

AULA DE FORMACION



LISTA DE ULTIMOS TRABAJOS PUBLICADOS EN «AULA DE FORMACION»

- «Cámaras de Comercio y apoyo a las PYMEs» (BICE 2519).
- «El CDTI y el apoyo a la empresa española» (BICE 2521).
- «Outsourcing» (BICE 2525).
- «Homologación y certificación en el comercio internacional: los ARM» (BICE 2529).
- «Teoría de opciones y valoración de “warrants” y convertibles» (BICE 2532).
- «El arbitraje comercial en Iberoamérica» (BICE 2535).
- «La póliza 100 y su importancia para las PYMEs» (BICE 2536).
- «La dirección financiera y de operaciones: un enfoque integrador» (BICE 2538).
- «Manual de contratación de Instituciones Financieras Multilaterales» (BICE 2552).
- «La calidad total y el aseguramiento de la calidad» (BICE 2557).
- «El confirming» (BICE 2559).
- «Legislación y gestión de residuos de envases en la UE» (BICE 2569).
- «“Splits” sobre acciones» (BICE 2575).
- «Elementos para el análisis de los procesos de innovación tecnológica en red» (BICE 2588).
- «El patrocinio de acontecimientos» (BICE 25921).
- «Glosario de términos de Balanzas de Pagos» (I) (BICE 2598).
- «Glosario de términos de Balanzas de Pagos» (II) (BICE 2599-2600).
- «La satisfacción del cliente» (BICE 2603).
- «Internet como herramienta del exportador» (BICE 2615).
- «Project Finance» (BICE 2618).
- «El leasing como instrumento de gestión empresarial» (BICE 2619).
- «Formación y tendencias laborales para la pyme exportadora» (BICE 2620).
- «La Ventanilla Unica Empresarial» (BICE 2623).
- «Consortios de exportación y otros tipos de alianzas estratégicas entre empresas» (BICE 2627).
- «La gestión de intangibles» (BICE 2629).
- «Construir un negocio de éxito en Internet» (BICE 2632).
- «Normativa documental para las importaciones y exportaciones de mercancías: la doble vía» (BICE 2654).
- Opciones «exóticas» (BICE 2673).
- «La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional» (BICE 2674).



AULA DE
FORMACION

Recordamos que los lectores de BICE tienen la posibilidad de sugerir temas de su interés que puedan tener cabida en este epígrafe (teléfono de contacto: 91 349 36 31; fax: 91 349 36 34).

La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional

DIANA SANCHO VILLA*

Este artículo trata de clarificar el proceso que se está llevando a cabo en el ámbito de la transferencia internacional de la sede social. La progresiva globalización de la economía ha supuesto que los operadores económicos, ante la pérdida paulatina de la referencia nacional, hayan cedido protagonismo a los grupos de sociedades que son los que realmente controlan las transacciones comerciales internacionales. Para ello, es necesario adaptar las estructuras societarias vigentes mediante la legislación de nuevas estructuras jurídicas que permitan a las sociedades establecerse en los mercados exteriores con mayor flexibilidad y seguridad.

Palabras clave: comercio internacional, sede social, sociedades mercantiles, derecho de sociedades.

Clasificación JEL: F10.

1. Introducción a la transferencia internacional de la sede social

Asistimos a un proceso de globalización de la economía y de regionalización de los mercados marcado por el auge de los fenómenos de integración. Los operadores económicos se desplazan en un contexto global marcado por la dispersión de la referencia nacional, donde los grupos de sociedades controlan la gran mayoría de las transacciones comerciales internacionales (1). Este proceso reclama el establecimiento de nuevas estructuras jurídicas de la empresa que permitan a las sociedades, sujetos por excelencia del comercio internacional, formas flexibles y seguras de establecimiento en mercados exteriores, de acuerdo con sus intereses estratégicos y comerciales. El prota-

gonismo de los grupos de sociedades en el contexto internacional, los nuevos fenómenos de colaboración de las sociedades o las complejas operaciones de fusión internacional, son claros exponentes de esta adaptación necesaria.

Pero el carácter expansivo de este proceso de mundialización económica, reclama también la adaptación de las estructuras jurídicas ya existentes. De acuerdo con ello, se impone la adaptación de las estructuras societarias vigentes, en el sentido de la incorporación de mecanismos legales de flexibilización. En un ámbito donde la pérdida de la referencia estatal es la nota dominante, se trata de introducir instrumentos que permitan a las sociedades despojarse de su carácter estático, sin renunciar al territorialismo inherente a las mismas, garantizado y custodiado de la manera más eficaz por la normativa fiscal. La transferencia internacional de la sede social representa un mecanismo de flexibilización en el sentido indicado, puesto que la finalidad de esta operación no es otra que la de favorecer el



AULA DE
FORMACION

* Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Universidad Complutense de Madrid.

