no resulta baladí y que da explicación al modo en que se enfrentan a la operación sus disposiciones. Si bien, como veremos, no todas responden a lo que cabría esperar de normas estatales de regulación del traslado de sede. Este carácter estatal de la norma española ofrece también explicación al hecho de que el legislador español no haya construido un régimen jurídico diferenciado para el traslado intracomunitario de la sede social, por una parte, y para el traslado de la sede desde o hacia países terceros, por otra, y que se haya limitado a establecer una diferenciación respecto del traslado a territorio español del domicilio social entre sociedades del Espacio Económico Europeo y sociedades de terceros Estados (art. 94 LMESM), diferenciación que resulta algo extraña y a la que luego nos referiremos con más amplitud. A pesar de encontrarse en la misma Ley, la regulación de la transferencia de la sede social tiene un origen diverso respecto de otras modificaciones estructurales, como la fusión transfronteriza intracomunitaria, que trae causa de la Directiva 2005/56, sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

Pero la LMESM no surge en el vacío. En su génesis es posible encontrar los antecedentes a que se refiere su EM. En primer término, la movilidad internacional de las sociedades se ha convertido en los últimos tiempos en un elemento primordial para la estrategia empresarial. Como indica la EM, *«la presente Ley tiene singular importancia. En primer lugar, por la especial sensibilidad para responder adecuadamente al creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos (...) Esa proyección internacional se manifiesta en la regulación del traslado del domicilio de sociedades mercantiles españolas al extranjero y el traslado a territorio español del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados, para facilitar así la movilidad societaria»*. En segundo lugar, tal y como también se recoge en la EM, el legislador español pretende seguir la pauta marcada por el Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, que se ocupa de esta operación en su artículo 8. Sin duda alguna, la familiaridad del sistema español con estas operaciones, aunque sólo sea para las formas societarias del Derecho comunitario, como la Sociedad Anónima Europea o la Agrupación Europea de Interés Económico, ha contribuido a minimizar las suspicacias en torno al reconocimiento de las operaciones de cambio de sede para la generalidad de las sociedades del Derecho español que se ha llevado a cabo.

Junto a estos elementos, resulta necesario advertir la muy precisa oportunidad temporal con la que ha hecho aparición la LMESM a la hora de proporcionar un régimen jurídico a la transferencia internacional de la sede social en el Derecho español. En efecto, la aparición de la ley en abril de 2009 ha hecho casi innecesario profundizar en la eventual incompatibilidad del régimen español anterior

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

sobre la transferencia internacional de la sede social al extranjero, con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades que proclama el artículo 49 TFUE, y ello al hilo de las consideraciones que ha mantenido el TJ en su sentencia de 16 de diciembre de 2008, dictada en el asunto C-210/06: «Cartesio», donde se ha afirmado la contradicción con dicha libertad de normas nacionales que impiden el traslado a otro Estado miembro de la sede social si dicho traslado comporta también un cambio de nacionalidad. Del mismo modo, la oportunidad temporal de la ley ha evitado la necesidad de hacer una construcción doctrinal del régimen de la transferencia de la sede social al extranjero, que habría sido exigida si la normativa española anteriormente en vigor hubiera sido considerada incompatible con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades.

El presente trabajo pretende exponer el nuevo régimen que ofrece el sistema español de Derecho internacional privado a las operaciones de transferencia internacional de la sede social, tal y como resulta de la regulación en vigor, constituida fundamentalmente por la LMESM, el nuevo Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil. En los sucesivos epígrafes nos ocuparemos de examinar, de forma desglosada, el régimen de la transferencia de la sede desde el extranjero a España y desde España al extranjero. Como vamos a ver, las previsiones que contiene la Ley respecto del segundo tipo de traslado resultan mucho más completas y detalladas respecto de las que se contienen para el primero, lo que encuentra explicación en el hecho de que será la legislación del domicilio anterior de la sociedad quien, en esencia, habrá de regular los trámites y actos necesarios para que la sociedad traslade su domicilio a España. Pero antes de ello no viene mal conocer cuáles han sido los hitos del Derecho comunitario en este ámbito, cuyas prescripciones no es posible dejar de considerar incluso en el contexto del nuevo régimen español.

## **II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL RÉGIMEN DE LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE LA SEDE SOCIAL**

Desde la perspectiva del Derecho comunitario, la transferencia internacional de la sede social supone una fórmula de ejercicio a título principal de la libertad de establecimiento en virtud de la cual una sociedad se traslada de uno a otro Estado miembro. Si esto es así, una vez que se produjo el pleno reconocimiento, y efecto directo, de la libertad de establecimiento comunitaria de las sociedades a que se refiere el artículo 54 TFUE<sup>8</sup>, habría sido posible afirmar que la mencionada libertad lleva consigo el derecho de las sociedades de oponerse a las normas nacionales que impiden o ponen trabas a la posibilidad de que se trasladen a otro

---

<sup>8</sup> Lo cual tuvo lugar con la decisión del TJCE de 21 de junio de 1974, Asunto 2/74: *Reyners*.



Estado miembro. En efecto, para las sociedades, el ejercicio de la libertad de establecimiento a título principal supone el poder cambiar de domicilio social, modificando el vínculo que existe con el país en que se constituyó. Sin embargo, el hecho de que los artículos 43 y 54 TFUE tuvieran efecto directo no implicó la efectividad de una operación tan compleja como la transferencia internacional de la sede social. Por esta razón, según la doctrina, que la transferencia llegue a suponer una alternativa real para el establecimiento depende, en cierta medida, de la existencia de una reglamentación adecuada que aporte seguridad jurídica a los sujetos implicados<sup>9</sup>. Ello hace que, ante la ausencia de realizaciones legislativas en vigor, el Derecho comunitario no podría oponerse a las restricciones nacionales a la libertad de establecimiento, justificadas por motivos de interés general, lógicamente dentro de los límites de la proporcionalidad.

Los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea fueron conscientes de esta problemática ya desde los primeros momentos, y por esta razón fue incluido en el Tratado de Roma un artículo conminando a los Estados a entablar, en tanto sea necesario, negociaciones a fin de asegurar en favor de sus nacionales, respecto de las sociedades beneficiarias de la libertad de establecimiento: « (...) *el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro (...)*» (art. 220 TCEE, que luego pasó al número 293 TCE, versión según el Tratado de Amsterdam). Ante la imposibilidad de avanzar por la vía de la elaboración del convenio previsto, la vía utilizada por la Comisión para lograr un régimen uniforme vino representada por la propuesta de decimocuarta Directiva en materia de sociedades relativa a la transferencia de la sede social<sup>10</sup>, acogiéndose la Comisión al artículo 44.2 g) TCE, que otorga competencia a la UE para armonizar el Derecho de sociedades. El 21 de mayo de 2003, la Comisión aprobó el Plan de Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea, dentro del cual uno de los elementos de interés era el borrador de decimocuarta directiva en materia de sociedades relativa a la transferencia internacional de la sede social. Sin embargo, la Comisión ha abandonado en julio de 2007 esta vía, por considerar que no existe motivo económico para la elaboración de una Directiva sobre la transferencia internacional de la sede social y habida cuenta que dicha transferencia ya puede tener lugar por medio de una Sociedad Anónima Europea o a través de una fusión, así como por la perspectiva de que la situación jurídica en Europa cambie en fechas venideras, haciendo alusión a la sentencia «Cartesio», de la que hablaremos más abajo<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> En este sentido, véase SANCHO VILLA, D.: «La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo». *op. cit.*, pp. 174-175.

<sup>10</sup> Proposition de quatorzième directive du Parlement européen et du Conseil concernant le transfert du siège des sociétés d'un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable», XV.<sup>a</sup> D.G.

<sup>11</sup> Una valoración muy crítica de estos argumentos puede verse en G-J Vossestein, «Transfer of the registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive», *Utrecht Law Review*, 4, 2008, pp. 53-65.

En defecto de legislación europea, la posición del Derecho comunitario respecto de la cuestión de la transferencia internacional de la sede social ha venido dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988<sup>12</sup>. En dicha decisión el Tribunal mantuvo que *«el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales acerca del vínculo de conexión impuesto a las sociedades constituidas con arreglo a aquéllas, así como la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de dichas sociedades 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. En estas circunstancias, los artículos 52 y 58 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que no confieren, en el estado actual del Derecho comunitario, derecho alguno a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tenga en éste su domicilio social, a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro»*. Para articular esta posibilidad en el Derecho comunitario será requisito previo, según afirma el tribunal, bien la conclusión de un tratado internacional sobre transferencia internacional de la sede social, previsto por el art. 220.3 TCE, o bien la armonización de las legislaciones de los Estados miembros por medio de una directiva dictada al amparo del art. 54.3 g).

