

# El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado\*

Por

Fernando Esteban de la Rosa\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

1. La progresiva eliminación y reducción de las barreras al comercio internacional de bienes y servicios han impulsado, de forma muy significativa, la internacionalización de la actividad de las empresas. Cada vez con más frecuencia, sociedades establecidas en un país venden mercancías y prestan servicios en el extranjero, bien de forma esporádica, o bien a través de la creación de un establecimiento permanente en el país destinatario de esa actividad. Por regla general, la actividad comercial esporádica de una empresa extranjera en el foro, siempre que no implique la creación de un establecimiento permanente, por ejemplo una sucursal, no suele quedar sometida a requisitos adicionales respecto de los necesarios para llevar a cabo la operación de exportación/importación. En este caso, lo normal es que la sociedad extranjera pueda actuar, tanto judicial como extrajudicialmente, con su propia personalidad y pueda invocar, en esta actuación, el régimen jurídico del que goza con arreglo a la ley del país de su constitución<sup>1</sup>. Puede suceder también que una sociedad constituida en un país posea una vinculación significativa con otro distinto, al situar en éste segundo bien el centro de sus actividades principales, o bien su administración central. De entre estas sociedades, que son conocidas como *pseudo foreign corporations*, una variante viene constituida por las sociedades ficticias. Éstas, además de poseer una vinculación material importante con un país distinto de aquél con arreglo a cuyo Derecho fueron constituidas, no la tienen con el último, es decir, que fueron constituidas según la legislación de un país con la finalidad de dirigir sus actividades hacia otro u otros.

2. Muchos ordenamientos estatales rechazan este tipo de sociedades, si bien de modos distintos. Las desigualdades entre las soluciones aparecen, en primer lugar, respecto del tipo de sociedad que es rechazado. Resumiendo un poco el panorama del Derecho comparado, mientras algunos países pretenden protegerse frente a todos los tipos de *pseudo foreign corporations*, otros lo hacen frente a aquéllas que poseen en el país propio su principal centro de administración o explotación, y algunos únicamente

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación BJU2002-01180 (Derecho privado europeo) financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

\*\* Profesor Titular de Derecho internacional privado (Universidad de Granada). La dirección de correo electrónico del autor es: <festeban@ugr.es>.

<sup>1</sup> En España, la norma pertinente es el art. 9.11 Cc, con arreglo al cual, la ley personal de las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad. Según la interpretación dominante de este precepto, dicha nacionalidad viene determinada por el país cuyas normas han sido observadas en la constitución de la sociedad.

frente a las sociedades que puedan ser consideradas como ficticias<sup>2</sup>. En segundo lugar, las reacciones de los Derechos estatales frente al establecimiento en el foro de una sociedad de ese tipo pueden ser muy variadas, y van desde la aplicación a dicha sociedad extranjera de un estatuto alternativo respecto del establecido por el Derecho de su nacionalidad, bien únicamente a ciertos aspectos o bien a todos ellos, hasta la negación de su personalidad jurídica para ser parte en un proceso<sup>3</sup>. La finalidad de estas normas, que introducen obstáculos a la actividad en el foro de las sociedades extranjeras es, *grosso modo*, impedir que la constitución de una sociedad en el extranjero pueda ser utilizada para eludir la aplicación del Derecho de sociedades del Estado destinatario de la actividad, entre cuyos propósitos puede situarse la protección de ciertos intereses considerados como merecedores de tutela. A este respecto, es posible distinguir entre países que siguen unos principios más liberales en la regulación de las sociedades, en lo que afecta a la protección de los intereses en presencia (trabajadores, acreedores y accionistas), y aquéllos que siguen una línea de mayor intervención en ese terreno. Mientras los primeros suelen permitir, con pocas cortapisas, la actividad de las sociedades extranjeras en el territorio del país, los segundos suelen poner mayores trabas a esa actividad<sup>4</sup>.

3. En el entorno globalizado, y salvo compromiso convencional *ad hoc*, cada Estado tiene potestad para aprobar los límites que estime oportunos a la actividad de las sociedades extranjeras, y especialmente de las sociedades ficticias. En el Derecho español, por ejemplo, el art. 5.2 LSA, e igualmente el art. 6.2 de la LSRL, obligan a las sociedades extranjeras que posean su principal establecimiento o explotación en España, a situar su domicilio en el territorio español y, por consecuencia, a constituirse según la ley española. La LSA y la LSRL no precisan las consecuencias del incumplimiento de esta obligación. Sin embargo, la doctrina coincide en indicar que la sanción consiste en el no reconocimiento de la sociedad, lo cual lleva consigo, en aplicación de los principios generales del Derecho de sociedades, la aplicación de las normas reguladoras de la sociedad general del comercio, esto es, de la sociedad colectiva, con las graves consecuencias que esta aplicación puede comportar<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Los primeros son aquellos países que siguen el modelo bilateral de la sede real para determinar el Derecho aplicable a las sociedades. Según este sistema, el Derecho aplicable a una sociedad es el del país donde se encuentra su sede real, siendo obligado que cada sociedad sea constituida con arreglo al Derecho de ese país. De lo contrario, la sociedad no será reconocida. Los segundos son los que siguen ese mismo modelo de la sede real, pero de forma material, sin preocuparse de los casos de disociación de sede social y real cuando ésta última no se encuentra en el foro. Los últimos son aquéllos, como el holandés, que siguen el sistema de la sede social o de la constitución para determinar el Derecho aplicable a las sociedades, pero que tienen leyes que imponen un estatuto especial a aquéllas sociedades que carecen de vinculación material con el país en el que han sido constituidas.

<sup>3</sup> Una exposición muy completa de esta clase de reacciones en el Derecho Comparado puede verse en D. Sancho Villa, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, Eurolex, 2001, pp. 290-336.

<sup>4</sup> No es ajeno a esta clasificación que, en los últimos tiempos, la vía utilizada por las empresas norteamericanas para establecerse en la Unión Europea haya sido la de constituir una sociedad en el Reino Unido o en los Países Bajos, países cuya regulación societaria resulta más flexible, al menos respecto de algunos tipos sociales que aun no han sido tan armonizados por el Derecho comunitario (sociedad de responsabilidad limitada).

<sup>5</sup> Entre ellas, por ejemplo, que cualquiera de los socios pueda solicitar y obtener la disolución de la sociedad.

4. La libertad de los Estados para imponer límites a la actividad de las sociedades extranjeras puede verse limitada por la existencia de un proceso de integración económica regional, como el que tiene lugar en Europa, donde ha sido reconocida la libertad de establecimiento de sociedades (art. 43 TCE, versión Amsterdam). Como se sabe, el contenido de esta libertad se ha ido ampliando progresivamente desde que la misma fue proclamada, formalmente, por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 (art. 52 TCEE, versión original): en primer lugar, tras la finalización del período transitorio en 1973, y la declaración del efecto directo de la libertad por parte del TJCE<sup>6</sup>, dejaron de ser compatibles con el Tratado todas aquellas medidas estatales de carácter discriminatorio; en una etapa posterior, que coincide con el paso del mercado común al mercado único, el TJCE comenzó a considerar como incompatibles con la libertad a cualesquiera medidas nacionales que, aunque no tuvieran carácter discriminatorio, obstaculizaran la libertad sin quedar fundadas en razones imperiosas de interés general<sup>7</sup>, a pesar de que la materia en cuestión no hubiera sido objeto de armonización comunitaria. El TJCE se ha pronunciado en muy numerosas ocasiones en torno a la posibilidad de imponer limitaciones al establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea de una sociedad beneficiaria de dicha libertad. Estos límites, que pueden ser de muy distinto tipo, pueden provenir también del Derecho internacional de sociedades, esto es, de normas estatales que van dirigidas contra las sociedades ficticias, y que afectan al reconocimiento de la sociedad extranjera en el foro, o bien imponen un régimen jurídico alternativo a la misma, por no cumplir con ciertas obligaciones que le son impuestas por poseer una fuerte vinculación con el país, sin tenerla con el Estado con arreglo a cuyo Derecho fue constituida.

5. El tratamiento que merecen las sociedades ficticias en la Unión Europea es precisamente el tema de la sentencia TJCE de 30 de septiembre de 2003, dictada en el asunto “Inspire Art”, cuyo análisis constituirá el objeto principal de esta nota. Para un mejor entendimiento del contexto y consecuencias de esta decisión, dividiremos el trabajo en tres apartados: en el primero pasaremos revista a los fallos del TJCE que, hasta la fecha, se han ocupado de definir el impacto de la libertad comunitaria de establecimiento sobre las normas del Derecho internacional de sociedades, entre las cuales se encuentran las que afectan a aquélla clase de sociedades (II); en el segundo llevaremos a cabo un análisis de la decisión del TJCE “Inspire Art”, valorando las consecuencias y alcance de dicha decisión, así como su inserción en el contexto general del Derecho comunitario (III); realizado el análisis del régimen europeo, finalmente nos ocuparemos de poner de relieve las diferencias de este régimen con el general, de aplicación en el contexto globalizado, y esbozaremos algunas pautas de posible evolución de este régimen en el futuro a la vista de los nuevos condicionantes que muestra el proceso de globalización (IV).

---

<sup>6</sup> Sentencia TJCE de 21 de junio de 1974, As. Reyners.

<sup>7</sup> Vid. las sentencias TJCE de 17 de diciembre de 1981, As. Webb; de 3 de diciembre de 1974, As. van Binsbergen; y de 18 de enero de 1979, As. van Wesemael. Vid. S. Sánchez Lorenzo, *Derecho del comercio internacional*, editor J.C. Fernández Rozas, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 91-92; J. Martín y Pérez de Nanclares, *Derecho Comunitario Material*, editores Manuel López Escudero y José Martín Pérez de Nanclares, Madrid, Mc Graw Hill, 2000, pp. 111-113. Aparte de la existencia de una razón imperiosa de interés general, el TJCE exige igualdad de trato en las exigencias, necesidad objetiva de la medida, proporcionalidad de la misma, la no existencia de un doble control y la falta de armonización comunitaria en el ámbito en cuestión.

