

Doble Grado de Administración y Dirección de Empresas y Derecho

Título: El establecimiento empresarial en el mercado único europeo

Autoría: Maria de Puig Guixé

Tutoría: Dra. Cristina Pellisé de Urquiza

Departamento: Derecho Privado (Sección: Derecho Internacional Privado)

Curso académico: 2018-2019



RESUMEN

El mercado único europeo ha supuesto para la empresa la apertura a un mercado mucho mayor que el nacional. Entre las posibilidades que se ofrecen a los nacionales de los Estados miembros, se encuentra la libertad de establecimiento, que podrá ejercerse de dos formas: mediante establecimiento a título principal -constituir o gestionar empresas en otros Estados miembros- y, también, mediante establecimiento a título secundario – apertura de filiales, sucursales y agencias en otros Estados miembros-. De todos modos, la falta de unificación en lo que respecta a la noción de nacional de cada Estado miembro, traerá consigo una serie de problemáticas que oscurecen el ámbito en que se aplica este derecho, cuya regulación se contiene -a falta de desarrollo normativo- en la norma primaria y en las aclaraciones que ha venido haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE

Unión Europea – Libertad de establecimiento – Nacionalidad – Persona jurídica – Sociedades – *Lex Societatis* – Estatuto personal – Ley aplicable – Sede social – Sede de dirección efectiva – Sede real – Traslado transfronterizo – Transformación transfronteriza

ABSTRACT

Within the European Single Market business activity finds an open door to a market far larger than its own national market. Among the opportunities offered to Member States' nationals we have freedom of establishment. This European Liberty might be exercised in two manners: through a main establishment, when constituting or managing business activities in other Member States; or through a secondary establishment, when opening subsidiaries, branches or agencies in other Member States. However, there is absence of uniformity regarding the rules to determine nationality. Thus, it will difficult to determine when individuals can benefit from freedom of establishment. A right that has been mainly regulated in the Treaty and though the Case Law of the European Court of Justice.

KEY WORDS

European Union– Freedom of establishment – Nationality – Legal person – Company – *Lex Societatis* – Personal Law – Applicable Law – Registered office – Central administration – Principal place of business – Transboundary movement – Transboundary transformation

ABREVIATURAS

CEE: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957 (Roma)

EM: Estados miembros

MC: Modelo de constitución

MS: Modelo de sede

MU: Mercado Único

MUE: Mercado Único Europeo

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, 1965 (Bruselas)

TFG: Trabajo Final de Grado

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2007 (Lisboa)

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA EN EL MERCADO INTERIOR	11
1.1. FILIAL.....	12
1.2. SUCURSAL	13
1.3. AGENCIA.....	15
2. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES EN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	16
2.1. EFECTO DIRECTO DE LAS DISPOSICIONES DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA	16
2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL: ¿QUÉ COMPRENDE EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO?	17
2.2.1. EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL SENTIDO DEL 49 TFUE Y LAS EXCLUSIONES A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO	18
2.2.2. EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO: A TÍTULO PRINCIPAL Y A TÍTULO SECUNDARIO.....	20
2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL: BENEFICIARIOS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO	21
2.3.1. LA CONDICIÓN DE NACIONAL DE UN ESTADO MIEMBRO.....	22
2.3.2. DETERMINACIÓN DE LA LEY DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD: «INCORPORATION THEORY» Y «SITZTHEORIE»	23
2.3.3. CONTENIDO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES: RECONOCIMIENTO Y TRATO NACIONAL.....	26
3. EL TJUE Y EL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES.....	27
3.1. ESTABLECIMIENTO PRINCIPAL DE PERSONAS FÍSICAS Y ESTABLECIMIENTO SECUNDARIO DE SOCIEDADES: ESTABILIDAD EN LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN	28
3.1.1. EL ESTABLECIMIENTO A TÍTULO SECUNDARIO Y LA ELUSIÓN DE NORMAS NACIONALES: ¿ABUSO O FRAUDE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO?.....	30
3.1.2. EL ESTABLECIMIENTO A TÍTULO SECUNDARIO Y LA ELUSIÓN DE NORMAS NACIONALES: RESTRICCIONES	32
3.2. CONFLICTO MÓVIL AL EJERCERSE EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO: TRASLADO Y TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA	35
3.2.1. TRASLADO TRANSFRONTERIZO: EL VÍNCULO CON EL ESTADO DE ORIGEN	36
3.2.2. TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA: EL VÍNCULO CON EL ESTADO DE DESTINO.....	39
4. CONCLUSIONES.....	42
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46
NORMAS.....	46

TRATADOS INTERNACIONALES	46
DIRECTIVAS	46
LEYES INTERNAS.....	46
JURISPRUDENCIA	46
BIBLIOGRAFÍA	47
LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBRO	47
ARTÍCULOS.....	49
ANEXOS	50
ANEXO 1: RESUMEN DE CASOS SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO A TÍTULO SECUNDARIO Y LA ELUSIÓN DE NORMAS NACIONALES	50
ANEXO 1.1: RESUMEN STJCE de 10 de julio de 1986, asunto D.H.M. Segers, C-79/85.....	50
ANEXO 1.2: RESUMEN STJCE de 9 de marzo de 1999, asunto Centros Ltd, C-212/97.....	51
ANEXO 1.3: RESUMEN STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto Inspire Art Ltd, C-167/01	51
ANEXO 2: RESUMEN DE CASOS SOBRE EL TRASLADO TRANSFRONTERIZO	53
ANEXO 2.1: RESUMEN STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto Daily Mail and General Trust PLC, C-81/87.....	53
ANEXO 2.2: RESUMEN STJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto Überseering BV, C-208/00	53
ANEXO 2.3: RESUMEN STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto Cartesio Oktató és Szolgáltató, C-210/06	55
ANEXO 3: RESUMEN DE CASOS SOBRE LA TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA.....	55
ANEXO 3.1: RESUMEN STJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto SEVIC Systems AG, C-411/03	55
ANEXO 3.2: RESUMEN STJUE de 12 de julio de 2012, asunto Vale Építési Kft, C-378/10...56	56
ANEXO 3.3: RESUMEN STJUE de 25 de octubre de 2017, asunto Polbud-Wykonawstwo sp.zo.o., C-106/16	57

INTRODUCCIÓN

Desde el prisma del Derecho, la empresa es una creación propia, sujeta a los parámetros que éste delimite. La empresa, en cambio, mira al derecho como un elemento más de su entorno, con el que tiene que contar; como en una carrera de obstáculos en que, unas veces servirá de trampolín y otras de valla. Éste es, al fin y al cabo, un ejemplo más de cómo una misma realidad -según como se observe- puede llevar a conclusiones dispares.

El objeto de este trabajo es conjugar estas dos visiones en un marco teórico desde el que la empresa pueda detenerse a ver cómo el Derecho enmarca -y a su vez cataliza- algunas de sus estrategias de internacionalización. En concreto, el ejercicio del derecho de establecimiento dentro de la Unión Europea, que permite a los nacionales de los Estados miembros, ejercer actividades económicas por cuenta propia, mediante establecimiento permanente en cualquier otro Estado miembro.

Esto es, desde una perspectiva empresarial: puerta a abierta a un mercado que excede -con creces- los horizontes del nacional. El derecho de establecimiento descubre, pues, para el empresario un sinfín de oportunidades para el desarrollo de la mejor estrategia competitiva: ¿dónde están mis clientes potenciales, qué Estado tiene los tipos impositivos que más me favorecen, dónde encontraré el *know how* para elaborar mi proyecto, dónde puedo obtener los recursos que necesito, o en qué Estado dispongo de mayores facilidades para constituirme?

El estudio de cada uno de estos puntos -y los que no se han citado- con el análisis comparado entre Estados miembros que exigiría, supera -en mucho- el contenido que puede abarcar este trabajo. Por lo tanto, con tal de no caer en el "*quién mucho abarca poco aprieta*", nos limitaremos a exponer cuándo abre el Derecho la puerta de la libertad de establecimiento para la empresa en el ámbito de Unión Europea. Es decir, ¿para el ejercicio de qué actividades? -ámbito de aplicación material-; ¿a qué empresas? -ámbito de aplicación personal-; y, ¿en qué modo y circunstancias? -contenido y análisis jurisprudencial-. Sin pretender, por lo tanto, enzarzarnos en un estudio de derecho comparado que llevaría a profundizar en las divergencias normativas particulares de cada Estado.

La empresa, como se verá, se encuentra con un marco holgado en el que ejercer su derecho de establecimiento. Deberá cumplir con escasos requisitos y no se le opondrán grandes restricciones cuando llame a la puerta de los distintos países de la Unión. En ellos, el empresario -no abundarán nuestras líneas en el derecho de establecimiento de las personas físicas- podrá constituir y gestionar sociedades y éstas -objeto principal de nuestro trabajo-, a su vez, abrir establecimientos -a título secundario- amparadas en la personalidad jurídica que les confiere el derecho del Estado de constitución o, podrán

también -aunque su estudio requeriría un mayor detenimiento-, transferir la totalidad de la actividad empresarial a otros Estados de la Unión -traslados y transformaciones transfronterizas-.

Sin embargo, para dar a las empresas entrada a la libertad de establecimiento, el Derecho de la Unión remite a los distintos ordenamientos nacionales. No se han unificado estas materias y, en el marco internacional -hábitat de la empresa en un mundo globalizado-, nos encontramos con que, el Derecho nacional, “creador de empresas”, se encuentra con su propio límite en el espacio: viendo como otros ordenamientos regulan de forma diferente cuestiones esenciales, como son los criterios de conexión que confieren a la empresa la propia nacionalidad. Siendo así, la empresa, puede caer en tierra de nadie o en tierra de todos. La nacionalidad es una cuestión central para el derecho de establecimiento, por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deberá dar luces dónde choquen los distintos ordenamientos.

De ahí que, tras exponer el marco normativo que dibuja el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, analizaremos la jurisprudencia de dicho Tribunal, con tal de esclarecer -en la práctica- qué cuestiones entran -y cuales no- en el ejercicio del derecho que nos interesa.

Es decir, ¿qué complejidades traerá consigo la falta de unificación? Ésta, será una de las principales cuestiones que se abordarán en nuestro estudio. Además de señalar qué comprende el derecho de establecimiento, se procurarán exponer -sin entrar en pormenores- los principales modelos con que los Estados regulan el tema de la nacionalidad de las sociedades para, finalmente, extraer las consecuencias de sus principales diferencias sobre la libertad de establecimiento.

Enmarcado el trabajo en su aspecto teórico -incluyendo el análisis de las resoluciones del Tribunal de Justicia emitidas en relación a la libertad de establecimiento en asuntos concretos- debe destacarse, también, la utilidad del mismo en su vertiente práctica, para la toma de decisiones, en el ámbito de las estrategias de internacionalización de empresas, dentro de la Unión.

1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA EN EL MERCADO INTERIOR

Ábrase cualquier libro actualizado de estrategia empresarial y se encontrará como cuestión contemporánea de especial relevancia el factor de la internacionalización, que deberá ser tratado tanto desde la óptica del análisis de la competencia; como de las posibilidades de expansión de la propia actividad, entrando aquí consideraciones como, por ejemplo, el coste de los factores productivos y de la mano de obra en diversos Estados, los tipos impositivos a que se verá sometida la empresa según dónde se establezca, la proximidad y posibilidad de acceso al mercado en que se encuentran los consumidores potenciales, los tipos de cambio y otros muchos etcéteras. Deberá analizarse, también, la organización de la estructura empresarial en un mundo globalizado e incluso cuestiones culturales que afectarán al entorno empresarial.

Si bien es evidente que, en la actualidad, los mercados locales cuentan con actores internacionales, procedentes de otros países; en el marco de la Unión Europea (UE), se ha dado una especie de proceso inverso: los actores locales se hallan inmersos en un mercado que excede las fronteras que, en el marco internacional, pudiera marcar su propia nacionalidad -al menos, dentro del ámbito de la Unión- pudiendo acceder al ejercicio de actividades económicas en cualquier otro Estado miembro. Es decir, dentro del Mercado Único (MU), se han roto las barreras nacionales -quedan en pie algunas de sus ruinas, en restricciones generales de difícil justificación práctica- y se ha admitido la libre circulación de empresas. Aunque pudiera parecer más lógico hablar de una ampliación de las fronteras del mercado, el hecho de que se mantenga la condición de nacional de un Estado miembro, exigiéndose que se cumpla con los criterios de conexión de una norma nacional, hace que -todavía- resulte inadecuado expresarlo de este modo.

Así pues, este TFG, se enmarca en el contexto de las oportunidades con que se encuentra la empresa al plantearse la expansión más allá de las fronteras territoriales de su propio Estado y dentro de la Unión.

Aunque no formará parte del marco de análisis jurídico que se desarrollará en este trabajo, parece oportuno mencionar que, el Mercado Único Europeo (MUE), facilita estrategias de internacionalización empresarial como, por ejemplo, en materia de exportación -encuadrable en el ámbito de la libre circulación de mercancías-; también, en cuestiones relativas a la contratación mercantil, que podría darse entre empresas establecidas en distintos países de la Unión, que pactarán con tal de allanar su camino en el mercado internacional; o la posibilidad -anteriormente inmersa en el ámbito de la libertad de establecimiento- de realizar fusiones entre empresas en distintos Estados miembros. Sin embargo, y anticipándonos al contenido que se desarrollará más adelante, conviene exponer que, en el marco del mercado europeo, las estrategias de internacionalización empresarial de las sociedades de un Estado de la Unión, encuentran en el resto de Estados una puerta abierta para el establecimiento a título secundario y,

también, siendo más compleja -aunque no por ello viéndose impedida- para la posibilidad de mover su principal a otros Estados miembros.

En este apartado nos limitaremos a señalar que el empresario nacional de un Estado miembro -frente a las oportunidades del Mercado Único (MU)- puede escoger constituir su empresa en el Estado cuya normativa reputa más favorable y en las mismas condiciones que los nacionales de aquel Estado. Una vez constituida su empresa, además, podrá ejercer su actividad en cualquier otro Estado de la Unión mediante la apertura de filiales, sucursales o agencias; abriéndose un inmenso marco de posibilidades que, en el caso concreto, deberían ser objeto de desarrollo de una estrategia empresarial que analizara la forma organizativa que mejor conviniera a la empresa mediante los distintos factores a considerar. Por lo tanto, si bien desde la óptica del derecho, para la aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, puede resultar baladí la distinción entre filial, sucursal y agencia -pues, cómo se expondrá más adelante, en lo que a la libertad de establecimiento se refiere, se da una definición amplia que no se detiene a distinguir entre estos tres conceptos-; desde punto de vista empresarial puede resultar muy relevante la distinción a la hora de definir o diseñar su estructura en el ámbito internacional y, de ahí, que introduzcamos en este apartado una sucinta definición y diferenciación entre los mismos.

Como se ha expuesto anteriormente, en este trabajo, se aborda la libertad de establecimiento empresarial dentro de la Unión, ya sea a título principal o a título secundario. Con tal de introducir, algunas de las formas, en que una empresa puede ejercer su derecho de establecimiento para la expansión empresarial resulta útil fijarse en las tres formas de ejercicio del derecho de establecimiento a título secundario que enuncia el Tratado: filial, sucursal y agencia. Sirva esta distinción para entender la amplitud de la libertad de establecimiento que, no obstante, no queda restringida a estas tres opciones.

