

**SERGIO PRATS JANÉ**

**OBSTÁCULOS JURÍDICOS  
A LA INTERNACIONALIZACIÓN  
Y MOVILIDAD TRANSNACIONAL  
DE EMPRESAS EN  
LA UNIÓN EUROPEA**

Análisis desde la perspectiva del  
Derecho de la Unión Europea y  
del Derecho Internacional Privado

PRÓLOGO DE  
**Carmen Parra**

**JYB**

**BOSCH INTERNACIONAL**

El objetivo de este libro es el análisis de los problemas jurídicos vinculados y derivados de las operaciones de internacionalización de las sociedades mercantiles, así como, aquellas operaciones de reestructuración societaria, que implican un traslado internacional de sede social o movilidad dentro del territorio de la Unión Europea. La colisión entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros, en materia societaria, sigue siendo una realidad que, ni la integración a través del derecho derivado, ni los pilares esenciales regulados en el derecho originario, ni la propia jurisprudencia del TJUE, han resuelto todavía.

En este libro se parte, a modo de introducción, del concepto de globalización e internacionalización que se analizan desde el punto de vista económico y del mundo de la empresa. Posteriormente, se realiza un análisis de los principios jurídico-económicos de la Unión Europea, partiendo de la evolución del concepto de mercado común, hasta la consagración del actual mercado único o interior.

Por otro lado, se analiza la evolución de la armonización del Derecho de Sociedades en el marco de la Unión Europea, así como, la libertad de establecimiento como pilar fundamental para la consecución del mercado interior, desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional Privado. Se lleva a cabo un análisis internacional privatista sobre la efectiva aplicación de la libertad de establecimiento, por parte de los Estados miembros. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea garantiza un principio, que se ve limitado, por una cuestión de derecho nacional, básicamente por las distintas concepciones o modelos de reconocimiento de sociedades, implícitos a los sistemas de conflicto de leyes, que se siguen en los distintos Estados miembros de la UE: el modelo de constitución o incorporación y el modelo de sede real o efectiva. Al analizar cada modelo, y ver cuáles son las consecuencias del enfrentamiento jurídico, se puede comprobar que parten de concepciones muy diferentes, que vienen determinadas, por cuestiones de política económico-legislativa de los legisladores nacionales, y se podrá comprobar que, ambas concepciones, tienen incidencia directa en cuanto a la aplicación de la libertad de establecimiento.

En la Segunda Parte del trabajo, se analizan por un lado, aquellos instrumentos jurídicos actuales de derecho derivado, que facilitan operaciones transfronterizas de cooperación y reestructuración empresarial y, por otro lado, las decisiones jurisprudenciales, más relevantes, dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde 1988 hasta el año 2008, relativas a la interpretación de la libertad de establecimiento.

Finalmente, en la última parte del libro, sintetizado en el apartado dedicado a las conclusiones, se proponen por parte del autor, soluciones a los problemas jurídicos detectados en relación a la libertad de establecimiento, a los reglamentos sobre la SAE y la SCE, la Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Privada Europea, la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social y a la colisión de los modelos normativos de derecho conflictual, en materia societaria en el ámbito europeo.

Sergio Prats Jané

OBSTÁCULOS JURÍDICOS  
A LA INTERNACIONALIZACIÓN Y  
MOVILIDAD TRANSNACIONAL DE  
EMPRESAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Análisis desde la perspectiva del  
Derecho de la Unión Europea y  
del Derecho Internacional Privado

PRÓLOGO DE

CARMEN PARRA

*Directora de la Cátedra de Economía Solidaria  
Universitat Abat Oliba CEU*

2015

  
BOSCH EDITOR

© AGOSTO 2015 SERGIO PRATS JANÉ

© AGOSTO 2015



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-943507-9-5

ISBN ebook: 978-84-944059-6-9

DL: B-20212-2015

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los problemas jurídicos vinculados y derivados de las operaciones de internacionalización de las sociedades mercantiles así como aquellas operaciones de reestructuración societaria que implican un traslado internacional de sede social o movilidad dentro del territorio de la Unión Europea. La colisión entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros en materia societaria sigue siendo una realidad que ni la integración a través del derecho secundario, ni los pilares esenciales regulados en el derecho originario, ni la propia jurisprudencia del TJUE han resuelto todavía.

