

ARTÍCULOS

TRASLADO AL EXTRANJERO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

JUAN MIGUEL GOENECHEA y CRISTINA GRACIA
Abogados ()*

Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales

Desde la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales, el Derecho español abre la posibilidad de trasladar el domicilio social de las sociedades mercantiles al extranjero manteniendo su personalidad jurídica y sin incurrir en un coste fiscal.

Transfer abroad of the registered office of Spanish companies after the enforcement of Law on Structural Modifications

Since the Spanish Law on Structural Modifications has come into force, the Spanish Law opens up the possibility of transferring the registered office of companies abroad, keeping their legal personality and at no tax cost.

1 · INTRODUCCIÓN

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles («LME»), ha incorporado al Derecho español desde su entrada en vigor el 4 de julio de 2009 una regulación integrada del traslado internacional del domicilio social, aplicable tanto a la «emigración» de las sociedades mercantiles españolas al exterior, como a la «inmigración» de sociedades extranjeras a España, esto es, el traslado del domicilio de una sociedad extranjera a España. La regulación ha venido a disipar las dudas hasta entonces existentes sobre la posibilidad de las sociedades españolas de trasladar su domicilio social al exterior, facilitando así la movilidad de fijar un domicilio en el extranjero y someterse a la ley nacional que corresponda, dejando de estar regidas por la ley española.

Este trabajo se centra solamente en la descripción y análisis de la regulación introducida en relación con el traslado del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas al extranjero¹.

La nueva regulación introducida por la LME sigue la senda de incorporación de directrices comunitarias sobre Derecho de sociedades, que recientemente ha tenido como hitos el estatuto de la Sociedad Anónima Europea, introducido en el Derecho español por la «Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España», y los trabajos preparatorios de la «Decimocuarta Directiva, sobre transferencia de sede de sociedades de un Estado a otro» (la «Decimocuarta Directiva»). La transposición de esta Decimocuarta Directiva se aprobó en el año 2007 por el legislador europeo tras la publicación por la Comisión Europea de un estudio de impacto. Pero, tal y como se detalla más adelante, con posterioridad se han realizado nuevas propuestas en el seno del Parlamento Europeo que han inducido a la incorporación de sus principios en la LME objeto de este análisis.

(*) Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

¹ En cuanto a lo que hemos llamado inmigración o traslado a España del domicilio de una sociedad extranjera, la LME se limita a fijar en el artículo 94 los requisitos que la sociedad extranjera debe

cumplir, diferenciando el régimen aplicable en función de que la sociedad que traslade su domicilio social a España esté constituida conforme a la leyes de países del Espacio Económico Europeo o provenga de terceros países.

2 · RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO DE SOCIEDADES ESPAÑOLAS AL EXTRANJERO

Analizamos a continuación cuáles han sido las novedades relevantes introducidas en el ordenamiento jurídico español en materia de traslado internacional del domicilio social en relación con el régimen jurídico vigente en España antes de que entrase en vigor la LME. Para poner de manifiesto la magnitud de las novedades introducidas, vamos en primer lugar a describir brevemente el ámbito de aplicación del régimen jurídico del traslado de sociedades españolas al extranjero, y, a continuación, a exponer las cuestiones de índole jurídica y económica que se plantean en el momento en que los socios de una sociedad deciden trasladar su domicilio social al extranjero.

2.1 · Sociedades a las que se aplica el nuevo régimen jurídico introducido por la LME

Hasta la entrada en vigor de la LME no existía un régimen uniforme para el traslado del domicilio social de sociedades españolas al extranjero. Sí que existían preceptos aislados que contemplaban explícitamente el supuesto del traslado de domicilio social para dos tipos societarios: las sociedades anónimas (en el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas) y las sociedades de responsabilidad limitada (en los artículos 72.2 y 95.b) de la Ley de Responsabilidad Limitada). Todos estos artículos han sido derogados en virtud de la disposición derogatoria de la LME.

En su lugar, el régimen de la LME pasa a ser aplicable a todas las sociedades mercantiles españolas inscritas en el Registro Mercantil. Por tanto, quedan fuera de este régimen jurídico las sociedades que no sean mercantiles y las sociedades que, siendo mercantiles, no constan inscritas en el Registro Mercantil.

En dos casos más la LME excluye expresamente su aplicación. En primer lugar, a las sociedades anónimas europeas (artículo 92), en atención a que ya cuentan con un régimen jurídico propio para el traslado del domicilio social establecido en el artículo 8 y concordantes del «Reglamento (CE) N.º. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», incorporado al Derecho español por la «Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España».

En segundo lugar, a las sociedades en liquidación y las sociedades declaradas en concurso de acreedores. En ambos casos las sociedades ven restringido su derecho a trasladar su domicilio social al extranjero por mandato expreso del artículo 93.2, acogiendo la previsión que ya venía reflejada en la propuesta de Decimocuarta Directiva. El motivo que lleva a cerrar la puerta de un posible traslado a las sociedades en liquidación o en concurso puede encontrarse, en ambos casos, en la protección especial que debe ofrecerse a los acreedores de una sociedad que se encuentra incurso en uno de esos procesos. Si una sociedad se encuentra en liquidación es porque ha concurrido una causa de disolución, bien porque los socios lo han acordado voluntariamente (la sociedad no tiene vocación de continuar su actividad, ni en España ni en el otro país al que traslade su domicilio social), bien porque ha concurrido alguna de las causas de disolución impuestas por la ley. Los supuestos de disolución legalmente obligada casos son todos ellos, casos en los que la sociedad deja de reunir los requisitos mínimos que permitan prever que continuará desarrollando su actividad con plenas garantías para los terceros; así, la imposibilidad de realizar el fin social o la reducción del capital social por debajo del mínimo legal exigible. El procedimiento de liquidación posterior que comienza tras la disolución de la sociedad tiene como objetivo que se satisfagan con el activo de la sociedad las obligaciones contraídas y, en caso de resultar un activo excedente tras el pago o el depósito con el que se pagará a los acreedores, se reparta el remanente patrimonial entre los socios. Interferir en el proceso de liquidación, que se desarrolla con plenas garantías para asegurar el pago de las deudas pendientes a los acreedores, con un proceso de traslado de domicilio social y un cambio de la legislación aplicable a la sociedad podría no garantizar de manera suficiente el cobro por los acreedores de sus créditos pendientes. Además, si la actividad de la sociedad pasa a estar orientada a la realización de su activo y pago a los acreedores no se aprecia una motivación suficiente para dar amparo legal a la pretensión de la sociedad de que, mediante su traslado al extranjero y sujeción a otro régimen jurídico, el proceso de liquidación pase a regirse por un régimen, el del país de destino, distinto de aquél al que ha venido sometándose la sociedad y que ha sido el tenido en cuenta por los socios y sus acreedores para aceptar su vinculación con la sociedad.