1.1. FILIAL

Una filial es un establecimiento con personalidad jurídica propia; es decir, una sociedad que -jurídicamente- se distingue del establecimiento a título principal. Es otra empresa. Por lo tanto, tendrá una estructura organizativa separada de la del principal, se deberá constituir con la adopción de unos estatutos empresariales que den publicidad a su forma y tendrá un patrimonio distinto del de la empresa matriz. Sin embargo, aunque la filial no dependa de la matriz a nivel jurídico -contratará en nombre propio-; sí que se da una relación de dependencia económica. Así pues, las filiales estarán mayoritaria o totalmente participadas por otra empresa que, *de facto*, tendrá poder sobre las mismas.

Una de las ventajas de la constitución de una filial -al tratarse de un patrimonio separado- es que, la empresa matriz, podrá beneficiarse de un *entity shielding*¹, que limitará la responsabilidad de la principal respecto de las obligaciones adoptadas por la filial. Para la empresa que se mueva dentro del ámbito europeo resulta interesante señalar que, con el ejercicio del derecho de establecimiento mediante constitución de una filial deberá cumplir con los requisitos de constitución establecidos por el legislador del lugar donde desee constituirse; con excepción -por supuesto- de aquellos requerimientos que pudieran suponer una restricción desproporcionada para el ejercicio de la libertad europea. Para la empresa proveniente de fuera del Espacio Económico Europeo, la constitución de una filial en la Unión supondrá la creación de una empresa que ostentará la condición de nacional de un Estado miembro y que, por lo tanto, podrá ampararse en las disposiciones del derecho de establecimiento para desarrollar actividades en otros Estados miembros, así pues, funcionando como establecimiento principal dentro del Mercado Único (MU); que, a su vez, podrá establecerse mediante creación de sucursales o agencias -también de otras filiales- en otros Estado miembros.

1.2. SUCURSAL

Las sucursales, en cambio, carecen de personalidad jurídica propia; resulta gráfico el término anglosajón que las define: *branch* (rama), puesto que, al fin y al cabo, una sucursal es una prolongación de la matriz, con «*idéntico objeto que el establecimiento principal, pero instalación material distinta y clientela propia*»². Así pues, a diferencia de la filial, la sucursal se dedicará a una actividad idéntica a la de la principal y estará subordinada a aquélla tanto en los aspectos jurídicos como en los económicos; se integrará dentro de la estructura jurídica de la empresa madre y funcionará como un brazo de la misma en otros lugares.

Teniendo esto en cuenta, la sucursal no se obligará en nombre propio, sino en nombre de la empresa principal y será, por ello, la matriz, la que deba responder de dichas obligaciones. Mientras con las filiales hemos señalado que había una separación patrimonial, que limitaba la responsabilidad de la principal, en el caso de las sucursales no será así; teniendo capacidad de contratar en nombre de la empresa madre. En el ámbito de la Unión, el ejercicio del derecho de establecimiento mediante apertura de sucursales goza de una ventaja considerable: no será preciso para establecer sucursales cumplir con los requisitos de constitución de cada Estado miembro, sino que se podrá

¹ ARMOUR, John; KRAAKMAN, Reinier y HANSMANN, Henry. What is Corporate Law? En: ARMOUR, John; KRAAKMAN, Reinier y HANSMANN, Henry. *The essential elements of corporate law*. Cambridge, MA: Harvard Law School, 2009.

² RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo. Concepto, caracteres y distinción de figuras afines. En: RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo. *La sucursal: algunos aspectos de su régimen jurídico*. Barcelona: Librería Bosch, 1990.

contratar en los demás Estados, conforme a la personalidad jurídica que otorga el derecho de constitución de la principal.

La tabla -que a continuación se presenta- extraída de una Guía de negocios en España elaborada por el despacho Garrigues a petición de ICEX-Invest in Spain, indica las principales diferencias entre sucursal y filial³. Resulta preciso indicar, que, si bien, la representación gráfica es útil para distinguir una forma de establecimiento de la otra, la denominación de las formas societarias y los requisitos para la constitución de una filial, variarán entre los distintos Estados miembros.

DIFERENCIAS ENTRE SUCURSAL Y FILIAL

	Sucursal	Filial
Capital mínimo	No requiere ninguna asignación mínima	S.A.: 60.000€. S.L.: 3.000€
Personalidad jurídica	No tiene personalidad jurídica propia (es la misma persona jurídica que la matriz)	Tiene personalidad jurídica propia
Órgano de administración y gobierno	Representante (actúa como apoderado de la sucursal en representación de la sociedad matriz)	Junta general y órgano de administración
Responsabilidad accionistas/socios	No existe límite a la responsabilidad de la sociedad matriz	La responsabilidad de los accionistas/socios respecto de las deudas de la filial está limitada al importe de sus aportaciones de capital

Tabla 1: Fuente: Guía de negocios en España. Establecimiento en España, pág. 21.

³ Guía de negocios en España. Establecimiento en España, pág. 21. (Última consulta 14 de junio de 2019) http://www.investinspain.org/guidetobusiness/es/2/CAP_2_2015.pdf

1.3. AGENCIA

Las agencias son *intermediarios independientes*- ya sea una persona física o jurídica- que, de forma permanente negocie *por cuenta de* la matriz⁴; sin embargo, no tendrán «*nunca el mismo objeto que la sede central*»⁵. Así, mientras la sucursal tiende a dedicarse a actividades homogéneas a las de la principal, pero sita en otros lugares; la agencia se limitará a una función de intermediario contractual. Será un establecimiento permanente que se encargará de negociar y concluir contratos en nombre de la principal. Sin embargo, el agente no dispondrá de medios para satisfacer las obligaciones contraídas, sino que deberá hacerlo -de forma directa- la empresa matriz.

Los aspectos que caracterizan la relación entre el agente y la principal⁶ son: en primer lugar, su duración, se trata de una relación jurídica de carácter permanente -nota definitoria de las formas de ejercicio del derecho de establecimiento-; además, el agente, a diferencia del concesionario, contrata por cuenta ajena -quien asume el riesgo, en el contrato de agencia, es la principal-; tiene una cierta independencia en lo que refiere a la organización de la actividad profesional -como señala la Directiva al referir el deber de ajuste *a las instrucciones razonables* del empresario⁷-; y, por último, la actividad del agente será remunerada⁸.

Para la empresa el contrato de agencia resulta en una forma práctica de adoptar presencia en el mercado de otro Estado. Los agentes, ejercerán actividades comerciales en nombre de la empresa sin suponer una excesiva inversión de capital ni de recursos. Al negociar el agente con sus potenciales clientes funciona como un vínculo entre la matriz y la demanda; ejerciendo, a partir de entonces, la matriz, las actividades que sean precisas para el cumplimiento del contrato. En un futuro, si las actividades del agente probaran la posibilidad de crecimiento en ese otro Estado, la empresa podría plantearse

⁴ Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DOCE L, núm. 382, 31/12/1986).

<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0653&from=ES> (Fecha consulta: 2 junio 2019)

⁵ RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo. Concepto, caracteres y distinción de figuras afines. En: RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo. *La sucursal: algunos aspectos de su régimen jurídico*. Barcelona: Librería Bosch, 1990.

⁶ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. Contratos de colaboración y distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de factoring. En: SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. y SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II (Ed. 37) Cizur Menor: Aranzadi, 2015. <https://proviewthomsonreuters.com.sire.ub.edu/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F111827586%2Fv37.5&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100001579f74c8be27b36a9c#sl=e&eid=b62112bf98c0dd45ae22469c731789f0&eat=a-164002558&pg=1&psl=&nvgS=false> [Última consulta: 5 junio 2019]

⁷ Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, cit. supra. Nota 4.

⁸ ÍDEM.

una mayor inversión y el establecimiento de sucursales o filiales con tal de desarrollar su actividad de forma directa en aquel mercado.

2. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES EN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

La libertad de establecimiento viene recogida en la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, forma parte de las disposiciones relativas a la Libre Circulación de Personas del Título IV que distingue entre la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena -capítulo I-; nuestro concreto objeto de estudio, el derecho de establecimiento -capítulo II-; la libre prestación de servicios -capítulo III- y, en cierto modo inherente a todas ellas, la libre circulación de capitales y pagos -capítulo IV-.

Resulta preciso señalar de entrada que, si bien el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE)⁹ precisó que el Consejo debía fijar las condiciones generales de la libertad de establecimiento en un programa general (art. 52 CEE); actualmente, podemos hablar del efecto directo del artículo 49 TFUE¹⁰ y, por lo tanto, del efecto directo de la libertad de establecimiento que comprende la constitución y gestión de empresas o de sociedades en el sentido del actual artículo 54.2 TFUE¹¹. Aun cuando su hermana, la libre prestación de servicios, ha sido desarrollada mediante Directiva, el desarrollo normativo de la libertad de establecimiento ha sido exiguo y, por ello, este estudio se centrará en la norma primaria y -en apartados posteriores- en el desarrollo que, de ésta, ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así pues, para abordar correctamente esta materia resulta preciso analizar la regulación que contiene el Tratado de Funcionamiento sobre la misma, y que constituye el objeto de este capítulo.

2.1. EFECTO DIRECTO DE LAS DISPOSICIONES DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Tal y como se viene exponiendo, el artículo 52 CEE introducía las disposiciones relativas al derecho de establecimiento enunciando que *«En el marco de las disposiciones aquí recogidas, las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro dentro del territorio de otro Estado miembro serán progresivamente*

⁹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), Documento 11957/TXT, <http://eur-lex.europa.eu> (Última consulta: 18 de mayo de 2019)

¹⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), versión consolidada, DOUE, 26.10.2012, C-326/47 a 390.

¹¹ *“Por sociedades se entiende las sociedades de derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”, Art.54, apartado 2 (TFUE).*

*suprimidas a lo largo del periodo de transición»*¹². El actual articulado del TFUE expresa con claridad que, «*en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento»*¹³, sin traer a colación el desarrollo progresivo de dichas disposiciones.

Fue en 1974, en el caso *Reyners contra Bélgica*¹⁴, cuando el TJCE consagró el efecto directo de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento; considerándose «*que, al fijar el término del período transitorio para la realización de la libertad de establecimiento, el artículo 52 impone una obligación de resultado preciso, cuyo cumplimiento debe facilitarse, pero no condicionarse mediante la puesta en funcionamiento de un programa de medidas progresivas; [y] que el hecho de que esta progresividad no haya sido respetada deja incólume la obligación, como tal, una vez transcurrido el plazo previsto para su ejecución»*¹⁵. Del mismo modo se entiende -para el caso de las personas jurídicas- que, tal y como se desprende del 54 TFUE, «*quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros»*¹⁶.

Además, tal y como expresó el TJCE en el caso *Überseering BV*¹⁷ y se ha reiterado en la jurisprudencia, tampoco pueden resultar en un límite a la libertad de establecimiento, disposiciones del tratado como la del 293 (TCE)¹⁸, dirigidas a encarecer “*en tanto sea necesario*” negociaciones entre Estados miembros dirigidas a favorecer reconocimiento de sociedades. En este caso, el TJCE entendió la aplicación directa de las disposiciones del Capítulo II, Título IV del Tratado como el punto de partida y las negociaciones del 293 TCE como «*solución (...) en la hipótesis en que las disposiciones del Tratado no permitan realizar los objetivos del Tratado»*¹⁹; no pudiendo condicionarse la realización de la libertad de establecimiento a la adopción de esos Tratados, por ser el marco previo en el que debían entablarse estas negociaciones.

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL: ¿QUÉ COMPRENDE EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO?

El artículo 49 TFUE nos define la libertad de establecimiento como «*el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo*

¹² Cit. nota 9.

¹³ Art. 49, párrafo segundo, (TFUE), 2012, cit. nota 10.

¹⁴ STJCE de 21 de junio de 1974, C-2/74.

¹⁵ ÍDEM.

¹⁶ Art. 54, párrafo primero, (TFUE), 2012, cit. nota 10.

¹⁷ STJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00

¹⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), versión consolidada, DOCE, 24.12.2002, C-325/33 a 184.

¹⁹ STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering BV*, C-208/00

54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales»²⁰. Asimismo, nos indica el artículo que la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento «se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro»²¹. En estas líneas se condensa el ámbito material en que resultarán de aplicación las disposiciones del derecho de establecimiento, que se desarrollarán en este capítulo.

2.2.1. EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL SENTIDO DEL 49 TFUE Y LAS EXCLUSIONES A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

En primer lugar, nos indica el Tratado que dicha libertad comprende «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio»; entendiéndose esto, en contraposición al ejercicio de actividades por cuenta ajena -cuya regulación se desarrolla en las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores del capítulo I del mismo Título-. Por lo tanto, las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento se aplicarán cuando quién actúa no se considere trabajador -concepto autónomo del Derecho de la Unión- que se distingue por la existencia de una relación laboral en «que una persona realiza en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales recibe una remuneración»²².

Así pues, hablaremos de libertad de establecimiento cuando, quien la ejerza, actúe en provecho propio y de forma independiente. Entendiendo, conforme al TJUE, que son actividades económicas con carácter independiente aquellas en que no medie subordinación por lo que respecta a la actividad o a las condiciones de trabajo y retribución; que se ejerce bajo la propia responsabilidad y a cambio de un pago que se remunera de forma íntegra y directa²³.

En segundo lugar, el ámbito material que abarca la libertad de establecimiento -más allá de lo referido artículo 49 TFUE- debe distinguirse del de la libre prestación de servicios. Tal y como se indica en el artículo 57 TFUE, se diferencia la libre prestación de servicios del derecho de establecimiento por su carácter temporal. Es decir, el ejercicio de la libertad de establecimiento se caracteriza por una nota de permanencia y, la actividad

²⁰ Art. 49, párrafo segundo (TFUE), 2012, cit. nota 10.

²¹ Art. 49, párrafo primero (TFUE), 2012, cit. nota 10.

²² BORRAJO INIESTA, Ignacio y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás. Libre establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de cualificaciones profesionales. En: BENEYTO PÉREZ, Jose María (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (coord.) y BECERRIL ATIENZA, Belén (coord.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Vol. 6, Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*. Navarra: Aranzadi, 2013, pág. 426-534.

²³ OLESTI RAYO, Andreu. Las libertades comunitarias (II): la libre circulación de personas y servicios. En: VILÀ COSTA, Blanca (dir.); ABELLÁN HONRUBIA, Victòria (dir.) y OLESTI RAYO, Andreu (coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo (Ed. 6)*. Barcelona: Ariel, 2011, pág. 257-278.

del prestador de servicios por su carácter limitado en el tiempo. Entendiéndose pues, por establecimiento, la *«instalación material, estable y permanente de una persona física o jurídica nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, con el fin de ejercer en él una actividad no asalariada de naturaleza económica»*²⁴.

Decir, por otro lado que, las disposiciones del TFUE relativas al derecho de establecimiento excluyen una serie de materias de su ámbito de aplicación, admitiendo discriminación por razón de la nacionalidad. Por otra parte, el TJUE, ha señalado la posibilidad de que, en aras a la protección de un interés general, se den restricciones a la libertad de establecimiento, sin discriminar por razón de la nacionalidad.

Las exclusiones que, quedando fuera del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento, admiten discriminación por razón de la nacionalidad, se contienen en los artículos 51 y 52 TFUE. El artículo 51 TFUE se refiere a las actividades que *«estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público»*²⁵, noción -la de poder público- que se deja a la apreciación de cada Estado miembro²⁶. En cuanto al artículo 52 TFUE, señala que las disposiciones del capítulo *«no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas»*²⁷. Son estos dos, en lo que al derecho de establecimiento atañe, los únicos casos en que se admite discriminación por razón de la nacionalidad; puesto que, solo se admite la discriminación en excepciones expresamente previstas por el Tratado y que deberán ser interpretadas -por afectar a una de las libertades fundamentales del Derecho de la Unión- de forma restrictiva.

