

**NUEVAS POSIBILIDADES DE MOVILIDAD SOCIETARIA
INTERNACIONAL EN ESPAÑA.**

***NEW POSSIBILITIES FOR INTERNATIONAL CORPORATE
MOBILITY IN SPAIN***

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 38-63



Paola N.
RODAS
PAREDES

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de febrero de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 3 de marzo de 2012

RESUMEN: El presente trabajo analiza la viabilidad que el recientemente modificado régimen legal del traslado internacional del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas, puede tener, a la hora de garantizar la movilidad societaria internacional. Con este fin, se analiza no sólo el procedimiento de salida, sino también el procedimiento previsto para que sociedades extranjeras puedan trasladarse definitivamente a España.

PALABRAS CLAVE: Derecho mercantil, Derecho de sociedades, domicilio social, modificaciones estructurales, movilidad internacional, sociedades extranjeras..

ABSTRACT: This paper analyzes the feasibility of the newly amended Spanish legal regulation of the international transfer of registered office of Spain's business companies, in order to ensure international corporate mobility for them. To this end, we analyze not only the emigration procedure, but also the procedure provided for foreign companies to move permanently to Spain.

KEY WORDS: Business Law; Corporation Law, Registered Office, Structural Amendments; International Mobility, Foreign Corporations.

SUMARIO: I. INTRODUCCION II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS, I. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE TRASLADO 2. PRESUPUESTOS PARA EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE SOCIEDADES ESPAÑOLAS AL EXTRANJERO (PRESUPUESTOS DE “SALIDA”) 3. PROYECTO DE TRASLADO A. Obligaciones de publicidad del proyecto de traslado B. Informe de los administradores 4. ACUERDO DE TRASLADO A. Requisitos para la aprobación del proyecto de traslado en Junta General B. Impugnación por nulidad o anulabilidad del acuerdo de traslado 5. PROTECCIÓN DE SOCIOS CONTRARIOS AL TRASLADO A. Derecho de separación a. Régimen jurídico general b. Problemas de adaptación en cuanto al ejercicio del derecho de separación c. Problemas en cuanto a los efectos 6. DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES SOCIALES A. Presupuestos del derecho de oposición B. Ejercicio del derecho de oposición C. Efectos de la oposición 7. EFICACIA DEL TRASLADO III. REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO ESTATUTARIO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS A ESPAÑA 1. LEGISLACIÓN ANTERIOR 2. NUEVA ORDENACIÓN (PRESUPUESTOS DE “ENTRADA”) A. Sociedades constituidas dentro de la UE B. Sociedades constituidas fuera de la UE.

I. INTRODUCCION

La movilidad societaria internacional, entendida como la capacidad de una sociedad mercantil de transferir a un Estado distinto del de su constitución, su domicilio social estatutario, ha experimentado en los últimos años un gran debate merced al desarrollo, en el seno del Derecho comunitario, de la libertad de establecimiento¹.

En efecto, la delimitación del alcance de la movilidad internacional de una sociedad mercantil significaba, hasta hace no muy poco tiempo, plantearse grandes incógnitas respecto a su viabilidad tanto a nivel europeo, como internacional². El particular desarrollo del Derecho europeo en este ámbito, tanto a nivel normativo³ como jurisprudencial⁴, ha sido determinante a la hora de propiciar la actualización del régimen legal del traslado internacional de domicilio social en España⁵.

1 Al respecto, EMBID, IRUJO, J. M., “Aproximación al Derecho de Sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”; NUE, Núm. 252, 2006.

2 Véase por todos, BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, RDM, 1992, Vol. 203-204, pág. 245 y sigs.

3 Reglamento (CE) 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

4 Respecto al desarrollo de la libertad de establecimiento primaria véase MUCCIARELLI, F.; “Company “emigration” and EC freedom of establishment: *Daily Mail* revisited” EBOR, Vol. 9, 2008, pg. 277 y sig., y también RODAS PAREDES, P.; “Alcance del derecho de establecimiento primario en la Unión Europea: Comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, Cartesio”, RDM, Núm. 271, 2009, pg. 261 y sigs.

5 Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 3/2009, la inclusión de un régimen de traslado de domicilio estatutario en el Reglamento (CE) 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad anónima europea, ha propiciado su regulación en nuestra legislación.

• Paola N. Rodas Paredes

Prof.ª Lectora de Derecho Mercantil
Universitat Rovira i Virgili

II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS

El traslado de domicilio social al tener dos ámbitos de aplicación práctica distintos – el nacional y el internacional – es a su vez, según se trate de uno u otro, una modificación estatutaria y estructural. En efecto, en relación al estudio de nuestro interés, el traslado internacional del domicilio social estatutario, debe considerarse una *modificación estructural*⁶, en razón de la alteración que su modificación significa en el contenido objetivo de los estatutos sociales⁷. De esta manera, se entiende la extensión de este concepto al régimen del traslado del domicilio social al extranjero, ya que el mismo supone una alteración de la ley aplicable al contrato de sociedad, de manera que se modifica la configuración básica de la sociedad, siendo esta la razón por la que el legislador reconoce a los socios minoritarios y a los acreedores sociales, la posibilidad de proteger sus derechos a través del derecho de separación para unos, y del derecho de oposición para los otros.

Por otra parte, la tradicional falta de coordinación en cuanto a la regulación del domicilio social como elemento para determinar la *nacionalidad* española de las sociedades mercantiles, ha dificultado en gran medida el desarrollo de la institución del traslado de domicilio social al extranjero.

Efectivamente, con anterioridad, en materia de modificaciones estructurales, la regulación del traslado internacional de domicilio social se centraba principalmente, en sede de anónimas en el Art. 149 LSA, y en sede de limitadas en el Art. 72.2 LSL. Estos preceptos eran considerados *una norma para el futuro*⁸ puesto que, doctrinalmente, se había llegado a la conclusión de que no era posible su aplicación práctica dada la falta de Convenios internacionales vigentes en España que permitieran la transferencia del domicilio social al extranjero garantizando el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad⁹.

6 Definidas por EMBID IRUJO, J.M., "Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español", CDC Núm. 28, 1999, pág. 33, como el "conjunto heterogéneo de operaciones relativas a las sociedades mercantiles caracterizadas por alterar decisivamente el marco jurídico, organizativo y patrimonial derivado del negocio de fundación de la sociedad". Sobre la consideración del traslado internacional de domicilio social como modificación estructural, véase SEQUEIRA MARTÍN, A.; "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social"; RdS Núm. 31, 2008, pág. 83, y también SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., "Traslado a España de sociedad extranjera. Traslado al extranjero de sociedad española", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 58.

7 BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*; Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 168.

8 BLANCO-MORALES, P.; *La transferencia internacional de Sede Social*, Pamplona, 1997, pg. 133.

9 También en este sentido, BLANCO FERNÁNDEZ, J.M.; "La nacionalidad..." ; op. cit., pg. 273, PRETEL SERRANO, J.; "Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima;" AAMN, Tomo XXX; 1991; pg. 243; OLIVENCIA, M.; "Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas" en *Academia Sevillana del Notariado*; Edersa; Madrid, 1993, pg. 506., MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*; McGraw-Hill; Madrid 1997, pg. 64, SÁNCHEZ CALERO, F.; "La nacionalidad de la sociedad anónima"; RdS Núm. 1; 1993, pg. 57; 59

Sin embargo, los avances en relación con la armonización del Derecho comunitario de sociedades, así como la jurisprudencia comunitaria en la materia¹⁰, finalmente han conseguido que el legislador español vea la necesidad de completar y ampliar el régimen jurídico del traslado de domicilio. Dicha ampliación se ha llevado a cabo a través del Título V (art. 92 al 103) de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Esta reforma, no puede ser sino bienvenida, aunque se hecha en falta una regulación más completa en el ámbito del régimen legal de la nacionalidad de las sociedades mercantiles que, como acabamos de analizar, carece en estos momentos, de una regulación sistemática¹¹.

En relación a los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la regulación del traslado de domicilio, a nuestro entender son tantos como tipos societarios a los que va dirigido¹². En relación con las fuentes que han servido de fundamento para esta reforma legislativa es innegable, como ya ha sido señalado¹³, la influencia que el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea y la propuesta de 14ª Directiva sobre la transferencia de sede estatutaria de una sociedad de un Estado miembro a otro con cambio de ley aplicable, han tenido en relación con la ordenación de este instituto.

1. Ámbito Subjetivo de aplicación de la normativa de traslado

La nueva normativa del traslado de domicilio, en relación con las sociedades españolas, se aplica a un ámbito subjetivo más restringido que aquel previsto con carácter general por la LMESM¹⁴. En efecto, la aplicación de la normativa del traslado internacional de domicilio establece dos requisitos adicionales. En primer lugar, se requiere que la sociedad mercantil sujeto de traslado sea considerada española¹⁵. En

10 Ver de manera general sobre el proceso de armonización de la legislación comunitaria, EMBID Irujo, J. M.; "Aproximación al Derecho de Sociedades..." , op. cit., pág. 5 y sig., y también RODAS PAREDES, P., "La libertad de establecimiento de las personas jurídicas en el TJCE" en VITOLO/EMBIID (coords.) *III Congreso Argentino-Español de Derecho mercantil: El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Comares, Granada, 2007, pág. 119 y sigs.

11 También debe tomarse en cuenta, aunque excede del ámbito de nuestro análisis, que el mayor o menor éxito de esta nueva regulación sobre el traslado de domicilio dependerá, no solo de los factores que a continuación estudiaremos, sino también del trato en materia fiscal que la transferencia de los activos de la sociedad reciban por parte de la Agencia Tributaria española. Al respecto será decisiva, sin duda, la transposición de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SAE de un Estado miembro a otro.