En el caso de una sociedad incurso en un procedimiento concursal el motivo de la prohibición del

traslado resulta todavía más evidente que en el supuesto anterior. La Ley Concursal persigue la conservación de la sociedad concursada y la continuidad de su actividad empresarial. Pero también persigue la máxima satisfacción posible de los créditos de los acreedores. Por este motivo, el desarrollo del concurso se reviste de un conjunto de normas y garantías que protegen al acreedor. El acreedor en el momento en que contrata con una sociedad lo hace con el conocimiento de los riesgos que existen si la sociedad con la que contrata es declarada en concurso. Y el acreedor también conoce la protección que le ofrece el ordenamiento jurídico en caso de concurso de la sociedad. Ahí se encuentra la justificación de la norma que reconoce, en caso de traslado de domicilio social al extranjero, el derecho de oposición de los acreedores cuando los créditos no estén «suficientemente» garantizados (véase apartado 3.2). El derecho de oposición, entendido así como el derecho de un acreedor a que se garantice de manera suficiente su crédito, según el régimen jurídico aplicable a la sociedad, no debe tener cabida en el caso de una sociedad en concurso. Ni la sociedad concursada tiene una situación económica y financiera que permita prestar garantías suficientes a todos los acreedores de la sociedad, ni un tercero —por ejemplo, una entidad de crédito— va a prestar garantías de las deudas contraídas por una sociedad que no tiene solvencia para afrontar sus obligaciones de pago y que ha sido declarada en concurso.

2.2 · Decisiones jurídicas en el traslado del domicilio al extranjero

El traslado del domicilio social al extranjero implica, conforme al Derecho español, que la sociedad adopta la nacionalidad del país de destino. Por ello el traslado del domicilio conlleva, en realidad, la adopción de una nueva nacionalidad y consiguientemente un cambio del Derecho aplicable a la sociedad. El traslado del domicilio social implica una modificación de la *lex societatis*. La primera cuestión que nos debemos plantear es si resulta posible el traslado del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica al concreto país en que desea establecerse la sociedad.

Dos son los escenarios posibles en función de la postura que adopten los dos ordenamientos jurídicos implicados en el traslado: el ordenamiento jurídico del país de origen y el del país de destino. El primer escenario es que alguno de los ordena-

mientos jurídicos, bien sea el ordenamiento jurídico del país de origen, bien sea el ordenamiento jurídico del país de destino, no permita el mantenimiento de la personalidad jurídica por razón del traslado del domicilio. En este caso, la única opción que tiene la sociedad cuyo traslado de domicilio se pretende es disolver la sociedad constituida en el país de origen y constituir una nueva sociedad *ex novo* en el país de destino. El problema que afronta entonces la sociedad ya no es jurídico sino económico. El traslado implica el devengo de un coste fiscal que debe asumir la sociedad. Si lo proyectamos como hipótesis a nuestro ejemplo (socios que pretenden trasladar el domicilio social a Argentina) la sociedad tendría que disolver la sociedad española y hacer frente al coste fiscal correspondiente al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Operaciones Societarias, además del posible Impuesto de Sociedades por las plusvalías en su patrimonio que se pongan de manifiesto, devengado por motivo de la disolución de la sociedad. En el caso del ITPAJD, modalidad de Operaciones Societarias, el tipo impositivo aplicado es, con carácter general, de un 1%, calculado sobre la base imponible constituida por el valor real de los bienes entregados a los socios, sin deducción ni de los gastos ni de las deudas. En relación con el Impuesto de Sociedades, las plusvalías derivadas del incremento de valor de los elementos patrimoniales, por ejemplo acciones o inmuebles, tributan al 18% cualquiera que sea su período de generación para aquella parte de la plusvalía generada desde el 20 de enero de 2006.

El segundo escenario posible es que ambos ordenamientos jurídicos involucrados admitan que conserve su personalidad jurídica la sociedad cuyo traslado de domicilio se pretende. Esto sólo es posible si el ordenamiento jurídico del país de origen de la sociedad permite que la sociedad emigre a un ordenamiento jurídico distinto —en nuestro ejemplo, España— y si el ordenamiento jurídico del país de destino también permite que una sociedad inmigre sin necesidad de constituirse como nueva sociedad en el país de destino —en nuestro caso Argentina—. En este escenario, la sociedad no tendría que asumir el coste fiscal correspondiente a la disolución de la sociedad en el país de origen, España.