Así se desprende del caso *Reyners*²⁸, para el supuesto de las profesiones relacionadas con el ejercicio de un poder público, al afirmar el TJCE que *«no se puede admitir esta ampliación [la de la excepción permitida por el -entonces- artículo 55 TCE] cuando, en el marco de una profesión independiente, las actividades que estén eventualmente relacionadas con el ejercicio del poder público constituyan un elemento separable del conjunto de la actividad profesional de que se trate»*²⁹. Así pues, no cabrá discriminación más allá de las señaladas en los artículos 51 y 52 TFUE; es decir, más allá de las que afecten a actividades esencialmente relacionadas con el ejercicio de un poder público y de las que se justifiquen por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

²⁴ ÍDEM

²⁵ Art.51, párrafo primero, (TFUE), 2012, cit. Supra. Nota 10.

²⁶ OLESTI RAYO, Andreu. Las libertades comunitarias (II): la libre circulación de personas y servicios. En: VILÀ COSTA, Blanca (dir.); ABELLÁN HONRUBIA, Victòria (dir.) y OLESTI RAYO, Andreu (coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo (Ed. 6)*. Barcelona: Ariel, 2011, pág. 257-278.

²⁷ Art.52.1 (TFUE), 2012, cit. Supra. Nota 10.

²⁸ STJCE de 21 de junio de 1974, C-2/74.

²⁹ ÍDEM.

Distinto es el supuesto en que, ejerciéndose el derecho de establecimiento dentro del ámbito señalado por las disposiciones del Tratado, deban aplicarse de forma no discriminatoria, restricciones a la libertad de establecimiento en aras a proteger un interés general. Esta noción, elaborada por la jurisprudencia el TJUE, se refiere a la restricción caracterizada por: «*ser aplicable a todos los nacionales de los Estados miembros; ser objetivamente necesaria para proteger dicho interés [general]; [y no poderse conseguir la protección] con una medida menos restrictiva*»³⁰. Por lo tanto, en el caso de las restricciones por razones imperiosas de intereses general, «*se podrán adoptar normas específicas para evitar que las libertades europeas sean ejercidas con abuso de derecho; pero no se pueden admitir presunciones generales de abuso sin acreditar su existencia*»³¹. Es decir, si bien, se admiten las restricciones amparadas en un interés general, éstas no podrán impedir su ejercicio de forma genérica, sino que deberán justificarse para el caso concreto. En el análisis jurisprudencial posterior, veremos cómo se desarrollan en la jurisprudencia Tribunal de Justicia las restricciones a la libertad de establecimiento.

2.2.2. EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO: A TÍTULO PRINCIPAL Y A TÍTULO SECUNDARIO

El artículo 49 TFUE incluye, bajo el paraguas de la libertad de establecimiento, dos formas de ejercicio de la actividad empresarial, ya sea, a título principal -mediante *la constitución y gestión* de sociedades- o a título secundario -refiriéndose a *la apertura de agencias, sucursales o filiales*-.

Hablaremos de establecimiento a título principal en los casos en que se dé «*la creación o transferencia de un centro de actividad por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro*»³²; se transfiere -pues- toda la actividad a un país del que no se es nacional³³. La creación de empresas o sociedades -en tanto que implantación principal- es más bien propia de las personas físicas. En lo que concierne a las personas jurídicas, en los casos de creación de empresas, siempre podremos -*per se*-

³⁰ OLESTI RAYO, Andreu. Las libertades comunitarias (II): la libre circulación de personas y servicios. En: VILÀ COSTA, Blanca (dir.); ABELLÁN HONRUBIA, Victòria (dir.) y OLESTI RAYO, Andreu (coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo (Ed. 6)*. Barcelona: Ariel, 2011, pág. 257-278.

³¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás. Libre establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de cualificaciones profesionales. En: Beneyto Pérez, Jose María (dir.); Maillo González-Orús, Jerónimo (coord.) y Becerril Atienza, Belén (coord.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Vol. 6, Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*. Navarra: Aranzadi, 2013, pág. 426-534.

³² OLESTI RAYO, Andreu. Las libertades comunitarias (II): la libre circulación de personas y servicios... . En: VILÀ COSTA, Blanca (dir.); ABELLÁN HONRUBIA, Victòria (dir.) y OLESTI RAYO, Andreu (coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo (Ed. 6)*. Barcelona: Ariel, 2011, pág. 257-278.

³³ SÉCHÉ, Jean-Claude. Le droit d'établissement. En: AUSSANT, Jill; FORNASIER, Raffaello; LOUIS, Jean-Victor; SÉCHÉ, Jean-Claude y RAEPENBUSCH, Sean. *Le Droit de la CEE : Commentaire Mégret. 3, Libre Circulation des Personnes, des Services et des Capitaux. Transports*. Bruselas: Ed. de l'Université de Bruxelles, 1990. Pág. 36-56.

aludir a una sociedad preexistente; pasando a ser, la una, filial -establecimiento secundario- de la otra. Por lo tanto, cuando hablemos del ejercicio del derecho de establecimiento a título principal por parte de una persona jurídica, nos estaremos refiriendo a los casos de transferencia de la actividad a otro Estado miembro, ya sea, mediante traslado o transformación transfronterizos. Como veremos en el análisis jurisprudencial posterior, en estos casos, las empresas trasladan su sede de un Estado a otro. Se trata de casuísticas prohibidas por algunos ordenamientos nacionales y admitidas en otros, en las que el ámbito de aplicación personal del derecho de establecimiento jugará especial relevancia.

Se dará el ejercicio del derecho de establecimiento a título secundario cuando quien ejerza ya una actividad empresarial a título principal en un Estado miembro, abra agencias, sucursales o filiales (...) en el territorio de otro Estado miembro. Pero, si bien el Tratado se refiere a estos tres conceptos para designar el establecimiento secundario, no se detiene a definir su contenido.

En el caso Somafer³⁴, en cambio, se definió el establecimiento secundario como centro de actividad duradero que, actuando como prolongación de una empresa principal, tiene una dirección propia y puede contratar con terceros de forma que éstos, aun sabiendo que se establece un vínculo jurídico con una principal domiciliada en el extranjero, no tienen que dirigirse a ella de forma directa y pueden negociar con el establecimiento secundario³⁵. Como se verá más adelante, el TJUE ha dado amplio reconocimiento al establecimiento a título secundario, que raramente podrá ser objeto de restricción en el Estado receptor. Mientras la empresa principal cumpla con los requisitos del artículo 54 TFUE, que analizaremos detenidamente al definir el ámbito de aplicación personal de estas disposiciones, *«el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro del mercado único, de la libertad de establecimiento»*³⁶. Por lo tanto, de conformidad con lo expuesto en el apartado anterior en referencia a las restricciones al derecho de establecimiento, éstas solo se podrán dar de forma restrictiva y referida al caso concreto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL: BENEFICIARIOS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

El artículo 49 TFUE señala como beneficiarios del derecho de establecimiento a *«los nacionales de un Estado miembro»*. A continuación, el artículo 54 TFUE, indica que *«las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya*

³⁴ STJCE de 22 de noviembre de 1978, C-33/78

³⁵ BARNARD, Catherine. Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services: Legal Persons. En: BARNARD, Catherine. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pág. 381-409.

³⁶ STJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97

sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros».

Así pues, el ámbito de aplicación personal del derecho de establecimiento engloba a los nacionales de un Estado miembro, ya sean, persona física o persona jurídica conforme a lo dispuesto en el 54 TFUE.

2.3.1. LA CONDICIÓN DE NACIONAL DE UN ESTADO MIEMBRO

Al referirse, los artículos 49 y 54 TFUE, a los nacionales -persona física o persona jurídica- de un Estado miembro, como beneficiarios de la libertad de establecimiento; se da una remisión al ordenamiento jurídico interno, puesto que, conforme al Derecho de la Unión, cada Estado miembro es competente para determinar la *adquisición y pérdida de la nacionalidad*³⁷. Así pues, para el caso de las personas físicas, podrán ejercer el derecho de establecimiento todas aquellas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro, conforme al ordenamiento de dicho Estado³⁸.

Para el caso de las personas jurídicas, el artículo 54 TFUE, señala que podrán acogerse a la libertad de establecimiento todas aquellas *«sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado»*³⁹ que, persiguiendo un fin lucrativo, estén *«constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión»*⁴⁰. Por lo tanto, el TFUE establece un doble requisito para la consideración de una persona jurídica como nacional de un Estado miembro: la constitución de la sociedad conforme al derecho de un Estado miembro y el tener sita -alternativamente- su sede estatutaria, su sede de dirección efectiva o su centro de actividad principal dentro de la Unión.

De la equiparación que el artículo 54 TFUE hace entre las sociedades -como se han definido- y las personas físicas nacionales de un Estado miembro, se deduce que *«dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, sirviendo la localización de su domicilio social estatutario, su administración central o su sede de actividad principal para determinar, a semejanza de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro»*⁴¹. Además, en tanto que *«entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico (...) [las sociedades] solo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y*

³⁷ STJCE de 7 de julio de 1992, C-369/90

³⁸ En España, se regula la nacionalidad de las personas físicas en el artículo 17 CC.

³⁹ Art.54.2 (TFUE), 2012, cit. Supra. Nota 10.

⁴⁰ Art.54.1 (TFUE), 2012, cit. Supra. Nota 10.

⁴¹ STJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00

existencia»⁴²; por lo que -careciendo de normas comunes de Derecho comunitario- será el Derecho nacional, en cada caso, el que deberá determinar los vínculos de conexión exigidos para que una sociedad se constituya conforme a su Derecho y para mantener dicho vínculo o modificarlo⁴³.

Será el derecho nacional, por lo tanto, el que determinará la aplicabilidad de las normas relativas al derecho de establecimiento en cada caso concreto. En el apartado que sigue se expondrán las dos teorías principales que articulan la conexión con el Derecho nacional de los Estados miembros, con el fin de alcanzar una mejor comprensión de las problemáticas que surgen con relación al libre establecimiento de sociedades dentro de la Unión.

2.3.2. DETERMINACIÓN DE LA LEY DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD: «INCORPORATION THEORY» Y «SITZTHEORIE»

La lectura del 54 TFUE lleva a que nos preguntemos cómo se determina la constitución de una sociedad «*de conformidad con la legislación de un Estado miembro*». Como hemos expuesto en el apartado anterior, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) nos remite, para la determinación de la efectiva constitución en un Estado miembro, a la ley nacional en cuestión. Los Estados miembros deberán reconocer a las sociedades efectivamente constituidas en otro Estado miembro -siempre que cumplan con el segundo requisito del 54 TFUE-. Parece, pues, necesario traer a colación las dos teorías predominantes en derecho comparado para la determinación de la «*ley estatal que rige una sociedad*», *lex societatis* o «*estatuto personal*» de una sociedad: la teoría de la sede de constitución y la teoría de la sede real.

Como expone GARCIMARTÍN ALFÉREZ:

⁴² STJCE de 27 de septiembre de 1988, C-81/87

⁴³ En España, se regula la ley aplicable a las personas jurídicas en el 9.11 CC, será la aplicable a su nacionalidad. En el caso de las sociedades de capital, el aspecto de la nacionalidad se regula en el 9 LSC. Del contenido del artículo 9 LSC, se dice que España se rige por un sistema mixto: cuando la sede real de una sociedad se halle en el extranjero, el sistema aplica el modelo de constitución -conforme al 9.1 LSC no se exige a las sociedades constituida conforme a la ley española o conforme a la ley de otro Estado, tener su sede de dirección efectiva o su centro de actividad principal en el Estado de constitución-. En cambio, cuando la sede real esté sita en España se limita la elección de la *lex societatis*, rigiendo un modelo de sede real -de acuerdo con el artículo 8 y el 9.2 LSC, se exige que las sociedades con sede de dirección efectiva o centro de actividad principal en España, se constituyan conforme a la ley Española-. Sin embargo, como se desprende del contenido de este trabajo, las disposiciones del derecho de establecimiento dentro de la Unión Europea dan un contenido limitado al 9.2 LSC, puesto que, dentro de la Unión no se admitirán restricciones al derecho de establecimiento que supongan presunciones generales de fraude. Sobre esto, ver más en: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: Garcimartín Alférez, Francisco J. Derecho Internacional Privado (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

«En los ordenamientos que responden al llamado modelo de sede real la *lex societatis* viene determinada por un criterio objetivo: la sede real entendida como el establecimiento principal o central de una sociedad», empleándose como criterio de conexión el domicilio real de la sociedad: el centro de actividad principal o la sede de dirección efectiva. «En cambio, en los ordenamientos que responden al modelo de constitución (...) el único dato importante es la voluntad de los socios fundadores; la ley que rige una sociedad es la ley del Estado conforme a la cual se haya constituido dicha sociedad»⁴⁴.

Aunque algunos autores distinguen la *Incorporation Theory* de la «tesis de la sede estatutaria»⁴⁵, aquí se parte de la premisa, por ser lo habitual, de que «la ley del Estado bajo la cual se haya constituido la sociedad va a exigir que el domicilio social se localice en el territorio de dicho Estado»⁴⁶, con lo que se equiparan ambas nociones. Por lo tanto, quede dicho que en la mayoría de Estados -y en concreto, en el caso de los Estados miembros de la UE- coincidirán sede social, sede de registro y sede de constitución.

Así las cosas, ¿por qué optar por uno u otro modelo?

Mientras a la *sitztheorie* -teoría de la sede real- se le achaca el presentar dificultades en la determinación del Derecho aplicable: por la disparidad de sedes de dirección o lugares de explotación que presentan las sociedades en un mundo globalizado -se da una dispersión de sedes- y la facilidad con que éstas se ven afectadas por la reestructuración de la actividad societaria -la sede considerada establecimiento principal puede estar en constante movimiento-, junto con los problemas de reconstitución que esto comporta -conflicto móvil-; al modelo de constitución se le ha acusado de permitir la constitución de sociedades conforme a ordenamientos con los que no presentan relación alguna -efecto Delaware-⁴⁷.

Según la doctrina, las ventajas del modelo real radican en la prevención del fraude. Al obligarse a las empresas a tener su sede principal en el lugar en que ejercen mayor parte de su actividad y por lo tanto, en el territorio con que se considera que tienen -de hecho- mayor relación, se pretende evitar que «socios o fundadores puedan eludir la aplicación

⁴⁴ Sobre esta cuestión GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado* (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

⁴⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Sociedades de capital y personas jurídicas. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Vol. 2 (Ed. 16). Granada: Comares, 2016, pág. 825-895.

⁴⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: Garcimartín Alférez, Francisco J. *Derecho Internacional Privado* (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

⁴⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Sociedades de capital y personas jurídicas. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Vol. 2 (Ed. 16). Granada: Comares, 2016, pág. 825-895.

del Derecho de sociedades de dicho Estado constituyéndose y actuando al amparo de una lex societatis extranjera»⁴⁸.

En cuanto al modelo de constitución, se le atribuye que *«favorece la actividad internacional de las sociedades»⁴⁹*, se reconoce la personalidad jurídica de aquellas sociedades que estén correctamente constituidas conforme a su estatuto personal, sin necesidad de que vuelvan a constituirse al desplegar su actividad en otros países⁵⁰; también, *«da más certeza jurídica»⁵¹*, siendo más fácil a terceros reconocer la ley de constitución, que no se verá alterada por el propio trajín de la actividad societaria⁵²; *«responde mejor al interés de los socios»⁵³*, que podrán escoger el Derecho estatal que consideren más conveniente; *«y no perjudica necesariamente a terceros en la medida en que estos sepan que están contratando con una sociedad extranjera y lo tengan en cuenta»⁵⁴*.