## II. IMPACTO DE LA LIBERTAD COMUNITARIA DE ESTABLECIMIENTO SOBRE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL DE SOCIEDADES: LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

### 1. Estado de la cuestión en la jurisprudencia anterior del TJCE: las sentencias “Daily Mail”, “Centros” y “Überseering”

6. La primera vez que el TJCE tuvo que valorar la compatibilidad con el TCE de medidas nacionales del Derecho internacional de sociedades fue en la sentencia de 27 de septiembre de 1988, dictada en el asunto “Daily Mail”<sup>8</sup>. La sociedad Daily Mail, sociedad de inversión en acciones que había conseguido una revalorización importante de su cartera de valores, pretendía, a través de un cambio de la sede de dirección efectiva de la sociedad, dejar de tributar en el Reino Unido por las plusvalías que se generarían por la venta de las acciones. La legislación del Reino Unido condicionaba dicho traslado, con mantenimiento de la personalidad jurídica, a la obtención de una autorización de la Autoridad Fiscal. En su decisión, el Tribunal se basó en la falta de armonización comunitaria, y de Derecho convencional, en ese ámbito para considerar la aplicación al caso de la legislación del Reino Unido como compatible con la libertad comunitaria de establecimiento<sup>9</sup>. “Daily Mail”, de este modo, dio legitimidad, al menos provisional, a todas aquellas medidas estatales, restrictivas de la libertad de establecimiento, que hubieren sido dictadas al margen de los ámbitos armonizados. Y singularmente, dio buen fundamento para afirmar la neutralidad del Derecho comunitario respecto de los modelos existentes para la determinación del Derecho aplicable a las sociedades, y respecto de las condiciones establecidas para el traslado de la sede, social o real, de un Estado a otro.

7. El “terremoto” vino con la decisión TJCE de 9 de marzo de 1999, dictada en el asunto “Centros”<sup>10</sup>. En esta ocasión, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento, de la negativa de la autoridad competente danesa a inscribir la constitución de una sucursal en Dinamarca por parte de una sociedad inglesa. Para rechazar la inscripción, las autoridades danesas esgrimían que la sociedad no realizaba ninguna actividad comercial en Inglaterra, que sus fundadores eran daneses y que el único motivo por el que la sociedad se había

---

<sup>8</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Asunto C- 81/87: “*The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*”.

<sup>9</sup> En su sentencia de 27 de septiembre de 1988 (asunto Daily Mail), el TJCE indicó que “el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que sin embargo no han llegado a término. En estas circunstancias, no se pueden interpretar los artículos 52 y 58 del tratado como atributivos, a favor de las sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional, de un derecho a trasladar su sede de dirección ni su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas”. Punto 23.

<sup>10</sup> Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, As. C-212/97: “*Centros Ltd. c. Erhvervs -og Selskabstyrelsen*”).

constituido en Inglaterra era el de evitar la aplicación de las exigencias de la legislación danesa, específicamente en materia de capital mínimo. A diferencia del modo en que procedió el Tribunal en “Daily Mail”, la falta de armonización sobre la materia no fue obstáculo para que el TJCE declarase incompatible con el TCE el rechazo de la inscripción<sup>11</sup>. En cuanto a la argumentación utilizada, el Tribunal pasó directamente a verificar dos elementos: si, ante la restricción a la libertad de establecimiento que supone negar la inscripción de la sucursal, es posible encontrar una eventual justificación; y si el comportamiento llevado a cabo por la sociedad podía ser considerado como abusivo o realizado en fraude de la ley nacional danesa. La respuesta negativa se impuso en ambos casos. Extrapolando esta solución, “Centros” ha dado pie a comenzar a hablar de la existencia de cierta “competencia entre ordenamientos” en la Unión Europea, y de la incompatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades de los modelos de determinación del Derecho aplicable a las sociedades basados en la sede real.

8. Precisamente, la compatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento de una consecuencia que produce el sistema de la sede real ha sido analizada por la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, “Überseering”<sup>12</sup>. El *Oberlandesgericht* de Dusseldorf (Alemania), al comprobar que la sociedad Überseering, constituida según el Derecho holandés, había trasladado su domicilio social efectivo a Alemania (a raíz de la adquisición de sus participaciones sociales por dos nacionales alemanes) consideró que dicha sociedad, como sociedad holandesa, no tenía capacidad en Alemania y, por tanto, carecía de capacidad procesal para poder demandar ante los tribunales alemanes. El Tribunal, tras indicar la posibilidad de que existan razones imperiosas de interés general que puedan justificar restricciones a la libertad de establecimiento, concluyó señalando que tales objetivos no pueden conducir a que se niegue la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro en el que tiene su domicilio estatutario<sup>13</sup>. Por tanto, desde “Überseering” resulta con claridad que los sistemas de determinación del Derecho aplicable a las sociedades basados en la sede real no podrán aplicar el mismo para rechazar la capacidad jurídica de aquéllas que tengan su sede estatutaria en un Estado miembro, incluso aunque tengan en el foro su administración central<sup>14</sup>. En cuanto que “Inspire Art” profundiza en la orientación seguida por el TJCE en estas dos últimas

---

<sup>11</sup> El Tribunal consideró que “los artículos 52 y 58 del Tratado CE se oponen a que un Estado miembro deniegue la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social sin ejercer en él ninguna actividad comercial, cuando la sucursal está destinada a permitir que la sociedad controvertida ejerza toda su actividad en el Estado en que dicha sucursal se encontrará establecida, evitando que se cree en ésta una sociedad y eludiendo así la aplicación de las normas sobre constitución de sociedades, que son más rigurosas que en él en materia de desembolso de un capital social mínimo”.

<sup>12</sup> Sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00: “Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)”.

<sup>13</sup> Vid los puntos 92, 93 y 94 de la sentencia.

<sup>14</sup> En este sentido, vid. S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00: Überseering”, *REDI*, 2002-2, p. 927-930.

sentencias, vienen a colación los múltiples comentarios que aquéllas han recibido, por lo que a ellos remitimos<sup>15</sup>.

## 2. La decisión TJCE “Inspire Art”

### A) La ley holandesa contra las sociedades ficticias de 1997

9. Aunque la legislación holandesa responde, para la determinación de la ley aplicable a las sociedades, al modelo de la teoría de la constitución<sup>16</sup>, el legislador neerlandés ha elaborado un estatuto especial, contenido en la Ley sobre sociedades formalmente extranjeras (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*), de 17 de diciembre de 1997, que se solapa, y es de aplicación preferente, respecto de la ley aplicable a la sociedad, cuando se trata de sociedades ficticias, esto es, que carecen de vinculación con el país con arreglo a cuyo Derecho fueron constituidas y, en cambio, lo poseen de forma significativa con el territorio holandés. Tales obligaciones se refieren a la inscripción de la sucursal en el Registro Mercantil neerlandés con la mención “sociedad formalmente extranjera”<sup>17</sup>, a la utilización de esa mención en el tráfico mercantil<sup>18</sup>, a la acreditación de un capital mínimo<sup>19</sup>, y a la elaboración, realización y publicación de los documentos anuales. En caso de incumplimiento de estas obligaciones, los administradores responden de forma solidaria, junto con la sociedad, por los actos jurídicos realizados durante su administración en nombre de esta última

<sup>15</sup> Sobre el tema, en la literatura española resultan imprescindibles, por defender interpretaciones parcialmente divergentes, los trabajos de S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2000, pp. 115-157; y de F.J. Garcimartín Alférez, “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 y ss ([www.reei.org](http://www.reei.org)). Véanse también los trabajos citados por los autores, sobre todo de la doctrina alemana.

<sup>16</sup> Vid. el art. 2 de la Ley sobre las normas de conflicto aplicables a las personas jurídicas (*Wet conflictenrecht corporaties*) de 17 de diciembre de 1997. Según este sistema, el Derecho aplicable a una sociedad será el del país con arreglo a cuyo Derecho ha sido constituida.

<sup>17</sup> Vid. el art. 2 de la Ley. Además, tales sociedades deben presentar en el Registro Mercantil una copia autenticada redactada en neerlandés, francés, alemán o inglés o una copia certificada por un administrador de su escritura de constitución y de sus estatutos, si éstos estuvieran recogidos en un documento separado. También deben figurar en dicho Registro la fecha de su primera inscripción, el Registro nacional en que la sociedad esté inscrita y su número de registro, así como determinada información sobre el socio único en el supuesto de sociedades unipersonales.

<sup>18</sup> Con arreglo al art. 3 de la Ley, todos los documentos y publicaciones en que se mencione a una sociedad formalmente extranjera o que procedan de ella, a excepción de los telegramas y la publicidad, deben indicar la denominación completa de la sociedad, su forma jurídica, su domicilio social, su establecimiento principal, así como el número, la fecha de la primera inscripción y el registro en el que esté inscrita, según la legislación que le sea aplicable. Este artículo exige también que se indique que la sociedad es una sociedad formalmente extranjera y prohíbe utilizar en los documentos o publicaciones indicaciones que puedan insinuar falsamente que la empresa pertenece a una persona jurídica neerlandesa.

<sup>19</sup> En virtud del art. 4.1 de la Ley, el capital suscrito de una sociedad formalmente extranjera debe ser igual, al menos, al capital mínimo exigido en el artículo 2:178 del Código Civil neerlandés a las sociedades de responsabilidad limitada neerlandesas, que a 1 de septiembre de 2000 era de 18000 euros. Los fondos propios deben ser por lo menos iguales al capital mínimo. Para garantizar que la sociedad formalmente extranjera cumple estos requisitos, debe presentarse en el Registro Mercantil un informe de auditoría de cuentas (art. 4.3 de la Ley).