12 Un listado más o menos exhaustivo puede encontrarse en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., "Traslado a España de sociedad extranjera..." , op. cit., pág. 57

13 SEQUEIRA MARTÍN, A.; "Comentario al Proyecto de Ley..." ; op. cit., pg. 84.

14 Art. 2. *La presente Ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución (...)*

15 Esta aseveración puede parecer superflua a primera vista; sin embargo, debemos tener en cuenta que la atribución de la nacionalidad española a las sociedades mercantiles no es un tema pacífico, de manera que es posible que en el futuro surjan problemas en esta sede. A pesar de los esfuerzos del legislador – véase la reciente reformulación que los antiguos Art. 5 y Art. 6 de la LSA y Art. 4 y Art. 5 de la LSL han sufrido en el RDL 1/2010 que aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, en concreto los nuevos Art. 8, 9 y 10 – los más recientes comentarios (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Disposiciones Generales (Título I artículos 1 a 18)", RdS núm. 36, 2011, pág. 54 y sigs.) dan cuenta de la necesidad que aún persiste, de interpretar la legislación

un contexto de integración dentro del Mercado Interior Europeo, esta limitación es, por una parte, lógica, y además acertada, puesto que de esta manera se evitaría el “uso” de nuestra normativa para regular el traslado que una sociedad extranjera (y precisamos, aunque la misma actuara exclusivamente en territorio español) pudiera hacer con la esperanza de evitar la aplicación de su normativa societaria de origen.

Otro requisito a cumplir establece que la sociedad que se traslada este previamente inscrita en el Registro Mercantil. Y ello porque el nuevo régimen legal establece determinadas garantías de publicidad a favor tanto de socios, como de los acreedores sociales y de los trabajadores de la sociedad. Estas garantías estarían vacías de contenido si no se garantizara, a través de la inscripción registral, la publicidad de los aspectos más relevantes de la vida social, así como también un cierto grado de control formal dado que la misma esta sometida al escrutinio y posterior calificación del registrador mercantil en su función de garante de la legalidad de los actos societarios que son sometidos a su calificación.

2. Presupuestos para el traslado del domicilio social de sociedades españolas al extranjero (Presupuestos de “salida”)

La principal preocupación del legislador en cuanto al traslado al extranjero de las sociedades españolas es la de garantizar el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Para ello como requisito previo al inicio del procedimiento de traslado se exige que el Estado receptor garantice la continuidad de la existencia societaria¹⁶.

Por otra parte, también se prohíbe el traslado al extranjero a todas aquellas sociedades que hayan entrado en fase de liquidación o concurso. Aunque la LMESM no establezca una regla al respecto, debe entenderse en nuestra opinión que esta prohibición opera desde la disolución de la sociedad (pues, recordemos, la disolución

en materia de atribución de nacionalidad, con un criterio constructivo y *exegético*, que no hace si no resaltar la necesidad de una verdadera sistematización del tratamiento legislativo en la materia.

16 Art. 93.1 LMESM. Por otra parte, la nueva normativa no ha establecido un control administrativo previo al traslado de sociedades españolas al extranjero, ni ha establecido requisitos de naturaleza económica relativos al tipo de actividad desarrollada por la sociedad que desee trasladarse o a la importancia económica de las mismas. En ello, la LMESM se aparta del legislador comunitario que, en el caso del traslado de domicilio de la SE, ha conferido a los Estados miembros la potestad de, a través de sus regulaciones nacionales en esta materia, y si así lo estiman conveniente, conceder a la autoridad respectiva del Estado donde tenga su domicilio estatutario la SE, una *cuasi* potestad de veto a la hora de autorizar el traslado de domicilio de las SE (Art. 8.14 del Reglamento (CE) 2157/2001). Debemos recordar, además, que el legislador español ha hecho uso de esta potestad en relación con las SEs domiciliadas en España a través del Art. 316 LSA, precepto que establece a favor del Ministerio de Justicia, Comunidad Autónoma y la autoridad supervisora competente del lugar en el que se encuentre domiciliada la SE española, un derecho de oposición al traslado de la sociedad a otro Estado miembro en el caso de que el mismo vulnere el *interés público* (Al respecto, GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Art. 316”, en ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª. Ed., Vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 3041 y sigs. Con independencia del mayor o menor acierto, o de las críticas que pudieran señalarse sobre la existencia de esta *cuasi* potestad de veto en el marco de la SE (tema que no puede desarrollarse en esta sede), sí que nos parece relevante señalar aquí la incongruencia de mantener dos criterios diferentes para SE y para LMESM, y ello máxime cuando la SE, por ser un tipo societario primordialmente concebido para sociedades de dimensión europea, deberían tener un mayor acceso a la movilidad societaria.

abre la fase de liquidación de la misma) o, respectivamente, desde la fecha del auto de declaración de concurso al que hace referencia el Art. 21 de la Ley Concursal, pues el mismo tiene, y según lo prevenido en el apartado 2 de dicho artículo, efectos inmediatos.

3. Proyecto de traslado

Como en toda modificación estatutaria, el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero se desarrolla a través de un procedimiento en el que surgen distintos deberes u obligaciones y derechos.

La LMESM prevé la obligatoriedad de la elaboración de un proyecto de traslado para el caso de traslado de sociedades españolas al extranjero. Dicho proyecto constituye la piedra angular sobre la que deberán cumplirse los deberes de las partes interesadas en el traslado y reflejarse la modificación en los intereses de los afectados por el mismo. Este documento deberá ser redactado por los administradores de la sociedad que pretende trasladarse con un contenido mínimo fijado por ley¹⁷ cuyo objetivo principal es el de establecer de manera inequívoca, todas las previsibles consecuencias que el traslado conllevará, en el ámbito organizativo interno de la sociedad, como en relación a los derechos y deberes de los socios.

A. Obligaciones de publicidad del proyecto de traslado

Una vez redactado el proyecto, este deberá cumplir una serie de requisitos de publicidad en orden a garantizar a los posibles afectados por el traslado, el suficiente tiempo e información para que ejerzan los derechos que les otorga la ley para salvaguardar sus intereses. Al efecto la LMESM prevé la obligatoriedad de depositar el proyecto de traslado en el Registro Mercantil correspondiente, de manera que el mismo sea calificado conforme a Derecho por parte de la autoridad competente – en este caso el Registrador mercantil del lugar donde la sociedad estuviera inscrita. Posteriormente, este último fedatario deberá remitir el proyecto de traslado al Registrador mercantil central para su publicación en el BORME.

Dicha publicación deberá incluir la denominación, tipo social y domicilio de la sociedad que desea trasladarse, así como los datos de inscripción del Registro y, sobre todo, deberá hacer constar cuales serán las condiciones de ejercicio de los

17 Denominación y domicilio de la sociedad; que deberá incluir los datos identificadores de la misma en el Registro Mercantil; el lugar adonde se propone trasladar el nuevo domicilio social; la propuesta de nuevos estatutos que regirán a partir del traslado a la nueva ubicación (Debe tomarse en cuenta en este punto que el traslado del domicilio social al extranjero puede conllevar una transformación del tipo social, puesto que incluso dentro del ámbito de la CE es posible que nos encontremos con la falta de un tipo social equivalente en el Estado receptor, o incluso que la misma sociedad desee aprovechar la oportunidad para cambiar su tipo social). También es obligatorio incluir la nueva denominación social, ya sea simplemente en cuanto a la identificación del nuevo tipo social, o a una modificación total de la denominación social; el calendario previsto para el traslado, y los derechos previstos para la protección de socios, acreedores sociales y trabajadores.

derechos de los socios y de los acreedores sociales para que puedan ejercer tanto el derecho de separación, en el caso de los primeros, como el de oposición al traslado, en el caso de los segundos. Por último también deberá incluirse la ubicación del sitio donde podrá obtenerse mayor información sobre estos dos últimos aspectos¹⁸.

Sobre este último punto, debe resaltarse nuevamente la influencia del Derecho comunitario en cuanto a la ampliación de los sujetos tutelados por los derechos de información, puesto que no solamente se incluye entre sus beneficiarios a los socios¹⁹, sino también a los acreedores sociales²⁰.

B. Informe de los administradores

Al igual que en el caso de otras modificaciones estructurales, el legislador ha estimado conveniente incluir, para el traslado internacional de domicilio, la obligación, por parte de los administradores, de *explicar* el proyecto de traslado a través de un informe, pues se pretende que los accionistas puedan conocer, de manera anticipada, la razón de ser, el fundamento y la justificación de la propuesta que se somete a su aprobación²¹.

En relación con la información que debería contener este informe, los administradores además de explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos del proyecto, deberán aportar datos suficientes para dotar a los socios de elementos

18 Acorde con los tiempos actuales no podemos dejar de pensar que esta previsión tiene en mente la publicación del proyecto de traslado en la página web de la sociedad que desea trasladarse.

19 El derecho de información ha sido de siempre una prerrogativa integrada en los derechos que integran la condición de socio. Considerado como uno de los derechos consustanciales de la condición de socio-accionista. Si bien es cierto que, de acuerdo con URÍA, R.; *La información del accionista en Derecho español*; Civitas, Madrid, 1976, pg. 15 – 53, en un momento dado la LSA 1951 dio mayor relevancia a los derechos de información del accionista que otros ordenamientos jurídicos de la época, poco a poco la legislación en la materia a nivel europeo fue desarrollándose, no solo a nivel de los ordenamientos jurídicos particulares, sino especialmente a nivel de Directivas europeas, las cuales además procuraron garantizar, sobre todo, la veracidad de la información puesta al alcance del socio. De esta manera reflejan URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J.M.; “La junta general de accionistas”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; T.V; Civitas, Madrid, 1992, pg. 242, dicho cambio, al señalar que “del derecho de información del accionista, que puede o no ejercitar, se ha pasado al deber de información de la sociedad; y del interés del accionista actual, como base de aquel derecho, al interés del accionista potencial y del público en general, como fundamento de la protección”.