## RESUM

El present treball té per objecte l'anàlisi dels problemes jurídics vinculats i derivats de les operacions de internacionalització de les societats mercantils així com d'aquelles operacions de reestructuració societària que impliquen un trasllat internacional de seu social o mobilitat dins del territori de la Unió Europea. La col·lisió entre el Dret de la Unió Europea i el Dret Internacional Privat dels Estats membres en matèria societària continua essent una realitat que ni la integració a través del dret secundari, ni els pilars essencials regulats en el dret originari, ni la pròpia jurisprudència del TJUE encara han resolt.

## ABSTRACT

This paper aims at analyzing legal issues involved and derivatives operations internationalization of corporations and transactions involving corporate restructuring to be an international transfer headquarters or mobility within the territory of the European Union. The collision between the European Union Law and Private International Law of the Member States in corporate matters remains a reality that neither integration through secondary law ant the essential pillars covered in primary law or jurisprudence itself the Court of Justice of the European Union have not yet solved.

## PALABRAS CLAVES | KEYWORDS

Derecho Internacional de sociedades – Internacionalización de sociedades – Movilidad de sociedades – Traslado internacional de sede social – Derecho de sociedades de la Unión Europea – Lex societatis.

---

# Sumario

<b>Resumen</b> .....	9
<b>Prólogo</b> .....	15
<b>Introducción</b> .....	17

## PARTE I

### **SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA**

#### CAPÍTULO 1

<b>La internacionalización de empresas</b> .....	29
1. El concepto de globalización .....	29
2. El concepto de internacionalización .....	32

#### CAPÍTULO 2

<b>Principios jurídico-económicos de la UE: El mercado interior y el Derecho de sociedades europeo</b> .....	43
1. Del <i>mercado común</i> al <i>mercado interior</i> .....	43
2. La regulación del Derecho de sociedades en la Unión Europea: de la armonización a la subsidiariedad.....	54

#### CAPÍTULO 3

<b>La libertad de establecimiento de las personas jurídicas para la consolidación del mercado interior en la UE</b> .....	67
1. Los principios fundamentales del TCE y del actual TFUE .	67
2. La libertad de establecimiento .....	73
3. La libertad de establecimiento y el Derecho Internacional Privado .....	98

3.1	Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado .....	98
3.2	La <i>Lex societatis</i> y el reconocimiento de las sociedades «extranjeras» .....	101
3.3	Modelos normativos para determinar la <i>Lex societatis</i> .....	106
3.4	Breve referencia al modelo español .....	119
4.	Modelo de constitución/incorporación vs. Modelo de sede real .....	133
5.	El artículo 54 TFUE y los modelos de constitución/incorporación y sede real .....	138

PARTE II

**INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES  
EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA**

CAPÍTULO 1

	<b>Instrumentos jurídicos que facilitan operaciones transnacionales de cooperación y reestructuración empresarial.....</b>	<b>145</b>
1.	La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE).....	149
2.	La Sociedad Anónima Europea (SAE).....	156
3.	La Sociedad Cooperativa Europea (SCE) .....	163
4.	La Propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE).....	175
5.	La Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital ...	183
6.	La Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social ...	191

CAPÍTULO 2

	<b>Jurisprudencia del TJUE en relación a los artículos 49 y 54 TFUE.....</b>	<b>197</b>
1.	El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades .....	199
1.1	Aplicación del ordenamiento jurídico del Estado de origen y de destino .....	199

1.2	El principio de igualdad en el tratamiento fiscal de las sucursales (continuación de la jurisprudencia <i>Daily Mail</i> ).....	206
1.3	La aplicación de la ley del Estado de «destino» como «ley de Origen» .....	208
1.4	Concepto de establecimiento y libre prestación de servicios y las restricciones basadas en el «interés general» ....	208
1.5	Mantenimiento de la jurisprudencia <i>Gebhard</i> .....	209
2.	El modelo de constitución/Incorporación: compatibilidad con el artículo 54 TFUE .....	210
2.1	Libertad de establecimiento y reconocimiento de sociedades.....	210
2.2	Mantenimiento de la jurisprudencia <i>Centros</i> .....	223
2.3	La sentencia <i>Überseering</i> : confirmación de la jurisprudencia <i>Centros</i> .....	225
2.4	El reconocimiento de la movilidad de las sociedades en la Unión Europea.....	237
2.5	La fusión internacional transfronteriza como modo de ejercer la libertad de establecimiento .....	244
2.6	El «fraude» o «abuso de derecho» como límite a la libertad de establecimiento .....	245
2.7	La movilidad societaria transnacional dentro de la UE sin pérdida de la personalidad jurídica.....	249