(art. 4.4 de la Ley). Inspire Art fue constituida el 28 de julio de 2000 como sociedad de responsabilidad limitada inglesa, con domicilio social en Folkestone (Reino Unido), siendo su objeto social la venta de objetos de arte. La sociedad comenzó sus actividades el 17 de agosto de 2000 a través de su sucursal en Ámsterdam, que fue inscrita en el Registro Mercantil de esa ciudad, sin mencionar que se trataba de una sociedad formalmente extranjera. Por estimar que esa mención era obligatoria, pues Inspire Art ejercía sus actividades comerciales, sólo, en los Países Bajos, la Cámara de Comercio de Ámsterdam solicitó el 30 de octubre de 2000 al *Kantongerecht* de esa ciudad que ordenase completar la inscripción en el Registro Mercantil con la correspondiente mención. Ese Tribunal, tras declarar que Inspire Art era una sociedad formalmente extranjera, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales: en la primera, se preguntó al Tribunal de Justicia si los artículos 43 y 48 TCE prohibían aplicar, en ese caso, la Ley sobre sociedades formalmente extranjeras para someter a requisitos adicionales, como los mencionados, la creación en los Países Bajos de un establecimiento secundario de una sociedad constituida en el Reino Unido, teniendo en cuenta que la única finalidad perseguida por la empresa al actuar de ese modo era obtener determinadas ventajas en relación con las sociedades constituidas según el Derecho de los Países Bajos; en la segunda cuestión, se pedía al Tribunal que decidiera si podía ser invocado el art. 46 TCE para declarar compatible con el Tratado la aplicabilidad del régimen neerlandés sobre sociedades formalmente extranjeras.

#### B) Respuesta del TJCE

10. El TJCE declaró la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la aplicación al caso de la Ley holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras. Las obligaciones de publicidad especiales a que se refiere la Ley holandesa<sup>20</sup>, fueron consideradas como medidas incompatibles con la armonización llevada a cabo por la Undécima Directiva en materia de sociedades<sup>21</sup>. Tras verificar que en la lista prevista en el art. 2 de la Undécima Directiva no figuraban las obligaciones en materia de publicidad impuestas por la Ley holandesa, y afirmar que ha de examinarse, respecto de dichas obligaciones, si la armonización efectuada mediante la Undécima Directiva es exhaustiva, el Tribunal llegó a esta conclusión. Para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta el objetivo perseguido por dicho texto comunitario, tal y como es revelado por su preámbulo, así como por la interpretación que procede hacer de sus disposiciones<sup>22</sup>. Para el resto de las obligaciones, la disquisición del Tribunal fue más detallada. En primer lugar, el Tribunal afirma la aplicación al caso de la libertad de establecimiento, para lo cual “es irrelevante que la sociedad haya sido constituida en un Estado miembro

<sup>20</sup> A saber, la indicación en el Registro Mercantil de que la sociedad es formalmente extranjera, la indicación del registro mercantil extranjero y la información relativa al socio único, así como el depósito obligatorio de un informe de auditoría de cuentas en el que se indique que la sociedad cumple los requisitos relativos al capital mínimo, suscrito y desembolsado y a los fondos propios.

<sup>21</sup> Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado Miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado. Indicó también el Tribunal que no figura en el artículo 6 de esta Directiva la mención de la calificación de “sociedad formalmente extranjera” en todos los documentos procedentes de dicha sociedad.

<sup>22</sup> Véanse los puntos 66 a 71 de la sentencia.

con el único objeto de establecerse en un segundo Estado miembro, donde se ejercería lo fundamental o incluso la totalidad de sus actividades económicas”<sup>23</sup>. La falta de armonización comunitaria en torno a los criterios para determinar el Derecho aplicable a una sociedad no puede impedir la aplicación de la libertad de establecimiento<sup>24</sup>. Para llegar a esta solución, el TJCE tuvo que descartar la pertinencia en el caso de la solución alcanzada por la sentencia “Daily Mail”, quizás de un modo algo arbitrario<sup>25</sup>. En segundo lugar, el TJCE analiza si las normas relativas al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores encuentran justificación en alguno de los motivos enumerados en el art. 46 TCE o en una razón imperiosa de interés general. De entrada, el Tribunal descarta la pertinencia del primero de los motivos. Y seguidamente, aplica el test para verificar si la norma relativa al capital mínimo cumple los cuatro requisitos, a saber, que se aplique de manera no discriminatoria, que encuentre justificación en razones imperiosas de interés general, que sea eficaz y que sea proporcional. La aplicación del test arrojó un resultado negativo.

11. El primer motivo declarado por el gobierno holandés para justificar la aplicación de las normas relativas al capital mínimo fue el de la protección de los acreedores. El Tribunal, sin embargo, no vio en la aplicación obligatoria de la normativa sobre capital mínimo una razón imperiosa de interés general, y ello por dos clases de razones: en primer lugar, argumenta que Inspire Art se presenta en el tráfico económico como una sociedad inglesa y, por tanto, sus acreedores potenciales están suficientemente informados de que es de aplicación una legislación diferente de la que regula la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en los Países Bajos; en segundo lugar, el Tribunal pone de relieve la existencia de cierta armonización comunitaria respecto de esta cuestión, en la cual podrían ampararse los acreedores (Directivas Cuarta y Undécima)<sup>26</sup>. La lucha contra el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento fue el segundo motivo alegado por el Gobierno neerlandés. Tras recordar la doctrina del Tribunal en torno al abuso, y señalar que un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que el Derecho comunitario

---

<sup>23</sup> Punto 95 de la sentencia.

<sup>24</sup> Sobre el modo en que el Tribunal trata el tema del abuso del derecho en el punto 96, remitimos a los comentarios que haremos más abajo.

<sup>25</sup> Frente a la alegación de la sentencia Daily Mail, el Tribunal señaló que, “a diferencia del asunto principal, la sentencia Daily Mail se refiere a las relaciones entre una sociedad y el Estado miembro conforme a cuya legislación se haya constituido”. En cambio, en el asunto principal, el órgano jurisdiccional remitente consulta al Tribunal sobre la aplicación, a una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, de la legislación del Estado donde ejerce efectivamente sus actividades, (punto 103). Estas mismas consideraciones pueden verse en la sentencia “Überseering” (punto 70). Indiscutiblemente, los casos no eran iguales. Pero sin embargo, los dos supuestos tenían una conexión intracomunitaria, que por sí misma debería determinar, de igual modo para ambos casos, la aplicación de las libertades, a no ser que el Tribunal estuviera construyendo distintos tipos de situaciones intracomunitarias, merecedoras de la aplicación de las libertades. Quizás todo deriva de la incorrección en que incurrió el TJCE en “Daily Mail”. Si el propósito del TJCE en dicha decisión era dar la razón al fisco inglés, para que la libertad de establecimiento no se realizara a costa de la armonización fiscal inexistente o muy precaria, este efecto podría haber sido conseguido, tal y como indica D. Sancho Villa, denegando la transferencia de sede por motivos de interés general, y sin limitar el alcance de los arts. 43 y 48 TCE. Vid. D. Sancho Villa, *La transferencia internacional...*, op. cit., p. 177.

<sup>26</sup> Punto 135 de la sentencia.



sea utilizado para eludir de forma abusiva la aplicación de la legislación nacional<sup>27</sup>, el Tribunal indica dos cosas: primero, que el hecho de que se elija constituir una sociedad en otro Estado miembro, cuyas normas de Derecho de sociedades parezcan las menos rigurosas, y se abra posteriormente sucursales en otros Estados miembros, es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado<sup>28</sup>; y segundo, que el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo o fraudulento que permita a este último Estado miembro denegar a dicha sociedad la aplicación de las disposiciones comunitarias relativas al derecho de establecimiento<sup>29</sup>. Finalmente, por falta de prueba sobre la eficacia, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de la medida, el Tribunal rechazó los argumentos relacionados con la lealtad en las transacciones comerciales y la eficacia de los controles tributarios. Declarada la incompatibilidad con la libertad de establecimiento de las disposiciones sobre capital mínimo, el Tribunal llega a la misma conclusión respecto de las sanciones previstas en caso de incumplimiento de estas obligaciones, esto es, la responsabilidad personal y solidaria de los administradores<sup>30</sup>.

### III. LA SENTENCIA “INSPIRE ART” EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES

#### 1. Consecuencias previsibles de la decisión

12. La decisión “Inspire Art” supone la continuación del camino ya andado por el TJCE con sus sentencias “Centros” y “Überseering”. La novedad de esta sentencia no radica en la argumentación utilizada por el Tribunal, sino en el carácter de las normas cuya aplicación ha sido declarada incompatible con la libertad de establecimiento. Por vez primera el TJCE ha tenido que decidir si es compatible con la libertad comunitaria de establecimiento imponer a una sociedad europea un régimen jurídico alternativo respecto del dispuesto por la ley del país de constitución. Como consecuencia inmediata, tras “Inspire Art” las empresas europeas poseen plena libertad para elegir *a la carta*, el tipo social que mejor se adapte a sus necesidades y, por tanto, el menos exigente o más flexible. Para ser más gráficos, si nuestro propósito es constituir una sociedad para llevar a cabo una actividad que será localizada exclusivamente en Madrid, junto a los tipos sociales disponibles según el Derecho español, podemos incluir, para elegir de entre ellos, a los existentes según las legislaciones de todos los Estados miembros de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo. Como límite a esta decisión no cabría objetar que la selección haya tenido lugar, exclusivamente, teniendo en cuenta las exigencias de regulación menos estrictas que puedan ser establecidas por un concreto tipo social de un Estado. Como consecuencia mediata, “Inspire Art” introduce como elemento significativo, que

---

<sup>27</sup> Punto 136 de la sentencia.

<sup>28</sup> Punto 138 de la sentencia.

<sup>29</sup> Punto 139 de la sentencia.

<sup>30</sup> Punto 141 de la sentencia.

podrá ser tenido en cuenta para el establecimiento de las sociedades, el estudio de las desigualdades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea. De este modo, desde luego que supone la necesidad de dar un fuerte respaldo a los Institutos y Seminarios de Derecho Comparado de los Estados miembros, que habrán de tener pronto disponibles los correspondientes compendios de Derecho de sociedades de los países europeos, para permitir, a las empresas, una selección estudiada de un concreto tipo social<sup>31</sup>.