Una segunda decisión a adoptar será, pues, la elección del tipo societario en el país de destino al que se someterá la sociedad. Así, si los socios de una sociedad de responsabilidad limitada constituida

conforme al Derecho español e inscrita en el Registro Mercantil español trasladan su domicilio estatuario a Argentina, la sociedad española que estaba hasta la fecha del traslado sujeta al ordenamiento jurídico español (el país de origen) pasará a estar sujeta al ordenamiento jurídico de Argentina (el país de destino) en el momento en que el traslado de domicilio social sea eficaz. Por razón del traslado del domicilio, la sociedad deberá adoptar uno de los tipos societarios reconocidos en el Derecho argentino, modificar sus estatutos para adaptarlos a la legislación argentina y cumplir con los requisitos de validez impuestos por la normativa argentina a las sociedades inscritas en ese país.

2.3 · Régimen jurídico previo a la entrada en vigor de la LME

El artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 72.2 y 95.b) de la Ley de Responsabilidad Limitada, todos ellos expresamente derogados en virtud de la disposición derogatoria de la LME, y que eran interpretados conjuntamente con el artículo 160.2 del Reglamento del Registro Mercantil, imponían hasta ahora como presupuesto de validez del traslado de domicilio social al extranjero con mantenimiento de la personalidad jurídica, tanto en el caso de las sociedades anónimas como en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, que existiera un convenio internacional vigente entre España y el país de destino que permitiera el traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica.

A pesar de reconocer que la exigencia de un convenio internacional entre España y el país de destino imponía una carga excesiva y convertía casi en inviable el traslado de domicilio social al extranjero, la doctrina mayoritaria concluía que los artículos referidos debían interpretarse de manera literal y que la existencia de un convenio internacional entre España y el país de destino era un requisito legal insoslayable.

Con el régimen jurídico previo a la entrada de la LME, una parte de los autores, como Blanco-Morales, Blanco Fernández, Calvo-Caravaca, Fernández del Pozo o Arenas García, apuntaba a posibilitar y facilitar el traslado del domicilio social al extranjero cuando el país de destino fuera un Estado miembro de la Unión Europea. Los argumentos esgrimidos eran fundamentalmente dos. Por un lado, el hecho de que los artículos 43 y 48 del Tratado de la CE se oponen a que los Estados miembros de la Unión

Europea impidan los cambios de *lex societatis*. Por otro lado, la consideración del Tratado de la CE como uno de los convenios y tratados internacionales a los que aludiría el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 72.2 y 95.b) de la Ley de Responsabilidad Limitada, como convenio suscrito entre España y el país de destino. Conforme a estas interpretaciones, el traslado de domicilio social a un país de destino que fuera Estado miembro de la Unión Europea sería uno de los casos en los que el traslado se habría podido llevar a cabo con mantenimiento de la personalidad jurídica.

La postura de la doctrina, sin embargo, al respecto no era pacífica y, a pesar de los esfuerzos interpretativos de autores como los citados, la conclusión de que para proceder al traslado al extranjero del domicilio social resultaba necesaria la existencia de un convenio internacional vigente entre España y el país de destino seguía siendo la predominante.

2.4 · Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la LME

2.4.1 · Nuevo presupuesto para el traslado

El artículo 93 de la LME establece que «*el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica*». Por tanto, la LME establece un nuevo presupuesto de validez del traslado: que el ordenamiento jurídico del país de destino admita el mantenimiento de la personalidad jurídica. Ya no vincula la viabilidad de la operación a la existencia de un convenio internacional o tratado entre España y el país de destino.

Advertimos, sin embargo, que el tenor literal del artículo 92 puede a primera vista sembrar dudas sobre si efectivamente se ha superado el régimen jurídico anterior o si, por el contrario, el actual mantiene la exigencia de que exista un convenio internacional vigente entre España y el país de destino en atención a que el artículo precedente, 92 de la LME, establece como marco general de los preceptos siguientes: «*El traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español se regirán por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en este Título, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea*».

Desde nuestro punto de vista, la referencia a los tratados y convenios internacionales contenida en el artículo 92 tiene como único propósito aclarar que, en caso de existir un convenio, la sociedad que emigre deberá cumplir no sólo con las provisiones contenidas en la LME, sino también con lo acordado entre España y el país del destino en el seno del convenio, si existieran tal convenio. Así puede deducirse, en primer lugar, de la Exposición de Motivos de la LME, que manifiesta la intención del legislador de facilitar la movilidad de las sociedades españolas, promovándolo mediante la sustitución del rígido presupuesto anterior de validez, que exigía la existencia de un convenio vigente, por un presupuesto de validez que sólo exige que el país de destino al que migre la sociedad admita el mantenimiento de la personalidad jurídica. Si interpretásemos que sigue siendo exigible la existencia de un convenio entre España y el país de destino, el objetivo del legislador de facilitar la movilidad societaria no se alcanzaría. Es cierto que existiría un proceso regulado para proceder al traslado, pero el presupuesto de validez seguiría siendo excesivo y, por tanto, las opciones de su ejecución seguirían siendo escasas.

En segundo lugar, confirma la conclusión propuesta el hecho de que carecería de sentido, desde el punto de vista de técnica legislativa, derogar el artículo 149 de la Ley de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 72.2 y 95.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para, sin embargo, replicar ese mismo régimen jurídico anterior en la nueva LME mediante la referencia genérica del artículo 92. La derogación expresa sin un correlativo precepto de un tenor análogo en cuanto a la explicitación del referido convenio, sólo puede interpretarse como manifestación del legislador de sustituir del régimen precedente.