Tras esta sentencia quedó claro que el Derecho comunitario no ampara la libertad de establecimiento de sociedades a título principal, sino únicamente la libertad de establecimiento de sociedades a título secundario, es decir, la que consiste en la constitución de agencias, sucursales o filiales en otros países de la Comunidad. Sin duda alguna, el Tribunal Europeo podía haber hecho una mejor acotación del problema fiscal que tenía entre manos<sup>13</sup>, pero en lugar de ello procedió a excluir el efecto directo de la libertad de establecimiento sobre una cuestión que ni siquiera aparecía en el supuesto enjuiciado, como es el traslado de la sede formal o estatutaria.

Ante el defecto de regulación comunitaria sobre la cuestión, ha sido de nuevo el TJ el que ha desatascado el proceso de construcción del Mercado Interior en una nueva decisión que, al contrario de la anterior, avala la transferencia intracomunitaria de la sede social. La sociedad Cartesio era una sociedad constituida según el Derecho de Hungría y que tenía su domicilio social en ese país. Dicha sociedad trasladó su domicilio social a Italia y manifestó que deseaba seguir siendo conside-

---

<sup>12</sup> Asunto C-81/87, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*. La problemática del caso radicaba en que la sede real es el criterio acogido por el Derecho inglés para la tributación por el Impuesto sobre sociedades, determinando su transferencia una merma económica para el fisco. En esta situación, la liquidación previa de la situación fiscal, mediante la disolución de la sociedad, suele ser el mecanismo que logra garantizar a un Estado la correspondiente recaudación y evita la elusión fiscal.

<sup>13</sup> Véase la acertada crítica de SANCHO VILLA, D.: «La transferencia internacional de la sede social...», *op. cit.*, pp. 176-177.

rada como sociedad de Derecho húngaro, es decir, pretendía seguir siendo regida por el Derecho de ese país. Ante la negativa del registrador mercantil de Hungría a llevar a cabo tal inscripción, Cartesio invocó la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades. En esta decisión, de 16 de diciembre de 2008, dictada en el asunto C-210/06, el tribunal sienta doctrina respecto del tema que nos ocupa a través de los siguientes considerandos principales, que por su interés extractamos a continuación:

- *Un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.*
- *No obstante, semejante caso de traslado del domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio del Derecho por el que se rige debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho nacional aplicable, transformándose la sociedad en una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado miembro al que se traslada.*
- *En efecto, en este último caso, la facultad a que se ha aludido en el apartado 110 de la presente sentencia, lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y de disolución de sociedades a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita.*
- *Semejante obstáculo a la transformación efectiva de tal sociedad sin disolución y liquidación previas en una sociedad de Derecho nacional del Estado miembro al que ésta desea trasladarse restringiría la libertad de establecimiento de la sociedad interesada, de manera que, salvo si la restricción estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general, estaría prohibida en virtud del artículo 43 TCE.*

El interés de la decisión «Cartesio» resulta fundamental para la regulación europea de la transferencia de la sede social<sup>14</sup>. Sobre todo, la lectura de la deci-

<sup>14</sup> Véanse BURIÁN, L.: «Personal Law of Companies and Freedom of Establishment», *Revue hellénique de droit international*, 61, 2008, pp. 71-86; HARTLEY, T.: «European Private Interna-

sión permite afirmar que son incompatibles con el Derecho comunitario todas las normas nacionales que impiden que una sociedad transfiera su domicilio de un Estado miembro de la Unión Europea a otro distinto. Ahora bien, una cosa es la eliminación de los obstáculos, y otra bien distinta que la operación resulte segura y sin incertidumbres. Y la decisión del TJ dictada en el asunto «Cartesio» difícilmente podrá servir para esta segunda finalidad, por lo que no deja de ser conveniente, en nuestra opinión, que la Comisión retome los trabajos dirigidos a la elaboración de una Directiva comunitaria en este ámbito, pues consideramos que las razones aducidas por la Comisión para dejar de dar impulso a la propuesta de decimocuarta directiva no resultan del todo acertadas.

### III. LA TRANSFERENCIA DE LA SEDE SOCIAL DESDE EL EXTRANJERO A ESPAÑA

#### 1. Régimen jurídico

La transferencia internacional de la sede social desde el extranjero a España ha carecido tradicionalmente de un respaldo legal, y las previsiones contenidas se limitaban al diseño registral de la operación a través del artículo 309 RRM. A pesar de la parquedad de estas previsiones, hay que señalar que la práctica registral española ya ha ofrecido ejemplos de traslados de sede de sociedades extranjeras a España. En esta clase de traslado de sede social, la LMESM aporta como innovación el respaldo legal de la operación a través de los artículos 92 y 94 LMESM. Con todo, la regulación que ofrece la ley es bastante escueta, y de los dos artículos que se ocupan de ella el primero se limita a recordar que «*el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español se regirán por lo dispuesto en los Tratados o Convenios internacionales vigentes en España y en este Título, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea*».

La sociedad extranjera que pretenda trasladar su domicilio a España deberá adaptar sus estatutos sociales al Derecho español, adoptando algunas de las formas societarias típicas de nuestro Derecho. No obstante, para que pueda adoptarse alguna de esas formas es preciso que la sociedad extranjera apruebe el traslado de su sede a España y que adapte sus estatutos a lo dispuesto por el Derecho español. Ambas actuaciones habrán de tener lugar en un momento en el que la sociedad aún no es española, por lo que la validez de dichos acuerdos deberá tener lugar a la luz del Derecho rector de la sociedad antes de producirse el cambio de

---

tional Law of Companies after Cartesio», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, octubre 2009, pp. 1020-1028; Lennarts, M. L.: «Company mobility within the EU, fifty years on. From a non-issue to a hot topic», *Utrecht Law Review*, vol. 4, issue 1, marzo 2008, pp. 1-5; S. LEIBLE: «El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento», en AAVV, *La internacionalización del Derecho de Sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 103-128.

domicilio; es decir, el Derecho de su anterior nacionalidad (art. 9.11 del Código civil). Toda la tramitación relativa al traslado, donde aparecen cuestiones relacionadas con la necesidad de un proyecto de traslado, los informes que preceptivamente se deben preparar, la eventual necesidad de la aprobación del proyecto en Junta, el derecho de los socios a separarse de la sociedad, el derecho de los acreedores a oponerse al traslado, etc., son cuestiones que quedarán todas regidas por el Derecho del país de la antigua sede social (art. 9.11 CC). Por tanto, la transferencia de sede social sólo podrá tener lugar con el concurso de las dos leyes, procediendo una aplicación distributiva de las leyes en presencia, la del anterior domicilio y la del nuevo.

## 2. Sociedades que pueden transferir su domicilio a España

Habida cuenta que la operación de la transferencia de la sede social involucra a dos países, la misma difícilmente podrá tener lugar si alguno de ellos no ofrece respaldo a la operación. De acuerdo con el sistema vigente hasta 2009, la regulación española no hacía ninguna clase de alusión a la necesidad de que el país de origen de la sociedad amparase la operación de traslado a España del domicilio de la sociedad. Si bien es cierto que el artículo 309 RRM no resulta ser el lugar apropiado para realizar este tipo de declaraciones, lo cierto es que ninguna disposición del Derecho español hacía alusión a una elemental exigencia de colaboración, obligada por lo demás, como veremos, con el país de origen de la sociedad en una operación tan compleja como la transferencia de la sede. La LMESM ha inaugurado un diseño de la operación más comprometido con esa necesaria colaboración y que queda dibujado al condicionar el traslado de la sede social a España al hecho de que el país del anterior domicilio permita dicho traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica. Conviene advertir que esta postura no sólo tiene que ver con las exigencias de cooperación internacional en un ámbito en el que la misma es absolutamente requerida. También guarda relación con el objetivo de evitar esfuerzos inútiles a realizar por la sociedad que se traslada, y sobre todo de no generar situaciones de conflicto o claudicantes que puedan ser germen de situaciones jurídicas inciertas y de litigios.