(1) Sobre el contexto actual del comercio internacional, *vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C. (2001): *El sistema del comercio internacional en la dialéctica globalización/regionalización*, Madrid, CECO (en prensa).

desplazamiento o la movilidad internacional de la sociedad, en función de las concretas estrategias comerciales o necesidades del mercado. Se trata, en definitiva, de que las sociedades, y particularmente, las sociedades de capital (anónimas y de responsabilidad limitada), aquellas que gozan del beneficio de la responsabilidad limitada de sus socios, no sean estructuras rígidas e inadaptadas, enraizadas en un ordenamiento jurídico. Claro que en ningún caso este mecanismo de flexibilización va a poder amparar situaciones donde se lesionen los legítimos derechos de los grupos vinculados a la sociedad (los socios —minoritarios, los acreedores, e incluso los trabajadores), y tampoco los intereses de la administración fiscal. Este es el auténtico y único límite que puede conocer esta figura (2).

La operación de transferencia permite que la sociedad se desplace a otros países distintos de aquel en cuyo territorio se constituyó, a través del traslado al extranjero de su sede social, en el sentido de su sede principal. Por sede principal se entiende la sede que encarna a la propia sociedad. La sede principal puede ser, por ejemplo, la sede de administración entendida como el lugar donde se reúne el Consejo de dirección y administración, o bien, la sede estatutaria, esto es, aquella sede establecida en los estatutos sociales, inscritos en el Registro de sociedades. La transferencia se presenta, por lo tanto, como una alternativa al establecimiento de la sociedad en el extranjero a través de sedes secundarias (sucursales y agencias). Las sedes o establecimientos secundarios que una sociedad localice en otro país se caracterizan por su ausencia de personalidad jurídica y por integrar una suerte de apéndice en el extranjero de la sociedad que las ha creado, teniendo en cuenta que son establecimientos de representación (cuando la sucursal contrata con un tercero, lo hace en nombre de la sociedad que la creó). Sin embargo, cuando una sociedad se establece en otro país por medio del traslado de su sede social —principal—, es la propia sociedad, en su propio nombre, la que se instala en el extranjero.

(2) Con carácter general, *vid.* SANCHO VILLA, D. (2001): *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, CECO (en prensa).

En este sentido se afirma que la transferencia es una alternativa de establecimiento y penetración en un mercado extranjero, más intensa y operativa que el establecimiento en ese lugar mediante creación de sucursales y agencias.

2. Tipos de transferencia

Siendo la transferencia de la sede una operación relativa al traslado de la sede principal de una sociedad (de capital), es fundamental distinguir los tipos básicos de transferencia que pueden darse en la práctica general de los Estados, prestando, lógicamente, especial atención a la práctica española.

La sistematización de las varias clases o tipos de transferencia que pueden darse en el tráfico externo, está directamente relacionada con dos elementos: el elemento «sede social» desplazado y el sistema nacionalidad de sociedades vigente en el Estado de origen (Estado de emigración) y en el de destino (Estado de inmigración).

2.1. Elemento sede social desplazado

En puridad, la sede social puede hacer referencia a tres elementos: la sede de administración, la sede estatutaria y la sede de explotación. La sede de administración es aquella donde se encuentra el consejo de dirección y administración de la sociedad, donde se entiende que se localiza el centro neurálgico de la misma y donde se toman las decisiones principales que afectan a su actividad. La sede estatutaria es la sede que consta en los estatutos sociales, estatutos que normalmente se inscriben en un Registro de sociedades, por lo que puede identificarse sede estatutaria con sede registral. Finalmente, la sede de explotación hace referencia a los centros donde se desarrolla o explota la industria o la actividad que integra el objeto de la sociedad.

La sede social principal que se traslada al extranjero en el marco de una transferencia internacional suele ser la sede de administración y/o la sede estatutaria. La sede de explotación carece de relevancia desde el punto de vista de la transferencia, por su carácter accesorio respecto de las otras dos sedes —de administración y estatuta-



ria—, razón por la cual prescindimos de su tratamiento.

Pues bien, el carácter heterogéneo de los supuestos de transferencia de la sede de administración y estatutaria, se debe a que no todos los sistemas nacionales de Derecho de sociedades, permiten que una misma sociedad, nacional de ese país, traslade al extranjero indistintamente esos elementos. Ello va a depender del concreto sistema de nacionalidad de sociedades vigente en el país de origen, donde se encuentra constituida la sociedad que quiere realizar una transferencia. Por otro lado, los efectos de la localización de una determinada sede en el territorio del Estado de destino, va a depender también del sistema de nacionalidad de sociedades existente en ese lugar.

2.2. Modelos de nacionalidad de sociedades

Cada legislador diseña su sistema de nacionalidad de sociedades en función de sus intereses de política legislativa.