13. Ahora bien, si el objetivo de la libertad de establecimiento es unificar el Derecho de los Estados miembros para evitar que las desigualdades jurídicas puedan erigirse en alicientes para las empresas, algo falla cuando las decisiones del TJCE apuntan hacia la generación de esos incentivos. Por lo demás, tampoco la solución resulta muy eficiente, no sólo porque el establecimiento de las sociedades podrá responder a razones coyunturales, susceptibles de cambios, lo cual genera costes externos, sino también porque la disociación entre sede social y sede real puede plantear inseguridad en la aplicación de ciertas normas. Entre ellas se contarían las relativas a la presentación de cuentas anuales, al pago de impuestos, al régimen de la insolvencia, o al de la competencia judicial internacional. Por esta razón, el uso de las posibilidades que brinda “Inspire Art” no ha sido recomendada para la pequeña y mediana empresa<sup>32</sup>. Pero sobre todo, en defecto de armonización, o de equivalencia entre las regulaciones estatales, esta doctrina hace fracasar al plan de protección que un legislador estatal haya podido construir en defensa de ciertos intereses, como los de accionistas y acreedores.

## **2. La compatibilidad del modelo de la “sede real” con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades**

14. En las diversas decisiones que ha dictado el TJCE por motivo de normas del Derecho internacional de sociedades de los Estados miembros, dicho Tribunal no ha tenido que valorar la compatibilidad con el Derecho comunitario de las muy diversas consecuencias a que puede conducir la teoría de la sede real como técnica para determinar el Derecho aplicable a las sociedades. A lo más que ha llegado el TJCE ha sido a afirmar, en su sentencia “Überseering”, que no es posible rechazar la capacidad procesal de una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro<sup>33</sup>. Más allá de ese efecto, no existe un pronunciamiento del TJCE. Aunque suene a paradoja, han sido precisamente límites impuestos por normas de países cuyo modelo para determinar el Derecho aplicable a las sociedades responde a la teoría de la constitución, supuestamente más liberal, las que han sido sometidas al TJCE para valorar su compatibilidad con el TCE. Por no estar en juego el modelo de la sede real, ni la

---

<sup>31</sup> Algo de realidad debe haber en estas palabras cuando uno de los primeros comentarios aparecidos a la decisión “Inspire Art” se ocupa de analizar la regulación de la *limited* del Derecho inglés, para llegar a la conclusión de que este tipo social no resulta tan recomendable como podría parecer en primera instancia. Vid. S. Maul y C. Schmidt, “Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?”, *Betriebs-Berater*, 58, Heft 44, 27 octubre 2003, pp. 2298-2299.

<sup>32</sup> Vid. S. Maul y C. Schmidt, “Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?”, *cit.*, p. 2299.

<sup>33</sup> Tras esta decisión, ya no cabría más que una lectura de la sede real en clave material, y no conflictual. Sobre esta diferente lectura del modelo de la sede real, indicando la mayor conformidad con el Derecho comunitario de dicha perspectiva material, véase S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades...”, *cit.*, pp. 140-142.

sentencia “Centros”, ni tampoco ahora la decisión “Inspire Art”, han debido lidiar con el tema de su compatibilidad con la libertad de establecimiento. El tema parecería importante, porque a dicho sistema se adscriben un buen número de países comunitarios, tales como Alemania, Francia, Italia, Grecia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Austria y España. Sin embargo, hoy en día, sobre todo tras la sentencia “Überseering”, resulta muy poco fructífero plantear un debate en tales términos, que enfrente, de una forma particular, al modelo de la sede real con la libertad comunitaria de establecimiento. Por varias razones es preciso modificar y ampliar los términos de la cuestión. En efecto, una visión de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea revela la inutilidad de agrupar a los ordenamientos jurídicos según respondan a la teoría de la constitución o a la teoría de la sede, para afirmar que el sistema seguido por los segundos resulta incompatible con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades, y que el primero no lo es.

15. En primer lugar, el examen de los ordenamientos jurídicos que, en principio, responden a la teoría de la sede real para la determinación del Derecho aplicable a las sociedades, y para el reconocimiento de las mismas, hace ver que las consecuencias de dicho no reconocimiento pueden ser muy diferentes<sup>34</sup>. Bien es cierto que, a partir de la sentencia “Centros”, y mucho más tras la decisión “Inspire Art”, muchas de las consecuencias jurídicas que los ordenamientos estatales asocian al no reconocimiento de una sociedad extranjera<sup>35</sup>, podrán ser consideradas como incompatibles con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades. Ahora bien, sin tener en cuenta la concreta consecuencia que esté en juego, y la particularidad del caso enjuiciado, resulta difícil afirmar, de forma genérica, la incompatibilidad de dicho sistema con el TCE<sup>36</sup>. Por otra parte, también puede resultar problemática una construcción apriorística de conexiones especiales que precisen cuándo podrán imponerse excepciones a la aplicación de la ley del Estado de origen. Un sistema de conexiones especiales formuladas de este modo difícilmente podría tener en cuenta los

<sup>34</sup> A título de ejemplo, pueden consistir en el rechazo de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, la aplicación a la misma de un estatuto completamente distinto al de su domicilio social, el sometimiento de aspectos particulares al Derecho del foro, o la necesidad de respetar ciertas garantías mínimas respecto de determinadas cuestiones. Tales regímenes se diversifican más aún si se tiene en cuenta que puede otorgarse, o no, a la sociedad extranjera un plazo para que regularice su situación, durante el cual no se producirán las consecuencias del “no reconocimiento”, tal y como dispone, por ejemplo, el art. 4 del código portugués de Derecho de sociedades.

<sup>35</sup> Una visión muy completa de estas diferentes reacciones en el Derecho comparado puede verse en D. Sancho Villa, *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, op. cit., pp. 325-335.

<sup>36</sup> No obstante, un grupo nutrido de la doctrina ha afirmado dicha incompatibilidad. En la doctrina española, véase F.J. Garcimartín Alférez, “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, pp. 645 y ss; F.J. Garcimartín Alférez, “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, cit., pp. 9 y ss. Y en el mismo sentido, véanse los trabajos citados, en la nota 4, por S. Sánchez Lorenzo, *El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario*, cit., pp. 120-121. Atribuyendo esta consecuencia a la decisión “Inspire Art”, vid. S. Maul y y C. Schmidt, “Inspire Art – Quo vadis *Sitztheorie*?”, cit., pp. 2297-2298. De una forma más precisa, negando por completo que, tras “Inspire Art”, sea posible aplicar un Derecho distinto al del país de constitución a cuestiones tales como la aportación o mantenimiento del capital, la responsabilidad de los socios, las relaciones entre los socios, los derechos de la minoría, etc, vid. H. Ziemons, “Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?”, *ZIP*, Heft 42, 17 octubre 2003, p. 1917.

complejos razonamientos con los que viene operando el TJCE para enjuiciar la legitimidad de una medida estatal restrictiva de las libertades<sup>37</sup>. Estas afirmaciones cobran mayor sentido, sobre todo, si se tiene en cuenta que la sentencia “Inspire Art” ha dejado la puerta abierta al expediente del abuso del derecho para permitir, bien la inaplicación de la libertad, o bien la admisión de restricciones, en este caso teniendo en cuenta los objetivos del Derecho comunitario<sup>38</sup>. A la vista de la falta de pronunciamiento sobre las diversas cuestiones que puedan ser planteadas, quizás cabría considerar compatible con el Derecho comunitario un sistema estatal, que responda a la teoría de la sede real, cuyas consecuencias tengan lugar, únicamente, una vez transcurrido un concreto plazo, del que disponga una sociedad extranjera para regularizar su situación, por ejemplo, a través de una transferencia internacional de la sede social al foro<sup>39</sup>. Quizás, se nos ocurre, permitir ese plazo de adaptación podría tener ser un elemento adecuado para verificar el carácter razonable y proporcional de una medida.

16. En segundo lugar, la inutilidad de un debate específico “sede real” *versus* “libertad de establecimiento” se hace patente cuando se comprueba que los ordenamientos jurídicos que responden a la teoría de la constitución también muestran la existencia de normativas que intentan proteger los intereses locales, y para ello imponen un estatuto especial a las sociedades extranjeras que posean con el foro una vinculación significativa<sup>40</sup>. Parece, por tanto, bastante sensata la posición del TJCE que hasta ahora ha prescindido de incurrir en afirmaciones genéricas respecto de la compatibilidad de los sistemas con la libertad de establecimiento, y ha preferido seguir el camino de averiguar si, en el caso concreto, la aplicación de una consecuencia jurídica del Derecho estatal, que venga motivada por una norma material o conflictual, puede suponer una restricción no justificada de la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades. La complejidad del Derecho internacional de sociedades va mucho más allá de la pugna entre ambos modelos, que ha de ser considerada como estéril en los tiempos de materialización del Derecho de sociedades que corren hoy día. Estas reflexiones con facilidad conducen a considerar plenamente vigente la doctrina del TJCE sentada en el asunto “Daily Mail”, donde quedó establecido que los Estados

---

<sup>37</sup> No obstante, vid. el elaborado planteamiento que respecto de este sistema de conexiones especiales propone F.J. Garcimartín Alférez, “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, *cit.*, pp. 12-15, especialmente p. 14; idem, “La sentencia “Centros”: el status quaestionis un año después, *Noticias de la Unión Europea*, 195, abril 2001, p. 89.

<sup>38</sup> No obstante, indicando el escaso papel que cabrá atribuir al expediente del abuso, vid. H. Ziemons, “Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?”, *cit.*, p. 1918.

<sup>39</sup> Esta técnica es ya conocida por la normativa de la SE y de la SCE, que obliga a los Estados a dar un plazo para que tales tipos de sociedad regularicen su situación. Y no se duda sobre su compatibilidad con el Derecho comunitario.