No obstante, resulta llamativo el modo en que la LMESM ha definido esta colaboración con los sistemas extranjeros, distinguiendo según la sociedad provenga de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o de un tercer Estado. Mientras que en el segundo caso se exige que el Estado desde cuyo territorio se traslada la sede permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad (art. 94.2), en el primero se proclama que el traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte en el Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. Y la pregunta surge de forma inmediata, ¿a qué se debe esta proclamación? ¿Es que el legislador español está presumiendo que todos los Estados

miembros del Espacio Económico Europeo permiten a sus sociedades el cambio de la sede social al extranjero? ¿Es que acaso existe una norma comunitaria que establezca esta previsión? Sin embargo, como hemos visto, el Derecho comunitario no ha ofrecido hasta ahora pautas de solución para estos casos. Entonces, ¿a qué se debe la formulación de esta regla por el legislador español, cuando la competencia para una norma así debería corresponder al legislador comunitario?

La única explicación que encontramos es que el legislador español ha hecho acopio, de forma muy audaz por cierto, de la última jurisprudencia del TJ dictada en materia de libertad de establecimiento de sociedades. En efecto, como vimos más arriba, el TJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse en su sentencia de 16 diciembre de 2008, asunto *Cartesio*, sobre el traslado de la sede social de un Estado a otro de la Unión Europea. Como vimos, el Tribunal, al resolver el asunto, señaló que resultaba incompatible con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades una norma húngara que impidiera el traslado de la sede social a Italia con cambio de la nacionalidad. El legislador español parece haber extrapolado esa solución convirtiéndola en norma española que desplaza a cualquier solución limitativa que pueda estar incluida en la legislación de algún Estado miembro de la Unión Europea. O dicho de otro modo, el legislador español ha convertido el criterio establecido por el TJ en regla aplicable de forma directa como *Derecho comunitario, pero de fuente española*, al conjunto de las sociedades beneficiarias de la libertad de establecimiento.

En nuestra opinión, el modo en que ha procedido el legislador español no resulta del todo adecuado. Si bien es cierto que, tras la decisión del TJ dictada en el asunto «*Cartesio*», estarán sometidas a la presión del Derecho comunitario las normas nacionales de países europeos que pongan trabas a esta clase de traslado de la sede social, otra cosa distinta es que la regla haya de ser impuesta por un Estado europeo al resto, lo cual podrá originar situaciones jurídicas que pueden ser inciertas en este momento y que complican, más que simplifican, la operación de transferencia a España de la sede social. Por ello, entendemos que la situación actual del Derecho comunitario, incluso contando con el criterio establecido en la decisión de 16 de diciembre de 2008, habría aconsejado que la LMESM hubiera establecido para las sociedades provenientes de Estados del Espacio Económico Europeo la misma regla relativa a la necesidad de que el país de origen garantice el mantenimiento de la personalidad jurídica.

Las sociedades que pueden trasladar a España su domicilio son aquellas que estén constituidas conforme a la ley de otro Estado. Esta exigencia supone que la sociedad debe haber finalizado su proceso de constitución y, por tanto, a pesar de que la ley española no lo indica, será preciso que la sociedad esté inscrita en el Registro Mercantil o institución que corresponda. No dice nada la LMESM sobre si las sociedades en liquidación o en concurso podrán trasladar su domicilio a España. No obstante, el traslado de estas sociedades podrá topar con el requisito



patrimonial a que aludiremos a continuación. En cualquier caso, habría sido conveniente atribuir la resolución de esta cuestión a la legislación del país de origen, en lugar de optar, como ha hecho el legislador español, por establecer la regla de que todas las sociedades constituidas en un Estado del Espacio Económico Europeo pueden trasladar su sede social a España, pues esto no deja margen a actuaciones del Derecho nacional que pueden resultar compatibles con el Derecho comunitario por responder a razones imperiosas de interés general y resultar proporcionadas.

### 3. La adaptación de la sociedad al Derecho español

El apartado primero del artículo 94 LMESM prosigue señalando que la sociedad *«deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España»*. Lógicamente esto supondrá que la sociedad tiene que adaptar sus estatutos a lo dispuesto por el Derecho español, y dicho acuerdo, como dijimos, habrá de seguir el procedimiento establecido en la ley de la nacionalidad de la sociedad, esto es, la *lex societatis* originaria (art. 9.11 CC).

De forma equivocada respecto de los países a que se refiere, según apuntan todos los indicios, el siguiente epígrafe indica que *«las sociedades extranjeras de capital que pretendan trasladar su domicilio social a España desde un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español»*. La ubicación sistemática de este inciso en el apartado que se ocupa del traslado de la sede desde un Estado parte del Espacio Económico Europeo, y la existencia de un epígrafe distinto que contiene la regla para las sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados, hace ver que no puede tratarse más que de un error, y que la mencionada exigencia se refiere a sociedades procedentes de Estados miembros del Espacio Económico Europeo<sup>15</sup>.

Acabamos de ver que el precepto contiene la exigencia de que la sociedad justifique *«con informe de experto independiente, que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español»*. Si bien este requisito resulta afín con lo que puede ser exigido a una sociedad de responsabilidad limitada en su constitución (art. 78 TRLSC), en nuestra opinión puede resultar excesivo para una sociedad anónima, pues, en nuestro sistema, en el momento de su constitución únicamente se le exige que esté desembolsada una cuarta parte del capital social (art. 79 TRLSC). La exigencia patrimonial del artículo 94 LMESM

<sup>15</sup> En este mismo sentido, véase ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Ley 3/2009*, tomo I, Barcelona, Bosch, 2009, p. 623.

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

no deja margen para ninguna clase de desembolso pendiente que pueda estar previsto por la legislación del país de la antigua sede. Por lo demás, esa exigencia puede entrar en contradicción con la regla del apartado anterior del largo artículo 94.1 LMESM, que prevé que la sociedad que traslada su domicilio cumpla «*lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente*», regla que parece dar paso a la aplicación al respecto de los artículos 78 y 79 TRLSC según se trate de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima.

#### 4. Documentación a presentar

La sociedad extranjera que pretende trasladar a España su domicilio aparecerá ante el registrador mercantil a través de la aportación de los documentos que acrediten que se ha seguido con éxito el procedimiento en el país del antiguo domicilio. La finalización del procedimiento podrá haberse producido bien a través de la elevación a público del acuerdo de traslado de la sede social a España, o bien suplementariamente con una certificación análoga a aquélla a que se refiere el artículo 101 LMESM. Al Registro Mercantil español sólo tendrá acceso un documento público (art. 1280 CC), por lo que, en caso de que la aprobación del acuerdo social de traslado conste en un documento privado será preciso elevarlo a público.

La regulación de la mecánica registral para el traslado a España del domicilio de una sociedad extranjera se encuentra en el RRM, previéndose que la documentación que habrá de presentarse incluirá la escritura de constitución de la sociedad, los estatutos sociales (ya modificados a fin de adecuarlos al Derecho español), y el acuerdo por el que tiene lugar el cambio de domicilio. La práctica registral ha sido estricta en la exigencia de la presentación de la escritura de constitución de la sociedad, no bastando con la aportación del certificado del registro extranjero en el que está inscrita la sociedad (Resolución DGRN 4 de febrero de 2000).

Según el artículo 309 RRM, en caso de traslado a España del domicilio social, en la primera inscripción se harán constar todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero. Esta disposición, sin embargo, debe ser completada con lo que indica el artículo 94.1 LMESM, según el cual deberá cumplirse con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente. De manera que en la inscripción deberán hacerse constar todos los datos de consignación obligatoria para el correspondiente tipo de sociedad, ya estén los datos vigentes o no en el registro extranjero. A pesar de que el artículo 309 RRM indica que la inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero, lo cierto es que la inscripción tendrá lugar, como hemos visto, en virtud de la escritura pública del traslado del



domicilio social, que podrá venir unida a la certificación del cumplimiento de los requisitos de legalidad en el país de la antigua sede. También indica la norma reglamentaria que será preciso el depósito simultáneo de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado.

Puesto que el traslado del domicilio a España supone la conversión de la sociedad en española, será preciso obtener del Registro Mercantil Central la certificación negativa de denominación, que habrá de ser aportada junto con la documentación acreditativa del traslado (art. 407 RRM). Por otra parte, al margen de lo que pueda establecer el Derecho extranjero en torno al procedimiento interno, la doctrina ha señalado acertadamente que no se podrá producir la inscripción en España del traslado de domicilio mientras esté en plena vigencia la inscripción de la sociedad en el Registro de origen, por lo que será necesario acreditar un cierre, al menos provisional, del historial correspondiente<sup>16</sup>.