## PARTE III

## PROPUESTA DE SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DETECTADOS

## CAPÍTULO 1

<b>Urgente desarrollo legislativo sobre la libertad de establecimiento .....</b>	<b>255</b>
----------------------------------------------------------------------------------	------------

## CAPÍTULO 2

<b>Modificación de los reglamentos sobre la SAE y la SCE .....</b>	<b>263</b>
--------------------------------------------------------------------	------------

CAPÍTULO 3

<b>Modificación y aprobación de la Propuesta de Reglamento del Estatuto sobre la Sociedad Privada Europea (SPE) .....</b>	<b>299</b>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

CAPÍTULO 4

<b>Modificación y aprobación de la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social .....</b>	<b>305</b>
----------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

CAPÍTULO 5

<b>Armonización del Derecho conflictual en materia societaria.</b>	<b>311</b>
--------------------------------------------------------------------	------------

<b>Conclusión.....</b>	<b>319</b>
------------------------	------------

<b>Bibliografía .....</b>	<b>323</b>
---------------------------	------------

a) Manuales generales y monografías de referencia.....	323
--------------------------------------------------------	-----

b) Artículos doctrinales en revistas .....	328
--------------------------------------------	-----

c) Legislación consultada .....	334
---------------------------------	-----

d) Jurisprudencia consultada.....	338
-----------------------------------	-----

e) Documentos consultados .....	340
---------------------------------	-----

ANEXO

<b>Abreviaturas .....</b>	<b>343</b>
---------------------------	------------

---

## Prólogo

En mi condición de europeísta empedernida y defensora de la internacionalización de los mercados tengo que confesar que me costó trabajo afrontar la existencia de obstáculos a la movilidad transnacional en el ámbito empresarial especialmente en la Unión Europea. Sin embargo tengo que confesar que la lectura de esta obra ha servido para adentrarme en el estudio de los problemas y las limitaciones que presentan los Estados para proteger sus sistemas societarios. El autor de este interesante estudio ha podido analizar el fenómeno de la transnacionalidad empresarial desde su doble condición de académico y abogado, lo que ha dado como resultado el tratamiento exhaustivo de los materiales utilizados junto a un análisis práctico muy acertado.

La obra comienza contextualizando el marco de estudio definiendo la globalización y la internacionalización como fenómenos que afectan a los mercados, especialmente a las sociedades, para a continuación ir desbrozando los Principios jurídico-económicos que justifican la existencia de un mercado interior europeo. Tras dibujar la situación actual del Derecho de sociedades en Europa el autor pasa a analizar minuciosamente tanto la legislación como la jurisprudencia comunitaria que afecta a este fenómeno, donde encontramos interesantes reflexiones.

En relación al marco legislativo europeo hay que destacar la dificultad en su estudio ya que debemos de hablar de un *soft law* en constante movimiento que ha exigido al autor trabajar con normas que han cambiado significativamente a lo largo de este estudio. Así por ejemplo ha cambiado la estructura del Tratado de la Unión Europea o se ha enfrentado a normas en pleno proceso de elaboración, tal como ha sucedido con la Propuesta de Reglamento por el que se aprobará el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, o la Propuesta de Directiva de Traslado de Sede Social entre otras.

En relación al marco jurisprudencial el autor ha sabido seleccionar aquellas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han sido cruciales para mostrar el estado actual de las sociedades de ámbito europeo haciéndonos viajar desde la sentencia *Daily Mail* a la sentencia *Centros* pasando por otros pronunciamientos que van a servirle para justificar sus conclusiones.

Llegados a este punto hay que decir que el autor hace propuestas dignas de tener en cuenta sobre todo conociendo su trayectoria como abogado especialista en el derecho societario internacional y por tanto conocedor de los problemas jurídicos que el día a día le plantea la compartimentación de los mercados. En este sentido sus propuestas en relación a la urgencia en buscar una nueva regulación para la libertad de establecimiento así como para modificar las Directivas que regulan esta materia son muy bien recibidas. No obstante los problemas planteados no son sólo de tipo comunitario sino que hay un importante componente al que responden los Estados con sus normas conflictuales. En este sentido hay que tener también en cuenta las soluciones aquí planteadas que pasan por el compromiso de los Estados en la internacionalización de sus normativas olvidando intereses estatales y a favor de las ventajas que la globalización nos ofrece.