Los distintos Estados de la Unión Europea han fundado su derecho internacional privado de sociedades sobre una de estas dos teorías y, de las divergencias entre ambas, han surgido la mayoría de las controversias respecto al derecho de establecimiento de sociedades. La principal diferencia al encauzar estos problemas se da en sede de reconocimiento: *«en los Estados donde impera el MC [modelo de constitución] se reconocen las sociedades extranjeras válidamente constituidas en su país de origen, mientras que, en los Estados en los que rige el MS [modelo de sede] en principio solo se reconocerá la personalidad jurídica de las sociedades que hayan sido constituidas de acuerdo con lo establecido en el país donde tienen su sede real»⁵⁵*. Esto conllevará una serie de problemáticas que se abordarán posteriormente en el análisis de la jurisprudencia del TJUE.

⁴⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: Garcimartín Alférez, Francisco J. Derecho Internacional Privado (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

⁴⁹ ÍDEM.

⁵⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Sociedades de capital y personas jurídicas. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado. Vol. 2* (Ed. 16). Granada: Comares, 2016, pág. 825-895.

⁵¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: Garcimartín Alférez, Francisco J. Derecho Internacional Privado (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

⁵² CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Sociedades de capital y personas jurídicas. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado. Vol. 2* (Ed. 16). Granada: Comares, 2016, pág. 825-895.

⁵³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: Garcimartín Alférez, Francisco J. Derecho Internacional Privado (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

⁵⁴ ÍDEM

⁵⁵ BALLESTEROS BARROS, Ángel María. «Reflexiones sobre la modernización del Derecho europeo de sociedades: *Forum Societatis* y *Lex Societatis*». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pág. 291-322.

2.3.3. CONTENIDO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES: RECONOCIMIENTO Y TRATO NACIONAL

Por último, y habiendo trazado los ámbitos en que se aplicará la libertad de establecimiento, pasamos a analizar el contenido de este derecho que, se reconoce a los nacionales de un Estado miembro, cuando ejercen una actividad económica mediante instalación permanente en el Estado de destino y por un tiempo indeterminado⁵⁶. Como se ha mencionado, el artículo 49 TFUE, señala la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento, indicando que dicha libertad comprende «*el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio (...) en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*. Así pues, podemos señalar dos efectos del derecho de establecimiento: el reconocimiento de las sociedades correctamente constituidas en otro Estado miembro y el deber de trato nacional.

Por lo que al primero de estos efectos se refiere, como el derecho de establecimiento se asienta sobre la condición de nacional de un Estado miembro, la correcta constitución de una sociedad conforme al Derecho de un Estado de la Unión debe entenderse como un *prius* al ejercicio del derecho de establecimiento. «*El ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades [las definidas por el 54 TFUE] por todo Estado miembro en que deseen establecerse*»⁵⁷. Obligándose, los Estados miembros, «*a reconocer la capacidad jurídica, y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución*»⁵⁸. Por lo tanto, mientras una sociedad cumpla con los criterios de conexión establecidos por su *lex societatis* deberá ser reconocida en los demás Estados miembros.

Por lo que acabamos de señalar, algunos autores se han referido a una *hidden conflict rule*, una norma de conflicto oculta del Derecho de la Unión⁵⁹. Dado que «*la ley del Estado bajo la cual se haya constituido la sociedad va a exigir que el domicilio social se localice en el territorio de dicho Estado*»⁶⁰; aun cuando el tratado esgrima un doble requisito para la aplicación de la libertad de establecimiento a las personas jurídicas, los criterios de conexión de la norma interna exigirán, para la correcta constitución de una sociedad, tener -al menos- sede social en dicho Estado. Así pues, mientras los Estados miembros mantengan la conexión entre sede social y ley nacional, el precepto del 54

⁵⁶ STJUE de 12 de julio de 2012, C-378/10

⁵⁷ STJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00

⁵⁸ ÍDEM.

⁵⁹ BALLESTEROS BARROS, Ángel María. . «Reflexiones sobre la modernización del Derecho europeo de sociedades. *Forum Societatis* y *Lex Societatis*». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pág. 291-322.

⁶⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: Garcimartín Alférez, Francisco J. *Derecho Internacional Privado* (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

TFUE podría decirse que torna en un único requisito -al menos para los Estados que siguen el modelo de sede social-, en tanto que, la constitución conforme a la ley de un Estado miembro conllevará necesariamente el tener la sede social en ese mismo Estado y, en la literalidad del precepto, dentro de la Unión. Basándose, entonces, el reconocimiento, simplemente en la correcta constitución de la sociedad; sin necesidad de considerar -por venir implícito en el primer requisito- el tener o no sede dentro de la Unión.

Por último, el art. 49 TFUE nos indica el modo en que se ejercerá la libertad de establecimiento: «*en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*», rigiendo pues, el principio de trato nacional. Además, sin extendernos en su consideración, el artículo 55 TFUE, puntualiza que también regirá este principio «*en lo que respecta a su participación financiera [la de los Estados miembros] en el capital de las sociedades definidas en el artículo 54*». El principio de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de acogida consiste en el Derecho a beneficiarse en el país de destino de iguales condiciones y derechos que los nacionales de ese país y, también, de las ventajas necesarias para su integración. No aceptándose restricciones que, aun aplicándose también a los nacionales del país de acogida, solo perjudiquen a los extranjeros⁶¹.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, el TJUE solo ha excepcionado el principio de trato nacional, admitiendo discriminación por razón de la nacionalidad, en los casos en que dichas restricciones se recojan en el Tratado, es decir, en los supuestos del 51 y 52 TFUE y de forma restrictiva. Por lo demás, las excepciones que puedan interponerse al ejercicio del derecho de establecimiento de las sociedades reconocidas como nacionales de un Estado miembro, deberán ir referidas al abuso de derecho en el caso concreto.

Resulta interesante, hacer notar aquí que, tal y como veremos en el análisis jurisprudencial posterior, el trato nacional puede resultar en una vía para el reconocimiento en los casos en que el mantenimiento de la personalidad jurídica de una sociedad quede en tela de juicio por un problema de conflicto móvil debido a la transferencia de su actividad a otro Estado miembro⁶².

3. EL TJUE Y EL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES

Según se ha indicado y se desprende de las disposiciones del Tratado, los nacionales de los Estados Miembros (EM) pueden ejercer la libertad de establecimiento de diversas formas, ya sea mediante establecimiento a título principal o secundario. En este

⁶¹ SÉCHÉ, Jean-Claude. Le droit d'établissement. En: AUSSANT, Jill; FORNASIER, Raffaello; LOUIS, Jean-Victor; SÉCHÉ, Jean-Claude y RAEPENBUSCH, Sean. *Le Droit de la CEE : Commentaire Mégret. 3, Libre Circulation des Personnes, des Services et des Capitaux. Transports*. Bruselas: Ed. de l'Université de Bruxelles, 1990. Pág. 36-56.

⁶² STJUE de 12 de julio de 2012, C-378/10.

apartado se analizarán los distintos modos de ejercicio del libre establecimiento por parte de los nacionales de Estados miembros y cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplica la norma primaria a cada caso.

De lo expuesto en cuanto al articulado del TFUE, se deriva que hay una cuestión que vertebra la libertad de establecimiento: la consideración como nacional de un Estado miembro. Así pues, como veremos en el desarrollo jurisprudencial, al considerar la aplicación de las disposiciones del Tratado al caso concreto, hay una pregunta esencial que debemos hacernos ¿El sujeto en cuestión –quién se ampara en las libertades del Tratado- es nacional de un Estado miembro?

Para el caso de las personas físicas es posible que encontremos alguna dificultad en la determinación de este particular –como ya se ha indicado- y, para resolverlo, tendremos que consultar la norma interna. Sin embargo, para el caso de las personas jurídicas - además de las complejidades relativas al *novit curia*- la respuesta a esta pregunta entraña la cuestión de la existencia –o al menos la de la existencia regular- de la sociedad. Esta consideración toma, entonces, el sentido: ¿Conforme a qué ordenamiento nacional –*lex societatis*- «*existe*»? Se vinculan en esencia la existencia de la sociedad y los criterios de conexión establecidos por su estatuto personal, que determinarán la correcta constitución de la sociedad y el mantenimiento de su personalidad jurídica dentro de la Unión y a lo largo del tiempo.

Una vez resuelta esta cuestión, «*el derecho a la libertad de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado*»⁶³. Juegan su parte, entonces, el principio de igualdad de trato y las posibles restricciones –que en ningún caso podrán ser genéricas- a la libertad de establecimiento de las sociedades que entren en el ámbito de aplicación de las libertades del Capítulo II, Título IV, TFUE.

3.1. ESTABLECIMIENTO PRINCIPAL DE PERSONAS FÍSICAS Y ESTABLECIMIENTO SECUNDARIO DE SOCIEDADES: ESTABILIDAD EN LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN

El ejercicio de la libertad de establecimiento mediante constitución y gestión de empresas, junto con el ejercicio del derecho de establecimiento a título secundario mediante apertura de filiales, sucursales o agencias conforman el contenido básico del derecho de establecimiento, tal y como lo prevén las disposiciones del tratado:

«La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas» y «se extenderá

⁶³ STJCE de 13 de diciembre de 2005, C-411/03

igualmente a (...) la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro»⁶⁴.

Así pues, en los supuestos en que un nacional de un Estado miembro, tal y como lo hemos venido definiendo, ejerza su derecho a establecerse en una de estas formas, no cabrá duda de que se ampara en su derecho a hacerlo conforme a las disposiciones del Tratado y deberá reconocérsele éste derecho -mientras no entre en las exclusiones de la norma primaria-, no pudiendo oponérsele restricción que impida su ejercicio, más allá de las que se admitan para la protección de intereses generales. En este sentido, conviene recordar que el ejercicio de la libertad de establecimiento, mediante constitución o gestión de empresas es más bien propia de las personas físicas. En el caso de las personas jurídicas, la constitución o gestión de empresas resulta en una forma de establecimiento secundario; porque una persona jurídica, *per se*, solo podrá ejercer el derecho de establecimiento cuando ya se haya constituido y cumpla con los requisitos del 54 TFUE.

Sin pretender equiparar completamente el libre establecimiento ejercido por personas físicas con el ejercicio del mismo por personas jurídicas⁶⁵ -siendo este uno de los aspectos controvertidos del Tratado y cuya exposición excedería la extensión prevista para este trabajo- es de notar que, por lo que respecta a los criterios de conexión, en los casos de constitución y gestión de empresas por parte de una persona física y en el del establecimiento a título secundario de sociedades, se da una cierta estabilidad respecto del punto de conexión con el ordenamiento nacional. En ambos casos, el ejercicio de la libertad de establecimiento se fundamenta en una nacionalidad que permanece. En el caso de las personas físicas, parece evidente que el ejercicio de la libertad de establecimiento mediante constitución o gestión se fundamentará en la nacionalidad de aquélla, que no se verá alterada con el ejercicio del derecho de establecimiento. Asimismo, al ejercerse la libertad de establecimiento a título secundario por parte de una persona jurídica, los criterios de conexión del 54 TFUE se mantienen inalterados: no se pierde la consideración de nacional en el Estado miembro de origen, puesto que la empresa matriz mantiene su condición de nacional en el Estado de constitución. En esa nacionalidad se fundamenta el derecho a establecerse en otro Estado miembro. Es más, como se verá, mientras no se alteren los criterios de conexión de la sociedad con su ley de constitución, ésta podrá ejercer la libertad de establecimiento amparada en el mantenimiento de su condición de nacional conforme a la ley de un Estado miembro. Sin que la personalidad jurídica que le otorga su *lex societatis* pueda verse alterada por

⁶⁴ Art. 49, párrafo segundo, (TFUE), 2012, cit. Supra. Nota 10.

⁶⁵ ARENAS GARCÍA, Rafael. Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia. En: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (dir.); GÓRRIZ LÓPEZ, Carles (coord.) y ARENAS GARCÍA, Rafael (coord.) *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*. Barcelona: Atelier Internacional, 2017, pág. 15-44.

su posterior contacto con ordenamientos de otros Estados miembros, que deberán reconocerla⁶⁶.

Como se expondrá en el siguiente punto, las controversias que ha conocido el TJUE en relación con estas formas básicas de ejercicio de la libertad de establecimiento, se refieren a un ejercicio conjunto de las mismas. Son casos en que, personas físicas nacionales de un Estado miembro constituyen una empresa en otro Estado miembro - en que no ejercen actividad alguna-, para después abrir filiales o sucursales -desde las que ejercen toda su actividad- en otros Estados miembros, beneficiándose de las condiciones de constitución favorables en el Estado miembro en que establecen su sede social. Algunos países de la Unión -regidos por el modelo de la sede real- han considerado que, en estos casos, se da un uso abusivo del derecho de establecimiento y, en aras a esclarecer esta cuestión, han elevado cuestiones prejudiciales al TJUE. En los apartados que siguen, se recoge el contenido de sus sentencias y la óptica con que el Tribunal analiza las restricciones al derecho de establecimiento para estos casos.

3.1.1. *EL ESTABLECIMIENTO A TÍTULO SECUNDARIO Y LA ELUSIÓN DE NORMAS NACIONALES: ¿ABUSO O FRAUDE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO?*

Tal y como se viene enunciando, los Tribunales de algunos Estados miembros han elevado al TJUE cuestiones prejudiciales en casos en que, personas físicas nacionales de un Estado miembro aprovechaban normas de constitución de empresas -menos rigurosas que las de la propia nacionalidad- de otro Estado de la Unión, para crear una persona jurídica que, sin ejercer actividad alguna en el país de constitución, a su vez, abriera sucursales en otros Estados, desde donde ejercer toda su actividad. En estos casos, algunos Estados miembros denegaban el registro de sucursales ⁶⁷ y las prestaciones de seguro de enfermedad de directivos ⁶⁸, o imponían requisitos adicionales al establecimiento de sociedades extranjeras ⁶⁹; por considerar que, mediante la apertura de una sucursal en su territorio, se pretendía eludir las normas nacionales de constitución, dándose un uso abusivo del derecho de establecimiento.

Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en estos casos son similares: si las restricciones señaladas, se oponen a las disposiciones relativas al derecho de establecimiento tal y como viene recogido en el Tratado, cuando sin ejercerse actividad alguna en el principal, se pretende desarrollar la totalidad de la actividad en el Estado de la sucursal o, dicho con otras palabras, si se da dicha oposición, cuando se ejerce el «*establecimiento con carácter secundario en [un] Estado miembro*

⁶⁶ STJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00

⁶⁷ STJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97

⁶⁸ STJCE de 10 de julio de 1986, C-79/85

⁶⁹ STJUE de 30 de septiembre de 2003, C-167/01

de una sociedad constituida en otro Estado miembro con la única finalidad de disfrutar de determinadas ventajas en relación con las sociedades constituidas según la legislación del Estado miembro de establecimiento, la cual impone requisitos más estrictos que la legislación del Estado miembro de constitución»⁷⁰.

En la respuesta a estas cuestiones, el TJUE procede conforme a un mismo esquema: en primer lugar, fija si el caso entra dentro del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento -cuestión siempre afirmativa, como veremos en este epígrafe, cuando se trate de establecimiento a título secundario- y, a continuación, analiza la idoneidad de las restricciones interpuestas -de acuerdo con el esquema que veremos en el siguiente apartado-.

