



El traslado internacional de domicilio: novedades de la Sentencia del TJUE Polbud

Autor/a

Segismundo Álvarez Royo-Villanova

Notario de Madrid.

***REVISTA LEX
MERCATORIA.***

*Doctrina, Praxis, Jurispru-
dencia y Legislación*

RLM nº7 | Año 2017

Artículo nº 1

Páginas 1-11

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

Introducción

La regulación del traslado internacional del domicilio fue ya propuesto por el Parlamento Europeo (recomendaciones de [2009](#) y [2012](#) y el [Informe de 9 de mayo de 2017](#)) y la Comisión presentará en breve una propuesta un paquete de medidas sobre fusiones y escisiones transfronterizas en el que parece que se incluirá una armonización de esta figura.

Entre tanto se ha dictado la [Sentencia del caso Polbud](#), que como vamos a ver supone una importante novedad en la jurisprudencia del TJUE sobre estos traslados y en general sobre el principio de libertad de establecimiento aplicado a las sociedades mercantiles.

Hay que precisar que la denominación que da nuestra LME a la operación -traslado internacional del domicilio social- es poco des-

criptiva de sus verdaderas características. Cuando una sociedad traslada su domicilio social (también llamado estatutario o registral, en inglés “registered office”) al extranjero, pasa de estar sujeta a la legislación de su Estado de origen (“home member state”) a la del Estado de destino (“host member state”). Como se ha señalado, lo más importante no es la modificación de la localización sino el cambio de la *lex societatis*¹. Esto supone por tanto un cambio de tipo social, con conservación de la personalidad jurídica, es decir una transformación. Por eso resulta más adecuado hablar de Transformación Transfronteriza (en inglés Cross Border Conversion). La operación podría definirse como el traslado de la sede social al extranjero con cambio de la ley reguladora de la sociedad y adopción de un tipo societario del Estado de destino, conservando su personalidad jurídica.

1. *La transformación transfronteriza en la jurisprudencia del TJUE anterior a Polbud*

La posibilidad de realizar esta operación dentro de la UE había sido reconocida ya por el TJUE, aún en el caso de que no estuviera regulada en ninguno de los países afectados.

En el caso [Cartesio](#) se trataba de una sociedad húngara que pretendía cambiar su domicilio social a Italia sin modificar su sujeción a la normativa húngara. Aunque el TJUE como veremos consideró que no era posible (Daily Mail), *obiter dicta* estableció que el supuesto hubiera sido distinto si hubiera pretendido cambiar su domicilio social y transformarse al mismo tiempo en una sociedad italiana, pues eso sí que hubiera debido ser admitido (Apartado 111 y ss.).

En [Vale](#) se trataba de un traslado de Italia a Hungría y el Estado que se oponía a registrar a la sociedad húngara como sucesora de la italiana era el de destino. El tribunal, siguiendo la senda iniciada por Cartesio, resolvió que el principio de libertad de establecimiento de los artículos 49 y 54 del Tratado de la Unión implica que un Estado que admite la transformación de sociedades no puede impedir una transformación transfronteriza (desde otro Estado miembro hacia él), aun cuando no estuviera regulada en la normativa de los Estados. El tribunal no solo ha establecido esta regla general sino que ha dado ciertas indicaciones sobre cómo realizar la operación a falta esas normas nacionales.

En primer lugar admite que el Estado de destino pueda por una parte exigir los mismos requisitos que para una sociedad constituida en ese país. Por una parte, respecto del punto de conexión, es decir la exigencia en su caso de tener la sede real en ese país: “*un Estado miembro dispone indiscutiblemente de la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida de conformidad con su Derecho nacional como para como el requerido para mantener posteriormente tal condición (sentencias, antes citadas, Cartesio, apartado 110, y National Grid Indus, apartado 27)*” (Apartado 25).

Por otra parte permite también que se exijan los mismos requisitos que para una transformación interna y en general para la constitución de estas: “*no puede cuestionarse la aplicación [por el Estado de destino] de las normas de su Derecho nacional sobre transformaciones internas que regulan la constitución y el funcionamiento de una sociedad, como el requisito de elaborar un balance y un inventario de activos*” (Apartado 52).