En definitiva estamos ante una obra actual, dinámica y muy necesaria para todos aquellos que consideran que la seguridad jurídica debe estar presente en las cada vez más frecuentes relaciones transnacionales de las empresas.

**Carmen Parra**

Profesora de Derecho internacional

---

## Introducción

El objetivo del trabajo que se presenta, es el análisis de los problemas jurídicos vinculados y derivados de las operaciones de internacionalización de las sociedades mercantiles, así como, aquellas operaciones de reestructuración societaria, que implican un traslado internacional de sede social o movilidad dentro del territorio de la Unión Europea. El interés de dicho trabajo viene motivado por la necesidad actual, por parte de las sociedades, de llevar a cabo operaciones de internacionalización por motivos económicos o simple reestructuración, y de las limitaciones que desde el punto de vista jurídico existen todavía en la Unión Europea, motivados por las diferencias, entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y la falta de instrumentos normativos adecuados, en el marco de la Unión Europea. La colisión entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros, en materia societaria, sigue siendo una realidad que, ni la integración a través del derecho derivado, ni los pilares esenciales regulados en el derecho originario, ni la propia jurisprudencia del TJUE, han resuelto todavía.

Para llevar a cabo el análisis de la situación actual, se ha partido del estudio de las fuentes normativas de la actual Unión Europea, de derecho derivado, de derecho originario así como de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su interrelación con el Derecho Internacional Privado, en particular con aquellos sistemas normativos seguidos por los Estados Miembros en materia de derecho societario.

Se analiza en este trabajo inicialmente, en la Primera Parte, la evolución de la armonización del Derecho de Sociedades en el marco de la Unión Europea, así como, la libertad de establecimiento como pilar fundamental para la consecución del mercado interior, desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional Privado. En la Segunda Parte, se lleva a cabo el estudio de los nuevos tipos societarios supranacionales, creados en el marco de la Unión Europea y se revisa, hasta la actualidad, la

jurisprudencia del TJUE relativa a la interpretación de los antiguos artículos 43 y 48 TCE y actuales 49 y 54 TFUE. Finalmente en la Tercera y última Parte el trabajo, se plantean posibles soluciones a los problemas jurídicos detectados, del análisis llevado a cabo en la Primera y Segunda Parte.

La Primera Parte, se divide en tres apartados. En el primero de ellos, de carácter más introductorio, se parte del concepto de globalización e internacionalización, conceptos que vinculados a las necesidades de las empresas, se analizan desde el punto de vista económico y del mundo de la empresa. Se analiza el concepto de globalización, desde el punto de vista económico, y se relaciona con el concepto de internacionalización, habida cuenta que, el objeto de estudio del trabajo, se refiere al ámbito de actuación de las sociedades mercantiles.

Consideramos importante partir de ambos conceptos en nuestro trabajo, por ser conceptos que, en los últimos años, han sido empleados con mucha frecuencia en el mundo de la economía y la empresa, y que han justificado, la actual situación económica mundial.

En el segundo apartado de la Primera Parte, se realiza un análisis de los principios jurídico-económicos de la Unión Europea, partiendo de la evolución del concepto de mercado común, hasta la consagración del actual mercado único o interior, configurado definitivamente, con el Acta Única Europea de 1986, y cómo esta evolución, ha desembocado en una verdadera integración económica, donde el concepto de *movilidad* es fundamental para la eficacia del mercado interior y, por tanto, de la propia consecución de una verdadera integración económica. Como tendremos oportunidad de analizar, la *movilidad* se deberá garantizar a personas (físicas o jurídicas), mercancías, servicios y capitales (libertad de circulación), es decir, a los factores de producción o factores productivos. Dicha *movilidad*, vendrá garantizada por los tratados fundacionales, los cuales desde el inicio de las Comunidades Europeas, reconocieron la libre circulación de dichos factores de producción.