<sup>40</sup> Este examen es el que lleva a D. Sancho Villa a afirmar la “pérdida de significación de la teoría de la constitución y de la teoría de la sede como modelos de referencia”, lo que deja paso a una nueva orientación donde ambas teorías se acercan, a través de sofisticados sistemas legislativos, con el objetivo común de “asegurar un determinado nivel de protección en el foro a los socios minoritarios, acreedores y trabajadores (...) de acuerdo con los valores e intereses imperantes”. Vid. D. Sancho Villa, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, *op. cit.*, p. 335.

miembros poseen libertad para determinar el Derecho aplicable a una sociedad, siendo neutro el Derecho comunitario desde este punto de vista<sup>41</sup>.

### 3. “Sede real” y “fraude” como pilares del Derecho comunitario de sociedades

17. En otro ámbito jurisdiccional, y respecto de otras normas, sería posible llevar a cabo una valoración de los argumentos utilizados por la sentencia “Inspire Art”, teniendo en cuenta el respeto al régimen aplicable. No es éste el caso, pues precisamente la tarea del TJCE es ir perfilando en cada sentencia el contenido de las libertades comunitarias, lo que ha hecho de este Tribunal un poder *quasilegislativo*<sup>42</sup>. Esta función del TJCE, que sin duda resulta de gran interés para *desatascar*, en un momento determinado, el desarrollo de las libertades, sin embargo plantea el problema del “término de contraste”, esto es, de saber si la solución lograda en interpretación del TCE concuerda con la que habría sido dictada por el legislador comunitario si se hubiera ocupado del tema. La lectura de la jurisprudencia del TJCE revela que, con gran frecuencia, al actuar como legislador negativo, suele tener en cuenta las pautas materiales y principios establecidos por parte del legislador comunitario, modo de proceder a través del cual se consigue dar cierta coherencia al sistema del Derecho comunitario<sup>43</sup>. Como veremos a continuación, éste no es el caso de la decisión “Inspire Art”.

18. La sentencia, en primer lugar, produce una ruptura o quiebra respecto de la orientación seguida por el legislador comunitario durante bastantes años, y que ha sido confirmada por la regulación más reciente<sup>44</sup>. Como se sabe, la referencia a la legislación del Estado de origen resulta para el Derecho comunitario del mayor interés a la vista del modelo de armonización adoptado, que toma como punto de partida el Libro Blanco de la Comisión relativo a la consecución del mercado interior<sup>45</sup>, en el que se establecieron los principios del *Nuevo Enfoque* en materia de armonización de legislaciones. Para la creación del mercado interior, la obra legislativa de la Comunidad se contenta con una armonización mínima y se funda, para el resto, sobre la regla de reconocimiento mutuo

<sup>41</sup> En este sentido, vid. el punto 69, y cita 49, de las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo en el asunto C-208/00, asunto “Überseering”. También S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00: Überseering”, *REDI*, 2002-2, p. 929.

<sup>42</sup> Como ha indicado Micklitz, en virtud de la presión que despliega la integración, el Derecho estatal queda obligado a explicar porqué se garantizan derechos que pueden obstaculizar la realización de las cuatro libertades. El resultado de esta valoración es la armonización por vía indirecta. Estamos en presencia de una labor quasi-legislativa del TJCE. Vid. H.W. Micklitz, “Perspektiven eines europäischen Privatrecht –ius commune praeter legem?”, *ZEuP*, 1998, p. 257.

<sup>43</sup> Por ejemplo, en el ámbito del Derecho de consumo, vid. la sentencia TJCE de 7 de marzo de 1990. Vid. F. Esteban de la Rosa, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 110-111.

<sup>44</sup> Véase la aguda crítica de S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario, *cit.*, pp. 152-157. También D. Sancho Villa, *La transferencia internacional de la sede social...*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>45</sup> Aprobado por Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985. DOCE C 136, de 4 de junio de 1985.

y del control por el país de origen<sup>46</sup>. Este modo de proceder explica el afán del Derecho comunitario por definir el Estado de origen a través de elementos que sean expresivos de una vinculación material, capaces, por una parte, de justificar, de forma objetiva, la aplicación del régimen de un Estado miembro y, por otra, de identificar los casos de fraude en la selección de un ordenamiento. De acuerdo con esta idea, el Derecho comunitario de armonización suele atribuir la condición de Estado de origen a aquél en el que una sociedad tiene el centro principal de sus actividades<sup>47</sup>. Al margen de los ámbitos armonizados, un criterio análogo ha sido acogido por el TJCE en su sentencia de 25 de julio de 1991, asunto “Factortame”<sup>48</sup>. La atribución de esta clase de relevancia a la sede real garantiza que la opción constitutiva coincida con el mercado de demanda y que la movilidad de sociedades no responda a motivos coyunturales, eliminando costes y la imprevisibilidad de poner en práctica la compleja regla de reconocimiento.

19. Cuando una sociedad se ha establecido en un Estado miembro con la intención de dirigir su actividad hacia otro distinto, el TJCE no ha vacilado en declarar la aplicabilidad, sin limitación alguna, de la legislación de este segundo Estado para, de este modo, sancionar el fraude<sup>49</sup>. Las libertades comunitarias no dan amparo alguno a estos supuestos de fraude, razón por la cual es posible aplicar el Derecho del Estado miembro cuya legislación ha sido defraudada sin restricciones, esto es, sin tener que pasar por el test multifactorial que ha sido elaborado por el TJCE para determinar la compatibilidad de una medida nacional con el Derecho comunitario. Como es sabido, la sentencia “Centros” ignoró esta construcción<sup>50</sup>, y crea otra distinta, basada en dos elementos: declarada la libertad como aplicable, se considera que un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las

---

<sup>46</sup> Véase M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 242-243.

<sup>47</sup> Por ejemplo, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, indica en su artículo 3 que “[t]odo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado”. El considerando decimonoveno de su exposición de motivos afirma que “el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período determinado...”. Con mayor claridad aun si cabe, la Directiva 95/26/CE, de 29 de junio de 1995, por la que se pretende reforzar la supervisión prudencial de las entidades financieras, ordena a los Estados miembros no conceder autorización a dichas entidades cuando se compruebe que éstas han optado por el sistema jurídico de un Estado miembro con el propósito de eludir las normas más estrictas en el Estado miembro en el que realicen o pretenden realizar la mayor parte de sus actividades. Con ello se pretende evitar que la localización del Estado de origen de las entidades –que determinará decisivamente su régimen jurídico- sea ficticia, por no corresponder con el Estado en que se ubica la administración central.

<sup>48</sup> As. C-221/89. En el caso se discutía sobre la licitud de las condiciones que imponía la legislación británica para la matriculación e inscripción en sus registros nacionales de barcos de pesca. El TJCE afirma que “el concepto de establecimiento... implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente...”, de lo que se deduce que la simple matriculación de un buque no implica necesariamente establecimiento, cuando el buque no se explota en ese Estado ni sus actividades se dirigen desde el mismo.

<sup>49</sup> Sentencia TJCE de 5 de octubre de 1994, Asunto “TV10”.

<sup>50</sup> En ningún momento los puntos 17 y 18 de la sentencia “Centros” sugieren que la libertad de establecimiento pueda no ser aplicada por existir abuso del Derecho.

posibilidades creadas por el Tratado, sea evitada abusivamente la aplicación de una legislación nacional<sup>51</sup>; ahora bien, al apreciar el comportamiento abusivo han de tomarse igualmente en consideración los objetivos perseguidos por las disposiciones comunitarias controvertidas<sup>52</sup>. Sin lugar a dudas, no es lo mismo un sistema en el que la existencia de abuso llega a descartar la aplicación de la libertad (asunto “TV10”), que otro en el que el abuso sólo puede ser valorado una vez declarada aplicable la libertad y teniendo en cuenta los objetivos del Derecho comunitario (asunto “Centros”). Llamamos la atención sobre esta diferente construcción porque, al margen de la solución alcanzada, la sentencia “Inspire Art”, sin decirlo expresamente, modifica la construcción de “Centros” al ofrecer a la doctrina del abuso un doble protagonismo, a saber, como elemento que puede determinar la inaplicación de la libertad<sup>53</sup>, y como razón que, bajos ciertos límites, puede justificar restricciones a la libertad<sup>54</sup>. Aunque en el presente caso la solución no haya variado, y pueda resultar más que discutible la aplicación de la libertad de establecimiento en el caso de sociedades ficticias, que carecen de vinculación con el país donde fueron constituidas, la construcción que en torno al abuso lleva a cabo el TJCE en la sentencia “Inspire Art” otorga mucha mejor coherencia al conjunto del Derecho comunitario. Queda así, de nuevo, al menos formalmente, abierta la posibilidad de declarar inaplicable la libertad de establecimiento en los casos de fraude.

20. Junto al Reglamento CEE 2137/85, del Consejo, de 25 de julio de 1985, de la Agupación Europea de Interés Económico, el último hito en la tendencia del Derecho comunitario a atribuir relevancia a la sede real viene constituido por el Reglamento (CE) 2157/2001, del Consejo, del Estatuto de la Sociedad Europea, y por el Reglamento (CE) 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea. En los tres textos el legislador comunitario ha renunciado a establecer una reglamentación material exhaustiva de tales figuras, siendo necesario por ello, para completar su régimen, aplicar la ley del Estado miembro en el que tales sociedades tengan su domicilio social. Sin embargo, los Reglamentos ordenan que el domicilio social quede situado dentro de la Comunidad, *en el mismo Estado miembro que su administración central*<sup>55</sup>. Y en los dos últimos, como sanción para el caso de abuso, se ordena a los Estados miembros del domicilio social que procedan a la liquidación de las Sociedades Europeas y de las Sociedades Cooperativas Europeas que

<sup>51</sup> Punto 24 de la sentencia “Centros”.

<sup>52</sup> Punto 25 de la sentencia “Centros”.