Al respecto pueden distinguirse dos grandes modelos. Existen países que para considerar que una sociedad se ha constituido válidamente y posee su nacionalidad, exigen que la sede estatutaria y la de administración se encuentren dentro del territorio del Estado. Más concretamente, lo que se exige es que la sede de administración se encuentre siempre en el territorio del Estado donde se localiza la sede estatutaria, es decir, se trata de que la vida de la sociedad (donde se encuentra su sede de administración), discurra en el país donde la misma se constituyó (donde se localiza la sede estatutaria). Es el modelo de la sede real o modelo de la sede, instituido en Francia, Bélgica, Alemania, Austria, Luxemburgo o Portugal.

Otros países, por el contrario, para entender que una sociedad se ha constituido válidamente en su territorio, y es nacional de ese país, sólo exigen la localización en el mismo de la sede estatutaria, normalmente inscrita en el Registro de sociedades, siendo indiferente la localización de la sede de administración en el extranjero. En otras palabras, la constitución de la sociedad en ese país determina la localización en el mismo de la sede estatutaria (inscrita con los estatutos

sociales en el Registro de sociedades), sin que importe que el centro neurálgico de la sociedad, el lugar donde se administra y se toman las decisiones más importantes, se localice en el extranjero. Es el modelo de la constitución, vigente en los Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca, los Países Bajos, Suiza y el Principado de Liechtenstein, entre otros.

El modelo más liberal es sin duda el de la constitución, donde para constituir una sociedad sólo es necesario cumplimentar las formalidades de constitución y publicidad, sin ninguna consideración objetiva o material (los socios pueden acudir un fin de semana, por ejemplo al Reino Unido, para constituir una sociedad inglesa, cumplimentando las formalidades exigidas en ese país, con independencia de que toda la actividad de la sociedad se vaya a desarrollar en Dinamarca, donde se localiza la sede de administración). Este modelo permite acudir al país atendido al modelo de la constitución, en su formulación más liberal, es decir, el que menos formalidades de constitución impone (por ejemplo, el Estado de *Delaware* o el de *New Jersey* en Estados Unidos, en relación al resto de los Estados norteamericanos, o bien, el Reino Unido en relación al resto de los países comunitarios), para constituir una sociedad nacional del mismo, con independencia de que el centro de administración y toda la vida de la sociedad se vaya a desarrollar en otro país (también atendido al modelo de la constitución). Es decir, este sistema permite evitar la aplicación de la normativa de sociedades más rigurosa de un país atendido a la teoría de la constitución, donde se localiza la sede de administración, mediante la constitución de la sociedad en otro país, también atendido a la teoría de la constitución, pero con una normativa más liberal. Por ejemplo, este sistema permite constituir una sociedad en Inglaterra, donde las formalidades de constitución son más liberales, aunque el país donde se encuentre toda la actividad vaya a ser Dinamarca, evitando de este modo la aplicación de las normas de constitución de sociedades danesas, más rigurosas, en una operación que roza los límites del fraude a la ley.

El modelo de la sede es, por el contrario, un modelo más protector. Este sistema obliga a que las sociedades constituidas en los países atendidos



al mencionado sistema, para ser nacionales, localicen su sede de administración en el sentido del centro de dirección y administración de la misma, en el territorio del Estado. Es decir, la constitución de la sociedad en su territorio exige la localización en el mismo de la sede estatutaria y también de la sede de administración. Así se presume que en Francia, todas las sociedades que tienen su sede estatutaria y de administración en ese país, son francesas, sin que una sociedad sólo pueda tener su sede de administración o estatutaria. De acuerdo con ello, si una sociedad francesa traslada al extranjero su sede de administración, se entiende que es una sociedad irregularmente constituida; mientras que si una sociedad extranjera traslada a Francia su sede de administración, también está en situación irregular, de la que debe salir constituyéndose como sociedad francesa, es decir, localizando también en ese país la sede estatutaria.

En síntesis, y desde el punto de vista de la transferencia internacional de la sede social, la sede que puede trasladarse al extranjero puede ser la sede de administración, cuando se permita su localización en el extranjero sin alterar la nacionalidad de la sociedad, esto es, entre dos países atendidos a la teoría de la constitución, y también cuando la sede de administración sea el elemento determinante de la nacionalidad y se permita su traslado al extranjero, propiciando un cambio de ley aplicable. La sede social trasladada también puede ser la sede estatutaria, cuando se permita el traslado de ese elemento determinante de la nacionalidad de la sociedad (en los sistemas de la constitución, y en los de la sede, aunque en este caso también es determinante de la nacionalidad, la sede de administración).