Hay que reconocer, sin embargo, que sigue vigente el artículo 160.2 del Reglamento del Registro Mercantil, al menos formalmente. Pero ello no debilita la conclusión, porque no corresponde a la ley derogar un Reglamento para que este deba considerarlo modificado en lo que sea menester para ajustar sus preceptos a la nueva norma de rango superior, hasta el momento en que se sustituye la regulación reglamentaria. Ésta, no derogada expresamente todavía, es coherente con la regulación previa al requerir en relación a la inscripción del traslado de domicilio, una mención expresa de los datos del «*Convenio Internacional vigente en que se funda el acuerdo*». El legislador procederá sin duda a derogarlo íntegramente o reformularlo, y no tenemos dudas de que

lo hará precisando que, en caso de existir un convenio internacional que establezca requisitos adicionales a los régimen general para al traslado del domicilio, deberán constar los datos relativos al convenio en la inscripción del acuerdo de traslado.

2.4.2 · Efectos fiscales del traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica

La LME resuelve, pues, una de las dos cuestiones, la relativa a la no exigencia de convenio internacional. Y dadas sus consecuencias fiscales, también resuelve el problema económico que subsistía hasta su entrada en vigor en ausencia de convenio autorizante del traslado. Ya no sólo puede afirmarse que conforme al Derecho español cabe la migración de una sociedad mercantil inscrita con mantenimiento de la personalidad jurídica. También puede afirmarse que la emigración de la sociedad no tiene coste fiscal que grave la salida de una sociedad del ordenamiento español, aunque no exista un convenio o tratado vigente entre España y el país de destino. En efecto, el traslado de domicilio social no está sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ni en la modalidad de Operaciones Societarias, ya que no se corresponde con ninguno de los hechos imponible establecidos en el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ni en la cuota gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados establecida en el artículo 31.2 de esta misma ley, por no tener la operación de traslado del domicilio social al extranjero por objeto una cantidad o cosa valuable que implique el devengo del impuesto. Así ha venido a confirmarlo la Dirección General de Tributos en respuesta a la consulta planteada con fecha 27 de julio de 2009 en representación de un cliente del Despacho, confirmando ese centro directivo la conclusión aquí expuesta. Finalmente, en relación con el Impuesto de Sociedades, no se devengará el 18% correspondiente a las posibles plusvalías en los activos al no producirse una transmisión de su titularidad, puesto que la sociedad mantiene su personalidad jurídica y continúa en todo momento siendo titular de sus bienes.

2.4.3. La admisión en el país de destino

En el nuevo contexto normativo, para proceder a la migración de una sociedad sólo deberemos analizar

si el ordenamiento jurídico del país de destino admite la migración de sociedades con mantenimiento de la personalidad jurídica, y así resolver la segunda de las cuestiones. Para la viabilidad de la operación se requerirá que recíprocamente el país de destino tenga la predisposición complementaria del ordenamiento jurídico español y admita la recepción de una sociedad extranjera con continuidad de su personalidad jurídica anterior.

La predisposición de cada país va a depender, en último término, del modelo de atribución de nacionalidad y, en consecuencia, del modelo de atribución de la ley aplicable, que prime en su ordenamiento jurídico. Puede ser un modelo de «sede real» o un «modelo de constitución». Para no desviar el enfoque de este trabajo no nos detenemos en analizar en profundidad las diferencias entre estos modelos de atribución de la nacionalidad, limitándonos a resaltar sus fundamentos para poner de manifiesto que, en general, aquellos países que adoptan un modelo de sede real serán los países que admitan la inmigración de sociedades mercantiles españolas con mantenimiento de la personalidad jurídica.

El modelo de constitución utiliza como punto de conexión para atribuir la nacionalidad el lugar donde la sociedad ha sido constituida. Conforme a este criterio de conexión del modelo, las sociedades tienen la nacionalidad del país donde se constituyen y, en consecuencia, la regulación aplicable será durante toda su existencia la del país de constitución, con independencia de cuál sea el país en que la sociedad tenga su domicilio real y desarrolle su actividad. El modelo de constitución es el vigente, por ejemplo, en Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca, Holanda y Suiza. Para esos países, si una sociedad española por haber sido constituida en España se traslada a uno de esos países la sociedad seguirá siendo española, incluso después de trasladado el domicilio social.

El modelo de sede real considera, por su parte, que la sociedad tiene la nacionalidad del país en que radique su domicilio. En consecuencia, a la sociedad se le aplican las normas de este país aunque la sociedad se hubiera constituido originariamente en otro país. El modelo de sede real es el vigente, por ejemplo, en Francia, Bélgica, Alemania, Austria, Luxemburgo, Portugal o Argentina. Si aplicamos esta tesis a nuestro ejemplo, una vez trasladado el domicilio social de la sociedad española, la sociedad dejaría de ser española y pasaría a estar regida por la ley argentina, sin dejar de ser la misma persona jurídica.

Es evidente que el modelo de sede real es el modelo que encaja con el nuevo presupuesto de validez impuesto por la LME. Aunque la sociedad haya sido constituida conforme a ley española, la sociedad puede, por voluntad de los socios, trasladar su domicilio social para continuar desarrollando su actividad en otro país, por ejemplo Argentina, sin que el simple traslado de domicilio conlleve la pérdida de la personalidad jurídica, por no imponer este efecto ni el país de origen ni el país de destino. Los países a los que podrán desplazarse las sociedades mercantiles españolas que opten por trasladar su domicilio social serán, pues, los países en los que existe un modelo de atribución de la nacionalidad basada en la sede real.

2.5 · Traslado de sociedades españolas a países de la UE

Por último, analizamos si es posible afirmar que tras la entrada en vigor de la LME existe un escenario normativo distinto para el supuesto en que el país de destino sea un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado no miembro.

La LME no ha introducido un tratamiento diferencial para aquellos casos en los que el país de destino sea un Estado miembro de la Unión Europea o no. El presupuesto de validez impuesto para el traslado de sociedades españolas al extranjero es único y común: que el país de destino admita el mantenimiento de la personalidad jurídica, tanto si el país de destino es un Estado miembro de la Unión Europea como si no lo es. Tampoco es posible deducir de la normativa europea vigente que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros deban permitir por razón de su condición de Estado miembro de la Unión Europea, la inmigración de sociedades cuyos domicilios sociales previos estuviesen radicados en otro Estado miembro y estuvieran sometidos a la regulación societaria de otros Estados miembros.