<sup>53</sup> En el punto 95 de la sentencia puede leerse “las razones por las que una sociedad decide constituirse en un Estado miembro no influyen en la aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento, *salvo en caso de fraude*”. La cursiva es nuestra.

<sup>54</sup> Punto 136 de la sentencia. Véase el punto 137 de la sentencia, donde el Tribunal hace entrar a la finalidad del Derecho comunitario como moderadora de la posibilidad de contemplar una situación de abuso.

<sup>55</sup> Véase el art. 7 del Reglamento 2157/2001, el art. 6 del Reglamento 1435/2003 y el art. 12 del Reglamento 2137/85. Indicando la discriminación que se produce en el tratamiento de una SE y de una sociedad anónima nacional por virtud del art. 7 del Reglamento SE, pues la segunda, a diferencia de la primera, sí podría tener su administración central en un país diferente al de su sede social, vid. F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 217, Enero/Febrero 2002, p. 15.

revelen una disociación entre el lugar del domicilio social y el de la administración central<sup>56</sup>.

21. Realmente es una sorpresa constatar que el legislador comunitario se haya ocupado de establecer una sanción tan grave, como la liquidación de la sociedad, cuando existe una disociación entre domicilio social y administración central en una SE o en una SCE, y que, por el contrario, la libertad de establecimiento de sociedades, de acuerdo con los criterios seguidos por el TJCE, impida asociar consecuencias jurídicas, incluso aunque sean mucho menos rigurosas, a dicha disociación de sedes. La sorpresa se convierte en perplejidad cuando se observa que es en los ámbitos no armonizados donde el TJCE impide la aplicación de medidas estatales restrictivas, mientras que en los ámbitos armonizados, en donde se supone que las diferencias no serán tan relevantes, el criterio seguido es el de la aplicación obligatoria del Derecho de la sede real. Parece claro que algo habrá que hacer para armonizar el criterio del TJCE con el seguido por el legislador comunitario, y que esa tarea debería corresponder al segundo.

#### **4. Equivalencia de soluciones, mercado interior acabado y libre competencia entre ordenamientos**

22. La orientación que marca “Inspire Art” es clara en el sentido de hacer ineficaces los eventuales límites que los Estados puedan construir con su legislación para defenderse del fenómeno de las sociedades ficticias. Esta tendencia supone afirmar la existencia de competencia entre los ordenamientos<sup>57</sup>, y de un mercado interior perfecto y acabado en este ámbito. Como explica J. Basedow, en el mercado interior acabado sólo hay lugar para la aplicación de la ley del Estado de origen, lo que determinará que las empresas queden sometidas exclusivamente a las condiciones de su Estado de origen, y conllevará cierta competencia entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sin posibilidad de establecer límites estatales, pues las soluciones serán equivalentes. Esta es la diferencia con el mercado interior inacabado, en el que la Unión Europea puede permitir a los Estados miembros aplicar sus propios estándares, por motivo de exigencias imperativas de interés general, a empresas de otros Estados miembros. Tales límites vendrían establecidos por normas de DIPr, que tendrían un carácter pasajero o interino, y deberían desaparecer en la medida en que avance el

<sup>56</sup> Según el art. 64 del Reglamento que regula el estatuto de la SE, “cuando una SE deje de cumplir la obligación a que se refiere el art. 7, el Estado miembro en que tenga su domicilio social la SE adoptará las medidas apropiadas para obligar a esta última a regularizar la situación en un plazo determinado; o bien reimplantando su administración central en el Estado miembro del domicilio; o bien trasladando el domicilio social mediante el procedimiento previsto en el art. 8. *El Estado miembro del domicilio social adoptará las medidas necesarias para garantizar que se proceda a liquidar aquellas SE que no regularicen su situación de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.* El Estado miembro del domicilio social de la SE establecerá la posibilidad de recurso jurisdiccional contra cualquier acto de infracción del art. 7. Cuando se compruebe, bien por iniciativa de las autoridades, bien por iniciativa de cualquier parte interesada, que una SE tiene su administración central en el territorio de un Estado miembro en infracción del art. 7, las autoridades de dicho Estado miembro informarán sin demora al Estado miembro en el que se encuentre el domicilio social”. Para la SCE, una regulación igual contiene el art. 73.2 del Reglamento que regula el estatuto de esta figura.

<sup>57</sup> Para H. Zimenos, tras “Inspire Art”, mercado interior y libertad de establecimiento de sociedades significarían “competencia entre ordenamientos”. Vid. H. Ziemons, “Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?”, *cit.*, p. 1920. Para conocer el modo en que actúa el mecanismo de adaptación de las legislaciones que supone la competencia entre ordenamientos, del mayor interés es el estudio de E-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tubinga, Mohr, 2002.



proceso de integración<sup>58</sup>. En el mercado acabado o perfecto es necesario que la Comunidad garantice que los Estados miembros, tras la armonización jurídica, van a estar preparados para reconocer la equivalencia entre los Derechos de los Estados miembros que puedan ser distintos del Derecho local. A un mercado interior perfecto lo lógico sería llegar a través de la armonización de legislaciones, que consigue poner en vigor niveles de exigencia equivalentes en los Estados miembros y hace operativa a la regla de reconocimiento mutuo. Esta fue la finalidad de las directivas aprobadas entre 1968 y 1983, que cubrieron un amplio campo del Derecho de sociedades. Sin embargo, tras estos éxitos, llegó un momento en el que dicho proceso quedó paralizado. La crisis, que comenzó a gestarse durante la negociación del texto que regula la Agrupación Europea de Interés Económico, y tomó cuerpo al quedar consagrados los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad por el art. 5 TCE. A partir de entonces, proseguir con la armonización requería que la Comisión examinara cada caso, y convenciera a los Estados, en el marco del Consejo, de que la acción de la Comunidad en una parte del Derecho de sociedades era mejor que la acción nacional<sup>59</sup>. Esta crisis del proceso armonizador supuso, por ejemplo, el rechazo de la normativa de grupos y la relativa a la transferencia de sede social. A partir de esta paralización, la doctrina comenzó a considerar que una mayor competencia entre los ordenamientos nacionales, y una mayor desregulación, podrían conducir, de hecho, a unos resultados más eficientes, pensamiento que encontró traducción en la sentencia “Centros”. Tras este planteamiento, la pregunta que surge es si es posible, y conveniente, sustituir el proceso de armonización legislativa del Derecho de sociedades por un proceso de armonización indirecta, y de competencia entre ordenamientos, que conduzca a una equiparación de los sistemas por abajo, esto es, en las soluciones más flexibles o menos rigurosas, a través de una suerte de “*race to the bottom*”. El problema estriba en conocer los presupuestos para que pueda tener lugar dicha competencia entre ordenamientos, y en definir el mínimo que cada Estado miembro está dispuesto a asumir en esa carrera hacia la desregulación. El mutismo del que ha hecho gala el legislador comunitario durante los últimos años en la definición de los principios y objetivos que han de presidir el Derecho comunitario de sociedades, sin duda ha contribuido a dar respaldo a quienes desean abrir en Europa un proceso similar al conocido en Estados Unidos como “efecto Delaware”<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> J. BASEDOW, “Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht”, en A.K. Schnyder, H. Heiss y B. Rudish, *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert Facildes*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1995, pp. 18 y ss.

<sup>59</sup> M. García Riestra, *La sociedad anónima europea*, Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos, 2002, p. 6. El documento puede verse en la página web [http://www.ceu.es/idee/GarciaRiestra\\_4\\_2002.pdf](http://www.ceu.es/idee/GarciaRiestra_4_2002.pdf) (consultada el 18 de enero de 2004).

<sup>60</sup> Señalando que la falta de conexión entre las últimas propuestas de la Comisión demostraría una cierta desorientación y la ausencia de una agenda coherente en el ámbito del Derecho de sociedades, vid. J. Wouters, “European Company Law: Quo Vadis?”, *Common Market Law Review*, 37-II, 2000, pp. 275-276. Esta falta de definición puede ser observada en la redacción del art. 69 del Reglamento que regula la SE, donde se prevé que en un plazo inferior a cinco años desde la entrada en vigor del Reglamento la Comisión presente un informe al Consejo y al Parlamento analizando, entre otras cuestiones, la conveniencia de “permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados Miembros”.

23. Pero hoy parece que las cosas están cambiando. La falta de definición sobre los objetivos y principios a seguir ha sido colmada por la Comunicación presentada por la Comisión el 21 de mayo del 2003 relativa a un plan de acción sobre la gobernanza empresarial<sup>61</sup>. El documento, de gran extensión, y que plantea variados aspectos de gran interés, afirma la necesidad de dar un nuevo y ambicioso impulso al proceso de armonización del Derecho de sociedades de la UE por varias razones<sup>62</sup>. En lo más interesa a la presente nota, el texto proclama como objetivos del Derecho comunitario de sociedades “mejorar la eficiencia y la competitividad de las empresas y reforzar los derechos de los accionistas y la protección de los terceros”<sup>63</sup>. Si esta proclamación ya es de interés, pues asocia al Derecho comunitario un aspecto tutelar obligatorio, más importante para las conclusiones de este trabajo es lo que sigue diciendo la Comisión. Ésta declara que “un cierto grado de armonización de determinadas cuestiones nacionales reduce la inseguridad jurídica y contribuye notablemente a aumentar la eficacia y la competitividad de las empresas. Las empresas deberían gozar en la mayor medida posible de una cierta flexibilidad: *en los casos en que se considere que los sistemas son equivalentes, las partes implicadas deberán gozar del mayor margen de elección posible*”<sup>64</sup>. Con claridad en estas frases late, por una parte, la libertad que el TJCE otorga a las empresas en “Centros” e “Inspire Art” para constituirse con arreglo a la legislación del país europeo que estimen más conveniente a sus intereses. Ahora bien, tampoco resulta difícil deducir que, a *sensu contrario*, si las legislaciones implicadas no son equivalentes, no debe haber lugar para dicha elección, al no ser operativa la regla de reconocimiento mutuo, por lo que cabrá imponer límites estatales a la libertad de establecimiento. Dichos límites no podrían adoptar otra forma que la de normas de Derecho internacional privado del tipo que vimos más arriba. Resulta claro que hablar de “garantía equivalente” en nada tiene que ver con la posibilidad de conocer un Derecho extranjero, de contenido distinto, y no equivalente, que sea de aplicación a una sociedad. Si esto es así, siguiendo las ideas que manifiesta la Comunicación, no podría resultar de recibo el razonamiento seguido por la sentencia “Inspire Art”, cuando descarta la existencia de una razón de interés general en la

---

<sup>61</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar. Documento COM(2003) 284. El documento puede verse en la página web [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2003/com2003\\_0284es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2003/com2003_0284es01.pdf) (consultada el día 17 de enero de 2004).

