

LA TEORÍA DE LA SEDE Y EL DERECHO COMUNITARIO: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA “CENTROS”

Diana Sancho Villa*

Sumario: I. LA TEORÍA DE LA SEDE NO ES UNA TEORÍA DEL NO RECONOCIMIENTO. II. INTERPRETACIÓN CONTRARIA AL CARÁCTER CONFLICTUAL DEL ART. 48 TCE. III. PRINCIPIO MATERIALIZADOR DEL DERECHO COMUNITARIO. IV. CONSECUENCIAS PARA EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. V. OTRA SOLUCIÓN PARA “CENTROS”

El debate y la divergencia de opiniones son elementos de enriquecimiento científico más que de confrontación. En este contexto, pocas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los últimos tiempos han revitalizado tanto el debate científico como lo ha hecho “Centros”. No es para menos teniendo en cuenta sus implicaciones económicas, políticas y jurídicas. La Sentencia “Centros” arranca en materia de libertad de establecimiento y sus repercusiones se dejan sentir en el marco del Derecho de sociedades, pues la interpretación del Tribunal de Justicia tiene la capacidad de importar un modelo de competencia entre ordenamientos jurídicos en esta materia. Acepto plenamente la existencia de otras posturas e interpretaciones sin duda relevantes, como las mantenidas por F. J. Garcimartín Alférez en este lugar y en otros¹, pero me reitero en mis convicciones, con la certeza de que sabrán ser recibidas en marco del debate y de la discusión.

El objeto de las siguientes líneas es, por lo tanto, la exposición, por alusiones², de los argumentos en los que la autora fundamenta su interpretación relativa a la no incompatibilidad de la teoría de la sede con el Derecho comunitario. Y es que, la construcción realizada por el Tribunal posee un efecto convalidador de la teoría de la

* Universidad Complutense de Madrid

© Diana Sancho. Todos los Derechos reservados.

1. F.J. Garcimartín Alférez, “La sentencia “centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, septiembre 2000, (<http://www.reei.org>); *vid.* también, - “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones de Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999”, *R.D.M.*, núm. 232, 1999, pp. 645-686; “El Tratado CE y la *Sitztheorie*: el TJCE considera -por fin- que son incompatibles”, *REDI*, 1999, 1, vol. LI, pp. 295-298.

². F.J. Garcimartín Alférez, “La sentencia “centros”...”, *loc. cit.*

constitución, descartando el juego de la teoría de la sede. El carácter más bien escueto de las siguientes argumentaciones, y parco en referencias, responde al ánimo de no resultar redundante³. Desde este punto de vista, cuatro son los pasos realizados para valorar la construcción del TJCE en la ya conocida Sentencia “Centros”: rechazo de la teoría de la sede como una teoría del no reconocimiento; interpretación contraria al carácter conflictual del art. 48 TCE; interpretación de la existencia de una tendencia materializadora de Derecho comunitario; y, finalmente, valoración de la incidencia de esta construcción para el ordenamiento español. Llegados a este punto no puede dejar de sugerirse una solución alternativa para “Centros”.

I. LA TEORÍA DE LA SEDE NO ES UNA TEORÍA DEL NO RECONOCIMIENTO

La teoría de la sede lo que hace es obligar a la sociedad constituida conforme a un Derecho extranjero a adaptarse a alguna de las formas sociales locales. No se pone en duda la existencia de la subjetividad jurídica nacida conforme a otro ordenamiento; lo que la teoría de la sede impone es la adaptación a un tipo social nacional. Esto es, el abandono del ropaje formal de Derecho societario extranjero y su sustitución por el correspondiente a un tipo social de Derecho nacional. Cuando el legislador nacional opta por la teoría de la sede, lo que está haciendo es restringir el cuadro de los tipos sociales que pueden tener cabida en el foro (en principio, nacionales y extranjeros), a los nacionales; y ello en un único caso, cuando la sociedad en cuestión, constituida conforme a un Derecho extranjero, posee una fuerte vinculación con el foro, como ocurre si localiza en el mismo la sede principal. De esta manera se impide la penetración en el foro de las formas sociales extranjeras, evitando el riesgo de fraude derivado de la elección del ordenamiento más liberal en materia de constitución de sociedades, cuando toda la actividad de la sociedad se va a desarrollar en el foro, con el consiguiente perjuicio para los terceros locales (este es, precisamente, el supuesto enjuiciado en el asunto “Centros”).