El traslado internacional de domicilio: novedades de la Sentencia del TJUE Polbud

Además entiende que el principio de equivalencia no obliga a dar un tratamiento más favorable a las sociedades que proceden del exterior y que (como se señaló en el caso SEVIC Systems relativo a las fusiones transfronterizas), una transformación transfronteriza puede plantear problemas específicos que justifiquen una regulación diferente respecto de una transformación ordinaria (apartado 37). Sin embargo, las restricciones que se impongan a este tipo de operaciones deben superar el test establecido en el caso Gebhard: responder a una razón imperiosa de interés general, ser adecuada para obtener ese fin y que no ir más allá de lo necesario para obtenerlo. En Vale se consideró que impedir que se registrara a la sociedad italiana como predecesora de la nueva sociedad húngara -como sucedía en las transformaciones internas- era contrario al Tratado.

Finalmente partiendo del principio de efectividad (apartado 48) obligaba al Estado de destino a aceptar la documentación procedente del Estado de origen (apartados 59 a 61) de cara a acreditar el cumplimiento de los requisitos legales de transformación del Estado de origen, pues se parte de la necesidad de la aplicación sucesiva de las dos normativas (apartado 44).

Con estos mimbres la mayoría de la doctrina consideraba que se podía admitir con carácter general la transformación transfronteriza. En algunos ordenamientos como el nuestro la cuestión estaba regulada expresamente, y en los casos en los que no lo estaban en la práctica se estaban realizando estas operaciones, pero se plantean dificultades en la implementación de las operaciones.

Por una parte, quedaban incertidumbres sobre las restricciones que se podían imponer cuando no existen normas especiales: ¿pue-

den quedar al arbitrio de la administración? ¿Se pueden aplicar analógicamente las normas de las fusiones o del traslado de la SE?

Por otra se plantean los problemas de tipo más procesal y de relación entre registros y administraciones: ¿El Estado de destino puede calificar la regularidad de la transformación transfronteriza conforme a las normas del de destino? ¿Qué documentación hay que aportar a este último? ¿Cómo se coordinan las inscripciones?

Estas dificultades prácticas llevaban a la mayoría de la doctrina y a las distintas instancias europeas a reclamar una directiva sobre la cuestión, que sin embargo no termina de llegar. Como vamos a ver, aunque el presente caso supone un paso hacia el favorecimiento de esta operación, no aporta nada nuevo respecto de estas cuestiones prácticas que son en realidad las que implican un mayor obstáculo.

2. *La cuestión del punto de conexión: sede real o constitución. La novedad de Polbud*

En el caso Polbud, una sociedad polaca trasladaba su domicilio a Luxemburgo, aparentemente sin cambiar su sede de dirección efectiva. La ley polaca prevé la posibilidad de trasladar el domicilio al extranjero conservando la personalidad jurídica, pero exige que previamente se realice la liquidación de la sociedad, con pago a todos los acreedores y terminación en general de todas sus relaciones jurídicas, para poder registrar el traslado en Polonia.

El supuesto de hecho se podía distinguir por tanto de Cartesio y Vale. De Cartesio

se distinguía porque se pretendía cambiar la ley que regulaba la sociedad y de Vale porque el Estado que consulta sobre la validez de las restricciones -en este caso la obligación de liquidación- era el de origen y no el de destino como en Vale.

Pero la diferencia más importante es que se planteaba la posibilidad de traslado de domicilio estatutario sin cambio del centro de dirección efectiva o sede real. Es muy curioso que esta cuestión -que es la verdaderamente interesante-, en realidad no debía haberse planteado. En primer lugar, porque la sociedad Polbud alegó ante el TJUE que sí pretendía cambiar simultáneamente su sede real. Por otra parte, porque Luxemburgo sigue un criterio de sede real o al menos mixto pues la nacionalidad determina el domicilio (art. 159 de la Ley de Sociedades de 1915) y el domicilio ha de estar situado en su sede de dirección efectiva, presumiéndose *iuris tantum* que esta se encuentra en el domicilio estatutario (art. 2). Sin embargo, lo anterior es irrelevante porque dado el procedimiento de las cuestiones prejudiciales, el TJUE responde a lo planteado por el Tribunal polaco sin examinar las cuestiones de hecho ni los requisitos del derecho de Luxemburgo.