2.3. *El modelo español de nacionalidad de sociedades*

El modelo diseñado por el legislador español opta con carácter general por el sistema de la constitución. La sociedad tiene la nacionalidad del país conforme a cuyas normas se constituyó

(3). Es decir, para el intérprete español, si la sociedad se constituyó de acuerdo con las leyes españolas, la sociedad es española; si lo hizo conforme a las leyes inglesas, la sociedad es inglesa. Cuando la sociedad se constituye conforme a la ley española, ésta exige la localización en España de la sede estatutaria, pero no de la sede de administración. Aunque la ley de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada pueda parecer que exige cierta correspondencia entre el domicilio consignado en los estatutos (sede estatutaria), y la sede de administración, se trata de una exigencia que no trasciende del mero enunciado, porque la normativa registral no la secunda. De este modo, es un hecho admitido con carácter general, que el sistema español se atiene a la teoría de la constitución. Así lo han reconocido expresamente las más altas instancias de interpretación españolas (4). Es decir, en España, no existe ningún impedimento para que una sociedad española, constituida conforme al Derecho español (donde localiza la sede estatutaria), traslade al extranjero su sede de administración. Esta sociedad mantiene su consideración de sociedad española.

Sin embargo, el legislador español no se conforma con la sola adhesión al modelo de la constitución. Las dos principales consecuencias de la adscripción a este sistema son las siguientes. El mismo permite trasladar al extranjero la sede de administración conservando la nacionalidad de origen (española) y, también, permite que las sociedades constituidas en otros países, localicen en España su sede de administración, sin que en principio ello tenga consecuencias sobre la nacionalidad de la sociedad; es decir, siendo reconocida en España como sociedad extranjera. Si bien la primera consecuencia es muy ventajosa para los intereses españoles (permite exportar el derecho español de sociedades al extranjero), la segunda consecuencia no lo es tanto. Esta última

título 5.1 de la Ley de sociedades anónimas (R.D. legislativo 1554/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, *BOE* núm. 28, de 27 de diciembre de 1989; corr. error. *BOE* núm. 28, de 1 de febrero de 1990), y artículo 6.1 para la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo de 1995, sobre sociedades de responsabilidad limitada, *BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 1995).

(4) Es un hito en España, el pronunciamiento en ese sentido de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el 17 de abril de 1953 (*Anuario D.G.R.N.*, 1953, páginas 108-113).

(3) Artículo 9.11 Código civil en relación con el artículo 28 del mismo cuerpo legal para todos los tipos sociales, y con el ar-



—reconocimiento de la nacionalidad de la sociedad extranjera que localiza su sede de administración en España—, es perjudicial porque supone el reconocimiento de la nacionalidad extranjera de la sociedad que localiza su sede de administración en España, privando al legislador del control efectivo de esa sociedad, puesto que la misma no se rige por la ley española de sociedades. Por el contrario, el interprete se ve obligado a reconocer que esa sociedad funciona de acuerdo con las disposiciones de sociedades del derecho extranjero.

Pues bien, como se ha señalado anteriormente, el legislador español, aunque adscrito a la teoría de la constitución, no se conforma con admitir la segunda consecuencia de esa teoría, contraria a sus intereses. De acuerdo con ello, el legislador ha introducido una corrección al sistema de la constitución, que incide, directamente, en el segundo efecto señalado. Así, por obra de lo dispuesto en la ley de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, cuando una sociedad constituida conforme al Derecho extranjero, esto es, una sociedad extranjera, localiza en España su sede de administración, esa sociedad está obligada a constituirse como sociedad de Derecho español. Es decir, está obligada a adaptar su estatuto social a las disposiciones de la Ley de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (5), y a inscribirse en el Registro Mercantil como sociedad española, donde localizará su sede estatutaria. De esta manera, cuando una sociedad en principio extranjera, localiza en nuestro país la sede de administración, está obligada a localizar en el mismo la sede estatutaria, esto es, está obligada a constituirse como sociedad española. Si no lo hace, se le aplicará el régimen de la sociedad irregularmente constituida.

En resumen, el sistema vigente en España es el de la teoría de la constitución, con la particularidad de que si una sociedad constituida en el extranjero localiza en España su sede de administración, está obligada a adoptar la nacionalidad española (a constituirse e inscribirse en el Registro Mercantil como cualquier sociedad). Pero hay que subrayar que esta corrección introducida por

el legislador, no afecta al caso contrario de localización en el extranjero de la sede de administración, por parte de una sociedad española, que continuará siendo española.

2.4. Tipos de transferencias

De acuerdo con este panorama de sistemas de nacionalidad de sociedades, dos son los tipos de transferencias de la sede social que pueden distinguirse en la generalidad de los ordenamientos:

— La transferencia que determina el cambio de nacionalidad de sociedades, operación a la que nos referimos como transferencia de derecho. Es el caso de una sociedad francesa que traslada a España su sede de administración: para el interprete francés, de acuerdo con la teoría de la sede vigente en ese país, esta sociedad deja de ser francesa, mientras que para el interprete español, esa sociedad pasa a ser española, siempre que se constituya según la legislación española, esto es, siempre que consigne en nuestro territorio su sede estatutaria.