En este sentido, es la fuerte vinculación material de la sociedad con el foro (establecimiento de la sede de administración y dirección en el mismo), la razón que determina la obligatoria adaptación a alguna de las formas sociales nacionales. Si los socios aceptan la competencia de la ley del foro, impuesta por la teoría de la sede, se producirá una adaptación voluntaria al Derecho de sociedades nacional; los socios optarán por el tipo social nacional equivalente (normalmente, de capital), conforme al cual se adaptarán los estatutos sociales. Si aquellos no aceptan la competencia de la citada ley, se producirá, en la generalidad de los casos y por mandato legal, una adaptación forzosa, produciéndose una degradación del tipo social que acabará con el principio de responsabilidad limitada, en su caso.

Por todo ello, puede entenderse que la teoría de la sede no es una teoría del no reconocimiento. La misma actúa sobre la ley aplicable al estatuto social y no sobre la

³ Teniendo en cuenta la inminente publicación de la monografía de la autora (*La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, CECO, 2000).

subjetividad jurídica extranjera. Las polémicas que vinculaban la continuidad de la personalidad jurídica con la inmutabilidad de la ley rectora del estatuto social, fruto de planteamientos clásicos, han sido superadas. De nuevo, lo que la teoría de la sede impone a la sociedad constituida conforme a un Derecho extranjero, que localiza en el foro su sede de administración y dirección, es la adopción de un ropaje formal nacional, es decir, la adopción de alguno de los tipos sociales previstos por el legislador en su Derecho material, sin cuestionar la subjetividad jurídica extranjera. En otras palabras, el reconocimiento en el foro de una sociedad extranjera es equivalente a la determinación de la ley aplicable al estatuto social; pero ello no implica que esa ley no pueda ser la del foro, cuando se localiza en el mismo la sede real en el sentido del centro de decisión y administración de la sociedad⁴. Esa sociedad va a continuar existiendo como sociedad nacional, equivalente al tipo extranjero, –en el caso de adaptación voluntaria, es decir, en el caso de los socios cumplan con las normas del foro relativas, entre otras cosas, a la constitución del tipo elegido–; o bien, como sociedad también nacional pero “degradada”, en el sentido de asimilada a un tipo social local sin responsabilidad limitada, –cuando los socios ignoren la competencia de la ley del Estado de destino–.

II. INTERPRETACIÓN CONTRARIA AL CARÁCTER CONFLICTUAL DEL ARTÍCULO 48 TCE

Ciertamente, el tenor literal del art. 48 TCE afirma que constituida la sociedad conforme a la legislación de un Estado miembro, basta la localización de la sede estatutaria, de administración o de explotación dentro de la Comunidad, para beneficiarse de la libertad de establecimiento. De esta construcción han deducido algunos autores, un principio de reconocimiento mutuo, a tenor del cual las sociedades constituidas en un Estado contratante deben ser reconocidas en todos los demás, en el sentido de reconocido su estatuto social. O lo que es lo mismo, según esta interpretación, la localización de la sede de administración en el territorio de un Estado contratante no puede suponer el no reconocimiento de la sociedad como agrupación de Derecho extranjero; esto es, el Estado contratante de destino (donde se localiza la sede de administración), no puede reclamar la competencia legislativa para regir el estatuto social. De este modo, la erradicación de la teoría de la sede no puede más que imponerse⁵.