Como se ha señalado, *«el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado»⁷¹*. Se considera que la constitución de empresas y el establecimiento a título secundario conforman el contenido básico del derecho de establecimiento, puesto que son las formas de ejercicio previstas en el Tratado.

De forma similar lo ha expresado el TJUE en el caso Segers⁷², al expresar que: *«la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro incluye, entre otras cosas, la constitución y la gestión de empresas, especialmente de sociedades en el sentido del artículo 58, párrafo 2, en las mismas condiciones definidas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales»* o bien, al referir, en Inspire Art Ltd⁷³, que: *«las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad precisamente permitir que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, ejerzan por medio de una agencia, sucursal o filial actividades en el territorio de otros Estados miembros»⁷⁴*.

Por lo tanto, al no requerir el Tratado condición alguna para el ejercicio del derecho de establecimiento, más allá que la consideración de nacional; mientras quién ejerza el derecho de establecimiento ostente la nacionalidad de un Estado miembro y, en el caso de las sociedades, cumpla con los requisitos del 54 TFUE: *«Las razones por las que se haya constituido la sociedad en el primer Estado miembro, y el hecho de que ejerza sus actividades exclusivamente, o casi exclusivamente, en el Estado miembro de*

⁷⁰ STJCE de 10 de julio de 1986, C-79/85

⁷¹ STJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97

⁷² STJCE de 10 de julio de 1986, C-79/85

⁷³ STJUE de 30 de septiembre de 2003, C-167/01

⁷⁴ ÍDEM.

establecimiento, no la privan del derecho a invocar la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado CE, salvo que se demuestre la existencia de abuso en el caso concreto»⁷⁵.

Así pues, y tal y como refiere el Tribunal en Centros Ltd⁷⁶: *«carece de importancia que la sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería lo fundamental, incluso la totalidad, de sus actividades económicas»*; puesto que, el Tratado no prevé para la apertura de sucursales, más condición que la nacionalidad. Así, en estos dos casos -el de constitución y gestión de sociedades y el de establecimiento a título secundario- entendiendo que comprenden la finalidad básica de las disposiciones del Tratado, no cabrá duda de que las restricciones que puedan oponerse a su ejercicio limitan la libertad de establecimiento y, por lo tanto, deberá analizarse si procede o no la oposición de restricciones en el caso y forma concretos en que se dan.

3.1.2. EL ESTABLECIMIENTO A TÍTULO SECUNDARIO Y LA ELUSIÓN DE NORMAS NACIONALES: RESTRICCIONES

Habiendo expuesto cómo el Tribunal de Justicia considera que el ejercicio del derecho de establecimiento, mediante la apertura de una sucursal en otro Estado miembro, entra, en cualquier caso, en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado; corresponde analizar, ahora, retomando lo expuesto en el apartado 2.2.1 de este trabajo, los casos en que los Estados miembros consideran que debe restringirse el derecho de establecimiento de sucursales en aras a la protección de un interés general y la óptica con que el TJUE analiza las posibles limitaciones a la libertad de establecimiento en estos supuestos.

En primer lugar, es preciso recordar que no nos encontramos en las casuísticas de los artículos 51 y el 52 TFUE -casos que quedarían excluidos del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento- si no que nos referimos a supuestos en que *«un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta»⁷⁷.*

Para estos casos, el TJUE ha reiterado en sentencias como Segers, Centros e Inspire Art que *«el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituirla en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede*

⁷⁵ ÍDEM.

⁷⁶ STJUE de 9 marzo de 1999, C- 212/97

⁷⁷ STJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97

constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento»⁷⁸. Por lo tanto, las restricciones que estamos analizando en este epígrafe no podrán fundamentarse en el mero hecho de que la actividad empresarial se ejerza exclusivamente desde la sucursal y, así, se escape de la norma nacional que correspondería; sino que deberán venir referidas al comportamiento abusivo en el caso concreto y tomar en consideración los objetivos de las disposiciones del Tratado.

Con tal de garantizar que las restricciones cumplan con este doble cometido: impedir el abuso o fraude en el ejercicio del derecho de establecimiento y salvaguardar los objetivos de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, el TJUE analiza la idoneidad de las restricciones según cumplan con cuatro requisitos, también denominados el test Gebhard⁷⁹: *«que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo»⁸⁰.*

En cuanto al primero de estos requisitos: que las restricciones se apliquen de forma no discriminatoria, nos llevará a no admitir restricciones generales. No se admitirán limitaciones al derecho de establecimiento que no vayan referidas a un abuso de derecho demostrado para el caso concreto -evitando entrar en presunciones generales de abuso-⁸¹. Puesto que, con esto, se abriría la puerta a una restricción discriminatoria por razón de la nacionalidad, del derecho de establecimiento. Por ello, *«en cualquier caso, la lucha contra el fraude no puede justificar una práctica consistente en denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tenga su domicilio social en otro Estado miembro»⁸², impidiéndose -de raíz- el ejercicio del derecho de establecimiento; sino que deberán ser medidas, en cada caso, «apropiadas para prevenir o sancionar fraudes»⁸³. Del mismo modo, en el caso Überseering BV⁸⁴, el Tribunal consideró contrarias al derecho de establecimiento las restricciones dirigidas a denegar *«la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro»* por considerar que *«una medida de este tipo equivale a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 43 CE y 48 CE»⁸⁵.**

⁷⁸ ÍDEM.

⁷⁹ Toma nombre del asunto Gebhard: STJUE de 30 de noviembre de 1995, C-55/94

⁸⁰ ÍDEM.

⁸¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás. Libre establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de cualificaciones profesionales. En: BENEYTO PÉREZ, Jose María (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS; Jerónimo (coord.) y BECERRIL ATIENZA, Belén (coord.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Vol. 6, Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*. Navarra: Aranzadi, 2013, pág. 426-534.

⁸² STJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97

⁸³ ÍDEM.

⁸⁴ STJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00

⁸⁵ ÍDEM.

Así pues, como se ha venido señalando las restricciones que se impongan no podrán denegar de forma directa el derecho de establecimiento o dejarlo sin efecto; si no que podrán «*en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos*» restringir su ejercicio; lo contrario podría suponer una restricción de las libertades del Tratado aun cuando no haya amenaza de interés general alguno.

En relación con la justificación de la medida por razones imperiosas de interés general, vemos cómo, en cada caso, los Estados miembros exponen los motivos por los que las medidas adoptadas responden a intereses como son: la protección de acreedores, la lealtad de las transacciones, la eficacia de los controles tributarios, etc. A continuación, se analiza la adecuación de la medida y se toma en consideración la proporcionalidad - dirigida siempre a la búsqueda de las medidas menos gravosas para alcanzar los objetivos expuestos-.

Así, en algunos supuestos vemos como el TJUE niega la procedencia de las medidas adoptadas por no responder a razones imperiosas de interés general. Tanto en el asunto Centros como en el asunto Inspire Art ; se considera que «*sin que el Tribunal de Justicia tenga necesidad de examinar si las [medidas adoptadas suponen un] mecanismo apropiado de protección*»⁸⁶, mientras la empresa se presente en el tráfico como sociedad extranjera «*sus acreedores potenciales están suficientemente informados de que se le aplica una legislación diferente*» y, además, «*pueden ampararse (...) en determinadas normas de Derecho comunitario que les protegen* »⁸⁷. Por lo tanto, el Tribunal examinará en cada caso si las restricciones impuestas se estiman necesarias para la protección del interés concreto, o bien, como en el caso, si ya existen otras medidas dirigidas a este fin. Si el TJUE considerara que el interés que pretende protegerse está garantizado por otras normas o que el mismo resultado puede obtenerse con medidas menos gravosas, se tendrán las restricciones impuestas como contrarias a la libertad protegida por el Tratado.

En cuanto a la adecuación, se tomará en cuenta si la restricción realmente sirve al fin planteado; considerándose contrarias al derecho de establecimiento las medidas que no se adecúen a la finalidad señalada. En el caso Centros Ltd, por ejemplo, vemos como el Tribunal de Justicia considera que la inseguridad de los derechos de los acreedores hubiera sido la misma en caso de haberse ejercido actividad en el establecimiento principal y, por ello, la denegación de la inscripción en el registro «*no sirve para conseguir el objetivo de protección de los acreedores que supuestamente pretende*»⁸⁸. En tanto que la medida no es adecuada para la consecución del objetivo o interés que

⁸⁶ ÍDEM.

⁸⁷ ÍDEM.

⁸⁸ STJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97

pretende proteger, se considerará que no está justificada y que, por ello, debe prevalecer la libertad europea.

Por último, el TJUE analizará la proporcionalidad, es decir, que la protección del interés general no pueda conseguirse mediante imposiciones menos restrictivas. «*La jurisprudencia aplica el principio de proporcionalidad con gran precisión y rigor*»⁸⁹, proponiendo -en cada caso y en la medida en que lo estime posible- medidas alternativas que resulten menos gravosas para los nacionales. Un ejemplo de ello, son las medidas que el TJUE propone como alternativas a la denegación de la inscripción en el registro de sucursales cuando medie la defensa de un interés general -como los derechos de los acreedores-, al señalar que «*podrían adoptarse medidas menos rigurosas o menos limitativas de las libertades fundamentales, dando, por ejemplo, la posibilidad legal a los acreedores públicos de concertar las garantías necesarias*»⁹⁰.

Entrando -como se ve- el Tribunal en un análisis objetivo de la situación y realizando una propuesta abierta de alternativas para la defensa de los intereses generales de los Estados miembros que permita, también, el desarrollo de las libertades del Tratado. Es interesante hacer notar aquí que, si bien el Tribunal de Justicia admite reiteradamente que no se excluye la necesidad de proteger los intereses generales frente a usos abusivos del derecho de establecimiento y que, en algunos casos -como se acaba de ver-, incluso propone medidas dirigidas a ese fin; en todos los supuestos analizados las medidas adoptadas para la restricción del derecho de establecimiento a título secundario se han considerado contrarias a la libertad de establecimiento reconocida en el Tratado.

3.2. CONFLICTO MÓVIL AL EJERCERSE EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO: TRASLADO Y TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA

Venimos refiriéndonos a situaciones en que el derecho a ejercer la libertad de establecimiento, se basa en una nacionalidad que permanece. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando una persona jurídica nacional de un Estado miembro transfiere su sede social, administración central o centro de actividad principal a un Estado miembro distinto del de constitución?

Tal y como se ha indicado más arriba, el Tratado de Funcionamiento equipara estos tres conceptos con tal de que sirvan «*para determinar, a semejanza de las personas físicas,*

⁸⁹ BORRAJO INIESTA, Ignacio y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás. Libre establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de cualificaciones profesionales. En: BENEYTO PÉREZ, Jose María (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS; Jerónimo (coord.) y BECERRIL ATIENZA, Belén (coord.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Vol. 6, Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*. Navarra: Aranzadi, 2013, pág. 426-534.

⁹⁰ STJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97

su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro»⁹¹. Si bien el Tratado no exige que el establecimiento principal -*sede social, administración central o centro de actividad principal*- se encuentre en el Estado de constitución; habida cuenta de la relevancia que estos tres conceptos toman en tanto criterios de conexión en los distintos ordenamientos nacionales, su transferencia a otro Estado miembro podrá suponer una desvinculación respecto de los puntos de conexión de la *lex societatis* de constitución y, por lo tanto, entrará en duda si la empresa conserva su condición de nacional de un Estado miembro -ya sea, conservando la personalidad jurídica que le atribuía el Estado de constitución o habiendo adquirido la del de acogida-. Corresponderá al ordenamiento de origen y al de destino, en cada caso, establecer si una sociedad que haya transferido su establecimiento principal de un Estado miembro a otro puede considerarse nacional conforme a los criterios de conexión en ellos establecidos. Debiendo analizarse también, por lo tanto, si puede ampararse en las prerrogativas de la libertad de establecimiento conforme al ámbito de aplicación personal fijado en el Tratado.

3.2.1. TRASLADO TRANSFRONTERIZO: EL VÍNCULO CON EL ESTADO DE ORIGEN

Se habla de traslado transfronterizo⁹² en los supuestos en que se produce el traslado del establecimiento principal a otro Estado miembro, con mantenimiento de la *lex societatis* del Estado de origen. Sin embargo, las legislaciones de los Estados miembros, difieren al regular los vínculos de conexión con el ordenamiento nacional. Teniendo en cuenta que son las normas nacionales, en cada caso, las que regulan los criterios de conexión para la constitución de una sociedad conforme a un ordenamiento y para el mantenimiento de esa condición; tendremos que atender a las condiciones establecidas por cada ordenamiento nacional para saber, en el supuesto concreto, si se puede mantener la personalidad jurídica al efectuarse el traslado de sede.

Así pues, frente a un traslado transfronterizo cabrán dos opciones: que el ordenamiento de constitución admita la posibilidad de que la empresa transfiera su «*administración central o centro de actividad principal*» -sede real- a otro Estado miembro con mantenimiento de su condición de nacional del Estado de origen; o bien, que el ordenamiento de origen considere rotos los vínculos de conexión al producirse el traslado transfronterizo. Según las disposiciones nacionales en cada caso, la sociedad mantendría su personalidad jurídica -cuando la norma interna lo permita- o la perdería -perdiendo entonces, también, su condición de nacional del Estado de origen y, con ella, la posibilidad de ampararse en las disposiciones del Tratado-.

⁹¹ STJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00

⁹² En España, regula el traslado del domicilio social dentro del Espacio Económico Europeo los artículos 92 y 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Nótese, que se ha eludido aquí -al citar el Tratado- la referencia a la sede social; si bien, la literalidad de la norma primaria admitiría la transferencia de dicha sede con mantenimiento del estatuto personal de origen en caso de admitirlo el ordenamiento de constitución, ya hemos referido en el apartado 2.3.2 de este trabajo que la ley de constitución siempre obligará a que el domicilio social se localice en el país de constitución⁹³. Por lo tanto, la sede social irá siempre vinculada a los criterios de conexión establecidos por los Estados de la Unión y, por ello, no se admitirá el traslado de sede social con mantenimiento de la condición de nacional en un Estado miembro -por romperse, cuando esto ocurra, con los criterios de conexión establecidos por el Estado de constitución-.

En el primer supuesto, en el caso en que el Estado de origen admita el traslado de la sede real con mantenimiento de la *lex societatis*; la sociedad que efectúe el traslado, lo hará conforme a las disposiciones del derecho de establecimiento -amparándose en su condición de nacional en el Estado miembro de origen-. En estos casos, por lo tanto, el Estado de destino deberá reconocer la personalidad jurídica de dicha sociedad, conforme se la otorga el derecho nacional de otro Estado miembro -el de constitución-. Asimismo, lo expone el TJUE en el caso *Überseering BV*, en que por haber adquirido todas las participaciones de la sociedad unos nacionales alemanes y haberse trasladado a este Estado su domicilio social efectivo, se pretendió -conforme al Derecho alemán- ignorar la personalidad jurídica conferida a dicha sociedad por el Derecho neerlandés y obligarla a reconstituirse en Alemania. El Tribunal de Justicia recordó en esta ocasión que «una sociedad sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que determina su constitución y funcionamiento»⁹⁴ y que la existencia de una empresa es consustancial a su condición de sociedad en el Estado miembro de constitución. Por lo tanto, «el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse»⁹⁵, redundando la exigencia de reconstitución en una negación de dicha libertad.