Asimismo, en este segundo apartado, se analizará la evolución del derecho de sociedades, creado por las Instituciones europeas, es decir, el derecho positivo creado dentro del marco de la Unión Europea. Se partirá de la integración positiva, llevada a cabo por el legislador europeo, a través de la armonización legislativa en Derecho de sociedades, esencialmente a través de la utilización de la directiva, como instrumento jurídico de homogeneización

legislativa, en aquellas materias donde las diferencias o divergencias legislativas, pudieran comportar obstáculos para el mercado único. El estudio de dichas Directivas, se inicia con la 1.<sup>a</sup> Directiva de 9 de marzo de 1968, hasta la 12.<sup>a</sup> Directiva de diciembre de 1989, haciendo referencia a las últimas directivas dictadas en los últimos años, con el método de la armonización en el ámbito societario. Como tendremos ocasión de analizar, este método legislativo, tuvo dos importantes fracasos con la 5.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup> Directivas, lo que supuso un cambio en la forma de legislar, inclinándose entonces, a partir de los años ochenta, el legislador comunitario, en la utilización del Convenio Internacional y el reglamento, como nuevas formas de buscar la armonización legislativa en materia societaria. Este cambio de estrategia, por parte del legislador europeo, se plasmó posteriormente, con la iniciativa *SLIM* (*Simpler Legislation for the Internal Market*), que se inició a partir de 1996, y que tenía como finalidad la de saber cómo simplificar la legislación del Mercado Único.

En el tercer apartado de la Primera Parte de este trabajo, se analizará la integración llevada a cabo por el legislador europeo, desde el derecho originario, es decir, a través de la llamada integración negativa. Se analizan aquellos principios fundamentales, que se erigen como *principios quasi constitucionales*, y que fundamentan toda la estructura jurídica de la UE. Junto a estos principios del Derecho de la Unión Europea, y que se recogían en la Primera Parte del TCE (artículos 1 a 16), también se reconocían, tal y como hemos referido anteriormente, unas libertades fundamentales para que se pudiera garantizar, un verdadero mercado interior (libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales).

Esta parte del trabajo es el núcleo del mismo, y en ella, se analiza de forma especial, la libertad de establecimiento como principio fundamental, e integrado, dentro de la libre circulación de personas. Para el objeto de este trabajo, este principio será esencial y de análisis obligado, habida cuenta que los tratados fundacionales y todas sus modificaciones posteriores, incluyendo por tanto, el actual TFUE, han reconocido la libertad de establecimiento, tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas. Este último aspecto, es el que es objeto de estudio en este trabajo, tanto desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea como desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. De esta forma, este trabajo se detiene en el análisis internacional privatista del problema, sobre la efectiva aplicación de la libertad de establecimiento, por parte de los Estados miembros.

El TFUE garantiza un principio, que se ve limitado, por una cuestión de derecho nacional, básicamente por las distintas concepciones o modelos de reconocimiento de sociedades, implícitos a los sistemas de conflicto de leyes, que se siguen en los distintos Estados miembros de la UE: el modelo de constitución o incorporación y el modelo de sede real o efectiva. A pesar de que el Derecho de la Unión Europea, «obliga» a los Estados miembros, a no obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento, lo cierto es, que en muchas ocasiones, cada Estado miembro, aplica «previamente», su legislación interna para poder determinar, si una persona jurídica, es o no, reconocida como sociedad, en el propio Estado miembro. Es decir, que aquella organización con apariencia de sociedad, reúne aquellas características, y requisitos legales, que la legislación conflictual impone, para que ésta pueda ser considerada, como tal sociedad mercantil, en dicho Estado, esto es, que se le reconozca personalidad jurídica en el nuevo Estado. En este sentido, sólo cuando ésta sea reconocida como tal, aplicando uno u otro modelo de reconocimiento, se podrá aplicar, o permitir, el ejercicio de la libertad de establecimiento, en dicho Estado.

Cada uno de los modelos de reconocimiento de sociedades, que siguen los Estados miembros, utiliza puntos de conexión diferentes, para determinar cuál es la ley aplicable a una sociedad, es decir, para saber cuál es la *Lex societatis*, que regirá el funcionamiento de ésta. En este trabajo, se analizan los dos modelos normativos esenciales que ha sintetizado la doctrina, y que siguen los Estados miembros: el modelo de constitución o incorporación y el modelo de sede real o efectiva. Al analizar cada modelo, y ver cuáles son las consecuencias del enfrentamiento jurídico, podremos comprobar que parten de concepciones muy diferentes, que vienen determinadas, por cuestiones de política económico-legislativa de los legisladores nacionales, y veremos que, ambas concepciones, tienen incidencia directa, en cuanto a la aplicación de la libertad de establecimiento. El modelo de sede real, según una parte de la doctrina, no se ajusta al antiguo artículo 48 TCE y actual artículo 54 TFUE, mientras que el modelo de constitución, siendo como veremos, un modelo que favorece el reconocimiento de sociedades, sí que se ajusta más, al espíritu teleológico de dicho precepto.