Este “error” permite abordar un problema que no se había planteado antes: si se puede producir un traslado de domicilio con cambio de nacionalidad de un Estado de sede real sin trasladar al mismo tiempo la sede de dirección efectiva.

Se plantea por tanto el problema de la coordinación de sistemas jurídicos que utilizan punto de conexión distintos para determinar la nacionalidad de una sociedad, lo que es lo mismo que decir la sujeción a una u otra Ley.

Esta cuestión fue abordada por primera vez por el TJUE en el asunto DAILY MAIL estableciéndose la siguiente doctrina: *“las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, y, en el estado actual del Derecho comunitario, en virtud de un ordenamiento jurídico nacional. las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con vistas a la constitución de una sociedad... Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio social, sino también la sede real, es decir, la administración central de la sociedad”*.

Por tanto, cada Estado de la UE es libre para determinar ese punto de conexión existiendo básicamente dos opciones. En los que siguen el llamado principio de constitución, la vinculación reside solo en su constitución de acuerdo con esa ley y la fijación de domicilio estatutario en el mismo: no es necesaria ninguna conexión inicial ni posterior del centro de administración o la actividad. Los que siguen el principio de sede real exigen que el domicilio estatutario coincida con el centro de administración o el centro de actividad principal (o ambos).

La coexistencia de ambos sistemas plantea distintos problemas en la transformación transfronteriza según que el estado de origen y de destino sigan uno u otro.

Vale y Cartesio examinan el supuesto de transformación transfronteriza entre dos países de sede real.

En Cartesio se niega la posibilidad de cambiar su domicilio estatutario a otro Estado manteniendo la vinculación con el Estado de origen. Realmente se trataba de un supuesto extremo pues cualquiera que sea la teoría que

se siga todos los estados consideran que tiene que existir una conexión entre domicilio estatutario y nacionalidad. Pero de la argumentación del TJUE se deduce que la conclusión hubiera sido la misma si lo que se pretende es cambiar la sede real manteniendo el domicilio social. Citando el caso Daily Mail señala que *“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 ... 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”*.

En Vale, como hemos visto, el TJUE admite la transformación transfronteriza cuando se trata de trasladar el domicilio social al nuevo estado sujetándose a la normativa de este y cumpliendo los requisitos tanto generales de constitución como en concreto el punto de conexión del domicilio. La sociedad tiene que cumplir primero con los requisitos del estado de origen de transformación, y después con los del estado de destino. Por tanto, en estos casos es imprescindible que se traslade la sede real junto con el domicilio estatutario.

En Daily Mail y National Grid Indus se trataba de traslados de domicilios reales (no estatutarios) entre países que siguen el principio de constitución (de RU a Holanda el primero, y en sentido inverso el segundo). Estos no son por tanto verdaderos supuestos de transformación transfronteriza, pues siguiendo el principio de constitución ambos países admi-

tían que se mantuviera la nacionalidad original (y el domicilio estatutario o registrado) aunque se cambiara la sede real y fiscal. Los problemas se planteaban solo en cuanto a las restricciones que se imponían de ese cambio de sede, sin que en ningún caso hubiera una transformación transfronteriza propiamente dicha. Es importante señalar la evolución de la jurisprudencia en esos dos casos. Mientras que en el primer caso se admitió que RU impidiera ese traslado de sede por motivos fiscales, en el segundo se consideró que no solo no se puede impedir ese traslado de sede por motivos fiscales, sino que las restricciones tenían que cumplir el test Gebhard, y se consideró que si bien era admisible fijar la cantidad a pagar por ganancias patrimoniales en el momento del traslado, no lo era exigir ese pago cuando no se había materializado aún la ganancia.

Como hemos visto, la cuestión que se plantea al TJUE en Polbud es si la doctrina sobre la transformación transfronteriza -y en particular su sujeción al principio de libre establecimiento- es aplicable cuando se pretenda realizarla desde un Estado que sigue el principio de sede real, pero sin cambiar esa sede.