20 La aplicación del derecho de información a los acreedores sociales fue adoptada por nuestra legislación con la LSA de 1951 en relación a la reducción de capital. Al respecto ESCRIBANO GÁMIR, R.; *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*; Aranzadi, Pamplona, 1998, pág 199, destaca, acerca del sistema adoptado por la legislación española, que el mismo configura una protección *a priori* de los derechos de crédito, ya que la LSA no permitía la inscripción de la reducción durante el plazo de oposición, con el fin de supeditar la eficacia y la ejecución de la operación al hecho de que la sociedad deudora atendiera los derechos de crédito de sus acreedores. En relación al derecho de información como instrumento esencial de protección del socio en la escisión, ver GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*; Civitas, Madrid, 1993, pg. 128.

21 IGLESIAS PRADA, J. L.; BELTRÁN, E.; “A propósito de la propuesta y del informe justificativo relativos a las modificaciones estatutarias: viejas y nuevas ideas”, en A.A.V.V.; “*Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*”; Vol. II, McGraw-Hill; Madrid, 2002, pg. 2272, o como señalan BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.; “Fusión y escisión”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 2ª Ed.; Cizur Menor, 2006, pg. 746, y PEREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas, Madrid, 1998, pg. 163, manifestar y acreditar “el buen fundamento y razonabilidad de la propuesta, desde el prisma del interés social”.

de juicio adecuados con los que poder apreciar la bondad de la operación, explicando la motivación, en este caso del traslado, desde un prisma económico²². Por otra parte, en relación con los límites de esta función informativa, consideramos que debería buscarse un equilibrio entre los intereses de los accionistas – protegidos a través del acceso a la información de los aspectos esenciales del traslado – y el posible daño al interés social que el acceso a la información particular pudiera ocasionar, aunque en caso de conflicto creemos justificado la extensión de este derecho dado que no existe, como en el caso de la fusión o la escisión, una segunda sociedad beneficiaria.

En relación con el plazo para su publicación, la nueva normativa no establece un plazo determinado para la publicación del informe; sin embargo, dado que deberá estar a disposición de quienes tengan derecho a examinar la documentación pertinente antes de la junta convocada para decidir sobre el proyecto de traslado, estimamos que el informe deba estar elaborado con antelación a la publicación de la convocatoria de junta general²³.

4. Acuerdo de traslado

A. Requisitos para la aprobación del proyecto de traslado en Junta General

La LMESM regula con detalle determinados aspectos de la convocatoria de la junta general llamada a aprobar el proyecto de traslado de domicilio. De esta manera se busca potenciar la tutela de los intereses en conflicto a través del establecimiento de la fecha del depósito del proyecto de traslado en el Registro mercantil correspondiente, como punto de referencia para el inicio del plazo mínimo de dos meses que deben transcurrir entre la convocatoria de la Junta general que debe aprobar el proyecto, y su efectiva realización²⁴. También se prevé la publicación, junto con la convocatoria de junta, de datos puntuales encaminados a asegurar que los asistentes a la misma conozcan, sobre todo, el lugar adonde se pretende trasladar el domicilio, así como los derechos de las partes interesadas en el traslado.

Por otra parte, se prevé que el procedimiento de convocatoria para la adopción del acuerdo de traslado, las mayorías necesarias para obtenerlo y los requisitos para la posterior publicación del mismo, serán distintas, según de que sociedad se trate, puesto que la LMESM establece que todos estos aspectos se realizarán de acuerdo con *los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada*²⁵.

22 GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades...*, cit., pg. 185 y sig.

23 En este sentido también CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; y PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 237*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, vol. 2, Civitas, Pamplona, 2008, pg. 215

24 Al mismo tiempo, como veremos a continuación, también marca la fecha hasta la cual se extiende la tutela de los intereses de los acreedores sociales, puesto que solo nacerá el derecho de oposición para aquellos anteriores a la fecha de depósito del proyecto de traslado.

25 Art. 97 LMESM. Para un análisis más pormenorizado de los posibles problemas que este artículo plantea, véase

B. Impugnación por nulidad o anulabilidad del acuerdo de traslado

De acuerdo con la legislación vigente, si el acuerdo de traslado incurriera en causa de impugnación, correspondería remitirse al régimen de impugnación de acuerdos sociales previsto en el capítulo IX de la Ley de sociedades de capital. Sobre este particular, la aplicación del principio de mayoría como requisito de validez viene a exigir el cumplimiento de las normas legales imperativas y estatutarias, las cuales, a su vez, tienen por objetivo ejercer algún medio de control sobre los acuerdos alcanzados por la mayoría²⁶. De otra manera, podrían llegar a imponerse a la sociedad acuerdos que perjudiquen a la sociedad en beneficio de algunos socios o de terceros²⁷. Si bien es cierto que la previsión de una calificación registral previa al traslado (Art. 101 LMESM), antes de cerrar el registro de la sociedad, es previsible que contribuya a disminuir el recurso al procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, no es menos cierto que, previa conclusión del procedimiento de traslado, y antes de dicho control registral, pueden darse casos en los cuales, los socios de la sociedad emigrante puedan sentirse legitimados a impulsar tal procedimiento de impugnación. De acuerdo con la legislación vigente, el acuerdo de traslado internacional podría ser impugnado, de conformidad con las normas establecidas en el Art. 204 LSC, ya sea en el caso de acuerdos nulos²⁸, o anulables²⁹.

ECHEBARRIA SANZ, J. A., "Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 95.

- 26 EMBID IRUJO, J.M.; "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas"; NÚE, Núm. 121, 1995, pg. 49, por otra parte BOQUERA MATARREDONA, J.; *La junta general de las sociedades capitalistas*; Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pg. 188; IGLESIAS PRADA, J. L.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.; "Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada", en MENÉNDEZ, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas 3ª Ed., Cizur Menor, 2005, pg. 370, destacan el papel de la impugnación de acuerdos sociales en asegurar un control judicial sobre los mismos, de manera que se pueda garantizar su conformidad con el interés social.
- 27 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; "Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.); *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pg. 414.
- 28 Si el acuerdo de traslado de alguna manera fuera en contra del "orden público", la acción de nulidad estaría exenta del plazo de caducidad establecido en la LSA y sería por tanto imprescriptible. La doctrina ha discutido el contenido de la expresión "orden público" en este contexto (EMBI IDIRUJO, J.M.; "Notas sobre la impugnación..."; cit., pg. 52), por nuestra parte, creemos correcta la tesis que considera como tal la contravención de los principios esenciales del ordenamiento, puesto que éstos no pueden ser desconocidos en modo alguno – en el sentido del Art. 1255 del CC –, planteándose la restricción del significado de esta expresión a la protección exclusiva de los principios y derechos protegidos por la Constitución, tomando como criterio interpretativo a los "principios configuradores" del tipo social (véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; "Impugnación de acuerdos...", cit., pág. 434, y ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.; *Impugnación de acuerdos...*, cit., pág. 59. Una interpretación más abierta por parte de JIMÉNEZ DE PARGA, R., "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en AA.VV.; "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont", Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1805, que extiende la sanción de nulidad a preceptos legales dispositivos. Sobre el mismo tema, la jurisprudencia ha establecido ciertos parámetros interpretativos de la aplicación del "orden público" a la nulidad de la junta, en particular la STS de 5 de febrero de 2002 [R] 2002\1600], que a su vez se remite a la definición de este concepto establecido por la STS de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979 [R] 1979\4499]).
- 29 La exigencia básica para legitimar esta acción es la contravención de los estatutos sociales, o la lesión de los intereses de la sociedad a favor de uno o varios socios o terceros. Respecto del primer punto, debe tenerse en cuenta que si una norma imperativa es reproducida en los estatutos, su incumplimiento conllevaría nulidad y no anulabilidad. Por otra parte si en los mismos se reflejara alguna exigencia superior a la determinada por ley (por ejemplo exigencia de mayor quórum), su incumplimiento daría lugar a un acuerdo anulable, pero no nulo, como ha señalado la STS de 17 de junio de 1994 [R] 1994\4930]. En cuanto a la lesión de los intereses de la sociedad por favorecer a uno o varios socios, deberá tenerse en cuenta la exigencia del requisito del nexo de causalidad entre la lesión del interés social y el beneficio para uno o varios socios (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; "Impugnación de acuerdos..."; cit., pág. 436). Además, con respecto al interés social que se protege, deberá considerarse como tal "el interés conjunto de los socios" (en este sentido, EMBID IRUJO, J.M.; "Notas

5. Protección de socios contrarios al traslado

A. Derecho de separación

A efectos de establecer medidas protectivas en favor de aquellos socios que no estuvieran de acuerdo con el traslado de domicilio al extranjero, la LMESM ha establecido como alternativa a favor de aquellos que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado, el derecho de separación, sirviéndose al efecto, de una remisión a lo dispuesto en el título IX de la Ley de Sociedades de Capital³⁰. De esta manera se renuncia a establecer un régimen propio en cuanto a la aplicación de este derecho en el caso del traslado de sede³¹.

a. Régimen jurídico general

En general, el derecho de separación se justifica por el cambio que una modificación estatutaria supone³². De esta manera, la alteración del contrato de sociedad establecida como una desviación sustancial respecto de alguno de los elementos de la estructura social que el legislador considera presupuesto esencial de adhesión a la sociedad³³, da lugar al nacimiento de este derecho³⁴.