Como veremos, la confrontación entre el modelo de sede real o efectiva y el modelo de constitución o incorporación, es un aspecto más, que demuestra la dificultad, con la que se encuentran, las sociedades mercantiles, cuando quieren realizar operaciones de reestructuración empresarial, como

por ejemplo, desplazar su sede de un Estado a otro, o cuando quieren crear, una nueva sociedad. Los mecanismos que utilizarán las sociedades, y que analizaremos también en este trabajo, para evitar problemas de cambio de ley aplicable, derivados de la aplicación de estos modelos normativos, serán básicamente la creación de agencias, sucursales y filiales (traslado a título secundario), esencialmente también para evitar tener que disolver, liquidar y extinguir una sociedad en un Estado, y tener que constituir una nueva sociedad en el Estado de destino (siendo éste el problema con el que se encuentran las sociedades en la actualidad, así como, tener que soportar unos costes fiscales, por la liquidación y la nueva constitución). Finalmente, en esta parte del trabajo, se hará especial referencia, al modelo español y a la nueva legislación sobre reestructuración societaria que reconoce la posibilidad de llevar a cabo un traslado de sede social internacional. A raíz de la modificación, llevada a cabo por la Ley 3/2009, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, se incluyó, en sus artículos 92 y siguientes dicha posibilidad. La ley regula los supuestos, las condiciones y las consecuencias de un traslado transfronterizo de domicilio social, en los artículos 92 a 103, estableciendo, de forma detallada, cuáles son los supuestos de traslado de domicilio social y las exigencias y las limitaciones para llevar a cabo éste. Siendo una regulación pionera en esta materia, merece hacer mención de la misma en el presente trabajo.

En la Segunda Parte del trabajo, se analiza por un lado, en el apartado primero, aquellos instrumentos jurídicos actuales de derecho derivado, que facilitan operaciones transfronterizas de cooperación y reestructuración empresarial. Por otro lado, en el segundo apartado, se analizan las decisiones jurisprudenciales, más relevantes, dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)<sup>1</sup> desde 1988 hasta el año 2008, relativas a la interpretación de los antiguos artículos 43 y 48 TCE y actuales artículos 49 y 54 TFUE.

En relación a los instrumentos jurídicos de derecho derivado, se analizarán tres reglamentos, que crearon entes supranacionales de carácter eu-

---

1 A lo largo del trabajo y para no llevar a equívocos, se hará referencia al TJUE por ser la actual denominación del tribunal a pesar de que las sentencias dictadas por éste lo fueran cuando su denominación era la de TJCE.

ropeo: el Reglamento sobre la Agrupación Europea de Interés Económico, el Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea y el Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea. Por otro lado, se hará referencia a la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea. Finalmente, se analizará la 10ª Directiva de fusiones «transfronterizas» y la propuesta de 14ª Directiva, de traslado de sede social.

El Reglamento sobre la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), fue el primer instrumento jurídico, de carácter supranacional de Derecho de la Unión Europea, nacido de la necesidad, a mediados de los años ochenta, de favorecer operaciones de cooperación o colaboración empresarial, entre los agentes económicos o comerciales, de los Estados miembros, y desarrollar la actividad económica de sus miembros. La AEIE representó un paso hacia delante, cualitativamente muy significativo, pues hasta ese momento, no se había legislado de forma directa en materia de sociedades, es decir, a través de reglamentos, lo cual supuso un nuevo modelo legislativo que, desafortunadamente, no tuvo continuidad hasta la aprobación del segundo de los instrumentos legislativos analizados en esta parte del trabajo, el Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea (SAE). Este segundo reglamento, después de muchos años paralizado, vio la luz casi veinte años después, que el reglamento de la AEIE, y fue uno de los primeros instrumentos, que se proyectaron, para superar los obstáculos con los que, en la práctica, se encontraba el ejercicio de la libertad de establecimiento, por parte de las personas jurídicas. Como veremos, el Reglamento SAE, nació como un instrumento jurídico más, junto a los tradicionales instrumentos de Derecho nacional, y que en la actualidad, tienen las sociedades para realizar, más fácilmente, operaciones empresariales. Las sociedades de capital podrán optar, en el momento de llevar a cabo una operación de carácter transfronterizo, dentro de la Unión Europea, entre la utilización de los medios jurídicos existentes, hasta este momento (derechos nacionales), o la utilización del Derecho de la Unión Europea, a través de la creación de una SAE.