Como la cuestión la ha planteado el tribunal polaco, el TJUE no se plantea la cuestión desde el punto de vista del Estado de destino (Luxemburgo). No obstante, de la jurisprudencia anterior (Daily Mail, Vale) queda claro que el Estado de destino podría exigir que se cumpliera su punto de conexión. El propio TJUE lo recuerda en esta sentencia pues en el Apartado 33 dice que la transformación transfronteriza estará sometida a que *“cumpla los requisitos establecidos por la legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio adoptado por ésta para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su*

ordenamiento jurídico nacional.” Por tanto, si el que se hubiera opuesto hubiera sido Luxemburgo porque la sociedad había trasladado la sede real en su territorio como exige su legislación, se hubiera considerado justificada.

Veamos la cuestión desde el punto de vista del Estado de origen. Esto tiene especial interés en el caso de España. La LME no parece restringir el traslado por esta causa pero el art. 9.2 LSC dice que *“Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.”* Por tanto, parecería que España podría oponerse a que una sociedad española trasladara su domicilio a otro Estado manteniendo su sede en España.

La cuestión es sin embargo, dudosa. En principio la transformación transfronteriza implica, como señaló en Vale (Apartado 44) *“la aplicación consecutiva de dos derechos nacionales”*, por lo que se podría sostener se vulnera su normativa al mantener la sede real en su territorio. No sería aplicable la doctrina de Vale pues en ese supuesto se traslada el domicilio y la sede.

Pero parece más acertada la postura contraria. El supuesto es distinto del de Cartesio, pues en ese caso se pretendía cambiar el domicilio sin cambiar de nacionalidad. Aquí, sin embargo, sí se pretende cambiar de régimen legal y de nacionalidad simultáneamente, como en el caso de Vale. En consecuencia, no parece que exista un momento en que la sociedad polaca no cumpla con el requisito de sede real, pues al trasladarse se convierte en una sociedad luxemburguesa, y solo corresponde a este Estado de destino exigir en su caso la relación entre sede real y domicilio. Además, la sentencia Centros ya estableció

que para ejercer la libertad de establecimiento no era necesario realizar actuación alguna en el Estado de constitución, y del caso Uberseering se deduce que lo mismo se aplica cuando el Estado en que se fuera a realizar la actividad fuera un Estado de sede real.

Esta cuestión no es abordada explícitamente en la Sentencia, que parece dar por supuesto que Polonia no puede oponerse por esta razón, ya que como veremos incluso rechaza la necesidad de que se realice ninguna actividad en el estado de destino. El informe de la Abogada General es un poco más explícito pues en el Apartado 37 señala que el hecho de que el centro de dirección permanezca en Polonia no es un obstáculo para que se aplique el principio de libertad de establecimiento.

3. *La revisión del principio “no libertad de establecimiento sin establecimiento”*

La cuestión que se plantean la Abogada General y el TJUE no es la del punto anterior sino si es requisito para ejercer el derecho de establecimiento que Polbud desarrolle alguna actividad en el Estado al que se traslada. Como señala el informe de la Abogada General, la jurisprudencia del TJUE entendía que dicha libertad tenía como finalidad la actuación económica real en ese lugar (casos REYNERS, apartado 21, GEBHARD, apartado 25), aunque no requiera tener la sede real en el mismo (casos Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04), apartado 54; VALE (C-378/10), apartado 34, y AGET Iraklis (C-201/15, EU), apartado 51). En concreto se exige *“el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación per-*

manente en otro Estado miembro por una duración indeterminada” si bien la Abogada General admite que basta la simple intención de tener ese esta (Apartado 36). En el Apartado 38 concreta su postura hacia los traslados que no tengan su base en una actividad económica real: “Si, en cambio, Polbud únicamente pretende cambiar el Derecho societario aplicable, no será de aplicación la libertad de establecimiento, pues, aunque ésta confiere a los operadores económicos de la Unión la libre elección del lugar donde desarrollar su actividad económica, no les otorga la libertad de elegir la legislación por la que deben regirse. Por lo tanto, la libertad de establecimiento no comprende la transformación transfronteriza como un fin en sí mismo, sino únicamente como fenómeno ligado a un establecimiento real.” Garcimartín señala comentando este informe que debía contemplarse el ejercicio desde la perspectiva de la sociedad ya transformada, entendiendo que la normativa polaca no podía limitar el derecho de la nueva sociedad. Sin embargo creo que la Abogada General está en lo cierto al señalar que no se puede hablar de la existencia de la sociedad de Luxemburgo -al menos como continuadora de la personalidad de la sociedad polaca original- si no se han cumplido los requisitos de la transformación transfronteriza con arreglo al derecho polaco². La mayoría de la doctrina consideraba que esto se resumía en el principio “no libertad de establecimiento sin establecimiento”³ y el rechazo a los “arreglos totalmente artificiales (“wholly artificial arrangements”) que el TJUE había rechazado. Esta postura era además coherente con el rechazo de las “letterbox companies” al que han hecho referencia distintos documentos de la UE⁴, y que ha sido debatida también en el Parlamento Europeo a raíz de los famosos papeles de Panamá⁵.