Entre los elementos que configuran el derecho de separación se ha distinguido entre aquellos elementos que configuran el derecho de separación en sí, y las características relacionadas con su ejercicio, siendo parte de los primeros el reconocimiento legal o estatutario del mismo, y la irrenunciabilidad e inderogabilidad

-
- sobre la impugnación...”; cit., pág. 52, JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos...”, cit., pág. 1897, jurisprudencialmente, STS de 12 de julio de 1983 [R] 1983\611\1]. Por último, se establece además el requisito de que la lesión produzca beneficios económicos, véase STS de 7 de octubre 1991 [R] 1991\7444], STS de 17 de mayo de 1979 [R] 1979\1886], STS de 7 de mayo de 2004 [R] 2004\2155].
- 30 Reciente modificación del legislador; véase el Art. 2.13 del Real Decreto Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.
- 31 SEQUEIRA MARTÍN, A.; “Comentario al Proyecto...”; cit., pg. 89.
- 32 Como señala PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 37 y sig., el derecho de separación ha sido adoptado en nuestro Derecho a través de distintas fases originadas desde que la regla de la unanimidad para la modificación del contrato de sociedad, establecida a través del Art. 289 del CCom 1829, fuera reemplazada, para las sociedades de capital, por la de la mayoría a través del Art. 168 CCom de 1886. El posterior abandono de dicha interpretación por la LSA de 1951 propicio cualquier modificación estatutaria a la vez que concedió el derecho de separación a los accionistas con respecto a la modificación del objeto social, (Art. 85), para la transformación (Art. 135), y en caso de fusión (Art. 144), en compensación por la pérdida del poder de veto, respecto a este último punto, también FARRANDO MIGUEL; I.; *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*; Civitas, Madrid, 1998, pg. 55-56. En relación con el derecho de separación en la LSA 1951, PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista...*, cit., pg. 505 y sig., y sobre la LSL 1953, BONARDELL LENZANO, R., “Separación y exclusión de socios”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J., NIETO CAROL, U., (coord.) *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, pg. 787 y sig.; Sobre el origen de este derecho en otros ordenamientos jurídicos GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, T. I, Madrid, 1976, pg. 684, y también FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pg. 14. Estos dos últimos destacan la inclusión del derecho de separación en el Art. 225 del CCom de 1886, a fin de contribuir a la conservación de la sociedad, asimilándolo al pacto de continuación de la sociedad entre los herederos del socio fallecido.
- 33 MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*, cit., pg. 5.
- 34 Al respecto, se ha analizado la adopción de este derecho desde la contraposición de la sociedad como contrato y como institución, explicando en síntesis ambas teorías DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; “Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría”; RdS, Núm. 1, 1993, pg. 66 y sig.

de este derecho. Dado que su atribución se sustenta sobre la base de una excepción a la regla general de la mayoría en relación con una alteración esencial del contrato de sociedad, se considera lógico que no se pueda renunciar al mismo ni que pueda ser derogado por los socios, ya que de otra manera la excepción a la regla de la mayoría estaría vacía de contenido³⁵.

En relación con las características de su ejercicio, la separación de la sociedad ha de ser voluntaria³⁶, unilateral³⁷, y sobre todo debe permitir que la sociedad continúe su existencia³⁸, procediéndose a la cancelación del registro del socio que se separa y a la reducción del capital social³⁹ para adaptarse a la nueva configuración de la misma.

El traslado de domicilio social al extranjero ha sido, desde su inclusión en el Art. 95 LSRL, una de las causas legales del derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del traslado⁴⁰. De acuerdo con la evolución de este derecho, en un principio, solo se admitían causas establecidas por ley como conductas que daban lugar al nacimiento del derecho de separación, sin embargo, desde la reforma de 1995, el régimen jurídico de este derecho ha visto ampliada su tutela protectora a través de la posibilidad de incluir en los estatutos sociales otras causas que den lugar al nacimiento de este derecho. Con la LMESM, este derecho también se ha extendido a los socios de todos los tipos sociales habilitados por la nueva normativa para trasladar su domicilio social al extranjero.

La principal justificación a la hora de garantizar al socio discordante una salida de la sociedad, en el caso del traslado, es la tutela que merece el interés que dicho socio podría tener en no quedar sometido a la jurisdicción y ordenamiento jurídico de otro Estado. Esta tutela está igualmente vinculada a los costes que le podría

35 En el mismo sentido FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación...*, cit., pg. 75, GIRÓN, MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*, cit., pg. 23, PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 305, VELASCO ALONSO, A., *El derecho de separación del accionista*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1976, pg. 99 y sig.

36 De esta manera se distingue la separación de la exclusión forzosa del socio, la transmisión, y la baja voluntaria, FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho...* cit., pg. 39, PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 312.

37 Al causar baja, el socio no necesita el consentimiento del resto de socios, sino que una vez cumplido el requisito legal o estatutario, el derecho nace sin que haya necesidad de cumplir otra obligación previa salvo la comunicación por escrito a la sociedad de que se ejercita este derecho.

38 De acuerdo con VELASCO ALONSO, A., *El derecho de separación...*, cit., pg. 21, la separación del accionista no conduce a la disolución de la sociedad, porque "tanto la separación como la exclusión de socios son dos instituciones con las que se persigue salvar la subsistencia de la sociedad".

39 Respecto a este tema, ha sido muy discutido por la doctrina si el derecho de separación puede dar lugar a la mera sustitución en la titularidad de la participación social FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho...*, cit., pg. 44, distingue entre la separación en la que se reduce el número de socios con cancelación de la participación del mismo en la sociedad, y su desvinculación con posterior transmisión de las mismas a la sociedad, a terceros o a los demás socios; de este modo puede producirse la disminución en el número de socios, pero las participaciones sociales del socio saliente no se anulan, sino que en todos los casos pasan a titularidad de otra persona, no llegando a reducirse tampoco el capital social. A pesar de esta afirmación, la autora afirma la obligatoriedad, en nuestra legislación, de reducir el capital por mandato del Art. 147.3 LSA y 102 LSRL, en contra PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 312-313.

40 De acuerdo con PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 300 y sig., las causas legales son aquellas que el legislador considera responden a una modificación de importancia en el contrato de sociedad, y las estatutarias aquellas que procuran dirimir un conflicto societario entre minorías y mayorías.

suponer al socio el trasladarse allí donde la sociedad fije su nuevo domicilio para ejercer sus derechos de socio. En efecto, por una parte, la modificación de la ley aplicable al contrato de sociedad podría modificar diversos aspectos – entre ellos derechos y obligaciones de los socios – del funcionamiento interno de la sociedad. De esta manera, el reconocimiento del derecho de separación vendría justificado porque la posición del socio en la sociedad, y las características de ésta, no vienen dadas exclusivamente por lo dispuesto en los estatutos sociales, sino también, y principalmente, por lo señalado en la legislación aplicable a la sociedad. Una variación en dicha legislación supone pues, la variación de los elementos societarios característicos que han determinado el consentimiento inicial del socio de devenir socio de dicha sociedad.

Pero, incluso en el supuesto de que el traslado de domicilio no significara un cambio de *nacionalidad* para la sociedad – caso este que no contempla nuestra legislación – y solamente implicara el traslado de la inscripción registral de la sociedad española como tal en un registro extranjero⁴¹, debería reconocerse a los socios que así lo manifesten, el derecho a separarse de la sociedad, puesto que el ejercicio de muchos derechos de la vida social dependen o están, en cuanto al lugar de su ejercicio, ligados al lugar del domicilio social inscrito en el Registro Mercantil. Puesto que el traslado del domicilio implica un alejamiento del socio respecto del centro de ejercicio de sus derechos políticos, los costes que podría suponerle al socio tal alejamiento, ya sea de forma temporal o permanente, suponen igualmente una variación en las consideraciones económicas que el socio ha tenido en cuenta la hora de valorar su entrada en la sociedad trasladada⁴².

De manera que el fundamento del derecho de separación en el caso del traslado del domicilio, se encuentra en la protección cumulativa que merece el socio tanto en el caso del sometimiento de la sociedad a un diferente ordenamiento⁴³, como en el de la modificación de los derechos ligados al domicilio social en sí⁴⁴.

b. Problemas de adaptación en cuanto al ejercicio del derecho de separación

Un problema nuevo que surge en el caso de la aplicación de este derecho para el traslado de la sociedad es que el mismo al no establecer una regla especial puede resultar dilatoria, puesto que no queda claro si el plazo para efectuar la posterior

41 A estos efectos, el único precedente que tenemos de una propuesta de este tipo es el KPMG, *Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another*, Brussels, 1993, que proponía un sistema de este tipo para solucionar el problema del traslado del domicilio a nivel europeo.

42 También podría entenderse estas variaciones como “una alteración sustancial de las condiciones de riesgo que fueron tenidas en cuenta por el socio en el momento de su ingreso en la sociedad”, MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*, cit., pg. 8.

43 FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación...*, cit., pg. 61, FARRANDO MIGUEL, I.; *El derecho de separación...*, cit., pg. 98.

44 En este sentido BRENES CORTÉS, J.; *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 227, por su parte, BONARDELL LENZANO, R.; CABANAS TREJO, R.; *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pg. 48, estiman como fundamento de este derecho, el simple traslado de la sede social al extranjero, señalando que de esta manera la Ley reconoce a este suceso, la relevancia suficiente para ligar a ella la concesión de la facultad resolutoria.

reducción del capital social, deberá transcurrir, y este llevarse a cabo, antes de que la sociedad pueda obtener la certificación registral que le permita iniciar los trámites necesarios para registrarse en el Estado al que traslade su domicilio.