## 5. La calificación del registrador mercantil

Uno de los puntos en los que se puede observar con absoluta nitidez la necesidad de que la operación de transferencia de la sede social sea regulada de forma conjunta por ambos Estados viene constituido por la calificación del registrador mercantil. Cabe entender que, en principio, la calificación se extenderá de forma amplia sobre la completa legalidad del procedimiento de traslado de la sede a España, en conformidad con el Derecho aplicable a la sociedad en virtud del artículo 9.11 CC. Pero claro, esta calificación amplia tiene diversos inconvenientes: por una parte, hace preciso que se acredite el Derecho extranjero de forma exhaustiva, lo que trae a colación el problema de la prueba del Derecho extranjero y las consecuencias de su falta de acreditación; y por otra parte, la calificación amplia puede conducir a que el registrador mercantil español realice apreciaciones diferentes de aquéllas que tuvieron lugar en el país del domicilio anterior. Para evitar esta clase de consecuencias, que pueden abocar al fracaso de la operación de transferencia de la sede social a España, lo ideal sería contar con una regulación convencional o europea que llevara a cabo una distribución de las funciones de control de la legalidad de la operación entre las diversas autoridades intervinientes, al modo en que tiene lugar en alguno de los instrumentos europeos en vigor<sup>17</sup>.

En defecto de este régimen concertado, la exigencia de emisión de un certificado por una autoridad del país de origen de la sociedad en la que se acredite que,

<sup>16</sup> En este sentido, véase ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ley 3/2009, op. cit.*, p. 626.

<sup>17</sup> Esta es la razón por la cual, en el régimen europeo del traslado de la sede de la Sociedad Anónima Europea, el art. 8.8 del Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, establece que será una única autoridad la que certificará el cumplimiento de todos los trámites relativos al traslado de la sede en el país de origen.

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

desde el punto de vista de la legalidad del país, se han cumplido todos los trámites, resulta muy de agradecer y puede ser vista como un elemento de cooperación unilateral o estatal entre sistemas. A esta función responde en parte el artículo 101 LMESM. La existencia de este certificado dará una mayor apariencia de legalidad a la operación, lo cual debe facilitar la inscripción y la consideración positiva del registrador en su calificación. En cualquier caso, esta cooperación no puede suponer que el registrador mercantil español deje de llevar a cabo el control de orden público internacional español, debiendo rechazar la inscripción cuando se produzca un resultado de ese tipo, como por ejemplo cuando uno de los socios disidentes ha sido excluido de la sociedad sin indemnización alguna.

Una vez producida la inscripción, será preciso hacer las gestiones para que tenga lugar el cierre del registro del domicilio anterior. En este punto, y en defecto de regulación que ha de provenir de ese país, parece razonable la idea de que sea el registrador mercantil español quien se ponga en contacto con dicho registro para comunicarle que ha quedado inscrito el traslado del domicilio social, a fin de que en el mismo tengan lugar las inscripciones o publicaciones que procedan. De la inscripción producida en el Registro español se dará traslado para su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

### III. LA TRANSFERENCIA DE LA SEDE SOCIAL AL EXTRANJERO

#### 1. Régimen jurídico

La posibilidad de la transferencia de la sede social al extranjero estaba contemplada por el artículo 149.2 LSA y en el artículo 72 LSRL, para sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, respectivamente. Incluso nuestro sistema contaba antes de la LMESM con la regulación de la mecánica registral de esta operación en el artículo 20 del Reglamento del Registro Mercantil. Sin embargo, esta posibilidad era a la postre, antes de 2009, más teórica que práctica, pues su admisión quedaba prevista únicamente «*cuando exista un convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de la misma personalidad jurídica*». Si bien la nueva regulación conserva la remisión al régimen que pueda provenir de los convenios internacionales, ahora estas operaciones no quedan condicionadas a la existencia de un tratado internacional, previéndose por la LMESM la posibilidad de dicho traslado en defecto de convenio y en conformidad con las garantías previstas por el capítulo II del Título V LMESM.

Habida cuenta que el traslado de la sede al extranjero presupone que el Derecho de la nueva sede no opondrá problemas a que dicho traslado tenga lugar, el artículo 93 LMESM condiciona el traslado a esta circunstancia al señalar que «*el traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se tras-*

*lada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad».* El cumplimiento de este requisito nos traslada al de la prueba del Derecho extranjero en el ámbito del Registro Mercantil. Para estos casos, lo mejor será que las partes acrediten que el Derecho del país al que se proyecta trasladar el nuevo domicilio permite este traslado. No obstante, en el ámbito extrajudicial, el sistema español permite que el registrador mercantil lleve a cabo la averiguación del Derecho extranjero en virtud de lo establecido en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, al que remite el artículo 5.3 RRM. Si al registrador mercantil no le consta que el traslado sea permitido por el Derecho de dicho país no deberá autorizar el depósito del proyecto de traslado. Y no sólo por no realizar una actuación que podría tener un sentido inútil, sino porque el requisito es establecido por la norma española como presupuesto del traslado. El registrador mercantil, por tanto, no deberá realizar ninguna actuación si no le consta que el Derecho extranjero permite la operación, requisito impuesto por la norma española de DIPr. Aunque no se diga con claridad por la LMESM, la sociedad que traslada su domicilio al extranjero deberá cumplir con lo exigido por la ley extranjera para la constitución de la sociedad según su tipo, tal y como prevé para el caso inverso el artículo 94 LMESM.

## 2. Sociedades que pueden transferir su sede al extranjero

La posibilidad del traslado de la sede social al extranjero no se encuentra abierta para cualquier tipo de sociedad. Los límites aparecen en el artículo 92 LMESM, según el cual *«no podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquéllas que se encuentren en concurso de acreedores».* En cuanto a las sociedades en liquidación, la limitación ha de ser entendida teniendo en cuenta su razón de ser, esto es, la incompatibilidad entre el camino de la liquidación y el del traslado de la sede al extranjero. Por lo cual, si el acuerdo de disolución llega a ser revocado, y son devueltas las cuotas de liquidación recibidas por los socios, no debe existir inconveniente en afirmar la validez del acuerdo de traslado de la sede social al extranjero a pesar de lo dispuesto en el artículo 92 LMESM<sup>18</sup>. En el caso de las sociedades en concurso de acreedores, la limitación responde al objetivo de que el deudor societario no se distancie del lugar en el que se tramita el concurso o que pueda provocar, en su caso, problemas a la hora de convertir en concurso territorial al que lo podría ser inicialmente a título principal, de acuerdo con las normas del Reglamento 1346/2000 y la Ley Concursal. La no inclusión de las sociedades colectivas irregulares o no inscritas en el texto del artículo 92 LMESM podría dar a entender que estas sociedades sí que pueden trasladar al extranjero su domicilio social. Y esta conclusión queda avalada por la Disposición adicional segunda de la LMESM, que no incluye al

<sup>18</sup> En este sentido, véase ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009, op. cit.*, p. 605.

traslado de la sede al extranjero entre las modificaciones estructurales que quedan vedadas a las sociedades irregulares y no inscritas antes de que se produzca su inscripción. En efecto, según esta disposición, «*la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de las sociedades colectivas no inscritas y, en general, de las sociedades irregulares, requerirán su previa inscripción registral*». No obstante, habida cuenta que el traslado de la sede social consistirá, en sí mismo, en una inscripción registral, difícilmente esta clase de sociedades podrán inscribir dicho acto si previamente no cuentan con una hoja registral. Esta lógica es la que cabe observar en el texto del artículo 92.1 LMESM cuando, al regular el traslado al extranjero del domicilio social, se refiere exclusivamente a la «*sociedad mercantil española inscrita*».