Precisamente, conseguirlo es el objetivo de la propuesta de la Decimocuarta Directiva, que pretende crear un marco en el que se plasme el principio de que cualquier traslado de domicilio social entre Estados miembros respete el mantenimiento de la personalidad jurídica. En la introducción hacíamos referencia al hecho de que la aprobación de esta Decimocuarta Directiva se había aparcado, y también a la existencia de una propuesta de resolución, presentada a iniciativa conjunta de la Comisión de Asunto Jurídicos y de la Comisión de Asuntos Eco-

nómicos y Monetarios, pendiente de ser aprobada en el seno del Parlamento Europeo, cuyo propósito es que el Parlamento recomiende a la Comisión Europea la presentación de una nueva propuesta de Decimocuarta Directiva sobre el traslado de sede social de las empresas¹. En la propuesta se pone de manifiesto que *«en la actualidad las empresas sólo pueden trasladar su sede bien mediante la disolución de la sociedad y la creación de una nueva persona jurídica en el Estado miembro de destino, bien mediante la creación de una nueva persona jurídica en el Estado miembro de destino para, a continuación, proceder a la fusión de ambas empresas»*. La propuesta explicita también que *«el traslado de una sede debería revestir un carácter fiscalmente neutro»*.

En el momento en que se apruebe una Decimocuarta Directiva con ese contenido, el traslado de domicilio social de una sociedad en el marco de la Unión Europea podrá llevarse a cabo con el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad y sin coste fiscal, resolviéndose así de un modo general para todo el ámbito de la Unión Europea la otra parte del puente jurídico —el que engarza con la orilla del país de destino en el traslado— necesario para hacer posible el tránsito de un sistema jurídico a otro, al que se traslada el domicilio de la sede social.

También se resolverán las dudas actualmente existentes en torno a la interpretación que debe darse al artículo 48 del Tratado de Ámsterdam en relación a si el legislador europeo ha optado por, en relación con la atribución de la nacionalidad de las sociedades, un modelo de constitución o un modelo de sede real. El artículo 48, que consagra el principio de libre prestación de servicios entre los Estados de la Unión Europea, puede ser interpretado en el sentido, restrictivo, de que una sociedad constituida en un Estado miembro, por ejemplo España, debe poder desarrollar su actividad en otro Estado miembro, por ejemplo Alemania, sin que ello implique la adopción de la nacionalidad alemana por parte de la sociedad española. Esta concreta interpretación del artículo 48 llevaría a concluir que el legislador comunitario admite un modelo de constitución de sociedades como punto de conexión para la atribución de la nacionalidad y del Derecho aplicable. Con la aprobación de una Decimocuarta

Directiva, en el sentido de la propuesta a que se ha hecho referencia, el régimen asumido por la Unión Europea sería el modelo de sede real, mas acorde con una interpretación del artículo 48 que ya no se centrara en la cuestión estrecha de si el legislador comunitario opta por un modelo de sede real o por un modelo de constitución, sino en un planteamiento de mayor alcance práctico, como es que el objetivo final perseguido por el artículo 48 del Tratado sea que la prestación de servicios por parte de sociedades comunitarias no implique un coste económico diferencial por razón de su nacionalidad o de su domicilio. Será precisamente ese motivo, la eliminación del coste económico, lo que vendrá a ser resuelto por la Decimocuarta Directiva, al asegurar que el traslado de domicilio social no determine la disolución de la sociedad que se traslada. En otros términos, el traslado del domicilio de una sociedad dentro de la Unión Europea no conllevará un coste fiscal innecesario que determine que la toma de una decisión de índole empresarial se vea obstaculizada ni por el coste fiscal que implica el traslado, ni por la pérdida de la personalidad jurídica, y ello sin que la Directiva fuerce expresamente a unificar los modelos de atribución de nacionalidad vigentes en cada Estado miembro, sino dejando que cada Estado decida el criterio de conexión que determine la ley aplicable.

3 · RÉGIMEN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO DE TRASLADO

En este apartado vamos a describir cuál es el procedimiento establecido y cuáles son los concretos trámites y documentos principales para satisfacer los requisitos exigidos para llevar a cabo el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero, deteniéndonos tanto en los problemas prácticos que pueden plantearse, como en la protección ofrecida a los socios y a los acreedores de la sociedad y, por último, en el contenido de la certificación previa al traslado que debe emitir el Registro Mercantil español.

3.1 · Proyecto de traslado y adopción del acuerdo de traslado en el seno de la Junta de los socios

El traslado exige la aprobación de un proyecto de traslado. El proyecto es el documento análogo en cuanto a su función y estructura al proyecto de fusión, que redactan y suscriben los administradores de la sociedad por imposición del artículo 95 de la LME y que constituye la base sobre la que se

¹ Informe de 2 de enero de 2009, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa [2008/2196 (INI)].

pronunciarán los socios en el seno de la Junta General que debe decidir sobre el traslado.

La LME fija un contenido mínimo del proyecto de traslado que concierne a tres aspectos distintos. En primer lugar, los datos que permiten identificar a la sociedad que va a migrar al país de destino; esto es, la denominación, el domicilio social y los datos registrales. En segundo lugar, los cambios materiales que se van a producir en la sociedad por razón del traslado de la sociedad: cuál va a ser el nuevo domicilio social y, lo que es más importante, el nuevo contenido de los estatutos sociales que van a regir la vida interna de la sociedad, una vez el traslado del domicilio devenga eficaz. En tercer lugar, los derechos previstos para la protección de los acreedores, de los socios y de los trabajadores.