Así, en el caso en que el traslado transfronterizo con mantenimiento de la *lex societatis* esté admitido en el Estado de constitución, la empresa podrá ampararse -al transferir su actividad- en las disposiciones del Tratado y, por lo tanto, solo podrán oponérsele restricciones en aras a la protección de un interés general, tal y como las hemos analizado en los apartados anteriores.

Por lo que se acaba de señalar, resulta pertinente -tal vez el lector haya reparado en ello- incluir una cita del caso *Überseering BV* -supuesto de traslado transfronterizo- en el apartado de las restricciones del establecimiento a título secundario. A nuestro

⁹³GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: Garcimartín Alférez, Francisco J. Derecho Internacional Privado (Ed. 4). Cizur Menor: Civitas, 2017.

⁹⁴ STJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00

⁹⁵ ÍDEM.

entender, al fin y al cabo, en cuanto al derecho de establecimiento corresponde será establecimiento a título principal el que cumpla con los criterios de conexión del Estado de constitución -ya sea la sede social por si sola o, juntamente con la sede real- por ser ese el determinante de la condición de nacional y de las posibilidades que tiene la empresa al ejercer la libertad de establecimiento dentro de la Unión. Por lo tanto, cualquier otro establecimiento -ajeno a los criterios de conexión del derecho de constitución-, aun cuando pueda considerarse centro de actividad principal o sede de dirección efectiva será, a efectos de esta libertad, un establecimiento a título secundario. Como se viene mencionando, existe divergencia «entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere tanto al criterio de conexión exigido para las sociedades regidas por dichas legislaciones como a la posibilidad y, en su caso, al procedimiento para el traslado del domicilio, estatutario o real, de una sociedad de Derecho nacional de un Estado miembro a otro»⁹⁶; siendo, éstos, conflictos que no se resuelven en el articulado del Tratado.

En su caso, ¿qué ocurrirá cuándo se consideren rotos los vínculos de conexión con el ordenamiento jurídico nacional al ejercerse el traslado transfronterizo?

Habida cuenta que las sociedades «sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento»⁹⁷ y que, cada Estado miembro «ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición»⁹⁸; la ruptura con los criterios de conexión establecidos por el ordenamiento de constitución implican la pérdida de la existencia -al menos de la existencia regular- de dicha sociedad; pasando, por lo tanto, a quedar excluida del ámbito de aplicación del Derecho de establecimiento, por no ostentarse la condición de nacional de un Estado miembro.

En casos como *Cartesio*⁹⁹ y *Daily Mail*¹⁰⁰ el Tribunal de Justicia ha reiterado que no se desprende de las disposiciones del Tratado un derecho al traslado de sede con mantenimiento de la condición de nacional en el Estado de origen. Parece lógica esta postura cuando no podemos hablar del ejercicio del derecho de establecimiento -que se desprende del TFUE- en el Estado en que se está constituido. En los supuestos que tratamos ahora, es la norma de constitución la que priva a la sociedad de su condición de nacional de un Estado miembro por desvincularse de los criterios de conexión en ella establecidos. De todos modos, como veremos a continuación, las consecuencias prácticas de este proceder pierden coherencia cuando -amparándose en el Derecho de

⁹⁶ STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06

⁹⁷ STJCE de 27 de septiembre de 1988, C-81/87

⁹⁸ STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06

⁹⁹ ÍDEM.

¹⁰⁰ STJCE de 27 de septiembre de 1988, C-81/87

establecimiento- se admite el establecimiento mediante sucursales o la transformación transfronteriza.

Se producen situaciones de hecho idénticas a las que supondría la admisión del traslado, mediante un procedimiento inverso: mientras el traslado -cuando lo admite la ley de constitución- produce el mantenimiento de la ley nacional con localización de la sede real en un nuevo Estado; con el establecimiento de una sucursal se puede establecer la sede real en cualquier Estado, sin necesidad de ejercer -en los Estados en que rige el modelo de constitución- actividad alguna en el establecimiento principal; la transformación, por su parte, produce la adquisición de una nueva ley nacional con localización, en casos como Polbud¹⁰¹, de la sede real en el Estado de origen. Por lo tanto, se podrá llegar a una misma organización de la actividad empresarial ejerciendo el derecho de establecimiento siempre que no se haya tenido "*la mala fortuna*" de establecer el principal en un Estado regido por el modelo de sede real.

3.2.2. TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA: EL VÍNCULO CON EL ESTADO DE DESTINO

Los supuestos de transformación transfronteriza son aquellos en que una sociedad nacional de un Estado miembro traslada su establecimiento principal a otro Estado miembro, sin mantener la condición de nacional del Estado de origen y adquiriendo la del de acogida -es decir, manteniendo su personalidad jurídica de acuerdo con las normas de otro Estado miembro-. Para estos supuestos, el TJUE ha considerado -a diferencia del caso de traslado transfronterizo cuando el Estado de origen no admite el mantenimiento de la condición de nacional- que se entra dentro del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento. En el caso del traslado transfronterizo, las normas nacionales que impiden el ejercicio del derecho de establecimiento son las de constitución u origen -no pudiendo desprenderse, como ya se ha dicho, que una sociedad pueda ampararse en la libertad de establecimiento, ejerciéndola en el mismo Estado en que está constituida-.

Para el caso de la transformación transfronteriza, en cambio, hablamos de la reconstitución de una sociedad nacional de un Estado miembro conforme al derecho de otro Estado miembro, así pues, del acceso a actividades no salariadas y su ejercicio en un Estado distinto del de constitución *ab initio*. Por lo tanto, la sociedad no perderá la condición de nacional de un Estado miembro; se considerará, primero, nacional del Estado de origen y, después, nacional del Estado de acogida.

En cuanto a las transformaciones transfronterizas es interesante señalar que, si bien en un comienzo, pareció desprenderse de la jurisprudencia del TJUE que -para darse- era

¹⁰¹ STJUE de 25 de octubre de 2017, C-106/16

preciso que la admitieran las normas del derecho del Estado destino¹⁰², el Tribunal no tardó en corregir esa interpretación, señalando en el asunto Vale¹⁰³ que «no puede entenderse que la expresión «siempre que ese Derecho lo permita», que figura al final del apartado 112 de la sentencia Cartesio (...) pretende que la normativa del Estado miembro de acogida sobre transformación de sociedades eluda, de entrada, las reglas sobre la libertad de establecimiento del Tratado FUE, sino que simplemente refleja la consideración de que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional, que de este modo «permite» la constitución de la sociedad, si se cumplen los requisitos establecidos para ello»¹⁰⁴. Así se introducía la transformación transfronteriza en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento; pasando a continuación, a analizar las posibles restricciones a este derecho -en caso de abuso o fraude- desde la óptica del trato nacional y la salvaguarda de las libertades del Tratado.

En Vale, el Estado de acogida cuestionó al Tribunal sobre la procedencia de que un Estado que admitía las transformaciones internas, impidiera las transfronterizas. Por ello, el TJUE acompañó la introducción de la transformación transfronteriza en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, del principio de trato nacional; considerando que, admitiéndose la transformación interna, debía admitirse también la transfronteriza. Tras este pronunciamiento del Tribunal, la doctrina señaló que quedaban por resolver dos cuestiones: si la exigencia de trato nacional era esencial en esta resolución -entendiéndose que debía aclararse si, de no haber admitido la norma del Estado de acogida la transformación interna, se hubiera obligado a reconocer la transformación transfronteriza-; y, si se exigía para la transformación que se trasladaran ambas, la sede social y la sede real, al Estado de destino¹⁰⁵.

Algunos autores parecen encontrar respuesta a estas cuestiones en el caso Polbud¹⁰⁶; sin embargo, otros consideran que no puede inferirse de éste solución a los interrogantes que abría el caso Vale, por no cuestionarse el Tribunal en su última resolución sobre las restricciones impuestas por la norma del Estado de acogida, sino por las que pueda recoger la normativa del Estado de origen¹⁰⁷. En el caso Polbud, quien alzó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia fue el Estado de origen, por ello, el

¹⁰² STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06

¹⁰³ STJUE de 12 de julio de 2012, C-378/10

¹⁰⁴ ÍDEM.

¹⁰⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. «El cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria (Comentario a la STJUE as. Vale Épitési kft)». *Diario la Ley*, nº7992, 28 de diciembre de 2012, pág. 44.

¹⁰⁶ BALLESTEROS BARROS, Ángel María. . «Reflexiones sobre la modernización del Derecho europeo de sociedades: *Forum Societatis* y *Lex Societatis*». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pág. 291-322.

¹⁰⁷ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo . «El traslado internacional de domicilio: novedades de la sentencia del TJUE Polbud». *Revista Lex Mercatoria*, nº7, 2017, pág. 1-11.

cauce que se da a la resolución de las cuestiones planteadas difiere del de Vale. Fuera o no consciente el TJUE de las conclusiones prácticas a que llevaba Polbud, *«cuando se produce el traslado de sede estatutaria entre Estados donde rige el MS [modelo de sede], la lex societatis será la del Estado de destino, incluso cuando la sede real se mantenga en el Estado de origen»*¹⁰⁸; el hecho es, que se da un paso adelante hacia la cuestión que se alzaba con Vale: sin tomarse en consideración las disposiciones del Estado de destino, es decir, los criterios de conexión del Estado de acogida y la relevancia de la igualdad de trato, se admite la posibilidad de que una sociedad se transforme en sociedad de un Estado que -de hecho- se rige por el modelo de sede real, con el mero traslado de su sede social a ese Estado. Por lo tanto, a un Estado que no admite la constitución de sociedades que no tengan en él sita su sede de dirección o centro principal de actividad. Así pues, prescindiéndose de los criterios de conexión del Estado de destino, se admite de forma tácita que, para la transformación transfronteriza, no es relevante si los Estados exigen el traslado de ambas, la sede real y la sede social.

El Tribunal podría fácilmente corregir esta trayectoria, puesto que lo que, en realidad, se desprende de la literalidad de Polbud es que: la transformación transfronteriza entra dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones de libre establecimiento -como ya se había admitido en SEVIC¹⁰⁹ y Vale- y que, el Estado de origen no puede imponer -con carácter general- restricciones excesivas al derecho de establecimiento -cómo sería, en el caso, la exigencia de la liquidación para la transformación-. Sin embargo, parece pertinente que se mantenga en su postura. En lo que a las exigencias del trato nacional se refiere, parece difícil pensar en un ordenamiento nacional que no admita las transformaciones internas; por lo que siempre quedara abierta esa vía -aunque, habiendo entrado en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento- tal vez, no como esencial y exclusiva para dar cabida a la transformación transfronteriza.

Por lo que atañe a la exigencia del traslado de la sede real junto con la sede social, tal y como señala GARCIMARTÍN ALFÉREZ, la rectificación resultaría en abundar en un absurdo; puesto que con el reconocimiento mutuo *«los argumentos a favor del modelo de sede real se difuminan hasta desaparecer (...) el fundamento del llamado “modelo de sede real” es evitar que aquellas sociedades cuya actividad se localiza en el Estado “A” eludan las normas societarias de dicho Estado constituyéndose bajo una Ley extranjera. Si esto van a poder hacerlo de todos modos -al menos, dentro del Espacio Económico Europeo- resulta a todas luces absurdo imponer a aquellas sociedades que voluntariamente quieran constituirse bajo la ley de “A” que tengan establecimiento principal en el*

¹⁰⁸ BALLESTEROS BARROS, Ángel María. . «Reflexiones sobre la modernización del Derecho europeo de sociedades: *Forum Societatis* y *Lex Societatis*». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pág. 291-322.

¹⁰⁹ STJCE de 13 de diciembre de 2005, C-411/03

territorio de "A"»¹¹⁰. Por lo tanto, pudiendo llegarse a las mismas situaciones prácticas por otras vías ¿por qué debería el Tribunal corregir el rumbo que parece señalarse en Polbud?

Sin pretender abundar en el análisis de las restricciones al derecho de establecimiento, que es la cuestión que ocupa al Tribunal en sus sentencias tras reconocer que se entra dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, de nuevo, volvemos a lo dicho en cuanto al establecimiento a título secundario: frente a una transformación transfronteriza no podrá imponer, el Estado de origen -que deja de considerarse el de nacionalidad-, restricciones que presupongan una presunción general de abuso. Las que imponga, deberán analizarse desde la óptica del Test Gebhard, por lo tanto, *«que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo»¹¹¹. Por ello, vemos como también en estos casos, como el Tribunal analizará la necesidad y proporcionalidad de las restricciones, sugiriendo medidas más adecuadas como *«la constitución de garantías bancarias o de otras garantías equivalentes»¹¹² en aras a impedir obstáculos desproporcionados al goce de las libertades europeas.**

En cuanto al Estado de acogida, si bien -a falta de normas de derecho derivado que regulen esta cuestión- estaremos a los criterios de conexión establecidos por su ley interna, sin obviar los principios de equivalencia y efectividad, que llevarán respectivamente a no admitir un trato que sea menos favorable que el dado a sus propios nacionales y a tomar como válidas las condiciones que el Estado de origen corrobora que en él se cumplieron¹¹³. Dando entrada, así, a la condición de nacional en el Estado de acogida, a empresas que en su día se constituyeron en otros Estados y, por las implicaciones -hasta ahora- de Polbud, con un vínculo de conexión menos estrecho que el exigido para las constituidas allí *ab initio*, cuando rijan el modelo de la sede real.

4. CONCLUSIONES

Primera. La libertad de establecimiento incluye tanto la constitución y gestión de empresas o sociedades como la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado de la Unión, siempre que se trate de una instalación material, estable y permanente de una persona física o

¹¹⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. «El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria (Comentario a la STJUE as. Vale Építési kft)». *Diario la Ley*, nº7992, 28 de diciembre de 2012, pág. 44.

¹¹¹ STJCE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97

¹¹² STJUE de 25 de octubre de 2017, C-106/16

¹¹³ STJUE de 12 de julio de 2012, C-378/10

jurídica nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, con el fin de ejercer en él una actividad no asalariada de naturaleza económica.

Segunda.- La empresa encuentra en el derecho de establecimiento posibilidades de expansión en un mercado mucho mayor que el nacional. En este mercado podrá desarrollar múltiples estrategias que le permitirán optimizar su estructura competitiva, aprovechando las condiciones que le favorezcan en los distintos Estados.

Tercera.- Se recogen en las disposiciones de la libertad de establecimiento, dos formas de ejercicio de la actividad empresarial: a título principal -mediante la constitución y gestión de sociedades- o a título secundario -mediante la apertura de agencias, sucursales o filiales-. La primera, es más bien propia de las personas físicas. En lo que concierne a las personas jurídicas, en los casos de creación de empresas, siempre podremos *-per se-* aludir a una sociedad preexistente; pasando a ser, la una, filial -establecimiento secundario- de la otra. Por lo tanto, cuando hablemos del ejercicio del derecho de establecimiento a título principal por parte de una persona jurídica, nos estaremos refiriendo a los casos de transferencia de la actividad a otro Estado miembro, ya sea, mediante traslado o transformación transfronterizos.

Cuarta.- La condición de nacional de un Estado dependerá de cada uno de los ordenamientos jurídicos internos, puesto que, conforme al Derecho de la Unión, cada Estado miembro es competente para determinar la adquisición y pérdida de la nacionalidad. El TFUE establece un doble requisito para la consideración de una persona jurídica como nacional de un Estado miembro: la constitución de la sociedad conforme al derecho de un Estado miembro y el tener *sita* -alternativamente- su sede estatutaria, su sede de dirección efectiva o su centro de actividad principal dentro de la Unión.