— La transferencia que determina el mantenimiento de la nacionalidad de la sociedad, operación que denominamos transferencia de hecho. Por ejemplo, es el caso de una sociedad española que traslada su sede de administración a Suiza: para el interprete español, esta sociedad sigue siendo española aunque su sede de administración esté en el extranjero, de acuerdo con el sistema de la constitución vigente en nuestro país, y para el interprete helvético, esta sociedad también es española, de acuerdo con el mismo sistema.

Son transferencias que no suponen un cambio de ley aplicable, o transferencias de hecho, todas aquellas en las que el elemento sede social que se desplaza no constituye el elemento al que se vincula la nacionalidad de la sociedad, ni en el Estado de origen, ni en el de destino. Es el caso del traslado de la sede de administración entre dos países atenidos a la teoría de la constitución. Por ejemplo, sería el caso del traslado de la sede de administración desde España a Dinamarca, los Países Bajos, Reino Unido, Suiza...; pero no debe olvidarse que no sería el caso del traslado de la sede de administración de cualquiera de esos países a España, porque el legislador español se



AULA DE
FORMACION

(5) Artículo 5.2 de la Ley de sociedades anónimas y artículo 6.2 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada.

protege contra ese supuesto, corrigiendo uno de los efectos de la teoría de la constitución, como hemos visto anteriormente.

Son, por el contrario, transferencias que suponen un cambio de ley aplicable, o transferencias de derecho, aquellas en las que se traslada un elemento «sede social», al que el ordenamiento de origen vincula la atribución de su nacionalidad, al igual que el ordenamiento de destino. Es el caso del traslado de la sede de administración de un país atendido a la teoría de la sede hacia otro construido sobre la misma teoría. Sería el caso del traslado de la sede de administración desde Francia hacia Bélgica, Alemania o Luxemburgo. Hay que señalar que también sería el caso del traslado de la sede de administración de Francia a España, teniendo en cuenta la especialización introducida por el legislador español, que reclama para ese supuesto el cambio de nacionalidad.

Pero también es un ejemplo de transferencia de la sede social, determinante de un cambio de ley aplicable a la sociedad, el traslado de la sede estatutaria en todos los casos. Es decir, el traslado de la sede estatutaria, desde cualquier país, atendido a la teoría de la constitución o de la sede, hacia otro país atendido a la teoría de la constitución o de la sede. Por ejemplo, traslado de la sede estatutaria desde España al Reino Unido (la constitución en España como sociedad española, exige localizar en nuestro país la sede estatutaria, en el Registro Mercantil donde se inscribe la Escritura de constitución; para el interprete español, el traslado al extranjero de la sede estatutaria supone la pérdida de la nacionalidad española; y para el interprete inglés de destino, la pretensión de localizar en ese país la sede estatutaria, supone la necesaria adaptación de la sociedad a la legislación de ese país, esto es, supone la constitución como sociedad inglesa). Si el traslado de la sede estatutaria se produce desde España a un país atendido a la teoría de la sede, también se produce un cambio de ley aplicable; sólo que las autoridades, por ejemplo, belgas, destinatarias del traslado de la sede estatutaria, exigirán, de acuerdo con la teoría de la sede, para que esa sociedad sea reconocida como sociedad belga válidamente constituida, la localización en ese territorio de la sede de administración.

3. El marco comunitario

El Derecho comunitario no prejuzga los sistemas de nacionalidad de sociedades vigentes en los ordenamientos de los Estados contratantes. Así se deduce de la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de los artículos 42 y 48 del Tratado de la Comunidad Europea, preceptos dedicados a la libertad de establecimiento, en el paradigmático asunto *Daily Mail* de 1988 (6). Es decir, el Derecho comunitario consentiría la coexistencia en el ámbito europeo de los sistemas nacionales de sociedades construidos sobre la teoría de la sede y de aquellos otros atendidos a la teoría de la constitución.

Ello implica que la clasificación de supuestos de transferencia que hemos realizado en el apartado anterior, basada en los sistemas nacionales de sociedades, no se ve afectada por el hecho del desarrollo de la operación en el ámbito de influencia del Derecho comunitario. Es decir, aunque la transferencia se desarrolle en territorio comunitario, siguen existiendo dos tipos de transferencias, las que determinan un cambio de nacionalidad y las que no lo hacen, de acuerdo con el juego de los sistemas de nacionalidad de sociedades, establecidos en la legislación interna de cada Estado contratante.