Los administradores deben depositar el proyecto de traslado en el Registro Mercantil para su calificación por parte del registrador y posterior publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Como complemento al proyecto de traslado, los administradores deben elaborar un informe que dé razón detallada de los aspectos jurídicos y económicos de la migración.

Depositado el proyecto de traslado en el Registro Mercantil y publicado el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, los administradores deben convocar a los socios con un plazo mínimo de dos meses de antelación para que se constituyan en Junta General y decidan sobre el traslado. El anuncio debe publicarse en uno de los periódicos de la provincia donde la sociedad tenga su domicilio social actual, e incluir las referencias mínimas descritas en los artículos 95.3 y 98.1; entre ellas, el derecho atribuido a los acreedores y los socios de solicitar gratuitamente un ejemplar del proyecto de traslado y del informe de administradores.

En el seno de la Junta los socios deben pronunciarse sobre el proyecto de traslado y el informe de administradores y resolver si procede o no la emigración de la sociedad. La decisión de migrar a un país extranjero implicará no sólo adoptar el acuerdo de traslado de domicilio, sino, además, fijar y aprobar el texto de los nuevos estatutos que regirán la sociedad una vez el traslado devenga eficaz. Cuando la sociedad se inscriba en el país de destino en el órgano equivalente al Registro Mercantil español, la sociedad deberá tener unos estatutos vigentes que sean conformes a la ley aplicable del país de destino. Por tanto, la redacción de los estatutos de la sociedad tienen que ser aprobados simultáneamente al acuerdo de traslado de domicilio social.

La LME vincula el régimen de mayorías y las formalidades del proceso de decisión al régimen específico de cada tipo societario. La mayoría exigida para migrar a un país extranjero no es, pues, uniforme, sino que se establece en función del tipo societario y en función de los estatutos de la sociedad que migra al país de destino. Así, en el caso de las sociedades anónimas es preciso que el acuerdo se adopte conforme al régimen de quórum y mayorías establecido en el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas, como mínimo, pudiendo los estatutos elevar esas exigencias. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada es preciso que el acuerdo se adopte conforme al régimen de quórum y mayorías establecido en el artículo 53, apartado 2, (b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; esto es, el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, al ser el cambio de nacionalidad como consecuencia de un traslado más asimilable a una transformación, que a una simple modificación estatutaria dentro del mismo marco de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, puesto que este marco legal dejará de ser el aplicable para ser sustituido por el régimen propio del tipo societario elegido en el país de destino.

3.2 · Derecho de separación de los accionistas y derecho de oposición de los socios

Adicionalmente al derecho de información y de obtención gratuita de los ejemplares² del proyecto y del informe, la LME establece un sistema de protección a los socios y a los acreedores de la sociedad, que pasamos a describir brevemente.

En cuanto a la protección de los socios, la LME viene a extender a todas las sociedades mercantiles que emigren al extranjero el derecho de separación de los socios que es propio de las sociedades de responsabilidad limitada (artículos 95 a 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). El artículo 99 de la LME otorga a los socios que voten en contra del acuerdo del traslado de domicilio en el seno de la Junta el derecho a separarse de la sociedad, remitiéndose expresamente al régimen previsto en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La regla viene a coincidir con el artículo 95.b) de la Ley de Sociedades de Responsabili-

² Véase artículo 95.3.

dad Limitada, que ya prevé como una de las causas legales de separación de los socios el que hubiesen votado en contra del traslado de domicilio social al extranjero. El plazo para el ejercicio del derecho de separación es de un mes desde la publicación del acuerdo de traslado.

En relación con la protección de los acreedores, la LME establece en su artículo 100 la posibilidad de que los acreedores «cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán el derecho a oponerse al traslado en los términos que se prevén para la fusión». La posible oposición por parte de los acreedores al traslado del domicilio no introduce una novedad material en el Derecho español. El derecho de oposición, entendido no como un derecho a bloquear el procedimiento de traslado sino como un derecho a exigir una garantía suficiente de los créditos, es una figura conocida en nuestro ordenamiento para el supuesto de fusión y para determinados casos de reducción de capital. Para no separarnos del objeto de este trabajo no entramos a analizar este derecho, si bien no dejamos de hacer mención a la falta de coordinación entre el artículo 100 de la LME, que prevé este derecho de oposición a favor de los acreedores, y la regulación contenida para este mismo derecho en el caso de la fusión en el artículo 44 de la propia LME. En concreto, el artículo 44 establece un plazo de un mes para el ejercicio del derecho de oposición por parte de los acreedores, a contar desde «la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se apruebe la fusión». De manera análoga, se deduce que, en el caso de migración de una sociedad, el plazo de un mes debe computarse desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se apruebe el acuerdo de traslado del domicilio social. Es en este punto del análisis donde se plantea el problema de coordinación referido, ya que en el Título V, relativo al traslado del domicilio social, no establece que se deba publicar la adopción del acuerdo de traslado. La solución de este problema de coordinación parece, sin embargo, sencilla. Se puede, y se debe, a nuestro juicio, concluir que el artículo 43 de la LME relativo a la publicación del acuerdo de fusión también se aplica por analogía al régimen de migración de sociedades y, en consecuencia, una vez adoptado el acuerdo de traslado del domicilio social el acuerdo se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio social.