Por otra parte, con respecto a la legitimidad para separarse de los titulares de acciones sin voto, queda por dilucidar si el derecho reconocido en el Art. 293.1 LSC – en relación a las modificaciones estatutarias que lesionen directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, en este caso la de las acciones sin voto – otorga a sus titulares el derecho a separarse de la sociedad que se traslada⁴⁵. La legislación anterior⁴⁶ preveía la legitimación de los accionistas sin voto para ejercer el derecho de separación en el caso de traslado de domicilio social al extranjero. Sin embargo, dada su reciente derogación y, salvo futuras modificaciones⁴⁷, deberá aplicarse a esta clase de acciones la protección general prevista en el ya mencionado Art. 293 LSC, según la cual se prevé para estos accionistas un *derecho especial de voto*⁴⁸ dado que el traslado podría significar la desaparición de esta clase de acciones⁴⁹, o una modificación en sus derechos.

Si bien es cierto que la doctrina había llegado a la conclusión de que la protección prevista por el Art. 293 LSC, se refiere en general a la lesión de los derechos diversos propios de una determinada clase de acciones⁵⁰, también lo es que, de otra manera se deja a estos accionistas sin protección frente a la posible desaparición de la clase o la modificación perjudicial de sus derechos especiales⁵¹ fruto del cambio de *lex societatis* a consecuencia del traslado internacional de domicilio.

45 Al respecto, SAGASTI AURREKOETXEA, J.; El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y valores; Civitas, Madrid, 1997, pg. 451, plantea una respuesta positiva en el caso de la transformación de la sociedad en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones. El fundamento de esta legitimidad no es otro que la alteración de los derechos de los titulares de estas acciones, en cuanto que la transformación derivará en una modificación irreversible de sus derechos en la sociedad, en particular en el caso de la transformación a sociedad colectiva.

46 En particular, el Art. 149.2 LSA, derogado por la Disposición Derogatoria de la LMESM.

47 Por ejemplo en el siempre esperado Código de sociedades mercantiles.

48 MENÉNDEZ, A.; BELTRÁN, E.; "Las acciones sin voto (Art. 92 LSA)" en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dir.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Civitas, Madrid, 1994, pg. 441.

49 Podría plantearse una situación de este tipo, si la sociedad que se traslada decide adquirir un tipo social distinto en el Estado de destino. No podemos olvidar, desde luego, que la sociedad que se traslada solo podrá elegir entre los tipos sociales vigentes en la legislación que la recibe, aunque esto no debería representar ningún problema, dado que en la mayoría de los Estados existe un tipo social equivalente a nuestra sociedad anónima, es cierto que en el caso de que, ya sea por voluntad de la sociedad que se traslada o porque la legislación del Estado receptor no prevé un tipo social equivalente a nuestra sociedad anónima, o lo prevé pero no le atribuye la posibilidad de emitir acciones sin derecho a voto, los titulares de estas acciones pueden encontrar lesionados sus derechos como socios, de manera que deberá celebrarse una junta especial, a fin de que éstos puedan decidir si están o no de acuerdo con el trasladado. Es en este supuesto en el que creemos que los socios que se declaren en contra del traslado, deberían estar legitimados a separarse de la sociedad.

50 Protegiéndose de esta manera la diversidad que caracteriza a este tipo de acciones, CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; *Las clases de acciones en la sociedad anónima*; Civitas, Madrid, 2000, pg., 298; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; *El derecho de suscripción preferente*, Civitas, 2ª. Ed.; Madrid, 1990, pg. 293;

51 CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; *Las clases de acciones...*, cit. pg. 301; MENÉNDEZ, A.; BELTRÁN, E.; "Las acciones sin voto...", cit., pg 443

c. Problemas en cuanto a los efectos

El principal problema que plantea la nueva normativa en la materia en relación a los efectos para la sociedad del ejercicio del derecho de separación, se da en el caso de que a consecuencia del traslado, la sociedad se vea obligada a reducir el capital social, previo traslado del domicilio social al extranjero. Con anterioridad a la reforma del régimen de traslado, se había llegado a la conclusión de que efectivamente los acreedores sociales, en este caso en particular debían ver protegidos sus intereses por el derecho de oposición⁵².

El aspecto que nos plantea incógnitas, no es este, sino uno de índole más práctica. Dado que con anterioridad a la LMESM no existía posibilidad de comprobar la efectividad práctica de esta norma, no se presentaba ocasión de que se plante la aplicación real del supuesto. Sin embargo, en estos momentos la LMESM sí permitirá el traslado de domicilio, por lo tanto, si al derecho de oposición que se plantea surja como consecuencia de la reducción de capital fruto de la devolución de aportaciones por separación de los socios que no estén de acuerdo con el traslado al extranjero, se le suma el derecho de oposición previsto en el Art. 100 LMESM⁵³ ¿no debería plantearse un mecanismo unificado, de manera que el ejercicio del derecho de oposición, tanto en un caso como en el otro, pueda tramitarse al mismo tiempo o por un procedimiento abreviado?

Al respecto, se ha sugerido en estos casos la adquisición de las participaciones del socio saliente por los demás socios⁵⁴, aunque creemos resultaría más efectivo la aplicación de lo establecido por el Art. 166 LSA en relación con la presentación de garantía suficiente a satisfacción del acreedor o fianza solidaria a favor de la sociedad por entidad de crédito por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor.

6. Derecho de oposición de los acreedores sociales

El derecho de oposición a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ha venido siendo reconocido en nuestro Derecho a favor de los acreedores sociales, basándose en la necesidad de proteger a quienes han entablado intercambios comerciales con la sociedad, dada la posibilidad de que estas modificaciones supongan el nacimiento de un riesgo de impago que el acreedor no tendría por que asumir⁵⁵.

52 MACHADO PLAZAS, J., "Arts. 166-167", en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1736, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Art. 166, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995, pág. 280.

53 Véase *infra* 6.

54 MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I.; "Art. 102", en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 994.

55 De forma parecida al derecho de separación del socio con motivo de modificaciones estructurales de la sociedad, el derecho de oposición se ha venido reconociendo en nuestro Derecho desde el CCom de 1885, que en su artículo 188, párrafo dos establecía en relación con la fusión de las sociedades del sector ferroviario y

El fundamento de este derecho es la *tutela de la garantía patrimonial* de que disfrutaban los acreedores, la cual no puede verse disminuida o anulada a consecuencia, en este caso, del traslado de domicilio⁵⁶, en aplicación del principio general que impide la disposición sobre derechos de terceros y obliga a respetar la intangibilidad o integridad de su esfera jurídica⁵⁷. La inclusión de este derecho en beneficio de los acreedores sociales en el caso del traslado de domicilio, encuentra su justificación en las cargas a que puede dar lugar dicho traslado, si los acreedores deben mantener sus vínculos con la sociedad que se traslada en su nuevo domicilio y principalmente, bajo la nueva normativa que será aplicable a la sociedad trasladada.

El régimen legal de la oposición de acreedores en la fusión aplicable, en este caso, al traslado de domicilio, reconoce como personas legitimadas para ejercer el mismo tanto a los acreedores sociales como a los obligacionistas. De esta manera, se reconoce el derecho de estos últimos en cuando acreedores de la sociedad a pedir garantía de su inversión⁵⁸. A pesar de ello, éstos podrán en junta de obligacionistas aprobar el traslado, en cuyo caso no se les reconoce el derecho a oponerse al mismo, puesto que de acuerdo con el Art. 301. I LSA, la aprobación por parte de la asamblea de obligacionistas vincula a todos sus miembros⁵⁹.

En el caso de nuestro estudio, la LMESM no prevé, a favor de los obligacionistas que no hubieran estado de acuerdo con la mayoría, en relación con la aprobación del proyecto de traslado, la existencia de algún derecho en particular.

empresas públicas, la obligación de obtener el consentimiento de los acreedores de las mismas. A pesar de ello, como ha señalado ESTEBAN RAMOS, L. M^o; *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*; Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pg. 153, puesto que el CCom sólo regulaba una situación particular, la protección de los acreedores en los demás casos exigía la aplicación de las normas generales de tutela previstas en el CC. Recién con la LSA de 1951 se articula la protección *a priori* de los intereses de los acreedores mediante la concesión a estos, de un plazo de tres meses desde la última publicación del acuerdo de fusión, para que se opongan a la fusión, estableciéndose dos maneras de satisfacer la oposición: pago del crédito o constitución de garantía suficiente (Art. 145).

56 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho Mercantil. Parte I*; vol. 2, Edersa; Jaén, 1972; pg. 405

57 ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores sociales...*, cit., pg. 287. La naturaleza jurídica del derecho de oposición consiste en un *derecho potestativo* por virtud del cual su titular queda facultado para influir sobre una situación jurídica preexistente, y cuyo ejercicio produce la consecuencia de suspender su ejecución, evitando en consecuencia la producción de sus efectos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; y PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal...*, cit., pg. 352. De esta manera se concede al acreedor la facultad de intervenir en la gestión patrimonial del deudor en aras de la defensa de su derecho, DIEZ PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*; Tecnos, 5^a Ed., Madrid, 1996, pg. 105

58 Al respecto, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 462, se plantea la problemática de las obligaciones convertibles en acciones, en cuanto que los efectos de las modificaciones estructurales – la autora aborda el tema desde la perspectiva de la reducción de capital, sin embargo creemos que los cambios que pueden producirse en la sociedad que se traslada, tienen la suficiente entidad como para permitirnos extrapolar sus efectos de un caso a otro – plantea dificultades a la hora de predecir sus consecuencias en la viabilidad de aquellas.