La LMESM no se refiere a otros supuestos de sociedades para descartar la posibilidad del traslado de su domicilio a otro Estado. Uno de los tipos que puede provocar duda es la sociedad nula, esto es, aquella sociedad en cuya constitución se ha incurrido en una causa de nulidad y que puede conducir a su extinción. Aunque el supuesto no será muy frecuente, cabe entender que si el traslado de la sede social se produce antes de que sea declarada la nulidad de la sociedad, el traslado se podrá producir sin inconveniente. La declaración de nulidad de la sociedad, por el contrario, ha de impedir cualquier tipo de operación registral posterior, como el traslado de la sede al extranjero. Si la sociedad llega a trasladar su domicilio al extranjero, y adquiere una nueva nacionalidad, la constitución correcta de la misma habrá de ser valorada con arreglo a la nueva *lex societatis*, en virtud del artículo 9.11 CC, de manera que la eventual nulidad de la sociedad quedará regida por esta nueva ley. Tampoco parece posible el traslado del domicilio social de aquellas sociedades que tienen la hoja registral cerrada. Esta situación puede producirse bien por la falta de depósito de las cuentas anuales<sup>19</sup>, o bien por la baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda<sup>20</sup>. En uno y otro caso no será posible inscribir el traslado de la sede social al extranjero. No obstante, es preciso advertir que el cierre registral no impide la presentación de los

<sup>19</sup> Según el artículo 282 del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «*el incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere este capítulo dará lugar a que no se inscriba en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista*».

<sup>20</sup> Según el artículo 131 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: 1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria dictará, previa audiencia de los interesados, acuerdo de baja provisional en los siguientes casos: Cuando los débitos tributarios de la entidad para con la Hacienda pública del Estado sean declarados fallidos de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación. Cuando la entidad no hubiere presentado la declaración por este impuesto correspondiente a tres períodos impositivos consecutivos. 2. El acuerdo de baja provisional será notificado al registro público correspondiente, que deberá proceder a extender en la hoja abierta a la entidad afectada una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción que a aquella concierna sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades.

documentos, por lo que será preciso, en cualquier caso, extender el asiento de presentación del depósito del proyecto de traslado de la sede social al extranjero. En tal caso, si durante la vigencia del asiento de presentación se hace el depósito de las cuentas y éstas son calificadas positivamente por el registrador, o se produce el alta en el Índice de Entidades fiscales, se producirá el depósito del proyecto de traslado de la sede. En caso contrario, el asiento de presentación caducará.

La ley descarta la aplicación del régimen del traslado de la sede social al extranjero a las sociedades cooperativas, y remite a su régimen legal específico. El examen de la normativa aplicable al caso revela, sin embargo, que no existe dicho régimen legal, por lo que la realización de esta operación por parte de las cooperativas entraña una dificultad específica que ya ha sido abordada por la doctrina, a cuyos trabajos remitimos<sup>21</sup>.

Por último, la operación del traslado de la sede social al extranjero tampoco cabe respecto de aquellas sociedades que tengan en España su principal establecimiento o explotación. La obligación de tener su domicilio en España para estas sociedades aparecía contenida en los artículos 5.2 LSA y 6.2 LSRL, y tras la derogación de esas leyes el nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital contiene dicha obligación en el artículo 9.2, según el cual «[l]as sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España». Si bien esta disposición ha tenido su más importante proyección en el terreno del no reconocimiento de las sociedades extranjeras en España, tras la liberalización que ha producido la LMESM respecto de la posibilidad de trasladar al extranjero la sede social, esta norma ha adquirido una nueva significación, pues a partir de ahora atribuye al registrador mercantil el poder rechazar el depósito del proyecto de traslado de la sede social al extranjero cuando quede acreditado que el establecimiento o la explotación principal de la sociedad se encuentran en España. Habrá que prestar atención al modo en que la práctica registral va abordando el problema de la carga de la prueba de dichos elementos de hecho. Aunque, por lo que se puede colegir del régimen establecido para el traslado, no parece que, en principio, deba la sociedad acreditar esta clase de extremos.

### 3. Redacción y depósito del proyecto de traslado en el Registro Mercantil

Según el artículo 95 LMESM, «los administradores de la sociedad que pretendan trasladar el domicilio al extranjero habrán de redactar y suscribir un proyecto de traslado. Si falta la firma de alguno de ellos se señalará al final del

---

<sup>21</sup> Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», diario *La Ley*, número 7294, 30 noviembre 2009.

*proyecto con indicación de la causa*». Aunque la Ley no lo indica, si tenemos en cuenta que el proyecto de traslado ha de originar inscripciones también en el país del nuevo domicilio, lo mejor será tener en cuenta esta circunstancia desde el principio, haciendo una redacción en el idioma de ese país. Las cosas se facilitarán mucho si el proyecto de traslado es redactado en formato bilingüe desde el comienzo. El proyecto de traslado deberá contener las siguientes menciones:

- 1.<sup>a</sup> La denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil.
- 2.<sup>a</sup> El nuevo domicilio social propuesto.
- 3.<sup>a</sup> Los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social.
- 4.<sup>a</sup> El calendario previsto para el traslado.
- 5.<sup>a</sup> Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.

En cada una de estas menciones existe la necesidad de que el proyecto de traslado preste atención a la legislación del país en donde se proyecta situar la sede social, pues de lo contrario difícilmente tendrá eficacia el traslado proyectado. Así, por ejemplo, la denominación proyectada habrá de cumplir con los requisitos del país de la nueva sede. Los estatutos que regirán la sociedad probablemente habrán de contener especificaciones diferentes de aquellas que son preceptivas según el Derecho español. Lo importante en este punto es que el proyecto de traslado incorpore unos estatutos ajustados a la legislación del nuevo domicilio. En cuanto al calendario, el proyecto ha de contener la previsión temporal en que tendrán lugar los actos de traslado de la sede social. En principio, este calendario es la propuesta que realizan los administradores. Sin embargo, aunque el proyecto de traslado no caduque, el incumplimiento de las previsiones relativas al calendario podría provocar la impugnación del proyecto. En cuanto a los derechos a que se refiere el punto quinto, si no se establece nada al respecto, dichos derechos serán los establecidos por la LMESM, es decir, el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición de los acreedores.

Una vez que el proyecto ha sido redactado, el mismo debe ser depositado en el Registro Mercantil, quien se encargará de que dicho depósito sea objeto de publicación en el BORM (art. 95.3 LMESM). El apartado final del artículo 95.3 LMESM se refiere al contenido del anuncio en el BORM, en el que habrá de aparecer *«la denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad que se traslada, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, así como una indicación de las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores y la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, información sobre esas condiciones»*. Este contenido se ajusta más bien al que debería tener la convocatoria de la Junta de accionistas que ha de ser convocada para la aprobación del proyecto de traslado, pues en el momento del depósito todavía no se sabe qué



socios van a votar en contra del proyecto ni tampoco ha surgido ningún derecho de los acreedores.

#### **4. Informes preceptivos**

Antes de la convocatoria de la Junta de socios, los administradores han de elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, acreedores y los trabajadores (art. 96). Dicho informe deberá estar listo para la Junta de socios convocada con la finalidad de aprobar el proyecto del traslado, y por tanto será puesto a disposición de socios y acreedores bien antes o bien en esa fecha.

En lo que puede afectar el traslado de la sede social a los trabajadores de la sociedad, el artículo 64.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece que el Comité de Empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario, de las decisiones adoptadas por éste, en los casos de «procesos de fusión, absorción o *modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo*». Si no es así, el informe del Comité de Empresa deja de ser preceptivo, pero tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario en la medida en que el traslado *pueda afectar a los trabajadores* (art. 64.1). Por otra parte, en caso de que a raíz del traslado de la sede se previera adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores, deberá iniciarse un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores (art. 44.9 Real Decreto Legislativo 1/1995).

#### **5. Aprobación por la Junta de socios del acuerdo social de traslado de la sede**

El traslado de la sede debe ser acordado necesariamente por la Junta de socios con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada (art. 97 LMESM y art. 160 f) TRLSC). Respecto de la convocatoria de la Junta de socios, las previsiones de la LMESM establecen que deberá publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la Junta (art. 98). La forma de la convocatoria coincide así con la regla general que para las sociedades de capital establece el artículo 173.1 TRLSC. Este mismo precepto, en su apartado segundo, dispone que los estatutos de las sociedades de

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

responsabilidad limitada podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el libro-registro de socios. En nuestra opinión, para esolver esta contradicción normativa en torno a las exigencias de la convocatoria, el principio de especialidad ha de hacer prevalecer a la regla del artículo 98 LMESM sobre la excepción que para las sociedades de responsabilidad limitada establece el apartado segundo del artículo 173 TRLSC. Por tanto, la convocatoria de la Junta de socios destinada a aprobar el proyecto de traslado no podrá ser notificada de forma individual a los socios, debiendo ser publicada en el BORM y en un diario de gran circulación en la provincia de la sede social de la sociedad.