La publicación del anuncio puede sustituirse, tal y como prevé el artículo 44 de la LME, por una comunicación individual por escrito a todos los socios y acreedores enviada a través de «un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio en el que figure en la documentación social». El objetivo evidente es proporcionar una alternativa a las sociedades de pequeño tamaño con un número reducido de socios y acreedores distinta a la carga económica que supone publicar un anuncio en un periódico de gran circulación. Será preciso en cualquier caso complementar reglamentariamente la regulación de este mecanismo alternativo, para disipar las dudas y evitar, así, problemas de interpretación y de inscripción en el Registro Mercantil. Por ejemplo, es preciso conocer exactamente los medios válidos para realizar estas comunicaciones (i.e., burofax, correo electrónico con acuse de recibo) y fijar la fecha desde la que debe computarse el plazo de un mes para el ejercicio por parte de los acreedores de su derecho de oposición. Con la redacción actual no se aclara, por ejemplo, si el plazo debe computarse desde la fecha de envío de las comunicaciones por parte de la sociedad o desde la última fecha de recepción por parte de socios y acreedores.

Finalmente, en relación a la protección de los trabajadores, si analizamos el régimen previsto en la LME llegamos a la conclusión de que no guarda la deseable coherencia interna en esta área. La disposición final primera establece con carácter general que «lo previsto en esta ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral». Los trabajadores tienen, pues, una primera vía de protección, los mecanismos ofrecidos por la legislación laboral. Adicionalmente, la LME prevé mecanismos complementarios de protección de los trabajadores en distintos momentos de su articulado; así, los artículos 39 y 87 prevén, respectivamente, que el proyecto de fusión y el proyecto de cesión global se pongan a disposición de los trabajadores.

En el caso de la migración de sociedades, la LME establece que será mención obligatoria del proyecto de traslado la descripción de los mecanismos de protección de los trabajadores. Sin embargo, inexplicablemente, la LME no dispone expresamente que los trabajadores puedan obtener de manera gratuita un ejemplar del proyecto de traslado y del informe de administradores, derecho que sí se atribuye a socios y acreedores. Por contraste con el caso de la fusión, el artículo 39 de la LME prevé que los representantes de los trabajadores de las

sociedades que se fusionan tengan acceso a la información relevante del proceso de fusión, entre los que evidentemente se incluyen el proyecto de fusión y el informe los administradores. Si reflexionamos sobre las posibles consecuencias que puede tener para los trabajadores de una sociedad la migración de ésta, no parece justificado que la LME no abra este segunda vía de protección (además de la propia prevista en la legislación laboral) y que no se amplíe a los trabajadores el derecho de los socios y de los acreedores a obtener ejemplares del proyecto y del informe, como sí se prevé en el supuesto de la fusión.

3.3 · La eficacia del traslado de domicilio y régimen de inscripción en el Registro Mercantil

Publicados los anuncios del acuerdo de traslado y transcurrido el período de un mes para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores y del derecho de separación de los socios, el siguiente paso es otorgar la escritura de traslado del domicilio social y presentarla en el Registro Mercantil para su inscripción. En este apartado analizaremos el régimen de eficacia del traslado y el mecanismo que se ha establecido en la LME para la coordinación entre el Registro Mercantil español y el organismo equivalente a éste en el país de destino.

El mecanismo se basa en la emisión de una certificación por parte del registrador español que acredite en el país de destino que se han cumplido con todos los requisitos impuestos por la LME y en la emisión de un correlativo certificado posterior en el país de destino, que se aportará al Registro Mercantil español y que acreditará que la sociedad se ha inscrito en el país de destino.

3.3.1 · Inscripción del traslado en el Registro Mercantil español y eficacia del traslado de domicilio social

Presentada la escritura de traslado del domicilio, el registrador procede a inscribir el hecho de que se ha adoptado el acuerdo de traslado, a emitir la certificación previa prevista en el artículo 101 y a cerrar la hoja registral a nuevas posibles inscripciones.

La eficacia del traslado del domicilio está supeditada a que se inscriba el traslado en el órgano equivalente al Registro Mercantil en el país de destino, tal y como se desprende del artículo 102 de la LME: «El traslado del domicilio, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos,

surtirán efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio». Existe, por tanto, un período de transición que empieza el día de inscripción en el Registro Mercantil español del acuerdo de traslado y termina el día de inscripción en el país de destino, durante el cual la sociedad continúa siendo una sociedad española con domicilio social en España, pero es una sociedad que no tiene acceso al Registro Mercantil, en el sentido de que ya no es posible llevar a cabo nuevas inscripciones. No podrán, por poner un ejemplo, llevar a cabo un aumento de capital.

Análogamente, las modificaciones estatutarias que se lleven a cabo para adecuar los estatutos a la legislación vigente en el país de destino no son eficaces, por mandato expreso del artículo 102 de la LME, hasta la inscripción en el Registro Mercantil u órgano equivalente en el país de destino. Por contraste con el acuerdo de traslado, que da lugar a una inscripción en el Registro Mercantil, las modificaciones estatutarias no lo hacen. Las razones a nuestro juicio son dos. En primer lugar, las modificaciones estatutarias están dirigidas a adaptar los estatutos a la legislación del país de destino y, por tanto, su contenido no será en algunos extremos válido conforme a la normativa española. Si seguimos con nuestro ejemplo antes descrito como hipotético marco de referencia, los socios deben modificar algunos de los artículos de los estatutos de la sociedad para inscribir a ésta en la Inspección General de Justicia (órgano equivalente en cuanto a sus funciones al Registro Mercantil español); como mínimo deben modificar el artículo relativo a la denominación social y al tipo societario que va a adoptar la sociedad para adaptarlo a la normativa mercantil argentina. Por razones obvias, en el Registro Mercantil español no es posible inscribir figuras jurídicas que no sean españolas. Se entiende, pues, que la modificación de los estatutos no da lugar a inscripción en el Registro Mercantil.