Pero es ésta una interpretación que no compartimos. Y ello por una serie de argumentos. Desde un punto de vista necesariamente sintético, si se aceptara que el art. 48 TCE es una norma de conflicto, la cuestión que inmediatamente se plantearía sería relativa al sentido que entonces tendría la existencia de la vía convencional del anterior art. 220 TCE, actual art. 293 TCE, cuya función es, precisamente, la de

⁴. Vid. R. Arenas García, "La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales", *D. N.*, núm. 70/71, 1996, pp. 11-26, p. 14.

⁵. Valorando las distintas construcciones, P. Blanco-Morales Limones, *La transferencia internacional de la sede social*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

regular el reconocimiento de sociedades. En otras palabras, si se aceptara esa construcción, ello atentaría contra la propia coherencia del sistema.

Por otro lado, el TJCE se ha pronunciado sobre la coexistencia de la teoría de la sede y de la constitución en los ordenamientos nacionales de los Estados contratantes. Ciertamente, en el asunto *Daily Mail*, el Tribunal reconoce que «el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades»⁶.

También la propuesta de decimocuarta Directiva en materia de sociedades, relativa a la transferencia de la sede social determinante de un cambio de ley aplicable, consiente la coexistencia de la teoría de la sede y de la constitución (primer considerando)⁷.

Además, el hecho de que en virtud de la teoría de la sede se obligue a una sociedad constituida en otro Estado contratante a adaptar su estatuto a la ley del Estado contratante de destino, donde localiza su sede de administración, no es contraria al Derecho comunitario. Es decir, la teoría de la sede no se opone al principio de primacía, ni supone una discriminación (más bien lo contrario teniendo en cuenta su carácter objetivo), y puede justificarse en el interés general sin riesgo para la proporcionalidad.

En síntesis, a partir de las anteriores consideraciones entiendo que la función básica del artículo 48 TCE no es la conflictual. Este precepto se limita a la delimitación de los sujetos beneficiarios de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios.

III. PRINCIPIO MATERIALIZADOR DEL DERECHO COMUNITARIO

La interpretación del art. 48 TCE en orden a la determinación de su relación con la teoría de la sede, no puede desvincularse del muy abundante desarrollo normativo del que ha sido objeto en el marco de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Se entiende que la aprehensión de los intereses y valores protegidos por el legislador comunitario no puede extraerse de lo que no es más que la cabeza visible de un entramado normativo. Ciertamente, la literalidad del art. 48 TCE tolera que las sociedades con un mero vínculo formal con el territorio de un Estado contratante, sean beneficiarias de la libertad de establecimiento (y de la libre prestación de servicios). Pero lejos de responder a una opción de política legislativa,

⁶. Fundamento 23, Sent. TJCE de 27 sep. de 1988, asunto 81/87, *The Queen contra H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, (Rec., 1988. 6, pp. 5505-5514)

⁷. Propuesta de Decimocuarta Directiva sobre transferencia internacional de la sede social ("Proposition de quatorzième directive du Parlement européen et du Conseil concernant le transfert du siège des sociétés d'un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable", XVª D.G).

el examen del derecho derivado en la materia, entendemos que suministra elementos que corroboran el rechazo de las situaciones de vinculación formal, en beneficio de aquellas otras donde predominan elementos materiales u objetivos.

En este sentido, si se examina el art. 48 TCE a la luz de los desarrollos normativos de derecho derivado de los que haya podido ser objeto, y, en menor medida, de la jurisprudencia del TJCE, puede interpretarse que su redacción no traduce la opción por la teoría de la constitución con todo lo que ello supone (libre localización de la sede principal una vez constituida la sociedad, competencia normativa entre ordenamientos). Y es que la exigencia de un vínculo material por parte de las sociedades del art. 48 TCE, con el territorio de la constitución (o con el territorio comunitario, cuando menos), ocupa un lugar común del Derecho comunitario sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, pues ha sido ampliamente recogido por el derecho derivado, así como, por la propia jurisprudencia del TJCE⁸.