En todo lo no dispuesto de forma especial, se estará a lo establecido por el TRLSC. La convocatoria habrá de expresar el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, así como el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar (art. 174 TRLSC). Y salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la Junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social (art. 175 TRLSC). La especialidad del contenido de la convocatoria aparece en el artículo 98.2 LMESM, según el cual, junto a la convocatoria, deberán publicarse, además, las siguientes menciones:

- 1.<sup>a</sup> El domicilio actual y el domicilio que en el extranjero pretende tener la sociedad.
- 2.<sup>a</sup> El derecho que tienen los socios y los acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de obtener gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos.
- 3.<sup>a</sup> El derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y la forma de ejercitar esos derechos.

La Junta en la que se apruebe el traslado de la sede al extranjero podrá ser ordinaria o extraordinaria (art. 165 TRLSC). En cuanto a la posibilidad de que la aprobación del proyecto de traslado tenga lugar en una Junta universal (art. 178 TRLSC), en principio no existe un inconveniente legal para que dicha Junta universal pueda abordar el acuerdo social en virtud del cual se traslada al extranjero el domicilio de la sociedad. No obstante, la dinámica de la operación, en la que es necesario un proyecto previo que ha de ser depositado en el Registro Mercantil antes de la Junta, y donde se precisa una convocatoria en la que conste, entre otras cuestiones, el anuncio del derecho de separación de los socios y el de oposición a



los acreedores, hacen que no resulte apropiada la Junta universal para la aprobación de esta clase de acuerdo social<sup>22</sup>.

Para las sociedades anónimas, el TRLSC establece la necesidad de un quórum reforzado para que la Junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el traslado de domicilio al extranjero. Para ello será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital. Aunque también se establece que los estatutos sociales puedan elevar estos quórum (art. 194 TRLSC). Y para la adopción del acuerdo será necesario el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento. No obstante, los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores (art. 201 TRLSC).

Para las sociedades de responsabilidad limitada no existe una exigencia especial respecto del quórum. No obstante, el acuerdo social de traslado del domicilio al extranjero requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 199 TRLSC), solución que coincide con la que fue establecida por la disposición final segunda de la LMESM.

El traslado de la sede surtirá efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio (art. 102 LMESM). Hasta ese momento podrá producirse la revocación del acuerdo social.

El régimen de la impugnación de los acuerdos aparece en el artículo 204 TRLSC, siempre que se trate de acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días (art. 205 TRLSC). Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados

---

<sup>22</sup> Véase, no obstante, ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, op. cit., p. 613, para quien tanto puede argumentarse a favor de la Junta universal por analogía con otras modificaciones estructurales, como en contra, por no haber sido aludida para el traslado de domicilio cuando no se olvidó para los otros casos. El autor incluso vislumbra cuál sería la fórmula para encajar la dinámica de la Junta universal en la propia de la regulación del traslado de la sede al extranjero. En su opinión, sería factible hacer el depósito del proyecto después de la Junta, explicando la causa por la que no se ha hecho con anterioridad, y comunicar su derecho a los acreedores en publicación del acuerdo o en comunicación individual.

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

los socios asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez (art. 206 TRLSC).

Aunque la LMESM no lo prevé expresamente, el acuerdo social por medio del cual se aprueba el traslado de la sede social al extranjero habrá de ser objeto de publicación en el BORM. Ello se deduce de los derechos que dicha Ley confiere a los socios de poder separarse de la sociedad, y a los acreedores de oponerse al traslado. En efecto, si el acuerdo no se publicara o notificara a socios y acreedores éstos tendrían unos derechos sin plazo de ejercicio.

## **6. Derecho de separación de los socios que votaron en contra del acuerdo de traslado de la sede social**

Según el artículo 99 LMESM, «los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada». Este régimen especial ha sido respetado por el nuevo TRLSC, que en el apartado tercero de su artículo 346 hace una remisión respecto del derecho de separación de socios en el caso de traslado de la sede al extranjero al régimen establecido por la LMESM. Respecto de otros supuestos en los que se concede el derecho de separación (como la fusión o la transformación), la concesión en este caso resulta más estricta, pues el derecho sólo es otorgado a los socios que hayan votado en contra del acuerdo, y no a aquéllos que simplemente no han votado a favor del acuerdo.

Esta concesión tan estricta del derecho de separación debe ser, sin embargo, puesta en relación con otras normas de la LMESM, en concreto con aquellas que regulan el derecho de separación por motivo de transformación. En efecto, la lectura del apartado segundo del artículo 15 LMESM permite advertir que se prevé que los socios que por efecto de la transformación hubieran de asumir una responsabilidad personal por las deudas sociales y no hubieran votado a favor del acuerdo de transformación quedarán automáticamente separados de la sociedad, si no se adhieren fehacientemente a él dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha de su adopción cuando hubieran asistido a la Junta de socios, o desde la comunicación de ese acuerdo cuando no hubieran asistido. Si, como consecuencia del traslado de la sede al extranjero, el tipo social adoptado prevé para los socios esta clase de responsabilidad, parece lógico deducir que los socios que no hayan votado a favor del acuerdo de traslado de la sede social al extranjero quedarán también separados de la sociedad en los términos que prevé el apartado segundo del artículo 15 LMESM, a pesar de que en términos estrictos no estemos en pre-

sencia de una transformación, sino de un traslado de la sede al extranjero. Más allá de este caso, se puede plantear la duda de si del hecho de que la responsabilidad de los socios sea distinta, y más grave, en el país extranjero de la nueva sede social respecto de la que existe en la sociedad española, se podría considerar que estamos en presencia de una transformación tácita, a fin de activar las consecuencias que en este punto establece el artículo 15 LMESM para atribuir el derecho de separación a los socios que no han votado a favor del acuerdo<sup>23</sup>. Sin perjuicio de la corrección del razonamiento, el hecho de que la responsabilidad difícilmente pueda llegar a ser exactamente igual, pues las regulaciones societarias serán diferentes en ambos países, hace ver los contornos poco precisos con que sería de aplicación esta regla, lo cual juega en contra de su actuación.

El régimen del reembolso de las participaciones o de las acciones del socio se encuentra contenido en los artículos 353 a 357 TRLSC. A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre.

Una vez realizada la adquisición por la sociedad de las participaciones o acciones de los socios afectados, se otorgará escritura pública de reducción de capital social, expresando en ella las participaciones o acciones amortizadas, la identidad del socio o socios afectados, la causa de la amortización, la fecha de reembolso o de la consignación y la cifra a la que hubiera quedado reducido el capital social (art. 359 TRLSC). Conviene advertir que, en el caso de que, como consecuencia de la reducción, el capital social descendiera por debajo del mínimo legal, se procederá a la disolución de la sociedad. No obstante, hay que tener en cuenta que, según dispone el artículo 360 TRLSC, *«la disolución tendrá lugar por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Transcurrido un año sin que se hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales»*. Habida cuenta que puede ocurrir que en el país extranjero de destino exista una cifra de capital social inferior para la sociedad,

<sup>23</sup> A favor de esta interpretación, véase ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, op. cit., p. 616.

no existirá problema para el traslado por el hecho de que la cifra en España esté por debajo del mínimo legal, pues una vez que transcurra un año probablemente la sociedad ya habrá trasladado su sede al extranjero y no se producirá la consecuencia de la disolución. En caso de que no se llegue a la cifra del capital social necesario para responder a los requisitos del Derecho de la nueva sede social, el traslado de la sede no podrá tener lugar.

En estas circunstancias lo más apropiado sería que el acuerdo de traslado hubiera quedado condicionado a la no separación de un concreto número de socios, pues de lo contrario el camino a seguir habrá de ser la revocación del acuerdo, la cual se puede producir hasta el momento de la inscripción del cambio de sede en el registro extranjero. No habría venido mal que la LMESM hubiera seguido en este punto la regulación que se prevé para la constitución de una Sociedad Europea Holding, en la que se establece un término intermedio destinado a declarar la existencia de socios suficientes para canjear sus acciones para constituir la Sociedad Anónima Europea. En este caso, el trámite habría sido el contrario, a fin de verificar si no existe un concreto número de socios que ejerciten el derecho de separación y que hagan imposible el traslado proyectado a la vista del capital social que quedará.