<sup>62</sup> Entre ellas se citan: aprovechar al máximo el mercado interior; integración de los mercados de capitales; maximizar los beneficios de las tecnologías modernas; ampliación de la UE; tratar el desafío que suponen los recientes acontecimientos tales como los escándalos financieros.

<sup>63</sup> Según se declara en la Comunicación, “garantizar una protección eficaz y proporcionada de los accionistas y de terceros debe estar en el centro de toda política sobre Derecho de sociedades. La existencia de un dispositivo sólido para la protección de los accionistas y de terceros, garantizando un elevado nivel de confianza en las relaciones comerciales, es una condición fundamental para lograr la eficacia y la competitividad de las empresas. En particular, para que las empresas puedan reunir capitales al menor coste resulta esencial contar con un sistema efectivo para la protección de los accionistas y de sus derechos, protegiendo el ahorro y las pensiones de millones de personas y reforzando de forma duradera los fundamentos de los mercados de capitales a largo plazo en un contexto de diversificación del accionariado en la UE. El mantenimiento de una protección eficaz de miembros y terceros resultará aún más importante en el futuro a la vista de la creciente movilidad de las empresas en la UE”. Véase la extensa definición de los objetivos perseguidos por la Comisión en este ámbito en el punto 2 de la Comunicación.

<sup>64</sup> La cursiva es nuestra.

aplicación de la legislación holandesa contra sociedades ficticias por el hecho de que los acreedores de Inspire Art pueden conocer que es de aplicación el Derecho inglés. Siendo así las cosas, la controversia seguramente surgirá a la hora de apreciar la existencia de “equivalencia” entre las legislaciones. Respecto de esta cuestión, no vendría nada mal que el legislador comunitario echara una mano al TJCE, suministrando a éste elementos que permitan valorar ese extremo. Es cierto que la Comunicación no tiene un valor jurídico directo, pero no cabe duda de que el texto, una vez que haya sido aprobado por el Consejo<sup>65</sup>, estará estableciendo el marco de principios y objetivos que pretende conseguir la Unión Europea con su legislación de Derecho de sociedades, por lo que todo indica que debería ser tenido en cuenta por el TJCE. Mientras esperamos los desarrollos legislativos anunciados por la Comunicación de la Comisión, queda por ver si el Tribunal de Justicia dará algún valor a ese texto para impedir que una sociedad ficticia pueda invocar, en un Estado distinto al de su constitución, una regulación no armonizada, y que no resulta equivalente, en relación con la protección de intereses materiales, a la del Estado destinatario de la actividad.

#### **IV. EL ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES FICTICIAS EN EL ENTORNO GLOBALIZADO: ¿HACIA UNA NUEVA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS?**

24. Los sutiles razonamientos ofrecidos por las decisiones del TJCE que acabamos de ver pierden razón de ser, y vigencia, cuando nos salimos del paraguas del Derecho comunitario y de las libertades que aquél reconoce. En análisis jurídico estricto, el alcance meramente regional y europeo de la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades, comporta que la metodología de análisis utilizada por el TJCE haya de proceder, sólo y exclusivamente, respecto de sociedades beneficiarias de dicha libertad, y no respecto de otras. Las sociedades ficticias de países extracomunitarios serán tratadas con arreglo al criterio establecido por cada Estado miembro de la Unión Europea, pues esa cuestión no ha sido objeto de desarrollos legislativos ni de armonización por parte del legislador comunitario.

25. En este terreno del tratamiento de las sociedades ficticias, la influencia del Derecho comunitario se deja sentir, a lo más, y de forma indirecta, en la definición de las barreras exteriores de la Comunidad y, por tanto, de las sociedades beneficiarias de la libertad de establecimiento. Para gozar de la misma, junto a los requisitos del art. 48 TCE<sup>66</sup>, dichas sociedades debían poseer una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro, exigencia que procedía de los programas generales para la supresión de las restricciones a las libertades de establecimiento y servicios de 18 de diciembre de 1961. Sin embargo, esta exigencia hoy ha sido puesta en entredicho por la última jurisprudencia del TJCE, singularmente por las sentencias “Centros” e “Inspire Art”<sup>67</sup>. Por tanto, con arreglo al criterio general sentado por estas decisiones, las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro, aunque sean ficticias, y no posean ningún tipo de vinculación material con dicho país, sin

<sup>65</sup> La valoración que ha recibido este documento por parte del Comité Económico y Social así como por el Consejo pueden verse en la página web [http://europa.eu.int/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=es&DosId=182892](http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=182892)

<sup>66</sup> A saber, constitución con arreglo a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea, y que la sede social, administración central o centro principal de actividad se encuentre en un Estado miembro.

<sup>67</sup> Véase su comentario más arriba.

embargo gozan del régimen comunitario, y frente a ellas los Estados miembros de la Unión Europea no podrán aplicar los correctivos estatales de que dispongan contra esta clase de sociedades<sup>68</sup>.

26. Dejar constancia de los límites subjetivos del régimen comunitario en nada empee la posibilidad de extraer de la jurisprudencia del TJCE una buena experiencia, así como técnicas novedosas, para el tratamiento de las sociedades ficticias que bien podrían, o incluso deberían, ser tenidas en cuenta por los Estados de la Unión Europea, en relaciones que desborden el marco comunitario. Lo que decimos no es extender el régimen comunitario relativo al tratamiento de las sociedades ficticias a sociedades que no disfruten de dicha libertad, pues dicha extensión no quedaría justificada. Se trataría, más bien, de extraer de los razonamientos del TJCE elementos metodológicos de valoración y tratamiento que sean útiles y adecuados, teniendo en cuenta los intereses en presencia, para alcanzar soluciones más satisfactorias respecto de las actualmente vigentes. A nuestro modo de ver, dos datos, que a su vez interactúan entre ellos, avalarían en la actualidad el cambio metodológico al que aludimos: por una parte, es preciso observar las graves consecuencias, muy inadecuadas a la vista de los intereses en presencia, que puede producir la aplicación de un sistema poco depurado, como por ejemplo el español, relativo al tratamiento de las sociedades extranjeras, ficticias o no, en el foro; por otra, la alteración progresiva del presupuesto de contradicción normativa sobre el que actúan las normas de Derecho internacional de sociedades, hace necesario un replanteamiento de las técnicas utilizadas, para permitir tomar en consideración la realidad, aunque sea parcial, de los avances hacia una armonización del Derecho de sociedades, de alcance superior al europeo.

27. El primer elemento tiene que ver con la falta de depuración o sensibilidad del sistema general de Derecho internacional de sociedades. Cuando la sociedad extranjera que pretende establecerse en un Estado de la Unión Europea posee una nacionalidad de un país no comunitario, no es de aplicación la libertad comunitaria de establecimiento y, por tanto, cada Estado podrá establecer los límites que estime convenientes a la penetración en su territorio de este tipo de sociedades. En España, por ejemplo, serán de aplicación los artículos 5.2 LSA y 6.2 de la LSRL. Cuando una sociedad extranjera, ficticia o no, sitúe en España su principal establecimiento o explotación, la aplicación de esos preceptos conllevará el no reconocimiento de la sociedad, y consiguientemente, la degradación de dicha sociedad, en lo que se refiere a su régimen jurídico, al de las sociedades colectivas, al haber sido constituida de un modo irregular, y no de acuerdo con el Derecho español, aplicable a la misma. Este régimen será aplicable tanto si la sociedad extranjera, objeto de la alteración de su régimen jurídico, procede de un Estado cuyo Derecho de sociedades es parecido al de los países miembros de la Unión Europea, como si, por el contrario, se aleja bastante del modelo seguido por esos Estados. Sin embargo, mientras las consecuencias que derivan de la falta de reconocimiento resultan bien justificadas en el segundo caso, en el primero

---

<sup>68</sup> No obstante, el debate en torno a cuáles deben ser las barreras exteriores del Derecho comunitario dista de haber finalizado. En la doctrina española, defendiendo la virtualidad, en el Derecho comunitario, de la exigencia de vinculación con la economía de un Estado miembro para el goce de la libertad, teniendo en cuenta los objetivos y finalidades de las libertades, vid. D. SANCHO VILLA, *La transferencia internacional de la sede social...*, op. cit., pp. 165-167. En sentido contrario, haciendo una réplica a los argumentos de la mencionada autora, y indicando el escaso valor de los problemas generales señalados, vid. F.J. Garcimartín Alférez, "La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...", cit., pp. 20-22.

podrían originar resultados del todo inadecuados. Cabe imaginar, por ejemplo, a dos sociedades ficticias en España, una procedente de un país de la Unión Europea, y otra originaria de un país cuyo Derecho de sociedades sea bastante parecido al modelo seguido en Europa. Respecto de la primera sociedad, la aplicación de un límite estatal que provenga de una norma de Derecho internacional de sociedades cuyo propósito sea combatir las sociedades ficticias, o la penetración irregular de sociedades extranjeras en el foro, sólo podrá tener lugar cuando el mismo quede fundado en una razón de interés general, sea adecuado objetivamente al fin que persigue, no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo y, además, su regulación en el país de origen no sea equivalente a la del país en el cual pretende establecerse la sociedad. Si dicha equivalencia existe, no cabrá variar el régimen de la sociedad. Respecto de la segunda, por el contrario, aunque su regulación sea equivalente a la del foro, sin embargo dicha sociedad será sancionada con el no reconocimiento, y en el caso español, con la aplicación del régimen de las sociedades colectivas.