Claro que es necesario señalar, que este principio de neutralidad del ordenamiento comunitario respecto a los sistemas de nacionalidad de sociedades de los Estados miembros, se ha visto recientemente cuestionado en otra decisión del Alto Tribunal de Luxemburgo. La muy reciente Sentencia Centros de 1999 (7), introduce una interpretación que da pie a cuestionar la compatibilidad de la teoría de la sede con el Derecho comunitario (8). Aunque hay que tener en cuenta

(6) Sentencia TJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, *The Queen contra H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, (Rec., 1988. 6, páginas 5505-5514).

(7) Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (Actividades T.J.)*, número 07/99, páginas 1-4).

(8) En este sentido, GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J. (1999): «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones de Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999», *Revista de Derecho Mercantil*, número 232, páginas 645-686.



AULA DE
FORMACION

que esta interpretación no se corresponde con la orientación dada por el legislador comunitario a las diferentes propuestas legislativas, volcadas sobre la teoría de la sede, razón por la cual esta Sentencia también ha sido recibida con escepticismo (9).

El legislador comunitario, motivado por el deseo de facilitar la operación de transferencia ha adoptado una Propuesta de Directiva sobre transferencia de la sede social (Decimocuarta Directiva de sociedades), cuya entrada en vigor podría ser útil (10). Esta propuesta contempla la transferencia determinante de un cambio de nacionalidad, desde una perspectiva registral. Es decir, se ocupa de regular el procedimiento de cancelación registral de la sociedad en el ordenamiento de origen, y la inscripción en el ordenamiento de destino. Su objetivo principal es el de establecer un procedimiento registral de emigración y de acogida en el Estado de destino, con todas las garantías.

4. Dimensión jurídica de la operación

Habiendo distinguido dos tipos de transferencia de la sede social, transferencia de determinante de un cambio de nacionalidad de la sociedad —transferencia de derecho—, y transferencia no determinante de ese cambio —transferencia de hecho—, y dándose la circunstancia de la existencia de ambos tipos de transferencias en el ordenamiento español, a continuación se abordan las principales cuestiones de cada una de ellas.

4.1. Transferencia de derecho

A) Dimensión sustantiva

La transferencia de derecho se produce cuando se desplaza al extranjero o a territorio nacional,

(9) Al respecto, *vid.* SANCHEZ LORENZO, S. (2000): «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*, t. 0, páginas 115-157; en el mismo sentido, D. SANCHO VILLA, *La transferencia internacional de la sede social... op. cit.*

(10) Propuesta de Decimocuarta Directiva sobre transferencia internacional de la sede social («Proposition de quatorzième directive du Parlement européen et du Conseil concernant le transfert du siège des sociétés d’un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable», XV^e D.G).

un elemento «sede social» determinante de la nacionalidad de la sociedad, tanto para el ordenamiento de origen como para el de destino. Es el caso del traslado de la sede estatutaria de una sociedad española al extranjero (a cualquier país), así como el traslado de la sede estatutaria de una sociedad extranjera a España. Para el ordenamiento de origen, el traslado de la sede estatutaria —consignada en los estatutos sociales, que se inscriben en el Registro de origen—, determina que esa sociedad deje de ser una sociedad nacional, y para el de destino, la recepción de esa sede estatutaria determina que la sociedad se constituya como sociedad nacional. Pero es también el caso del traslado de la sede de administración de una sociedad extranjera a España, pues, como se ha señalado, el legislador exige que esa sociedad adopte la nacionalidad española.

Las ventajas de esta operación, cuando es viable, son básicamente las que derivan del establecimiento en otro país, sin necesidad de haber padecido el complejo proceso de disolución de la sociedad, en origen y, por otro lado, evitando el también costoso proceso de constitución de sociedades en el Estado de destino. Y es que, la sociedad que traslada su sede estatutaria, cambia de nacionalidad, sin que se produzca la extinción de la sociedad, es decir, sin que se extinga su personalidad jurídica.

Esta operación ha planteado tradicionalmente dos dificultades principales: la eventual extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, motivada por el cambio de nacionalidad y, en segundo lugar, el problema de la adaptación de los estatutos sociales.

Debido al escaso desarrollo normativo de esta operación en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, la misma ha sido tradicionalmente vista con recelo. Durante mucho tiempo, para defenderse de la inseguridad e incertidumbre que envolvía a esta operación, los Estados impedían su realización, vinculando la transferencia a la extinción de la personalidad jurídica, alegando que la sociedad no podía sobrevivir al cambio de nacionalidad. Pero estas posturas extremas deben entenderse, en la actualidad, superadas. La propuesta de Decimocuarta directiva aclara definitivamente la cuestión afirmando que este tipo de



transferencia no supone la extinción de la personalidad jurídica. En todo caso, en el ordenamiento español, es un hecho admitido, que la transferencia determinante de un cambio de nacionalidad se produce sin riesgo para la continuidad de la personalidad jurídica. Al respecto, existen ejemplos recientes que lo demuestran (como el supuesto examinado por el Registrador español el 4 de febrero de 2000, donde se trataba de una sociedad de Liechtenstein que trasladaba su sede estatutaria a España) (11).