59 Por otra parte, se reconoce la legitimación del obligacionista individual a buscar la protección de su derecho de crédito en el caso de inactividad de la asamblea (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho Mercantil. Parte II*, Edersa; Jaén, 1978; pg. 410, GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades...*, cit., pg. 301), o en caso de que ésta no se haya celebrado aún pero el obligacionista tenga pensado oponerse aunque posteriormente la asamblea decida a favor del traslado, en cuyo caso el obligacionista disidente estará vinculado al acuerdo alcanzado por la mayoría (VARA DE PAZ, N.; “La protección de los acreedores...”, cit., pg. 1120), salvo en el caso de que decida impugnar dicho acuerdo bajo el sistema general de impugnación de acuerdos sociales –que también legitima para ello a los obligacionistas ausentes – si estimara que “el interés común se ha pospuesto o sacrificado en beneficio de alguno de sus miembros”.

A. Presupuestos del derecho de oposición

En primer lugar, se presupone la existencia de un derecho de crédito frente a la sociedad, de manera que su atribución recae sobre quienes fueran titulares de créditos pecuniarios o dinerarios y también sobre aquellos acreedores⁶⁰ de cualquier otra prestación económicamente evaluable en dinero⁶¹. El análisis de la doctrina en cuanto al tipo de derecho de crédito susceptible de generar este derecho en el caso de la fusión, ha considerado susceptible de extender su tutela a los titulares de derecho de crédito sometidos a condición, tanto suspensiva como resolutoria. Por otra parte también se ha considerado acreedores legitimados para oponerse, en este caso al traslado, a los titulares de créditos sometidos a término (art. 1125 CC y sig.) ya que se les reconoce la capacidad de ejercitar las acciones necesarias para la conservación de su derecho, incluyéndose en este caso, la facultad de oponerse al traslado⁶².

Por otra parte, una de las limitaciones establecidas por ley en relación a los legitimados para ejercer este derecho señala que solamente podrán hacer uso del mismo aquellos acreedores cuyos créditos no este suficientemente asegurados frente al riesgo que, en este caso, el traslado pudiera ocasionar. Al respecto, la doctrina especializada en este tema en cuanto a la oposición a la fusión ha planteado dudas con respecto a la interpretación que debe darse a la frase *créditos que se encuentren ya suficientemente garantizados* puede dar lugar. La anterior legislación ya había planteado dudas acerca de este *término jurídico indeterminado* sobre si el mismo se refería a la inexistencia previa de garantía o a su falta de suficiencia. Puesto que la LMESM utiliza una terminología similar, el análisis ya realizado con respecto a este problema puede resultarnos de utilidad⁶³.

La "garantía suficiente", no debería evaluarse antes de que se realice, en este caso, el traslado, sino que debe considerarse *en la situación resultante*⁶⁴, ya que la intención del legislador es que tras la fusión, el crédito pueda considerarse *adecuadamente garantizado*, por lo tanto el análisis técnico de la situación patrimonial, financiera y económica de los estados contables en relación a la solvencia, rentabilidad, o liquidez del patrimonio societario, se impone como la principal herramienta a la hora de conocer, o estimar la variación del riesgo que el traslado supone para los acreedores

60 Se incluye entre éstos a quienes añadan a tal condición otra distinta, como puede ser la de socio o administrador de la sociedad. En el primer caso estos pueden oponerse a la fusión hayan votado a favor o en contra del acuerdo correspondiente. La justificación en este último caso, se encuentra en el hecho de que el socio acreedor puede juzgar conveniente, en este caso el traslado, pero establecer la voluntad de asegurar la protección de un interés legítimo compatible con el traslado.

61 GÓMEZ PORRÚA, J. M.; ILLESCAS ORTIZ, R.; *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, La Ley, Madrid, 1991, pg. 241; ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 350 y sig.

62 ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 381.

63 Ver, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 388.

64 CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...*, cit., pg. 357 analizaron este tema en relación al antiguo régimen de la fusión.

sociales. De manera que, en último caso, deberá estudiarse cada caso concreto para determinar la existencia o no de legitimación para hacer uso de este derecho⁶⁵.

Al respecto la LMESM ha decidido ir un paso adelante en el proceso de facilitar las modificaciones estructurales, puesto que el régimen anterior había llegado a solucionar el tema de la demostración por parte del acreedor de la adecuación o no de la garantía de su crédito, a través de la vía judicial⁶⁶. El párrafo 3 del Art. 44, LMESM ha establecido, probablemente como medida destinada a evitar la paralización del traslado con sus posibles consecuencias negativas, que si el acreedor que se cree legitimado a oponerse ha ejercido este derecho, la sociedad podrá continuar con el traslado. A tal efecto habrá de notificar al acreedor; la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad, por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor y mientras no prescriba la acción para exigir el cumplimiento de su derecho.

Otro presupuesto que debe cumplir el derecho de crédito exigible a la sociedad, se establece en relación al momento a partir del cual adquiere esa calidad. Este deberá ser exigible, con anterioridad a la publicación del anuncio del acuerdo de traslado. Al respecto la LMESM introduce una modificación en relación al antiguo Art. 166 LSA, puesto que este señalaba como momento máximo de extensión de la tutela los créditos nacidos antes del *último anuncio* del acuerdo de reducción de capital. La doctrina había llegado a la conclusión de que si el crédito naciera antes de que se culmine el juego publicitario, pero posterior al momento de adoptarse el acuerdo, teniendo noticia de él, no estaba legitimado, su titular, para formular su oposición, dado que el principio de buena fe debería tener una aplicación extensiva en este caso⁶⁷. De esta manera, entendemos que el legislador ha querido eliminar una interpretación distinta, anticipando, al de la primera publicación del acuerdo de traslado, el momento en que la tutela de los derechos de crédito pueda resultar aplicable⁶⁸.

Por último, la ley exige que, en el momento de publicación del acuerdo de traslado, el crédito no haya vencido. Esta exigencia encuentra su justificación en la finalidad última del derecho de oposición que es la de mantener las expectativas de

65 En relación al derecho de oposición en la fusión, EMBID IRUJO, J. M.; Art. 243, en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 2001, pg. 2324., en el caso de reducción de capital, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 388, y en cuanto a la fusión y escisión, ESTEBAN RAMOS, L. Mª; *Los acreedores sociales...*, cit., pg. 277.

66 Apuntan a esta solución, entre otros ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 309, ESTEBAN RAMOS, L. Mª; *Los acreedores sociales...*, cit., pg. 278.

67 Al respecto, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 357, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Art. 166, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995, pg. 96.

68 De ello parece prueba clara el Art. 334 LSC que mantiene el texto anterior a la reforma suscitada por la LMESM y que preveía la remisión al Art. 161. LSA, y que continúa exigiendo como fecha límite para la legitimación del derecho a oponerse, que el crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción de capital.

cobro⁶⁹, ya que si el crédito hubiera vencido, lo lógico es exigir el pago, de manera que la oposición resulta innecesaria⁷⁰. Por otra parte, también se ha sugerido⁷¹, que la articulación de este sistema parece encaminada a asegurar la defensa de los intereses de los acreedores financieros, de manera que es posible que, de no extender la protección del derecho de oposición a los acreedores cuyos créditos hubieran vencido, se dejara indefensos a aquellos acreedores desprovistos de garantías.

B. Ejercicio del derecho de oposición

La declaración de oposición al traslado, no encuentra un procedimiento particular en la LMESM. Aún así, entendemos que dadas las consecuencias que el ejercicio de este derecho plantea para el proceso societario en curso, deberá exteriorizarse mediante la formulación de una declaración de voluntad de carácter recepticio⁷² que contenga los medios necesarios para facilitar su capacidad probatoria.

La nueva normativa tampoco se pronuncia directamente sobre el contenido de la declaración de oposición, pero legitima a los administradores de la sociedad que se traslada, a determinar *la forma de ejercitar estos derechos*⁷³, de manera que pueden esperarse exigencias de tipo formal y de contenidos mínimos⁷⁴.

Por último, el plazo fijado para la formalización del ejercicio del derecho de oposición, en consonancia con el objetivo de agilizar los procesos de modificaciones estructurales, se ha establecido en un mes a contar desde la fecha de publicación del último anuncio por el que se aprueba el proyecto de traslado⁷⁵.

C. Efectos de la oposición

Consecuencia principal del ejercicio del derecho de oposición es, sin duda, la suspensión del procedimiento de traslado hasta que el acreedor afectado obtenga garantía suficiente sobre su derecho de crédito. Al respecto la LMESM no deja lugar a dudas sobre el efecto suspensivo que causa el derecho de oposición, dado que el siguiente paso para la continuación del proceso de traslado, requiere la previa

69 ESCRIBANO GAMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pág. 358.

70 VARA DE PAZ, N.; "La protección de los acreedores...", cit., pág. 1117.

71 PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166...*, cit., pág. 98 y 99.

72 Crítica con la aplicación del principio de libertad de forma se muestra ESTEBAN RAMOS, L. M^a; *Los acreedores sociales...*, cit., pg. 284, con quien coincidimos en señalar que habría sido importante que el legislador estableciera algún requisito formal dadas las posibles complicaciones en materia probatoria.

73 Art. 98, 2, 3°, LMESM.

74 La legislación anterior no establecía nada al respecto, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...*, cit., pg. 363, señalaban que un documento de esta importancia debería identificar claramente, el derecho de crédito a través de la mención del contenido esencial de sus términos, así como de cuanto se considerase conveniente para justificar la existencia del crédito en que se fundamentaba la oposición.