Quinta.- Las dos teorías predominantes en derecho comparado para la determinación de la *lex societatis* o estatuto personal de una sociedad son la teoría de la sede de constitución y la teoría de la sede real. En los Estados que se rigen por el modelo de constitución, la nacionalidad de la empresa se vinculará a la sede social -las normas del Estado de constitución harán coincidir sede social, sede de registro y sede de constitución dentro de su territorio, con lo que se equiparan la sede de constitución con la sede estatutaria-; mientras que, en los Estados en que rija el modelo de sede real, la sede de dirección efectiva y el centro de actividad principal serán consustanciales a la determinación de la nacionalidad.

Sexta.- No se admitirán en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento restricciones más allá de las que persigan la protección de un interés general. Las restricciones que se impongan deberán cumplir con cuatro parámetros: aplicarse de manera no discriminatoria -no podrán establecerse presunciones generales de abuso-, resultar adecuadas -dirigirse a los objetivos pretendidos y ser relevantes para su consecución-, necesarias -si el interés goza ya de protecciones suficientes, se estimará

que las restricciones son innecesarias- y proporcionales -deberán ser lo menos gravosas posible-.

Séptima.- Cuando se ejerza el derecho de establecimiento a título principal o a título secundario, no cabrá duda de que se entra en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado. Al ejercerse el derecho de establecimiento a título secundario, la falta de actividad en el principal, cuando se realice toda la actividad empresarial desde el secundario, no podrá considerarse -por si misma- abusiva o fraudulenta. Por lo tanto, entrando en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento, solo podrán oponerse, a la empresa, restricciones conforme a lo citado en la conclusión sexta - test Gebhard-

Octava.- En el caso de traslado transfronterizo entendemos que la sociedad transfiere su principal pretendiendo mantener su nacionalidad. Cuando la empresa que ejerza el traslado se haya constituido en un Estado en que rija el modelo de sede real, romperá con los vínculos de conexión establecidos en el Estado de constitución, quedando fuera del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento por haber perdido su condición de nacional de un Estado miembro. Cuando la empresa que ejerza el traslado se haya constituido en un Estado en que rija el modelo de sede social, se mantendrán los vínculos de conexión establecidos por el Estado de constitución, manteniéndose la condición de nacional en el Estado miembro y, por lo tanto, entrando en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento.

Novena.- En el caso de la transformación transfronteriza entenderemos que la sociedad transfiere su principal adoptando la nacionalidad del Estado de acogida y manteniendo su personalidad jurídica. En estos casos se entra dentro del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento, porque la empresa mantiene su condición de nacional de un Estado miembro. Con el caso Vale pareció que se vinculaba la exigencia de trato nacional con la aplicabilidad de la libertad de establecimiento; si bien, en el caso Polbud pareció prescindirse de este análisis, aplicándose el derecho de establecimiento sin interrogarse sobre las normas de destino. Estas diferencias están motivadas por el hecho de que en Vale quién planteó la cuestión prejudicial fue el Estado de acogida; mientras que en Polbud fue el Estado de origen. Sin embargo, parece que la jurisprudencia podría decantarse por continuar en esta línea. Si se considera que, en cualquier caso, la transformación transfronteriza entra en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento solo podrán oponérsele restricciones conforme lo citado en la conclusión sexta - test Gebhard-.

Décima.- La falta de unificación en la materia hace que nos encontremos con situaciones de hecho contradictorias. El modelo de sede real pierde sentido dentro de la Unión, puesto que, ya sea mediante un establecimiento secundario abierto por una empresa que no ejerce actividad desde el establecimiento principal, o mediante transformación

transfronteriza; podrá desarrollarse toda la actividad económica en un Estado en que rige el modelo de sede real, por parte de empresas constituidas en Estados donde rige el modelo de sede social, prescindiéndose de las exigencias de constitución que pudiera imponer el primero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NORMAS

TRATADOS INTERNACIONALES

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa, 13 de diciembre de 2007 [en línea], Diario Oficial de la Unión Europea nº C326 de 26 de octubre de 2012. <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>> [Consulta: 26 de abril de 2019]

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Bruselas, 13 de noviembre de 1962 [en línea] < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES> > [Consulta: 26 de abril 2019].

DIRECTIVAS

Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DOCE L, núm. 382, 31/12/1986). <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0653&from=ES>>

LEYES INTERNAS

España. Código Civil, de 24 de julio de 1889 (Gaceta de Madrid. núm. 206, de 25/07/1889).

España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE. núm. 161, de 03/07/2010).

España. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (BOE. núm. 82, de 04/04/2009).

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, Polbud-Wykonawstwo sp.zo.o.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, VALE Építési Kft.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, Inspire Art Ltd.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Überseering BV.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, Centros Ltd.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, Genhard.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 7 de julio de 1992, asunto C-369/90, Micheletti.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, Daily Mail and General Trust PLC.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Segunda), de 10 de julio de 1986, asunto C-79/85, D.H.M. Segers

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 22 de noviembre de 1978, asunto C-33/78, Somafer.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Tercera), de 21 de junio de 1974, asunto C-2/74, Reyners.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBRO

ARENAS GARCÍA, Rafael. Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia. En: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (dir.); GÓRRIZ LÓPEZ, Carles (coord.) y ARENAS GARCÍA, Rafael (coord.) *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*. Barcelona: Atelier Internacional, 2017, pág. 15-44.

ARMOUR, John; KRAAKMAN, Reinier y HANSMANN, Henry. What is Corporate Law? En: ARMOUR, John; KRAAKMAN, Reinier y HANSMANN, Henry. *The essential elements of corporate law*. Cambridge, MA: Harvard Law School, 2009.

BARNARD, Catherine. Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services: Legal Persons. En: BARNARD, Catherine. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pág. 381-409.

BENEDETTELI, Massimo V. Introduzione al Diritto Internazionale Privato ed Europeo delle Società: L'influenza del diritto europeo sul coordinamento tra gli ordinamenti degli Stati membri in materia societaria. En: BENEDETTELI, Massimo V.; LAMANDINI, Marco (Coord.). // *Diritto Societario Europeo e Internazionale*. Vicenza: Utet Giuridica, 2016, pág. 17-30.

BORRAJO INIESTA, Ignacio y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás. Libre establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de cualificaciones profesionales. En: BENEYTO PÉREZ, Jose María (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS; Jerónimo (coord.) y BECERRIL ATIENZA, Belén (coord.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Vol. 6, Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*. Navarra: Aranzadi, 2013, pág. 426-534.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Sociedades de capital y personas jurídicas. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado. Vol. 2 (Ed. 16)*. Granada: Comares, 2016, pág. 825-895.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades. En: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado (Ed. 4)*. Cizur Menor: Civitas, 2017.

OLESTI RAYO, Andreu. Las libertades comunitarias (II): la libre circulación de personas y servicios. En: VILÀ COSTA, Blanca (dir.); ABELLÁN HONRUBIA, Victòria (dir.) y OLESTI RAYO, Andreu (coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo (Ed. 6)*. Barcelona: Ariel, 2011, pág. 257-278.

RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo. Concepto, caracteres y distinción de figuras afines. En: RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo. *La sucursal: algunos aspectos de su régimen jurídico*. Barcelona: Librería Bosch, 1990.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. Contratos de colaboración y distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de factoring. En: SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. y SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil: Volumen II (Ed. 37)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

SÉCHÉ, Jean-Claude. Le droit d'établissement. En: AUSSANT, Jill; FORNASIER, Raffaello; LOUIS, Jean-Victor; SÉCHÉ, Jean-Claude y RAEPENBUSCH, Sean. *Le Droit de la CEE : Commentarie Mégret. 3, Libre Circulation des Personnes, des Services et des Capitaux. Transports*. Bruselas: Ed. de l'Université de Bruxelles, 1990. Pág. 36-56.

ARTÍCULOS

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo . «El traslado internacional de domicilio: novedades de la sentencia del TJUE Polbud». Revista Lex Mercatoria, nº7, 2017, pág. 1-11.

BALLESTEROS BARROS, Ángel María. . «Reflexiones sobre la modernización del Derecho europeo de sociedades: Forum Societatis y Lex Societatis». Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XVIII, 2018, pág. 291-322.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. «El cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria (Comentario a la STJUE as. Vale Épitési kft)». Diario la Ley, nº7992, 28 de diciembre de 2012, pág. 39-46.

ANEXOS

Con tal de facilitar la comprensión de los casos analizados se incluyen en este apartado resúmenes jurisprudenciales de elaboración propia de los casos citados en el análisis jurisprudencial del derecho de establecimiento. Se recogen los distintos anexos en tres secciones, según traten los casos sobre: “El ejercicio del derecho de establecimiento a título secundario y la elusión de normas nacionales”; “El traslado transfronterizo”; o, “La transformación transfronteriza”. Dentro de cada una de estas secciones el orden que se sigue es cronológico, de mayor a menor antigüedad.

ANEXO 1: RESUMEN DE CASOS SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO A TÍTULO SECUNDARIO Y LA ELUSIÓN DE NORMAS NACIONALES

ANEXO 1.1: RESUMEN STJCE de 10 de julio de 1986, asunto D.H.M. Segers, C-79/85

En el caso, las autoridades neerlandesas deniegan al Sr. Segers las prestaciones de seguro de enfermedad en virtud de la normativa de Holanda. El Sr. Segers es director y copropietario -junto con su esposa- de Slenderose Limited, una sociedad británica con domicilio social en Londres; cuya actividad comercial se desarrolla exclusivamente en Países Bajos mediante una sucursal -Free Promotion International- con domicilio social en Países Bajos. De conformidad con las normas y jurisprudencia neerlandesas, el director de una sociedad se considera trabajador por cuenta ajena y, por lo tanto, tiene derecho a las prestaciones de seguro. Sin embargo, en el caso del Sr. Segers se le excluye de este derecho por tratarse del director de una sociedad extranjera.

La cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia en el caso es si se opondrá a la libertad de establecimiento (arts. 52 y 58 TCE) la denegación de las prestaciones del régimen nacional de seguros de enfermedad al director de una sociedad, por el hecho de que la sociedad esté constituida conforme al derecho de un Estado miembro distinto en que tiene su domicilio social, incluso cuando no ejerce actividades comerciales en dicho Estado.

En cuanto a ello, TJCE recuerda que el art. 58 TCE “*la exigencia de trato nacional de la sociedad constituida de acuerdo con el Derecho de otro Estado miembro*”. Aun cuando el derecho a las prestaciones de seguro corresponde a las personas físicas, “*una discriminación del personal en cuanto a protección social restringe indirectamente la libertad de las empresas de otro Estado miembro para establecerse, a través de una agencia, sucursal o filial, en el Estado miembro de que se trate*”. Por último, el tribunal recuerda que, en cuanto a la libertad de establecimiento, se reconoce a toda sociedad correctamente establecida conforme a su *lex societatis*.

ANEXO 1.2: RESUMEN STJCE de 9 de marzo de 1999, asunto Centros Ltd, C-212/97

En el caso, Centros, una «Private Limited Company» británica solicita la inscripción de una sucursal en Dinamarca que le es denegada. La denegación viene motivada por el hecho de que Centros no ejerce ninguna actividad en el Reino Unido y su capital social está dividido en dos participaciones titularidad de un matrimonio de nacionales daneses residentes en Dinamarca; por lo que las autoridades danesas consideran que, mediante la constitución de la empresa de Derecho británico, se pretenden eludir las normas nacionales danesas de constitución.

La cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia en el caso es si se opone a la libertad de establecimiento (arts. 52 y 58 TCE) la denegación de la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida bajo la ley de otro Estado miembro cuando, sin ejercerse actividad comercial alguna en el Estado de constitución, se pretende desarrollar la totalidad de la actividad en el Estado de la sucursal.

En cuanto a esto, el Tribunal de Justicia establece que sí supone un límite a la libertad de establecimiento, puesto que, *“el hecho de que el nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan menos rigurosas y abra sucursal en otro Estado miembro no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento”*. Si bien, resulta contrario a los citados artículos el hecho de denegar la inscripción en el registro por este motivo; esto no obsta que se puedan adoptar medidas apropiadas para la prevención y sanción de fraudes, pero estas deberán, en cualquier caso, limitarse a lo necesario para alcanzar dicho objetivo; es decir, ser proporcionadas.

ANEXO 1.3: RESUMEN STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto Inspire Art Ltd, C-167/01

Inspire Art Ltd es una sociedad inglesa con domicilio social en Folkestone (Reino Unido) cuyo administrador único está domiciliado en la Haya. Dispone de una sucursal en Ámsterdam desde donde realiza toda su actividad y está inscrita en el Registro Mercantil de esa ciudad sin que se haga mención de que se trata de una sociedad formalmente extranjera. Frente a esto, las autoridades neerlandesas consideran que, al tratarse de una sociedad que solo ejerce actividad en Países Bajos, debe mencionarse en el Registro que se trata de una «sociedad formalmente extranjera» y someterse -por ello- a determinadas prescripciones de la ley de ese país.

Las cuestiones que se plantean al Tribunal de Justicia en el caso son:

- si la libertad de establecimiento (arts. 43 y 48 CE) se opone a la normativa de un Estado miembro que impone requisitos adicionales al establecimiento secundario de una sociedad constituida en otro Estado miembro, cuando el único motivo de la constitución es el disfrute de determinadas ventajas y escapar de requisitos más estrictos, como son los de constitución de sociedades y desembolso de acciones;

- si resulta relevante para el análisis el hecho de que la sociedad ejerza la mayor parte de su actividad a través del establecimiento secundario y que carezca de relación con el Estado de constitución;
- si una normativa de este tipo puede justificarse por el 46CE o por una razón imperiosa de interés general.

En cuanto a lo primero, el TJUE analiza las distintas disposiciones que afectan al caso. Si bien algunas de ellas se corresponden con lo dispuesto en las directivas en esta materia, otras, añaden obligaciones que no se recogen en las mismas. Considerando exhaustivo el contenido de la directiva, por la forma en que se recoge el mismo, el TJUE considera que las medidas de publicidad que exceden a las previstas en la directiva le son contrarias. Entre las disposiciones analizadas, hay un tercer grupo, las que no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las directivas y que, por lo tanto, deben examinarse desde la óptica del 43 y 48 TFUE.

En cuanto a este tercer grupo, se aplican a las sociedades extranjeras que ejercen la mayoría de su actividad en Países Bajos, las normas neerlandesas de capital mínimo y responsabilidad de los administradores, obstaculizándose el ejercicio de las libertades establecidas en el Tratado. El TJUE reitera su jurisprudencia y expone que los motivos por los que una sociedad se haya constituido en el lugar de establecimiento principal y el hecho de que ejerza sus actividades de forma casi exclusiva en el Estado miembro de acogida, no la privan del ejercicio de la libertad de establecimiento, que solo podrá limitarse cuando se dé abuso en el caso concreto.

En cuanto a las posibles justificaciones, el TJUE expone que no entran dentro de las del 46 CE, que se refieren al orden público, la seguridad y la salud públicas. Por lo que se refiere a las razones imperiosas de interés general, las medidas deberán reunir cuatro requisitos: no discriminación, estar justificadas por razones de interés general, adecuación para la realización del objetivo perseguido y proporcionalidad. Por lo que se refiere a las normas de protección de acreedores, en el caso, el TJUE considera que no hay razón para su adopción, porque la empresa se presenta como sociedad británica en el tráfico económico. En cuanto a la lucha contra el abuso de la libertad de establecimiento señala que el ejercicio de actividades mediante establecimiento secundario es una finalidad del Tratado, por ello, la posibilidad de optar por establecerse en el Estado con normativa más favorable es inherente al Tratado y el hecho de que solo se desarrolle actividad desde la sucursal no supone razón suficiente para demostrar el abuso. Por último, no se aportan datos que demuestran la eficacia, proporcionalidad y no discriminación de las medidas adoptadas. Por todo ello, no se justifican los obstáculos de las normas neerlandesas a la libertad de establecimiento.