Un examen del derecho derivado comunitario vigente relativo a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios permite comprobar el rechazo de las situaciones de vinculación meramente formales, en lo que puede decirse encarna una marcada tendencia del Derecho comunitario, como es la tendencia o el principio materializador. Son textos en vigor que prueban la existencia de la tendencia apuntada, los siguientes. El Reglamento de 25 jul. 1985 sobre Agrupaciones Europeas de Interés Económico (o A.E.I.E.) introduce, en su art. 4.2 a), una corrección expresa al liberalismo del art. 48 TCE, al exigir que las sociedades definidas en el mismo, para ser miembros de una A.E.I.E., deberán tener necesariamente su «administración central en Estados miembros (...)»⁹. Mucho más contundentes se muestran la Directiva 86/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 sobre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios y la Directiva 95/26/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995 por la que se modifican las Directivas relativas al régimen de establecimiento y servicios de entidades de crédito y compañías de seguro¹⁰. Ambas exigen que la sede de administración y dirección se localice en el ordenamiento donde se encuentre la sede estatutaria (art. 3), a efectos de la aplicación de las mismas, sin que sea suficiente una vinculación efectiva de otro tipo.

En el marco de los textos no en vigor, encontramos también manifestaciones claras de la tendencia materializadora. Para corregir la liberalidad del art. 48 TCE, se desarrollaron desde el principio nociones como la vinculación efectiva y continua, en virtud de la cual se supeditaba el derecho de establecimiento a la existencia de una

⁸. Vid. S. Sánchez Lorenzo, en el imprescindible trabajo “El Derecho europeo de sociedades y la Sentencia «Centros»: La relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115-157, pp. 126-130.

⁹. Reglamento (CEE) nº 2137/85 de 25 jul. 1985 relativo a la constitución de una Agrupación europea de interés económico (*DOCE* L 199/1-11).

¹⁰. Citadas por S. Sánchez Lorenzo (*vid.*, “El Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 131-133).

vinculación continuada y material con el territorio comunitario, cuando la sociedad constituida en un Estado contratante no tenía más que su sede estatutaria dentro de la Comunidad (Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de 1961 y también Programa General de 18 de dic. 1961 para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios)¹¹. Estos textos ilustran como el rechazo de situaciones de vinculación formal con el territorio comunitario, fue sentido como una necesidad, desde el primer momento. En ello radica su importancia; en integrar la primera manifestación de una tendencia hacia la materialización que no abandonará el derecho derivado hasta el momento presente. Esto es lo que se ha querido significar. Pero, como también se señaló, no fueron éstos los únicos ejemplos en los que esta tendencia se manifestó. Además de los anteriores, la misma tendencia hacia la materialización se plasmó en el art. 3 del fallido Convenio de Bruselas de reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas de 1968. La disposición en cuestión facultaba a los Estados contratantes a no aplicar el Convenio de Bruselas a las sociedades constituidas en un Estado contratante que carecen de vínculo real («[...] *lien sérieux*») con la economía de un Estado miembro, en el caso de localización de la sede real en un Estado no contratante¹².

Otros ejemplos del mismo criterio corregido se encuentran en los arts. 2 y 3 de la Propuesta modificada de Reglamento (CEE) por el que se establece el estatuto de la Sociedad Europea de 1991 (o S.E.), al igual que su predecesora, la Propuesta de 1989¹³; tanto si la S.E. se crea a partir de las sociedades definidas en el anterior art. 58 TCE, como si esta forma societaria de Derecho uniforme se crea a partir de otras SS.EE., los arts. 2 y 3 exigen imperativamente que la sede de administración de cada una de estas sociedades se encuentre localizada territorio comunitario.

En conclusión, la liberalidad a la que responden las condiciones de vinculación espacial del art. 48 TCE entendemos que no se corresponde con una opción de política legislativa. Un repaso de los sectores armonizados en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios permite constatar cómo el legislador comunitario se preocupó, desde el primer momento, de corregir la excesiva amplitud del mismo impidiendo la consagración de situaciones de vinculación formal.