75 Señalan PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166...*, cit., pg. 105, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...*, cit., pg. 364, que deberá considerarse como fecha de caducidad la correspondiente según el Art. 5.I del CC y Art. 60 del CCom, es decir de fecha a fecha, y si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al del anuncio, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

certificación registral de haber cumplido los actos y trámites previstos antes del traslado. Evidentemente, en caso de que la sociedad no pueda llegar a un acuerdo con respecto a las garantías al acreedor oponente, siempre podrá recurrir a la fianza solidaria por entidad de crédito, prevista en el Art. 44.3 LMESM, lo cual traería como consecuencia el inmediato levantamiento de la suspensión del proceso de traslado por aseguramiento del derecho de crédito⁷⁶.

Respecto a este punto, y dado que el legislador ha establecido la constitución de la fianza como una carga para la sociedad⁷⁷, encontramos dificultades a la hora de determinar las posibles consecuencias que la continuación del proceso de traslado podría generar para un acreedor que hubiera hecho uso de este derecho, pero que – sin haber llegado a un acuerdo en relación con la garantía de su crédito – ve que la sociedad obtiene una fianza solidaria por la cuantía del crédito que desea proteger, no estando satisfecho inicia un procedimiento judicial en contra de la sociedad que se traslada, y dado que el proceso de traslado continúa y culmina, si la sociedad que se traslada no deja en nuestro país una sucursal, agencia, o establecimiento comercial, resultará oneroso para el acreedor insatisfecho, continuar con su reclamación por la vía judicial en España para asegurar el cobro de su crédito.

7. Eficacia del traslado

La nueva normativa, condiciona la eficacia del traslado de domicilio, a la inscripción en el Registro del nuevo domicilio social., fijándose la fecha de inscripción, como momento de efectividad del mismo. A consecuencia de esta exigencia, se establece una regla tácita según la cual las sociedades mercantiles españolas susceptibles de trasladar al extranjero su domicilio social, sólo podrán hacerlo a países que controlen la actividad societaria a través de un Registro Mercantil⁷⁸, y además deberán elegir como forma social alguna que tenga la capacidad u obligación de inscribirse como tal en dicho Registro mercantil, pues de otra manera no se podrá acreditar la inscripción, requisito *sine qua non* para proceder a la cancelación de la inscripción en nuestro Registro Mercantil.

76 Ya se expresaba en este sentido con respecto a la fusión, VARA DE PAZ, N.; “La protección de los acreedores...”, cit., pg. 1114, aunque posteriormente, señala el mismo autor su extrañeza respecto de la falta de mención, por parte del legislador de la posibilidad de obviar la suspensión de la fusión previo pago del crédito al acreedor oponente, caso que tampoco se ha incluido en la reciente LMESM.

77 Puesto que la sociedad que se traslada deberá encontrar una entidad financiera que quiera asumir la obligación fideiussoria hasta tanto no prescriba la acción para exigir el cumplimiento del derecho de oposición si desea continuar con el proceso de traslado – lo cual añade al traslado un coste financiero más – y además conseguir la aprobación del acreedor con respecto al fiador, estableciéndose de esta manera un contrato atípico de fianza, según señala DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*; Tecnos, 5ª Ed., Madrid, 1996, pg. 425

78 De esta manera debiera establecerse algún parámetro que permita conocer cual es el criterio por el cual se clasifican como “Registro Mercantil” a las entidades creadas por la legislación extranjera que recepcione a la sociedad que emigra.

III. REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO ESTATUTARIO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS A ESPAÑA

I. Legislación anterior

Sobre la recepción de sociedades extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico anterior a la Ley 3/2009, poco o nada se puede deducir de la legislación aplicable a sociedades anónimas o limitadas. Fue a través del Art. 89 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que por primera vez se establecieron requisitos para constatar la validez del traslado a España de una sociedad extranjera. En este caso, el mencionado artículo exigía para la legal inscripción de la sociedad en el Registro, se adjuntase *el balance del día anterior al acuerdo de cambio de nacionalidad*, y se hiciera constar en el documento de inscripción, además del domicilio social en España, el capital social, y el valor del patrimonio líquido que resulte del balance, expresados en moneda española al tipo de cotización oficial⁷⁹.

Herederas de esta normativa es, sin duda, la regulación vigente del Registro Mercantil que establece la obligatoriedad de inscripción en este registro de *las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español*⁸⁰, aunque dicha normativa ya no establecía requisitos de información adicional a momento de inscribir a la sociedad extranjera, sino que se remite a la Ley para establecer que actos o circunstancias debían ser susceptibles de inscripción. Es en el marco de este desarrollo legislativo que se encuadra la nueva normativa de traslado a España de sociedades extranjeras prevista por la LMESM.

2. Nueva ordenación (Presupuestos de “entrada”)

Un aspecto notable a resaltar respecto de la nueva configuración del régimen del traslado de domicilio, es la diferenciación que el legislador ha establecido en relación a los presupuestos de “entrada” – es decir los que deben concurrir para que sea posible un traslado de domicilio a España por parte de una sociedad extranjera –, respecto a los presupuestos de “salida” – estos son, los que deben de concurrir para permitir el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero. Además, y en contraste con el régimen normativo previo a la LMESM, y pese a que éste había sido revisado con ocasión de nuestra integración en la Comunidad Europea,

79 Debe hacerse notar que estos preceptos partían de la base de que la sociedad extranjera muy probablemente ya hubiera estado registrada en España a efectos de apertura de sucursales en nuestro país. Por otra parte, la redacción del texto no es muy clara en este punto, pero se puede entender de la misma, y esto nos parece lo más lógico, que se esperaba de la sociedad extranjera que se traslada a territorio nacional, además del cumplimiento de estos requisitos particulares, que cumpliera con *las demás circunstancias precisas para la inscripción primera de Sociedad, según su clase*, es decir con los requisitos que el tipo social – ya fuera sociedad anónima, limitada o cualquiera de los otros tipos sociales previstos en el CCom – que la sociedad extranjera adoptaría al trasladarse a España.

80 Art. 81.1.I), RD 1784/1996, de 19 de Julio, que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

se establece actualmente una normativa específica a favor de los otros Estados miembros de la UE⁸¹.

Por otra parte, en relación con las sociedades extranjeras a las que se permitirá trasladar su domicilio, y por ende sus actividades, a territorio español⁸², el legislador no establece limitación alguna. Así, no existe una exigencia de que las actividades realizadas fueran de naturaleza mercantil, ni en cuanto a la exigencia de que las mismas estén, en su país de origen, sometidas a ningún tipo de control administrativo⁸³.

A. Sociedades constituidas dentro de la UE

Con relación a las sociedades “comunitarias” el Art. 94.I párrafo 1º LMESM, establece, que las sociedades procedentes de cualquier Estado miembro, podrán trasladar a España su domicilio social. Con esta formulación, la LMESM está aplicando implícitamente el principio de reconocimiento automático de la personalidad jurídica, en cumplimiento de lo señalado por el Art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [*anteriormente Art. 43 Tratado UE*] (que prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro) y del Art. 54 TFUE [*anteriormente Art. 48 Tratado UE*] (que equipara la libertad de establecimiento de las personas físicas con las jurídicas).

Al respecto, no debemos olvidar que el desarrollo del principio de libertad de establecimiento primario de las sociedades mercantiles a correspondido, en relación con las sociedades constituidas bajo la legislación de los Estados miembros, a la jurisprudencia del TJCE⁸⁴. El Alto Tribunal ha reconocido la posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica que ostenta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución, señalando igualmente que los procedimientos de dicho traslado están

- 81 En efecto, el anterior Art. 149.2 LSA simplemente exigía con carácter general la existencia de un Tratado que permitiese específicamente el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad española que quisiera trasladarse al extranjero, mientras que la LMESM establece un régimen específico para sociedades “comunitarias”, que analizaremos a continuación, y que se contrapone al señalado para sociedades “extracomunitarias”.
- 82 Aunque es cierto que, llegados a la conclusión de que la única sanción prevista en nuestro ordenamiento para el caso de la contravención de la obligación de fijar, en el lugar del domicilio social de cualquier sociedad española, su centro principal de actividades, es el de que los terceros puedan considerar como domicilio cualquiera de ellos (BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio...*, cit., pág. 86) no deja de ser menos cierto que la regulación del domicilio social exige la plena coincidencia entre domicilio registral y centro principal de actividades o administración central. De manera que es de esperar que a la sociedad extranjera que pretende trasladarse a nuestro país se le exija el cumplimiento de dicha normativa.
- 83 Queremos entender que esta actitud liberal en cuanto a la acogida de las sociedades extranjeras, se deba a que se considera suficiente que, dado que dicha sociedad extranjera pretende trasladarse a nuestro país, lo hará eligiendo como forma social alguna de nuestras sociedades mercantiles, y que para su inscripción como tal en nuestro Registro Mercantil, el registrador verificará el cumplimiento de nuestra normativa en cuanto a las exigencias del tipo social que la sociedad extranjera desee adoptar al trasladarse a España, al respecto véase el comentario de OLIVENCIA RUIZ, M.; NUÑEZ LOZANO, P.L. “Art. 5”, en URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA, (dirs.), *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2007, pág. 385.
- 84 Al respecto, ROTH, W.-H., “From Centros to Ueberseering: free movement of companies, private international law, and community law”, *Int. & Comp. Law Q.*, Vol. 52, 2003, pg. 198 y sig.

determinados por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido⁸⁵. En este sentido, debemos de tener en cuenta que para el TJCE, la ley que determina si una sociedad puede o no trasladar su sede domicilio social estatutario a otro Estado miembro, es la ley que rige a la sociedad en el momento inmediatamente anterior al traslado⁸⁶.

La interpretación jurisprudencial de los Art. 49 y 54 TFUE [*anteriormente 43 y 48 TCE*] legitima, por tanto, a un Estado miembro para imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio, dándole la posibilidad de negar o limitar la posibilidad de conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de ese Estado miembro de origen⁸⁷. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, en el caso de la legislación española, la única exigencia prevista, con carácter general, es que se garantice la continuidad de la existencia societaria en el Estado miembro de destino.