El otro reglamento analizado en este trabajo, como instrumento jurídico que permite facilitar operaciones transfronterizas de cooperación y reestructuración empresarial, es el relativo a la Sociedad Cooperativa Europea (SCE). Dicho reglamento, como veremos, a diferencia del derecho de las sociedades mercantiles, no nace tras un proceso de armonización previo, a

través de directivas, como ocurrió con el derecho de sociedades y en particular con la SAE. En el caso de la SCE, se aprobó el reglamento que regula esta figura supranacional sin un proceso previo de armonización. Esta circunstancia, quedó plasmada, en los tres años de *vacatio legis* establecida por el legislador, desde su publicación, hasta su entrada en vigor, para permitir a los Estados miembros, adaptar su legislación, en materia de cooperativas a la nueva regulación aprobada por el legislador europeo. Tal y como ocurría con la SAE, dicho reglamento, se configura como un instrumento más, para que aquellas cooperativas con carácter transfronterizo, puedan desarrollar su actividad, sin sufrir los problemas derivados, de las diferencias existentes, de este tipo de sociedad, en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

En este apartado del trabajo, se analizará la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea (SPE), proyecto, todavía no aprobado, pero de gran interés para las PYMES europeas. La propuesta, tiene como finalidad, incrementar la accesibilidad del mercado único, para las PYMES, dotándolas de un instrumento jurídico más, que facilite la expansión de sus actividades económicas en otros Estados miembros. La creación de una SPE no se supedita a ningún requisito transfronterizo.

También, en este apartado, se analizará una Directiva, que por su trascendencia, ha sido incluida en este trabajo, habida cuenta que es la primera directiva que regula las fusiones transfronterizas, esto es, la 10ª Directiva en materia de derecho de sociedades, y que se erige, como un mecanismo más, de internacionalización societaria. La 10ª Directiva (Directiva 2005/56 de 26 de octubre), armonizó la legislación de los Estados miembros, en materia de fusiones internacionales, dentro del marco de la UE. El ámbito de aplicación de la directiva, es la fusión de sociedades de capital, constituidas según la legislación de un Estado miembro, y que además, tengan su domicilio social, centro de efectiva administración o su principal establecimiento, dentro de la Unión Europea, siempre que al menos dos de las sociedades que participen, estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes. Por tanto, con la aprobación de la Directiva, en fusiones internacionales en el ámbito de la Unión Europea, de alguna forma, se comunitariza dicha institución. Por tanto, a partir de la aprobación y transposición de la referida Directiva, en el Ordenamiento Jurídico español, para aquellas fusiones internacionales intracomunitarias, ya no será de aplicación el artículo 9.11 segundo apartado

del Código Civil, que era la norma de conflicto aplicable a estos supuestos, quedando su aplicación, sólo a aquellas fusiones internacionales de ámbito extracomunitario.

Finalmente, en este apartado del trabajo, también nos referiremos a la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social, pues, habida cuenta de la materia regulada por dicha directiva, si hubiera sido aprobada, podría quizás haber solventado, algunos de los problemas analizados en el presente trabajo. Como veremos, el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva, eran las operaciones de traslado de un Estado miembro, a otro de la sede social o real, de las sociedades constituidas de conformidad, con la legislación de un Estado miembro, y cuya sede social y administración central, estuvieran situadas dentro de la Unión Europea. Desafortunadamente, la Propuesta de Directiva sobre traslado de sede social, fue «aparcada» por el legislador europeo, aunque fue un avance, en relación a la movilidad de las sociedades dentro de la UE.