La segunda cuestión es relativa a la adaptación de los estatutos sociales. Más ampliamente, cuando una sociedad extranjera traslada su sede estatutaria a España, debe adaptarse a la legislación española, es decir, debe inscribirse en el Registro Mercantil como alguno de los concretos tipos sociales que existen en España. En otras palabras, si una sociedad de acciones italiana traslada su sede estatutaria a España, deberá adaptar su estatuto a las exigencias que la ley española impone a las sociedades anónimas españolas, si ese ha sido el tipo social elegido. Porque una vez inscrita, la sociedad pasa a ser una sociedad anónima española. La dificultad de este proceso de adaptación se ha visto reducida, por lo menos en el ámbito comunitario, donde las Directivas de sociedades adoptadas han producido una armonización cierta del Derecho de sociedades de los Estados miembros.

B) Dimensión registral y fiscal

Esta operación presenta una muy marcada dimensión registral. El traslado de la sede exige la cancelación de la sociedad en el Registro de origen y su inscripción como sociedad en el Registro del Estado de destino (12). El riesgo principal que debe evitarse es que la sociedad permanezca inscrita en los dos Registros, esto es, que tenga dos nacionalidades, o bien, el caso con-

trario, que la sociedad haya sido cancelada en el Registro de origen y en el de destino —que no tenga ninguna—. Además el registrador deberá comprobar la legalidad de la operación, y proceder a la inscripción de la sociedad cuando el acuerdo de traslado, adoptado conforme a la legislación del país de origen, fue suscrito con todas las garantías (para los socios disidentes, respetando el derecho de separación, en su caso...).

Desde un punto de vista fiscal, la ventaja principal de esta operación es la de evitar el costoso procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad. No obstante, en muchos países del entorno jurídico, se asimila todavía el traslado de la sede social a una constitución, encareciendo sobremanera la operación, y privándola de su principal atractivo.

4.2. Transferencia de hecho

A) Dimensión sustantiva

La transferencia no determinante de un cambio de ley aplicable o transferencia de hecho, se produce cuando se traslada la sede de administración entre dos Estados atenuados a la teoría de la constitución. En el ordenamiento español, como hemos señalado, esta operación tiene cabida cuando una sociedad anónima o de responsabilidad limitada española, traslada al extranjero, a un país atenuado a la teoría de la constitución, la sede de administración.

La principal ventaja de esta operación es sin duda su flexibilidad. La misma permite que la sociedad se establezca en el territorio del Estado donde más le convenga, por motivos estratégicos, empresariales, operativos..., sin perder su nacionalidad de origen. Es decir, el traslado de la sede de administración en el marco de una transferencia de hecho (entre dos Estados atenuados a la teoría de la constitución), permite que la sociedad siga siendo nacional del Estado de origen, nacionalidad reconocida en el Estado de destino.

Esta situación es muy favorable para la sociedad. Aunque instalada en otro país (donde localiza la sede de administración), para las autoridades del Estado de destino, es una sociedad extranjera, esto es, sometida a una ley distinta. En otras pala-



(11) Al respecto, SANCHO VILLA, D. (2000): «El traslado del domicilio social a España en el Registro Mercantil», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. 0, páginas 465-483.

(12) Ampliamente, sobre el Registro mercantil frente a las operaciones societarias internacionales, *vid.* ARENAS GARCIA, R. (2000): *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

bras, para estas autoridades, para los terceros que contratan con ella, o incluso, para los nuevos socios locales, esta sociedad escapa de las reglas nacionales de sociedades.

B) Dimensión registral y fiscal

La dimensión registral de esta operación es hoy por hoy inexistente. La situación de traslado al extranjero de la sede de administración entre Estados ateniéndose a la teoría de la constitución, es una realidad que escapa del control del legislador.

La dimensión más conflictiva de la transferencia de hecho es sin duda la dimensión fiscal. Los diferentes ordenamientos estatales vinculan la obligación de tributar al establecimiento de la sede estatutaria y de administración en el territorio del Estado. Ello supone que la transferencia de la sede de administración al extranjero puede provocar un supuesto de doble imposición. Así sucede en España, donde el traslado al extranjero de la sede de administración por parte de una sociedad de capital española no altera su condición de sociedad «residente» y por lo tanto no modifica su obligación personal de contribuir conforme a la Ley del Impuesto de Sociedades — por la renta mundial obtenida, ni perjudica la continuidad del «domicilio fiscal» en España (13). La idea que interesa subrayar es que si bien no existen en el ordenamiento español impedimentos jurídicos insalvables a la transferencia de hecho, la ausencia de armonización fiscal comunitaria y los problemas de doble imposición internacional se presentan como un obstáculo actual a esta forma de movilidad societaria.