## 7. La oposición de los acreedores al traslado al extranjero de la sede social

La LMESM pretende también tener en cuenta la defensa de los intereses de los acreedores de la sociedad que proyecta trasladar su sede social al extranjero. Para los acreedores, el cambio de sede supondrá en muchos casos la necesidad de desplazarse a un Estado extranjero en caso de que pretendan reclamar judicialmente a la sociedad por alguna de las deudas en vigor, dado que, en muchos casos, el único foro que podrá tenerse en cuenta será el del domicilio del demandado<sup>24</sup>. Esta desventaja procesal que puede resultar del traslado de la sede al extranjero pretende ser compensada por la ley con la atribución a los acreedores del derecho de paralizar el proceso de traslado de la sede al extranjero hasta que no queden garantizados sus créditos. La regulación que ofrece la LMESM es bastante parca, y se limita a indicar en su artículo 100 que los acreedores de la sociedad cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión. Una vez realizada la remisión, el artículo 44 LMESM dispone que: «1. *La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publica-*

<sup>24</sup> Véase el artículo 2 Reglamento 44/2001, de 1 de marzo de 2000 (Bruselas I). Como se sabe, el Reglamento permite también que se pueda plantear la demanda ante los tribunales de otros países diferentes al del domicilio del demandado, siempre que exista un vínculo estrecho entre el litigio y los tribunales de ese país, en virtud de los foros especiales, por razón de la materia que contempla dicho Reglamento.

*ción del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos.*

La aplicación de esta norma, teniendo en cuenta el régimen del traslado de la sede social, hace ver que no existe ningún momento en el que se prevea la publicación o la comunicación del acuerdo social por el que se aprueba el proyecto de traslado, elementos que son necesarios para realizar el cómputo del tiempo de que disponen los acreedores para oponerse al traslado de la sede. En aras de la simplificación legislativa, el legislador no ha caído en la cuenta de que, en el régimen del traslado, no existe un trámite análogo al que existe en el régimen de la fusión, en el que la aprobación del proyecto es objeto de publicación. Por esta razón, la doctrina mantiene que la remisión al régimen de la fusión obliga a entender que el acuerdo ha de publicarse o notificarse como en la fusión, porque en otra interpretación se estaría concediendo un derecho sin plazo para ejercitarlo<sup>25</sup>.

En caso de falta de acuerdo sobre la garantía a prestar, la ley establece la necesidad de abrir fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento. Como se sabe, la fianza solidaria es la modalidad más frecuente en la práctica y su principal característica es que el fiador carece del beneficio de excusión o de orden, por lo que el acreedor garantizado puede dirigirse directamente contra el fiador, prescindiendo del deudor afianzado, acreditando únicamente el incumplimiento de la obligación garantizada en el seno del procedimiento. Por tanto, se le exime de realizar gestiones de reclamación de la deuda en el país de la nueva sede social.

## **8. Certificación previa al traslado de la sede social y cierre del Registro**

Con arreglo al artículo 101 LMESM, «a la vista de los datos obrantes en el Registro Mercantil y en la escritura pública de traslado presentada, el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado. Una vez expedida esa certificación quedará cerrado el Registro para nuevas inscripciones». La norma transcrita se aproxima mucho en su letra al artículo 64 LMESM, precepto que trae causa del artículo 10 de la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones intracomunitarias transfronterizas, cuyo objetivo es distribuir las tareas de control de la operación de fusión entre las autoridades de los Estados involucrados en la fusión transfronteriza intracomunitaria, haciendo acopio del sistema establecido por el Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre, respecto

<sup>25</sup> Véase ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, op. cit., p. 617.

de la constitución de una Sociedad Anónima Europea mediante fusión. Llamamos la atención sobre este precepto en cuanto que, de forma unilateral, y más allá del interés de este control en España, el legislador español estima conveniente que quede una constancia, en forma de certificación del registrador mercantil, de que se ha cumplido con los trámites necesarios según el Derecho español para que tenga lugar el traslado de la sede social, sin saber qué valor podrá tener dicho certificado en el país del nuevo domicilio, pero intuyendo que esta operación podrá facilitar el trámite en el Registro Mercantil del nuevo domicilio, de forma análoga a como, de modo concertado, sucede con la fusión intracomunitaria transfronteriza. Estamos así en presencia de un procedimiento de colaboración registral sin acuerdo que puede resultar de interés en muchos casos<sup>26</sup>.

El presupuesto para la emisión de la certificación sobre la realización de los actos y trámites necesarios, según el Derecho español, es la existencia de la escritura de traslado de la sede, a la que se refiere el artículo 101 LMESM. La escritura deberá contener el proyecto de traslado tal y como ha sido aprobado por la Junta. Esta escritura será la misma que habrá de ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil extranjero de la nueva sede social, por lo que se plantea la cuestión relativa a la autoridad a la que habrá de acudir para su otorgamiento, si al notario español o a un notario extranjero. Sobre el acceso de las escrituras públicas extranjeras a los registros públicos españoles ha existido un interesante debate cuyos hitos son bien conocidos<sup>27</sup>. En cualquier caso, habida cuenta de que la escritura no dejará de ser extranjera en alguno de los países, esta razón hace conveniente que sea posible la inscripción de escrituras extranjeras en nuestro sistema, como modo de facilitar la operación de traslado de la sede social a España.

Una vez emitida la certificación a la que se refiere el artículo 101 LMESM, no quedará cancelada la hoja del registro, sino solamente cerrada. Según el artículo 20 RRM, *«el Registrador competente en razón del domicilio de la sociedad que se traslada certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la entidad antes del traslado, y no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del tribunal, notario u autoridad competente del nuevo domicilio acreditativa de la inscripción de la sociedad. Recibida ésta, cancelará la hoja de la sociedad y extenderá nota de referencia expresiva de los nuevos datos registrales»*.

---

<sup>26</sup> Sobre esta clase de cooperación, véase el último capítulo de la monografía de ARENAS GARCÍA, R.: *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.

<sup>27</sup> Se trata de la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005, la sentencia de 2 de marzo de 2006 del Juzgado de primera instancia número 6 de Santa Cruz de Tenerife y la sentencia de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006.



## 9. Inscripción en el Registro extranjero y cancelación de la hoja registral en el Registro Mercantil español

La LMESM no regula, ni tampoco podría hacerlo, el modo en que ha de tener lugar la inscripción de la sociedad en el registro del país de la nueva sede social, cuya regulación corresponde al Derecho del país de la nueva sede social, cuyos requisitos habrá que tener en cuenta para llevar a cabo dicha inscripción. Aunque la ley no regula la inscripción, sí que le asocia efectos, pues el traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio. Sin perjuicio de lo que pueda decir el Derecho del país del nuevo domicilio, parece razonable pensar en que será necesario aportar la escritura de traslado del domicilio social, que será el título en virtud del cual se practicará, en su caso, la oportuna inscripción. En cuanto a la certificación del Registro Mercantil español sobre el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado, sin duda alguna, cualquiera que sea el Derecho aplicable, parece que será éste un documento de interés para tenerlo en cuenta para la calificación que haya de llevar a cabo de la operación el registrador del país del nuevo domicilio. Si bien es preciso señalar que la existencia de este documento, a diferencia de lo que puede ocurrir en un marco de regulación convencional o comunitario, no será óbice para que el registrador mercantil o autoridad correspondiente lleve a cabo una calificación del supuesto de más largo alcance, extendiéndose, cuando así sea establecido por su legislación, hasta el control de legalidad de lo actuado de acuerdo con el Derecho español.

La normativa española tampoco exige que se presente ninguna clase de referencia al historial de la sociedad y a las cuentas de los últimos ejercicios. A la hora de preparar la documentación relativa a la inscripción será conveniente ir echando un ojo a la legislación del país del nuevo domicilio, pues allí encontraremos la referencia de los datos que será preciso extraer del domicilio español para ser llevados a la inscripción de la sociedad en el extranjero. Todos estos documentos, finalmente, convendrá que cuenten, cuando proceda, con una traducción oficial, y con las legalizaciones oportunas a fin de que produzcan efecto ante las autoridades de un país extranjero.