ANEXO 2: RESUMEN DE CASOS SOBRE EL TRASLADO TRANSFRONTERIZO

ANEXO 2.1: RESUMEN STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto Daily Mail and General Trust PLC, C-81/87

En el caso, Daily Mail and General Trust PLC, sociedad de derecho británico y con sede de dirección efectiva en este Estado solicita el traslado de sede a Países Bajos. La legislación del Reino Unido, aun cuando admite que una sociedad constituida conforme a su Derecho establezca su administración central o su sede de dirección efectiva en otro Estado, somete a las sociedades con residencia a efectos fiscales en el Reino Unido a autorización previa de la Hacienda Pública para realizar dicho traslado. Por lo tanto, conforme a la legislación británica, Daily Mail debe someterse a dicha autorización, que le es denegada por no aceptar las condiciones propuestas.

La cuestión planteada por el Reino Unido y que debe resolver el Tribunal de Justicia en este caso es si los artículos 52 y 58 TCE -actualmente arts. 49 y 54 TFUE- conceden, a una sociedad constituida conforme el Derecho de un Estado, el derecho -sin autorización ni aprobación previa- a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro.

En cuanto a esto, el Tribunal recuerda que, en tanto que *“entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico (...) (las sociedades) solo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y existencia”*. Por lo que, careciendo de normas comunes de Derecho comunitario, es el Derecho nacional en cada caso, el que deberá determinar los vínculos de conexión exigidos para que una sociedad se constituya conforme a su Derecho y los requisitos para mantener dicho vínculo o modificarlo. Por lo que, no se desprende de la libertad de establecimiento que una sociedad tenga el derecho de cambiar su sede de dirección efectiva y mantener la *lex societatis* del Estado de constitución.

ANEXO 2.2: RESUMEN STJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto Überseering BV, C-208/00

En el caso, los tribunales alemanes desestiman una demanda de Überseering BV por considerar que carece de capacidad jurídica y de capacidad procesal.

Überseering BV es una sociedad neerlandesa constituida correctamente de acuerdo con el Derecho de Holanda. Sin embargo, en 1994 dos nacionales alemanes residentes en Düsseldorf adquirieron todas las participaciones de la sociedad y ésta trasladó su domicilio social efectivo a Düsseldorf; sin pretender las partes, en ningún caso, una transformación transfronteriza, ni venir ésta exigida por el Derecho neerlandés. Así pues, de conformidad con el Derecho neerlandés la sociedad mantenía su personalidad jurídica como sociedad de Derecho neerlandés.

De acuerdo con el Derecho alemán, en cambio, *“la capacidad jurídica de una sociedad se aprecia con arreglo al Derecho aplicable en el lugar en que se encuentra su domicilio*

social efectivo”, siguiendo el modelo de la sede real; motivo por el que se determina que, de conformidad con el Derecho alemán, *Überseering* no tendría capacidad jurídica.

La cuestión que el Tribunal alemán eleva al Tribunal de Justicia de la UE es si los artículos 43 y 48 CE se oponen a que el Derecho de un Estado miembro en el que una sociedad ha trasladado su domicilio social efectivo (sede real) deniegue la capacidad jurídica de esta sociedad cuando ésta está correctamente constituida conforme el Derecho de otro Estado miembro (Estado de constitución), en el que reside su domicilio social estatutario (sede de constitución). También se interpela al Tribunal de Justicia sobre si capacidad jurídica y capacidad procesal deben apreciarse conforme al Derecho de constitución.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia de la UE sostiene que el traslado del domicilio social efectivo de una sociedad a un Estado miembro, estando la misma constituida válidamente conforme al derecho de otro Estado miembro, entra dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de libertad de establecimiento.

Algunos estados plantearon la controversia de la interpretación del artículo 293CE. En cuanto a ello, el Tribunal de Justicia señala que, aun cuando el artículo 293 CE fomente “en tanto sea necesaria” la adopción de tratados en relación a la libertad de establecimiento; la libertad de establecimiento no puede quedar supeditada -en tanto que libertad garantizada por el Tratado constitutivo- a la adopción de tratados entre los Estados miembros.

Además, el Tribunal de Justicia de la UE aclara la interpretación de jurisprudencia anterior; si bien de la sentencia del caso *Daily Mail* podemos deducir que una sociedad debe respetar los criterios de conexión del Derecho conforme al cual está constituida, para mantener la *lex societatis* del Estado de constitución; no podemos extender esta jurisprudencia al trato que el Estado de acogida da a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro. Es decir, los criterios de conexión que una sociedad debe respetar, para mantener su *lex societatis*, son los establecidos por el Derecho de constitución; no viéndose su estatuto personal alterado por el simple contacto con el Derecho de otros Estados miembros.

Así pues, *Überseering* es titular del derecho de ejercer su libertad de establecimiento en Alemania como sociedad neerlandesa y, habida cuenta de que, “*una sociedad solo tiene existencia a través de la legislación nacional que determina su constitución y funcionamiento*”, que un Estado miembro le deniegue el reconocimiento de la capacidad jurídica que tiene conforme a su Derecho de constitución, supone una restricción a la libertad de establecimiento. Restricción que es, además, desproporcionada.

Por último, el Tribunal de Justicia señala que, por lo dicho hasta ahora, cuando una sociedad -correctamente constituida conforme al Derecho de un Estado miembro en que tiene su domicilio social- ejerce la libertad de establecimiento; el Estado de acogida debe reconocer la capacidad jurídica y procesal otorgadas a la sociedad conforme a su *lex societatis*.

ANEXO 2.3: RESUMEN STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto Cartesio Oktató és Szolgáltató, C-210/06

En el caso, Cartesio, Sociedad Comanditaria Simple de derecho húngaro con domicilio social en Baja (Hungria) solicita el traslado de su domicilio social a Gallarate (Italia) sin cambio de su *lex societatis*. De conformidad con la legislación húngara, su derecho societario rige en las sociedades mercantiles cuyo domicilio se encuentre dentro del territorio de Hungria, haciéndose constar éste en el Registro Mercantil y debiendo coincidir con el “centro de dirección de las operaciones propias de su giro y tráfico”, sede real. Por lo que, se desestimó la solicitud al no poder registrarse por el derecho húngaro una sociedad con domicilio en el extranjero.

En relación al caso expuesto, nos concierne la cuarta cuestión prejudicial planteada por el Szegedi Ítéltábla: si la normativa de un Estado que impide a una sociedad constituida conforme al su derecho trasladar su domicilio social a otro Estado y manteniéndose la *lex societatis* de constitución se contrapone a la libertad de establecimiento de los 43 y 48 CE -actualmente, 49 y 54 TFUE-.

En cuanto a ello, el TJUE señala que corresponde a cada Estado miembro la “*facultad de definir tanto el criterio de conexión*” para que una sociedad se constituya conforme a su derecho “*como el criterio para mantener posteriormente tal condición*”. Por lo que, son las normas del Estado por cuya ley se rige la sociedad, *lex societatis*, las que determinan el criterio de conexión para que una sociedad pueda definirse como tal conforme a su derecho. En este caso, una sociedad podrá denominarse sociedad de derecho húngaro siempre que cumpla con los criterios de conexión que el derecho húngaro establezca. Por lo tanto, la libertad de establecimiento no se opone a la normativa de un Estado que impide el traslado del domicilio otro Estado miembro, si ésta pretende mantener su condición de sociedad conforme a la ley del primer Estado. El TJUE señala, no obstante, que el caso sería substancialmente distinto si se diera la transformación transfronteriza; caso en que -más allá de los casos de restricciones proporcionadas y justificadas por el interés general- no podría impedirse la transformación en una sociedad de Derecho nacional de otro Estado miembro, siempre que aquel lo permitiese.

ANEXO 3: RESUMEN DE CASOS SOBRE LA TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA

ANEXO 3.1: RESUMEN STJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto SEVIC Systems AG, C-411/03

Se deniega la inscripción en el Registro Mercantil alemán de la fusión con absorción de Security Vision (sociedad establecida en Luxemburgo) por parte de la empresa SEVIC Systems AG (sociedad de Derecho alemán). El motivo de la denegación es que el Derecho alemán solo prevé la fusión entre sociedades con domicilio social en Alemania, no permite las fusiones transfronterizas.

La cuestión planteada por el Landgericht Koblenz al Tribunal de Justicia de la UE fue si era contrario a la libertad de establecimiento la denegación de la inscripción en el

Registro Mercantil alemán de la fusión de una sociedad alemana con una sociedad europea por no preverse en el Derecho alemán la transformación de sociedades con domicilio social en el extranjero.

De acuerdo con el Tribunal de Justicia de la UE, la casuística planteada entra en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento, que *“incluye cualquier medida que permita, o incluso se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado (...) las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades (...) entran, por tanto, en el ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento”*.

Como se señala en el caso, el Derecho alemán solo permite las fusiones internas, tratando de forma discriminatoria las fusiones según sean internas o transfronterizas; con lo que se denegaría de forma general la inscripción en el Registro Mercantil de fusiones, siempre que una de las sociedades tuviera su domicilio en cualquier otro Estado miembro. Esta diferencia de trato supone una restricción de la libertad de establecimiento (art. 43 y 48 CE) que solo podrá justificarse -como reitera la jurisprudencia- por su necesidad y adecuación. Si bien, podrían imponerse restricciones a la fusión transfronteriza para proteger los derechos de partes afectadas, la denegación genérica de la inscripción de dichas fusiones en el Registro Mercantil se excede de lo necesario para protegerlos.

ANEXO 3.2: RESUMEN STJUE de 12 de julio de 2012, asunto Vale Építési Kft, C-378/10

En el caso, VALE Costruzioni, Sociedad de Responsabilidad Limitada de derecho italiano cancela su inscripción registral del Registro Mercantil de Roma con tal de trasladar su domicilio social Hungría y operar como sociedad de Derecho húngaro, dicha cancelación se formaliza correctamente. Sin embargo, en Hungría se deniega la inscripción en el registro de VALE Építési Kft, por no ser posible hacer constar como predecesora legal a una sociedad que no sea húngara.

En este caso, las autoridades húngaras (del estado de acogida) piden al Tribunal de Justicia de la UE que se pronuncie sobre: 1) si se opone al TFUE la normativa de un Estado que, permitiendo las transformaciones internas, impide la transformación en sociedad nacional a las sociedades provenientes de otro Estado miembro. 2) Si procede aplicar el Derecho interno, concretamente el relativo a las transformaciones internas y los requisitos por éste impuestos, a las transformaciones transfronterizas; y la medida en que deben tenerse en cuenta los documentos procedentes del Estado miembro de origen al registrar una sociedad.

En cuanto a lo primero, el Tribunal señala que la transformación transfronteriza de una sociedad como la del supuesto entra en el ámbito de aplicación de los artículos 49 y 54 TFUE y, si bien, corresponde al derecho nacional -en cada caso- determinar los criterios de conexión para que una sociedad esté constituida como tal conforme a su derecho;

supone una restricción a la libertad de establecimiento (arts. 49 y 54 TFUE) la diferencia en el trato entre sociedades en según si se trata de una transformación interna o transfronteriza. Es decir, la libertad de establecimiento no se opone a que los Estados miembros regulen las condiciones o criterios para que una sociedad pueda registrarse por su Derecho, pero la *raison d'être* de la restricción a la transformación no puede limitarse a su carácter transfronterizo.

En cuanto a lo segundo, el tribunal reitera que la transformación transfronteriza requiere de la aplicación de dos derechos nacionales, el del Estado de origen y el del Estado de acogida, por lo que, compete aplicar el Derecho interno y los requisitos por éste establecidos a la transformación transfronteriza de una sociedad. Sin embargo, conforme al principio de equivalencia, no puede darse un trato desfavorable -denegando la inscripción de la sociedad predecesora- por el hecho de preverse en exclusiva para sociedades internas; no puede darse un trato desfavorable a una sociedad, respecto de las sociedades nacionales, por su condición de sociedad de otro Estado miembro. Tampoco, conforme al principio de efectividad, puede negarse la autoridad a tener en cuenta documentos procedentes de otro Estado miembro de forma general, porque podría hacerse imposible la demostración del cumplimiento de los requisitos del Estado miembro de origen para su transformación.

ANEXO 3.3: RESUMEN STJUE de 25 de octubre de 2017, asunto Polbud-Wykonawstwo sp.zo.o., C-106/16

En el caso, el 30 de septiembre de 2011, Polbud, Sociedad de Responsabilidad Limitada de derecho polaco establecida en Łąck (Polonia); por acuerdo de la junta general extraordinaria de socios decide trasladar su domicilio social a Luxemburgo sin traslado de su sede de dirección efectiva (domicilio real). Conforme al Código de Sociedades Mercantiles polaco (art. 270), el traslado del domicilio social al extranjero conlleva la disolución de la sociedad. Dicha disolución implica, asimismo, la liquidación de la sociedad y su cancelación en el Registro Mercantil.

El 28 de mayo de 2013, Consoil Geotechnik Sàrl ejecuta el acuerdo de 30 de septiembre de 2011 por el que Polbud trasladaba su sede social a Luxemburgo, pasando Polbud a ser una sociedad de derecho luxemburgués denominada «Consoil Geotechnik» que mantiene la personalidad jurídica de la anterior. En consecuencia, el 24 de junio de 2013, Polbud solicita la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil Polaco, que le es denegada por no presentarse los documentos relativos a su liquidación; que la empresa considera imposibles de presentar por no haber perdido su personalidad jurídica al pasar a ser una sociedad derecho luxemburgués.

En relación a los hechos expuestos, el Tribunal Supremo de Polonia solicita que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre: 1) Si se aplica la libertad de establecimiento al traslado del domicilio social y transformación de la *lex societatis* cuando el domicilio real se mantiene en el estado de origen. 2) Si la normativa de un Estado miembro que supedita la transformación transfronteriza -traslado del domicilio

social y transformación de la *lex societatis*- a la liquidación de la sociedad debe interpretarse como contraria a la libertad de establecimiento.

En cuanto a lo primero, los artículos 49 y 54 TFUE reconocen “*la libertad de establecimiento de las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro (...) (y) el derecho de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro a transformarse en una sociedad sometida a la legislación de otro Estado miembro siempre que cumpla los requisitos exigidos por ese otro Estado miembro (de acogida) y, en particular, el criterio adoptado por éste para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional*”. Por lo que Polbud podrá transformarse en sociedad conforme al derecho de Luxemburgo siempre que cumpla con los criterios de conexión establecidos por la legislación de Luxemburgo; sin ser condición necesaria para ello, el traslado de su domicilio real.

En cuanto a lo segundo, señala que cualquier restricción a la libertad de establecimiento debe venir justificada por “*razones imperiosas de interés general*” y resultar “*adecuada para (...) la realización del objetivo de que se trate y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo*”, es decir, necesaria y proporcionada. En el caso, si bien resulta adecuado limitar la libertad de establecimiento en aras a proteger los intereses de acreedores, socios minoritarios y trabajadores; resulta desproporcionado exigir la liquidación de la sociedad cuando podrían hallarse modos menos gravosos para la protección de esas partes, como “*la constitución de garantías bancarias*” o equivalentes. Por lo tanto, el TJUE considera que la norma polaca es desproporcionada y, por ende, entra en contraposición con los artículos 49 y 54 TFUE.