La sentencia rechaza el anterior razonamiento. Señala que en el caso Centros (Apartado 38) ya se admitió el ejercicio de la lde cuando una sociedad se había constituido en otro estado en el que no iba a realizar ninguna actividad (en el mismo sentido se había pronunciado [Garcimartin](#)). La Abogada General había diferenciado el supuesto Centros señalando que en este se trataba de crear una sociedad nueva y no de modificar una existente, pero el TJUE no parece considerar que esto justifique una diferencia y reconoce directamente la posibilidad de optar por la legislación más ventajosa y que esta sea la única motivación de la transformación transfronteriza: “no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa”.

A mi juicio esto supone una modificación sustancial en la situación anterior. Es cierto que los casos Centros y Uberseering avalan esta doctrina, pero no parecían derivar tanto de un principio de libre elección de la legislación aplicable sino del respeto a la legislación de sociedades de cada Estado y en particular a la de los que seguían el principio de constitución. No puedo estar de acuerdo con la visión de GARCIMARTIN en el sentido de que la libertad de establecimiento debía contemplarse desde el punto de vista de la sociedad luxemburguesa, porque dicha sociedad luxemburguesa no puede ser reconocida -al menos como continuadora de la personalidad de Polbud- y por tanto no puede gozar de la libertad de establecimiento, si no se han cumplido los requisitos de la transformación transfronteriza, es decir si con arreglo a la normativa polaca no se realizado adecuadamente el traslado. Las otras sentencias que cita la Abogada General, y en particular los dos precedentes más

cercanos (Cartesio y Vale) parecían mantener una doctrina contraria a esa libertad de elección de legislación sin contacto real. En todo caso es cierto que la postura contraria planteaba numerosos problemas: la incertidumbre en relación con lo que se puede considerar una actividad económica suficiente y la suficiencia de la intención de tenerla que planteaba el informe. También una cierta incoherencia con que pudieran existir “*letterbox companies*” ab initio (Centros) pero no una vez constituidas.

La postura actual supone un claro favorecimiento del principio de constitución: a partir de ahora las sociedades podrán optar por la legislación que más les conviene sin tener que realizar ningún cambio real, pero en principio solo hacia los Estados que sigan el principio de constitución.

Supone una novedad porque no está tan claro que la tendencia en la UE sea hacia esa libre elección de legislación societaria. Hay que recordar que aunque la sociedad es un contrato, las cuestiones relativas al derecho de sociedades se excluyen del principio de libre elección en el artículo 1.2.f del Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Tampoco está claro que la tendencia sea hacia la desconexión entre domicilio estatutario y actividad económica real. La Regulación de la SE, por ejemplo, sigue el principio de sede real, como también lo hace el art. 8. 1e de la Directiva sobre Gestores de Fondos de Inversión Alternativos, o el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia. Ya hemos hecho referencia a que varios documentos procedentes de las instituciones de la UE parece prevenir contra las “*letterbox companies*” (sociedades-buzón) que aquí la Sentencia admite sin duda⁶.

Desde un punto de vista práctico las consecuencias son también radicalmente distintas. No es lo mismo que una sociedad comience que el cambio de nacionalidad que afecta a acreedores, contratantes y socios que habían establecido su relación con esa sociedad teniendo en cuenta su régimen legal. Aunque esto conecta más bien con el problema de las restricciones posibles que después examinaremos

Desde un punto de vista práctico, supone un paso hacia el llamado “*Delaware Effect*”, es decir de la concentración de las sociedades en determinadas jurisdicciones que las empresas consideren más favorables. Esto se podía hacer antes en el momento de constituir una sociedad y ahora las sociedades constituidas podrán cambiar de ley reguladora sin alterar su personalidad jurídica y sin que la operación pueda estar sujeta a restricciones que no cumplan con el llamado “*Gebhard test*” (interés público, adecuadas, proporcionadas).