5. Balance y perspectivas de futuro

Si el concepto de frontera nacional no deja de perder sentido en todos los campos del Dere-

cho privado (propiedad intelectual, propiedad industrial, contratación...), este fenómeno alcanza también al Derecho de sociedades. La transferencia internacional de la sede social se presenta como una operación realizable y flexible, de gran interés para el comercio internacional. Ofrece posibilidades ciertas en cuanto al establecimiento de sociedades en otros países, de acuerdo con las estrategias empresariales de penetración en mercados extranjeros. Tiene cabida en el ordenamiento español, tanto cuando se trata de la emigración al extranjero como cuando se trata de la inmigración a territorio nacional, como demuestra la práctica registral existente.

A pesar del interés que esta operación presenta para el comercio internacional, hay que subrayar que su regulación es todavía eminentemente estatal, sin que existan por el momento, convenios internacionales que se ocupen de regularla (por más que la existencia de esa regulación convencional esté expresamente prevista en el ordenamiento español). Además de este carácter eminentemente nacional, otro de los rasgos que la transferencia internacional de la sede social presenta en la actualidad, es el relativo a la escasez de disposiciones legales que se encargan de regularla.

Pero parece que es ésta una situación transitoria. Teniendo en cuenta las ventajas anejas a esta operación vinculada a la libre circulación de las sociedades en cualquiera de sus manifestaciones, puede presumirse un desarrollo normativo importante de la misma, por lo menos en el marco comunitario —como denota la propuesta de Decimocuarta Directiva sobre transferencia internacional—. Espacio, donde, por otra parte, se han adoptado numerosas directivas en materia de sociedades, que han permitido alcanzar una armonización cierta de los sistemas nacionales de sociedades de los Estados miembros.



A U L A D E
F O R M A C I O N

(13) Artículo 8.2 Ley 43/1995, de 27 diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (B.O.E., 28 de diciembre de 1995).



BASE DE DATOS ICE

INFORMACION COMERCIAL ESPAÑOLA ofrece un servicio de búsquedas bibliográficas sobre la información aparecida en sus publicaciones periódicas.

PRODUCTOR: Subdirección General de Estudios del Sector Exterior. Secretaría de Estado de Comercio, Turismo y PYME.

TIPO: Referencial (Bibliográfica).

TEMATICA: Economía general, economía española, economía internacional, teoría económica.

FUENTES: Información Comercial Española. Revista de Economía.
Boletín Económico de ICE.
Países de ICE.
Cuadernos Económicos de ICE.

COBERTURA TEMPORAL: Desde 1978.

ACTUALIZACION: Semanal.

VOLUMEN: 12.500 referencias.

MODELO DE REGISTRO

AUTOR: SUBDIRECCION GENERAL DE ESTUDIOS DEL SECTOR EXTERIOR.

TITULO: EL COMERCIO EXTERIOR DE ESPAÑA EN AGOSTO DE 1996.

REVISTA: BOLETIN ECONOMICO DE ICE

NUMERO (FECHA)/PAGINAS: 2522 (NOVIEMBRE 11-17)/9-18..

DESCRIPTORES: EXPORTACIONES / IMPORTACIONES / DEFICIT COMERCIAL / SECTORES ECONOMICOS.

TOPONIMOS: ESPAÑA.

RESUMEN: El saldo de la Balanza Comercial en agosto de 1996 presentó un déficit de 179,9 miles de millones de pesetas, un 37,7 por 100 inferior al registrado en el mismo mes del año anterior. Este resultado se derivó de un crecimiento interanual de las exportaciones del 9,3 por 100 y del -4,6 por 100 en lo que respecta a las importaciones. Desde el punto de vista sectorial, la principal aportación al crecimiento de las exportaciones correspondió a los sectores de alimentación y bienes de equipo, mientras que, por el lado de las importaciones, las únicas contribuciones positivas al crecimiento correspondieron al sector del automóvil y productos energéticos. Con relación al análisis geográfico, el descenso del desequilibrio comercial fue del 57 por 100 frente a la UE y del 16,5 por 100 frente a países terceros.

AÑO DE PUBLICACION: 1996.

— Para solicitar información, diríjase a Base de Datos ICE. Biblioteca. Ministerio de Economía. P.º de la Castellana, 162, planta 1. 28071 Madrid. Teléfonos: (91) 349 35 14. Fax: (91) 349 60 75.

— Las publicaciones relativas a los documentos referenciados podrán adquirirse en el Punto de Venta de Publicaciones: P.º de la Castellana, 162, planta 0. 28071 Madrid. Teléf. (91) 349 36 47, o bien consultarse en Biblioteca, P.º de la Castellana, 162, 1.ª planta. Teléfono (91) 349 35 93.