En el apartado segundo, de la Segunda Parte, la relativa al análisis jurisprudencial, comenzaremos el análisis por la sentencia *Daily Mail*, de 1988, pues es la primera sentencia del TJUE, en la cual, se presta atención, a la interpretación de la libertad de establecimiento, en relación con las dos teorías a las que hemos hecho referencia: la teoría de la constitución o incorporación y la teoría de la sede real o efectiva. Después de *Daily Mail*, se dictaron algunas sentencias que merecerán nuestra atención: *Kraus* de 1993, *TV10* de 1994, *Gebhard* de 1995, *Reisebüro Broede* de 1996, *Futura Participations* y *Singer* de 1997 y *Kefalas* de 1998. Pero la sentencia que vamos a analizar con mayor detenimiento va a ser la sentencia *Centros* de 1999, la cual, junto a las sentencias que la siguieron (*Überseering*, *Inspire Art* y *SEVIC Systems*), modificaron el criterio jurisprudencial de la sentencia *Daily Mail*. Con la sentencia *Centros*, el TJUE, estableció la incompatibilidad entre el modelo normativo de sede real y el Derecho de la Unión Europea. A pesar de ello, algunas interpretaciones de la sentencia, entendieron que si el único modelo normativo compatible, era el de constitución, ello abriría las puertas a la llamada *race to the bottom* (competencia entre ordenamientos jurídicos), en donde los Estados, competirían «a la baja» en cuanto a exigencias jurídicas, en materia de Derecho societario, y ello podría derivar, en una situación en la que no existiera ningún tipo de vinculación, entre el Estado de constitución y el Estado de localización de la sede real, y se dieran situaciones, de más inseguridad

jurídica, para los terceros (acreedores, socios y trabajadores), así como la «deslocalización» societaria en la UE, y la proliferación, de sociedades ficticias (*pseudoforeign corporations*).

Tras la sentencia *Centros*, se dictaron algunas resoluciones, que serán objeto de estudio, también en este trabajo: la sentencia *Royal Bank of Scotland Plc.* y la sentencia *X y Y*, ambas de 1999, la sentencia *Baars* del año 2000, la sentencia *Schnitzer* de 2003 y la sentencia *de Lasteyrie du Saillant*, de 2004. Por la importancia que tuvieron, se analizarán, con mayor detalle, dos sentencias de especial trascendencia, la sentencia *Überseering* del año 2002 y la sentencia *Inspire Art* del año 2003, las cuales, confirmaron la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia *Centros*. Otra de las sentencias, objeto de análisis, será la sentencia *SEVIC Systems*, de finales del año 2005, sentencia de cierta relevancia jurídica, que acabó equiparando una fusión internacional de carácter intracomunitario (dentro de la Unión Europea), como una forma más, del ejercicio del derecho de establecimiento, por parte de las sociedades mercantiles.

Finalmente, se revisan en este trabajo, las dos últimas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, relativas al ejercicio de la libertad de establecimiento, la sentencia *Cadbury Schweppes plc.* del año 2006, y la sentencia *Cartesio*, del año 2008, que permitirán analizar, cuál es la línea de interpretación por parte de dicho tribunal a día de hoy, del actual artículo 54 TFUE, y la interrelación, de este artículo, con los sistemas o modelos normativos en materia societaria, de los Estados miembros, y el alcance real, del ejercicio de la libertad de establecimiento, dentro de la actual Unión Europea, por parte de las sociedades mercantiles.

Finalmente, en la Parte Tercera del trabajo, se propondrán soluciones a los problemas jurídicos detectados, en relación a la libertad de establecimiento, a los reglamentos sobre la SAE y la SCE, la Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Privada Europea, la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social y, finalmente, a la colisión de los modelos normativos de derecho conflictual, en materia societaria en el ámbito europeo.

Quisiera aprovechar este apartado introductorio para agradecer, de todo corazón, a mis padres y a mi esposa Banessa, las muestras de apoyo incondicional y la paciencia que han tenido, pues sin su apoyo y su perseverancia para que culminara este trabajo, no hubiera sido capaz de hacerlo.

Asimismo, debo agradecer a mi Directora de Tesis, compañera y amiga, la Dra. Carmen Parra, el apoyo mostrado, el tiempo dedicado y el empeño puesto, para que pudiera culminar, definitivamente, este trabajo. Finalmente, también me gustaría dedicar, especialmente, y con todo mi cariño, este trabajo a mi hija Valentina que nació el día 14 de mayo de 2014 y que me ha enseñado, en sus pocos meses de vida, que un beso o una simple sonrisa al llegar a casa por la noche, compensan todo el esfuerzo, que a veces uno debe realizar para poder compaginar el ejercicio profesional con la vida familiar.