Aunque el caso se plantea en la transformación transfronteriza de un Estado de sede real hacia otro de que siga el principio de constitución, parece que será también aplicable en el caso de que los dos estados sigan el principio de constitución. En principio no podrá tener lugar hacia un Estado que siga el principio de sede real, pues este se podría oponer, pero en la práctica no está tan claro. Controlar el cumplimiento del requisito de la sede real no es fácil, y sobre todo es difícil no ejercerlo. Algunos Estados pueden decidir atraer sociedades estableciendo regímenes especiales o simplemente no controlando ese requisito para las sociedades que se trasladen del extranjero.

Desde el punto de vista de la normativa española, cabría plantearse si cabe que España sea país de destino de esto tipo de trasla-

dos. Si consideramos que España sigue el principio de sede real desde un punto de vista estricto, no sería posible este traslado, pues España no reconocería esa sociedad. Pero no toda la doctrina está de acuerdo con esa interpretación. El art. 9.2 citado dice que “*Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España*” pero no dice que las tengan su domicilio en España deban tener en España su principal establecimiento. Por tanto, cabría admitir que una sociedad trasladara su domicilio manteniendo su sede social en el exterior⁷.

4. *Las restricciones a la transformación transfronteriza: la permanencia del “Gebhard test”*

La segunda cuestión tratada por la sentencia (acumulando las dos primeras cuestiones que se le plantearon) es si la exigencia de la ley polaca de liquidación previa al traslado podía considerarse una restricción a la misma prohibida por el Tratado. En realidad la cuestión se había contemplado ya en los casos SEVIC, Cartesio y Vale, en los que expresamente se decía que la necesidad de liquidación de las relaciones jurídicas de una sociedad suponía una restricción a la libertad de establecimiento contraria a los Tratados.

Como era previsible el TJUE considera que si bien esta operación podría justificar restricciones para garantizar los derechos de los acreedores, trabajadores y socios minoritarios, imponer la liquidación de todas las relaciones jurídicas va más allá de lo necesario para garantizarlos (Apartado 58), pues ni tiene en cuenta el riesgo real ni contempla medidas menos restrictivas que la liquidación. La única

novedad es en las sentencias anteriores las restricciones se habían impuesto por el Estado de destino y en este caso queda claro que el de origen está sujeto a los mismos límites. También da alguna indicación de cuáles serían los límites admisibles, señalando que en relación con los acreedores podría considerarse adecuada la exigencia de garantías bancarias. En realidad, resulta más orientativa el TJUE en Cartesio, donde señala (Apartados 115 y 116) que las normas sobre traslado de domicilio de las AEIE y SE debe servir como orientación y ser aplicadas “mutatis mutandis”. En nuestro ordenamiento la cuestión está regulada en los arts. 95 y ss. LME. EL reconocimiento del derecho de separación de los socios minoritarios y del derecho de oposición a los acreedores parecen en principio suficientes para garantizar su protección y a mi juicio cumplen los requisitos del TJUE para las restricciones, como se deduce de la sentencia.

La única novedad es que en las sentencias anteriores las restricciones se habían impuesto por el país de destino y en este caso queda claro que el de origen también puede imponerlas pero está sujeto a los mismos límites. Aunque esto es lógico supone una cierta novedad pues el TJUE había dado más margen en el establecimiento de limitaciones al Estado de origen (Daily Mail) que al de destino (Centros, Uberseering).

Conclusión

La sentencia confirma por un lado la necesidad de permitir la transformación transfronteriza y la aplicación de la doctrina Gebhard a las restricciones a esta operación. Por otro – y esto es lo novedoso- da un paso muy importante hacia la posibilidad de elegir la ley aplicable a las sociedades a través de una

transformación transfronteriza, favoreciendo el “*fórum shopping*” y las sociedades “formalmente extranjeras”⁸.

Desde un punto de vista positivo esto puede suponer una mayor competencia entre ordenamientos y como consecuencia de ello la mejora de los mismos. Así, el legislador español, cuando regule cualquier materia o para la reforma de la normativa actual, deberá tener en cuenta si la nueva normativa nos hace menos competitivos.