Otro requisito que exige la nueva normativa de traslado de domicilio, como no podía ser de otra manera, es el cumplimiento de la normativa societaria vigente en España para las sociedades que quieran trasladar a nuestro territorio su domicilio social. Al respecto, la indeterminación de los términos que emplea el legislador puede dar lugar a confusión a la hora de interpretar su alcance. Así, el Art. 94.I LMESM exige a la sociedad extranjera comunitaria *cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente*. La dicción de este artículo se nos antoja confusa, en el sentido de que la misma nos plantea una triple problemática. En primer lugar, el precepto puede plantear un problema de aplicación práctica de determinación de la normativa española que resulta exigible cumplir. Téngase en cuenta que la sociedad extranjera puede ostentar un tipo social similar a nuestros tipos societarios (sociedades anónimas, limitadas, etc.), en cuyo caso el precepto resultará de fácil aplicación: una sociedad extranjera que ostente, por ejemplo, el tipo societario propio de la sociedad anónima, deberá cumplir con los requisitos exigidos en España para la constitución de sociedades anónimas. Pero puede también darse el caso de que la sociedad extranjera ostente un tipo societario afín a uno de nuestro ordenamiento, pero no del todo coincidente⁸⁸. Inclusive, puede

85 *Apartado 70, STJCE 05.11.2002, Überseering (TJCE\2002\320)*, al respecto WOODRIDGE, F.; "Überseering: freedom of establishment of companies affirmed", EBLR, Vol. 14, Issue 3, 2003, pg. 227, y más recientemente *apartado 110, STJCE 16.12.2008, Cartesio, (TJCE\2008\311)*, sobre esta última véase también nuestro análisis "Alcance del derecho de establecimiento primario...", cit., pg. 261.

86 Véase, CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; "Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea"; RdS, 2007 (28), 64; los autores sostienen que el sistema utilizado por el TJCE es la "regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas" (*anerkennungsprinzip*), basada en la tesis de la "extensión de los efectos" que permite que la situación legal creada en un Estado miembro deba producir en otro Estado miembro los efectos legales previstos en la Ley del Estado miembro de origen

87 Crítico con esta postura, ente otros ROTH, W.-H., "From Centros to Ueberseering..., etc.", pág. 197.

88 Pensamos, por ejemplo, en una SAS francesa, que es una sociedad anónima, pero cuenta con elementos propios lo suficientemente particulares como para ser catalogada como un tipo societario propio.

que la sociedad extranjera no ostente ningún tipo societario como tal en particular, por no existir por ejemplo los mismos en el ordenamiento jurídico de origen⁸⁹.

Una interpretación estricta de este precepto podría avocarnos a dejar fuera a todas las sociedades extranjeras que no coincidan totalmente con nuestros tipos sociales, cosa que creemos hartamente improbable dado que en ninguna otra parte de la LMESM se establece ningún tipo de limitación en cuanto a los tipos sociales extranjeros a los que se reconoce la capacidad de trasladar su domicilio social a España. Más al contrario, al no especificar nada al respecto el Título V de la ley a estudio, se aplicaría con carácter general el Art. 2 de la misma, de manera que se reconoce la capacidad de trasladar a España su domicilio a todas las sociedades extranjeras **que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.**

El segundo problema se plantea sobre el momento en el que debe cumplirse con la normativa española. Tal y como está redactado el precepto, parece que el mismo estuviera exigiendo que la sociedad extranjera cumpliera, **pre**-traslado, con los requisitos del tipo social español equivalente al tipo originario. Esta interpretación no nos parece correcta y ello por dos motivos. En primer lugar, porque al legislador español poco puede importarle, y poca capacidad tiene para normar sobre las características legales que deba tener una sociedad **pre** traslado, esto es, antes de que sea española⁹⁰.

Este precepto debería, en definitiva, interpretarse en el sentido de que **en** el momento en que el traslado tenga efectos jurídicos (y no con carácter previo al mismo), la sociedad extranjera debe cumplir con los requisitos del tipo societario español que ha adoptado. Lo cual es, por otra parte, evidente, pues producidos los efectos jurídicos del traslado la sociedad extranjera ya no será extranjera, sino española, y quedará por tanto sometida a la normativa de su respectivo tipo societario, para lo cual deberá adoptar una serie de actuaciones a fin de asegurar el cumplimiento de la normativa española vigente.

Esto nos lleva a la tercera problemática que es, a saber, la de determinar qué requisitos del tipo social español serían exigibles en el momento del traslado. La pregunta que cabe hacerse es ¿deben exigirse los mismos de validez que a otra sociedad española ya constituida, o deben exigirse los mismos requisitos requeridos para la constitución de una sociedad española? En nuestra opinión, y con excepción

89 Así, piénsese, por ejemplo, que la *Model Business Corporation Act* configura un tipo societario mercantil único (*corporation*), con lo que puede afirmarse que bajo la MBCA no existen los tipos sociales como tales, sino un único tipo social (en singular) que puede dar lugar a sociedades abiertas más próximas a nuestras sociedades anónimas, o más cerradas y por lo tanto próximas a nuestras sociedades de responsabilidad limitada, en función de las diferentes disposiciones estatutarias de la sociedad en cuestión.

90 No tendría sentido que el legislador español exigiera a una sociedad francesa que cumpliera con la legislación española cuando la misma todavía no ha pasado a ser "española".

de lo señalado en el segundo párrafo del Art. 94.I de la LMESM⁹¹, los requisitos a exigirse son los exigibles a una sociedad española ya constituida, y no los relativos a la constitución de una sociedad.

Analizados todos los problemas que nos plantea este particular, creemos que sería deseable la reformulación de este precepto a fin de asegurar la correcta aplicación de la normativa de traslado, y evitar la confusión de interpretaciones.

En otro orden de cosas, cabe señalar que, el cumplimiento de la normativa societaria vigente en España para las sociedades que quieran trasladar a nuestro territorio, su domicilio social también comporta la aplicación de la obligatoriedad de coincidencia del domicilio registral – estatutario con la administración central, de manera que la sociedad extranjera que transfiera su domicilio registral – estatutario, deberá, para cumplir con **lo exigido por la ley española**, trasladar también su principal establecimiento o explotación, así como ubicar en la sede estatutaria, el centro de su efectiva administración y dirección⁹².

B. Sociedades constituidas fuera de la UE

En relación a las exigencias que la ley fija para las sociedades extracomunitarias que deseen trasladarse a nuestro territorio, el legislador ha tenido en cuenta la variedad de sistemas legales existentes y la posible disparidad de vínculos de conexión elegidos por la legislación local para determinar la protección de los terceros en su relación con la sociedad extranjera. Así, a fin de procurar un sistema objetivo de determinación de la solvencia de la sociedad extranjera, se plantea la obligatoriedad de presentación de un informe de experto independiente que certifique que el patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido en derecho español.

Sobre este aspecto, lamentablemente, no especifica la ley la legitimación activa para elegir al experto independiente. Como medida de protección de la imparcialidad del mismo quedaría, a nuestro juicio, descartada la posibilidad de que el mismo sea elegido por la sociedad extranjera, incluso si ésta nombrara como tal a un experto español. La lógica indicaría que debería fijarse, por lo menos reglamentariamente, algún criterio para supervisar su nombramiento, bastando quizá la referencia al régimen previsto en el Art. 338 y sig. del RRM⁹³.

91 Vid. más adelante sobre este mismo artículo.

92 También en este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, I., MERCADAL VIDAL, F., "Art. 5", en ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 80.

93 Por otra parte, entendemos que el experto independiente deberá aplicar, para la valoración de los activos de la sociedad extranjera, los parámetros vigentes al efecto en España, puesto que si lo que se desea es trasladarse a nuestro territorio, actuar en él y entablar relaciones económicas con este mercado, lo prudente sería que la estimación del patrimonio neto de la sociedad se realice de acuerdo a los principios contables vigentes en España.

En lo concerniente al mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, el legislador la afirma fijando para ello, a nuestro entender, dos requisitos “de entrada”. El primero que su legislación contemple la posibilidad de trasladar el domicilio social al extranjero, y segundo, que la legislación extranjera además reconozca a la sociedad la posibilidad de mantener su personalidad jurídica al realizar dicho traslado. Todo esto es consecuencia, a nuestro entender de la aplicación del sistema bilateral de reconocimiento en materia de sociedades mercantiles, que aplica nuestra legislación⁹⁴, puesto que el mismo al limitarse a regular la atribución de nacionalidad, pero no establecer un criterio claro para determinar la atribución de “extranjería”, depende entonces, de la legislación extranjera para su determinación.

Por último, respecto de la regulación de los requisitos “de entrada”, tanto de las sociedades comunitarias, pero muy particularmente de las extracomunitarias, echamos en falta una regulación un poco más exigente a la hora de asegurarse la legalidad del traslado a nuestro país. Para el caso de que una sociedad extranjera efectivamente trasladada a España no hubiera cumplido en su país de origen con su normativa de traslado, podría haberse incluido en la nueva normativa algún tipo de certificación registral o de la autoridad competente en materia de sociedades, que de fe del cumplimiento de la normativa extranjera y de que la sociedad no se halle en proceso de disolución o concurso en el momento de iniciar el proceso de traslado – un poco a imagen de las exigencias en la materia en los supuestos “de salida”. Se trataría con ello de evitar el surgimiento de conflictos que puedan repercutir en un perjuicio para quienes, una vez trasladada la sociedad extranjera, establezcan relaciones comerciales con la misma.

94 Véase, SANCHO VILLA, D.; *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, Madrid, 2001, pág. 94.