En segundo lugar, el traslado del domicilio social no es eficaz mientras no se haya producido la inscripción de la sociedad en el país de destino y se haya cancelado la hoja registral en el Registro Mercantil español. Hasta el momento en que el traslado deviene eficaz existe un período de transición durante el cual se ha producido el cierre registral, pero también durante el cual la sociedad sigue siendo una sociedad española cuyos estatutos sociales vigentes deben seguir siendo conformes a la normativa española. En este período de transición la sociedad no puede realizar actos que tengan acceso al Registro Mercantil, pero no por ello deja de ser

una sociedad española vinculada por la ley española y por unos estatutos sociales en vigor, que siguen regulando su vida interna hasta que el traslado del domicilio sea efectivo.

En relación con la certificación prevista en el artículo 101 de la LME, conviene precisar que su contenido se limita a certificar que se han cumplido los requisitos formales impuestos por la LME para que en el país de destino se pueda proceder a la inscripción de la sociedad que migra y a proporcionar los datos registrales que permitan identificar a la sociedad. Por los mismos motivos que acabamos de referir, el registrador no analiza el contenido material de los acuerdos adoptados en cuanto al nuevo régimen al que se somete la sociedad que son conformes con el Derecho al que se someten.

3.3.2 · Inscripción de la sociedad en el país de destino y cancelación de la hoja registral en España

Emitida la certificación por el registrador español, el proceso de traslado se sigue a continuación en el país de destino, aunque queda un último requisito a cumplimentar en España para finalizar el proceso de traslado: una vez producida y acreditada la inscripción de la sociedad en el país de destino, procederá cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil español. Para acreditar la inscripción en el país de destino, la LME exige que se aporten, por un lado, un certificado emitido por el órgano equivalente al Registro Mercantil y, por otro, una copia de «los anuncios de la inscripción del traslado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio». En este caso la LME no aclara cuál debe ser el contenido de los anuncios y, bien por error, bien por motivos fundados, no indica si es posible la sustitución de estos anuncios por una comunicación individual a cada uno de los acreedores y de los socios.

El objetivo de los anuncios a los que se refiere el artículo 103 de la LME es informar del hecho de que se ha procedido ya a la inscripción en el país de destino. Se plantea entonces un problema con el anuncio que debe publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil: ¿qué documento permite tener acceso al Boletín Oficial del Registro Mercantil para anunciar la inscripción en el país de destino? La respuesta lógica sería la certificación emitida por el registrador en el país de destino. Sin embargo, el artículo 103 exige que la presentación de esta certificación se acompañe no sólo el anuncio publicado

en el periódico, sino también el publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. ¿Ha de publicarlo el propio interesado sin el control previo de la certificación por el Registro Mercantil? Parece que sí, pero no es coherente con el régimen general de anuncios en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y de inscripciones en el Registro Mercantil. La duda se resolvería si el artículo 103 exigiese aportar en el Registro Mercantil, junto con la certificación emitida por parte del registrador del país de destino, el anuncio en el periódico, y, una vez aportados y cancelada la inscripción, el Registro Central publicase en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el hecho de que se ha producido la cancelación.

4 · CONCLUSIONES

El Título V de la LME ha introducido en el Derecho español un conjunto de normas que permiten el traslado del domicilio social al extranjero de las sociedades mercantiles españolas, con mantenimiento de su personalidad jurídica y, en consecuencia, sin el devengo de un coste fiscal que grave la salida al extranjero de las sociedades españolas. Las normas establecen un procedimiento similar al proceso de fusión, basado en la aprobación de un proyecto de fusión que deberán aprobar los socios en el seno de una Junta General que apruebe la «emigración» de la sociedad.

La nueva regulación introducida por la LME no se es sólo una pura modificación formal que disipa las dudas planteadas hasta la fecha por la doctrina. Es una apuesta de política legislativa a favor de facilitar la movilidad de las sociedades mercantiles españolas.

La regulación ofrece, sin embargo, sólo una solución parcial, dado que el procedimiento de traslado del domicilio despliega sus efectos en dos ordenamientos jurídicos distintos, el del país de origen y el del país de destino. Para que el traslado del domicilio social sea factible es preciso todavía que la normativa del país de destino admita la recepción de sociedades constituidas en otros países con mantenimiento de la personalidad jurídica. En consecuencia, cuando se pretenda la emigración de una sociedad deberá analizarse la posición del ordenamiento jurídico del país de destino en cuanto a la posibilidad de trasladar el domicilio social manteniendo la personalidad jurídica. Los países cuyo ordenamiento jurídico admitirán la inmigración de sociedades mercantiles españolas serán aquellos que se basen en un modelo de atribución de la nacionalidad de sede real.

En el marco normativo europeo, se han hecho avances en relación a la transferencia del domicilio social dentro de los Estados miembros de la Unión Europea; en particular, la incorporación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Sin embargo, estos avances no son comparables al realizado por el legislador español tras la entrada en vigor de la LME. En la actualidad, para proceder el traslado de sociedades españolas a un Estado miembro de la Unión Europea sigue siendo preciso analizar el ordenamiento jurídico del país de destino para saber si cabe o no el traslado. Existen ya propuestas en el seno del Parlamento Europeo que apoyan la aprobación de la Decimocuarta Directiva, que de ser acogida vendrá a resolver la situación de incertidumbre actual en la Unión Europea.

El procedimiento de traslado conllevará, tras la aprobación de la Junta General, la publicación de anuncios para el posible ejercicio de los derechos de los socios (separación de los que no hayan votado a favor) y de los acreedores (oposición); la inscripción en el Registro Mercantil español sin que tenga plenos efectos, sin embargo, hasta que se inscriba también en el país de destino y se publique este hecho en España. Será entonces cuando una segunda inscripción en el Registro Mercantil español consolide plena y definitivamente los efectos del traslado, de la asunción de una nueva nacionalidad y, por tanto, de la sujeción de la sociedad a un marco jurídico distinto del español al que hasta entonces estuviera sometido. Entretanto, la sociedad vivirá en una situación transitoria, sujeta al Derecho español.