28. El segundo elemento es la alteración del presupuesto de contradicción normativa del que parten los sistemas relativos al tratamiento de las sociedades ficticias. Más allá del reconocimiento de la libertad de establecimiento de sociedades, la diferencia de soluciones en el ámbito comunitario y extracomunitario queda fundada, materialmente, en la existencia de cierta dosis de equivalencia entre las soluciones de los Estados miembros de la Unión Europea. Poco a poco, en la medida en que ha avanzado la armonización comunitaria del Derecho de sociedades, el TJCE ha ido descartando los obstáculos estatales a la penetración de sociedades ficticias de otros Estados miembros, pues los objetivos perseguidos por tales regulaciones perdían su razón de ser. Dicha equivalencia, por definición, no podría ser apreciada respecto de la legislación de un país con el cual no existen relaciones de integración económica. Respecto de Derechos de sociedades de Estados no miembros de la Unión Europea, la ausencia de esa dosis de armonización impide seguir una metodología diferente. Sin embargo, parece claro que los eventuales avances en dicho proceso de armonización podrían afectar igualmente a dicho esquema metodológico. Y si dicho proceso armonizador es acordado<sup>69</sup>, al menos en sus líneas generales, parece claro que este dato postularía también hacia ese cambio metodológico. Es preciso poner en relación estas reflexiones con los desarrollos que, parece ser, se auguran para el Derecho comunitario de sociedades, cuyas soluciones, según se indica en la Comunicación de la Comisión citada más arriba, pretenden servir a una armonización del Derecho de sociedades comunitario de más largo alcance, que sintonice con las soluciones seguidas por el Derecho de Estados Unidos. A nuestro modo de ver, en la medida en que exista cierto consenso entre los Estados respecto de los objetivos y finalidades a perseguir por el Derecho de sociedades, y por las técnicas y normas a seguir, esto es, el modo en que hay que proteger a los intereses merecedores de protección por parte del Derecho de sociedades, dicha armonización debería ir seguida, al tiempo, de unas normas de

---

<sup>69</sup> Según indica la Comunicación de la Comisión citada más arriba, “la Comisión está llevando a cabo un intenso diálogo normativo con objeto de negociar soluciones aceptables con las autoridades de EEUU (en especial con la SEC-Comisión de Valores y Cambio). En muchos ámbitos, la UE comparte los mismos objetivos genrales y principios de la Ley Sarbanes-Oxley y en algunos de ellos ya existen en la UE planteamientos normativos robustos y equivalentes. En otros, resultan necesarias nuevas iniciativas. Lograr el derecho a ser reconocido como “equivalente” junto con otras normas nacionales e internacionales es un fin legítimo y útil por sí mismo”. Vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar. *cit.*, p. 5.

Derecho internacional privado más sensibles, es decir, con más capacidad para aprehender diferentes tipos de situaciones, según la normativa aplicable a la sociedad responda a ciertos parámetros equivalentes o armonizados.

29. De acuerdo con esta metodología, que nos limitamos únicamente a pergeñar, la norma de Derecho internacional privado habrá de dar cobertura a la posibilidad de que la sociedad ficticia extranjera acredite que la normativa del país en el que fue constituida resulta equivalente con la del país hacia el cual dirige su actividad, pues una vez acreditada dicha equivalencia, no habría motivo para la desconfianza respecto de una sociedad de ese tipo. Quizás los problemas de este sistema estriben en definir un buen sistema de verificación de equivalencias entre los Derechos de sociedades. Desde este punto de vista, será probablemente un sistema más complejo que el actual, pero también más acorde con las necesidades del actual proceso de globalización, que requiere que se eliminen los obstáculos no justificados a la movilidad internacional de las sociedades. Por otra parte, se lograría dar un adecuado tratamiento a situaciones que también son distintas. Somos conscientes de que estamos todavía lejos de soluciones como las propuestas en estas líneas, como normas generales de Derecho internacional privado en materia de sociedades. Sin embargo, resulta claro también que el camino trazado por el TJCE ha marcado una metodología de análisis que con seguridad puede servir de una forma efectiva para resolver problemas generales del Derecho internacional de sociedades, incluso fuera del marco estrictamente comunitario.

**TJCE, Pleno, S 30 Sep. 2003. Asunto C-167/01: *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art Ltd.* Ponente: M. Wathelet.**

**Derecho de sociedades.-** Arts. 43 TCE, 46 TCE y 48 TCE.- Sociedad constituida en un Estado miembro y que ejerce sus actividades en otro Estado miembro.- Aplicación del Derecho de sociedades del Estado miembro de establecimiento con el objeto de proteger los intereses de terceros. Medidas nacionales obstaculizadoras de la libertad de establecimiento.- Protección de los acreedores.- Lealtad en las transacciones comerciales.- Obligaciones de publicidad no previstas en la Directiva. Fraude: no existe.

*La sociedad “Inspire Art”, constituida en el Reino Unido, comenzó sus actividades a través de su sucursal en Ámsterdam. Por estimar que se trataba de una sociedad ficticia, (formalmente extranjera), pues carecía de actividad en el Reino Unido y la dirigía exclusivamente hacia Holanda, la Cámara de Comercio de Ámsterdam solicitó al Kantongerecht de esa ciudad que ordenase completar la inscripción en el Registro Mercantil con la correspondiente mención. Tras declarar que Inspire Art era una sociedad formalmente extranjera, ese Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales: en primer lugar el Tribunal preguntó si los artículos 43 y 48 TCE prohibían aplicar, en ese caso, la Ley sobre sociedades formalmente extranjeras para someter a requisitos adicionales la creación en los Países Bajos de un establecimiento secundario de una sociedad constituida en el Reino Unido. En la segunda, se pedía al Tribunal que decidiera si podía ser invocado el art. 46 TCE para declarar compatible con el Tratado la aplicabilidad del régimen neerlandés sobre sociedades formalmente extranjeras. El TJCE declaró la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la aplicación al caso de la Ley holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras.*

**Resumen:** La sociedad Inspire Art fue constituida el 28 de julio de 2000 como sociedad de responsabilidad limitada inglesa, con domicilio social en Folkestone (Reino Unido), siendo su objeto social la venta de objetos de arte. Comenzó sus actividades el 17 de agosto de 2000 a través de su sucursal en Ámsterdam, que fue inscrita en el Registro Mercantil de esa

ciudad, sin mencionar que se trataba de una sociedad formalmente extranjera. Por estimar que esa mención era obligatoria, por ser una sociedad ficticia sin vinculación con el Reino Unido y que dirige sus actividades, sólo y exclusivamente hacia Holanda, la Cámara de Comercio de Amsterdam solicitó el 30 de octubre de 2000 al *Kantongerecht* de esa ciudad que ordenase completar la inscripción en el Registro Mercantil con la correspondiente mención. Ese Tribunal planteó al TJCE dos cuestiones prejudiciales: si los artículos 43 y 48 TCE prohibían aplicar, en ese caso, la Ley sobre sociedades formalmente extranjeras para someter a requisitos adicionales, la creación en los Países Bajos de un establecimiento secundario de una sociedad constituida en el Reino Unido, teniendo en cuenta que la única finalidad perseguida por la empresa al actuar de ese modo era obtener determinadas ventajas en relación con las sociedades constituidas según el Derecho de los Países Bajos; y podía ser invocado el art. 46 TCE para declarar compatible con el Tratado la aplicabilidad del régimen neerlandés sobre sociedades formalmente extranjeras. El TJCE declaró la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la aplicación al caso de la Ley holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras, y para ello utilizó los siguientes argumentos:

1. Las obligaciones de publicidad especiales a que se refiere la Ley holandesa son incompatibles con la armonización llevada a cabo por la Undécima Directiva en materia de sociedades.

2. Para la aplicación de la libertad de establecimiento de sociedades es irrelevante que la sociedad haya sido constituida en un Estado miembro con el único objeto de establecerse en un segundo Estado miembro, donde se ejercería lo fundamental o incluso la totalidad de sus actividades económicas. La falta de armonización comunitaria en torno a los criterios para determinar el Derecho aplicable a una sociedad no puede impedir la aplicación de la libertad de establecimiento.

3. Las normas especiales de la ley sobre sociedades formalmente extranjeras relativas al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores no encuentran justificación en los motivos enumerados por el art. 46 TCE.

4. La mencionadas normas sobre capital mínimo tampoco encuentran justificación en una razón imperiosa de interés general relacionada con la protección de los acreedores. Por una parte, Inspire Art se presenta en el tráfico económico como una sociedad inglesa y, por tanto, sus acreedores potenciales están suficientemente informados de que es de aplicación una legislación diferente de la que regula la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en los Países Bajos. Por otra, el Tribunal pone de relieve la existencia de cierta armonización comunitaria respecto de esta cuestión, en la cual podrían ampararse los acreedores (Directivas Cuarta y Undécima).

5. Tampoco el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento es una razón de interés general para limitar la libertad de establecimiento. El hecho de que se elija constituir una sociedad en otro Estado miembro, cuyas normas de Derecho de sociedades parezcan las menos rigurosas, y se abra posteriormente sucursales en otros Estados miembros, es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. Y el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo o fraudulento que permita a este último Estado miembro denegar a dicha sociedad la aplicación de las disposiciones comunitarias relativas al derecho de establecimiento.

6. Por falta de prueba sobre la eficacia, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de la medida, el Tribunal rechazó los argumentos relacionados con la lealtad en las transacciones comerciales y la eficacia de los controles tributarios.

7. Declarada la incompatibilidad con la libertad de establecimiento de las disposiciones sobre capital mínimo, el Tribunal llega a la misma conclusión respecto de las sanciones previstas en caso de incumplimiento de estas obligaciones, esto es, la responsabilidad personal y solidaria de los administradores.