Una vez que la certificación ha sido expedida, el asiento correspondiente a la sociedad quedará cerrado hasta que se tenga constancia de la inscripción en el Registro del país de la nueva sede y de los anuncios de esa inscripción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio. En ese momento se procederá a la cancelación del asiento de la sociedad (art. 103 LMESM). Habida cuenta que la inscripción en el extranjero no tiene plazo establecido, y que el acuerdo social de traslado no caduca, en el momento del cierre de la hoja se abre un plazo indefinido. Como bien ha señalado P. ÁVILA NAVARRO, en realidad no

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

es propiamente cancelación, puesto que no se declara la extinción de asientos practicados anteriormente, sino cierre de la hoja o historial registral, en la que ya no se practicarán más asientos, porque el historial continúa en un país extranjero, pero sigue vivo en España a efectos de conocer y certificar las vicisitudes de la sociedad en su etapa española<sup>28</sup>. El artículo 20 RRM dispone que el registrador mercantil «no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del tribunal, notario u autoridad competente del nuevo domicilio acreditativa de la inscripción de la sociedad. Recibida ésta, cancelará la hoja de la sociedad y extenderá nota de referencia expresiva de los nuevos datos registrales». A pesar de que ambas normas establecen procedimientos diferentes, no deben considerarse incompatibles, puesto que las actuaciones relativas a la acreditación de la inscripción pueden tener lugar de oficio, sin necesidad de una aportación de certificación a instancia de los interesados. Será necesario dar nueva redacción al apartado segundo del artículo 160 RRM, pues esta norma sigue refiriéndose a la necesidad de hacer constar el convenio en virtud del cual tiene efecto dicho traslado.

La declaración de la LMESM sobre la eficacia del traslado del domicilio de la sociedad al extranjero, se refiere a todos los efectos, frente a terceros y también internos de la sociedad. Es preciso recordar que la inscripción tiene efectos constitutivos, por lo que no existirá traslado hasta que no se haya practicado la inscripción en el registro del nuevo domicilio. Hasta ese momento, la sociedad se sigue rigiendo por el Derecho español y a este Derecho ha de adecuar todas sus actuaciones, convocatoria de Juntas, quórums necesarios, etc., y dichos actos pasarán al registro. Ahora bien, una vez que se ha expedido la certificación a la que se refiere el artículo 101 LMESM, ya no se anotará ninguna nueva inscripción, pues el registro queda cerrado y, de lo contrario, la certificación no respondería a la realidad de la sociedad inscrita. Sólo cabría reabrir el registro por un nuevo acuerdo social cuyo objeto sea dejar sin efecto al anterior en el que se aprobó el traslado internacional de la sede social.

## 10. Cambio de domicilio y cambio de nacionalidad

Los sistemas jurídicos suelen exigir a las sociedades constituidas conforme a sus disposiciones que establezcan su sede social en el mismo país, lo que refuerza la vinculación con ese Estado. Por ello, la transferencia de la sede social al extranjero suele comportar una alteración del punto de conexión relevante para determinar el régimen de la sociedad, y así la sociedad cambia de nacionalidad. Esta es la razón por la cual suelen equipararse, en principio, las expresiones transferencia de la sede social y cambio de nacionalidad de la sociedad.

<sup>28</sup> En este sentido, véase ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, op. cit., p. 621.



La transferencia de la sede social a un país extranjero suele implicar la voluntad de la sociedad de quedar sometida a un régimen jurídico distinto al previsto por el Estado con arreglo a cuyas disposiciones se constituyó, o dicho de otro modo, la voluntad de quedar sometida al Derecho de otro Estado. Por definición, para que ese cambio de régimen jurídico pueda ser operado es preciso que la sociedad mantenga su existencia durante todo el proceso, pues sólo así estaremos en presencia de una verdadera transferencia de sede social, y no de un supuesto de extinción de la sociedad y reconstitución con arreglo a un nuevo Derecho.

A modo de excepción, la transferencia de sede social no tiene por qué comportar, en todos los casos, el cambio de nacionalidad de la sociedad. El artículo 20 del Reglamento del Registro Mercantil contempla la posibilidad de conservación de la nacionalidad española después de la transferencia de la sede social al extranjero, siempre que este efecto sea previsto por el convenio. El apartado 2.º del artículo 20 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que *«si en el convenio se previese el mantenimiento de la nacionalidad española de la sociedad, las inscripciones se trasladarán, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, a la hoja que se le abra en el Registro Mercantil Central, en la que se practicarán en lo sucesivo los asientos correspondientes a dicha sociedad»*. Habida cuenta que hasta ahora este convenio no existe, el defecto del mismo debe suponer que el cambio de domicilio conlleve el cambio de la nacionalidad de la sociedad, pues otra cosa no prevé el Derecho español. Por lo demás, esta posibilidad resulta de difícil encaje en el sistema español de Derecho internacional de sociedades.

## V. CONCLUSIONES

La dinámica de la empresa en el comercio internacional hace preciso la existencia de instituciones jurídicas que permitan dinamizar la actividad económica, especialmente en momentos de crisis, y la operación de la transferencia internacional de la sede social constituye una herramienta conveniente al hacer posible el mantenimiento de la sociedad y de las relaciones jurídicas que constituyen el cuerpo del tejido económico-social. Por otra parte, el mantenimiento de la personalidad jurídica que permite la transferencia internacional de la sede social constituye una herramienta fundamental para que una sociedad pueda regularizar su situación en caso de que el país en el que sitúe su actividad o administración principal responda al criterio de la sede real en el reconocimiento de las sociedades extranjeras.

La transferencia internacional de la sede social es una operación que precisa la concurrencia de dos sistemas jurídicos, que no sólo han de dar respaldo a la misma, sino que han de regular, de una manera coordinada, las diferentes fases del procedimiento tendente al cambio de domicilio. La falta de coordinación resulta nefasta, pues ello genera incertidumbres en cuanto al régimen jurídico que pueden desincentivar la puesta en marcha de la operación, por lo cual su regula-

ción más perfecta debe tener lugar a través de un convenio o de un instrumento de armonización como el de la Directiva comunitaria. Sin embargo, por ahora el legislador europeo parece haber dado carpetazo al proyecto de decimocuarta directiva relativa a la transferencia internacional de la sede social, por lo cual habrán de ser los Estados miembros quienes, sobre las premisas de liberalización establecidas en la sentencia TJ de 16 de diciembre de 2008, asunto «Cartesio», han de elaborar un conjunto normativo orientado a hacer posible dicha operación.

La nueva regulación española tiene sus luces y sus sombras. Entre las primeras, con la Ley 3/2009, la legislación española se ha dotado de un cuerpo de reglas que ha supuesto una modernización sin precedentes del traslado internacional de la sede social. La Ley española asume las premisas de la jurisprudencia comunitaria y ofrece una regulación bastante adecuada para la satisfacción de los intereses en presencia. A pesar de su carácter unilateral o estatal, la ley 3/2009 incorpora elementos que implican la cooperación registral con el país extranjero, como el tener en cuenta si el país de origen o destino de la sociedad permiten el mantenimiento de la personalidad jurídica, o la emisión del certificado de cumplimiento de los actos y trámites relativos al traslado por parte del registrador mercantil, lo cual tiene como destinatario principal a la autoridad del país extranjero de la nueva sede social. Estos mecanismos pueden coadyuvar a la eliminación de trabas y dificultades jurídicas a las operaciones de este tipo y por tanto merecen ser saludados de forma positiva en el contexto de la regulación estatal española. También merece una consideración positiva la regulación que se ofrece respecto de la protección de los intereses en presencia de socios, de acreedores y de trabajadores.

Sin embargo, en nuestra opinión, la LMESM ha pecado de exceso de audacia en ciertos casos, como cuando impone como regla española el criterio establecido por la sentencia del TJ dictada en el asunto «Cartesio», y de este modo se inmiscuye en la regulación de la salida de la sociedad de su país de origen. Esta regulación española, en términos estrictos, no haría posible tener en cuenta, tal y como hace el Derecho español, que puede haber razones para que un Estado del Espacio Económico Europeo restrinja la movilidad de sus sociedades, por ejemplo, limitando esta posibilidad respecto de sociedades en liquidación o en procesos de concurso. La respuesta española, por tanto, no deja margen a actuaciones del Derecho nacional de otros Estados que pueden resultar compatibles con el Derecho comunitario por responder a razones imperiosas de interés general y resultar proporcionadas. Por último, se echa en falta una mayor corrección técnica del texto respecto de la regulación de algunos aspectos que quedan oscuros sin la actuación del intérprete, como el momento del cómputo del plazo de que disponen los socios y los acreedores para ejercitar sus derechos. También como mejora técnica se podría incorporar un trámite a fin de permitir verificar que no hayan sido demasiados los socios que han ejercitado su derecho de separación, lo cual puede hacer imposible el traslado. Pero, en conclusión, el camino que ha tomado el legislador español es el correcto. Esperemos seguir mejorando.