El reverso de esta competencia es que puede facilitar el abuso. Por ejemplo, los accionistas mayoritarios enfrentados a una minoría buscarán la normativa que menos proteja a los minoritarios; una sociedad profesional de abogados puede localizarse donde las exigencias de transparencia y las obligaciones relacionadas con el blanqueo sean menos rigurosas; una sociedad endeudada o con litigios potenciales con sus socios, en la jurisdicción que tenga no el mejor sistema judicial sino justamente lo contrario (el más lento o ineficaz); una sociedad puede trasladarse para sujetarse a una normativa más laxa sobre asistencia financiera. Eso sin entrar en la utilización instrumental de sociedades para la evasión fiscal. Los países con menos atractivo económico real tratarán de competir con regulación más

laxa, lo que no provocará una mejora de las regulaciones sino una carrera hacia el fondo (“*race to the bottom*”), lo que a la larga creará un marco jurídico y fiscal injusto e ineficiente.

Probablemente la solución tenga que ser -aparte de la armonización de los requisitos exigidos para la protección de los interesados en una transformación transfronteriza- una mayor armonización en las materias del derecho de sociedades que se consideren que son de interés público y en las que no debe operar la competencia entre legislaciones⁹.

La armonización probablemente deba afectar también al problema del punto de conexión (sede real o incorporación). Podría pensarse también en establecer el principio de sede real para toda la UE, es decir la necesaria conexión entre centro de dirección y nacionalidad: hay que tener en cuenta que es el sistema seguido para la Sociedad Europea y también el criterio fiscal. Si esto no fuera posible, habría que al menos clarificar los puntos de conexión y limitar la aplicación a determinadas cuestiones de la *lex societatis*, permitiendo a los Estados miembros aplicar su propia regulación a sociedades extranjeras en materias que se consideren de orden público.

NOTAS

¹ ESPIGARES HUETE, J.C Las carencias del régimen jurídico del traslado internacional del domicilio social en la ley 3/2009, de tres de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Revista de Derecho Patrimonial 37. Mayo – Agosto 2015 Págs. 103 – 142

² GARCIMARTIN, F. “Los cambios de la *lex societatis*: Un breve comentario sobre el caso Polbud” <http://almacenederecho.org/los-cambios-la-lex-societatis-breve-comentario-caso-polbud/>

³ VON HEIN. J. “Freedom of establishment after Polbud: Free transfer of the registered office” <http://conflictoflaws.net/2017/freedom-of-establishment-after-polbud-free-transfer-of-the-registered-office/>

⁴ Study on the Law Apartadolicable to Companies. Final Report. <http://eprints.soas.ac.uk/23978/1/mucciarelli-et-al-study-on-the-law-Apartadolicable-to-companies-european-commission.pdf>. European Added Value Assessment. Directive on the cross-border transfer of a company’s registered office 14th Company Law Directive

⁶ También aparece esta prevención en la doctrina. Sørensen, K. 'The fight against letterbox companies in the internal market' (2015) 52 Common Market Law Review, n° 1, pp. 85–117

⁷ ESPIGARES HUETE, J.C. PAG. 113. “Es posible así que una sociedad sea española, al tener su domicilio social en España, aunque radique el centro de su efectiva administración y dirección en otro Estado”

⁸ Así lo entiende VON HEIN, J. Freedom of establishment after Polbud: Free transfer of the registered office. “*the CJEU made Polbud, the company at stake, a liberal gift and strengthened the mobility of companies within the European Single Market*” Visto el 5 de noviembre en <http://conflictoflaws.net/2017/freedom-of-establishment-after-polbud-free-transfer-of-the-registered-office/>

⁹ En relación con estas cuestiones, se ha realizado por encargo de la Comisión Europea este excelente estudio que propone soluciones para determinar qué cuestiones se rigen por la *lex societatis* y en qué casos los estados miembros pueden aplicar su propia regulación por aplicación del orden público. Study on the Law Applicable to Companies . <http://eprints.soas.ac.uk/23978/1/mucciarelli-et-al-study-on-the-law-applicable-to-companies-european-commission.pdf>