¹¹. Programa General de 18 dic. 1961 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento (*DOCE*, de 15 en. 1962 y E.E., cap. 6, vol. 1, pp. 7-10) y Programa General de 18 de dic. 1961 para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios (*DOCE*, de 15 en. 1962 y E.E., cap. 6, vol. 1, pp. 3-7).

¹². Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968 sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas (*Rev. trim. dr. eur.*, 1968, pp. 400-405).

¹³. Propuesta de Reglamento de estatuto de sociedad europea: Propuesta inicial de 30 jun. 1969 (*DOCE* C 263, de 30 jun. 1970); Propuesta modificada de 19 ab. 1975 (Sup. CEE 4/75); modificada por segunda vez el 25 ag. 1989 COM (89) 268 final - SYN 218 (*DOCE* C 263/41, de 16 oct. 1991) y por tercera vez por la Propuesta de 16 may. 1991 (COM (91) 174 final - SYN 218 (*DOCE* C 176/1, de 15 jul. 1991)).

IV. CONSECUENCIAS PARA EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Teniendo en cuenta los desarrollos anteriores, consideramos que el art. 5.2 de la ley de sociedades anónimas y el art. 6.2 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada¹⁴, no son contrarios al Derecho comunitario. Verificada la localización de la sede de administración en España por parte de una sociedad constituida por ejemplo en Inglaterra, sin que conste su adaptación (voluntaria) a la normativa española, se producirá su adaptación forzosa, aplicándose el régimen de la sociedad colectiva o civil, en su caso, y acabándose de este modo con el privilegio de la responsabilidad limitada, cuando existiera.

Puede también ocurrir que la teoría de la constitución a la que el ordenamiento español se atiene (art. 9.11 Cc. en relación con el art. 28 del mismo cuerpo legal en general, y art. 5.1 y 6.1 de las citadas leyes para las sociedades de capital), se vea afectada o corregida, en el sentido de obligar a la sociedad a que localice su sede de administración en España como ordenamiento de la constitución (así sucede, por ejemplo, en materia de instituciones de inversión colectiva –art. 3 de la ley reguladora de las instituciones de inversión colectiva)¹⁵.

V. OTRA SOLUCIÓN PARA “CENTROS”

El resultado de este planteamiento no es otro que la consideración crítica de la resolución del asunto “Centros”, por parte del TJCE. Importando a este lugar la propuesta de S. Sánchez Lorenzo, la jurisprudencia comunitaria conoce una doctrina a tenor de la cual, los supuestos de fraude consienten la aplicación de la ley del Estado de destino como ley de origen (Sent. 5 oct. 1994, asunto *TV10*)¹⁶. De acuerdo con ello, si aquella se proyectara sobre el caso *Centros*, partiendo de la consideración de su carácter fraudulento, podría interpretarse la ley de destino (del establecimiento secundario), como ley origen, aplicándose en bloque y sin que fuera necesaria su justificación por el interés general: el resultado sería la aplicación del Derecho de sociedades danés en bloque, obligando a una reconstitución de la sociedad conforme a la ley del foro en los casos en los que estuviera vigente la teoría de la sede.

¹⁴. R.D. legislativo 1554/1989, de 22 dic. por el se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (*BOE* núm. 28, de 27 dic 1989; corr. error. *BOE* núm. 28, de 1 feb. 1990). Ley 2/1995, de 23 mar. 1995, sobre sociedades de responsabilidad limitada (*BOE* núm. 71, de 24 mar.1995).

¹⁵. Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva (*BOE* núm. 310, de 27 de diciembre); el art. 3 de la ley citada responde a la disposición adicional VIª de la Ley 24/1988, de 29 de julio, del Mercado de valores (*BOE* núm. 181, de 29 de julio).

¹⁶. *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, "El Derecho europeo...", *loc. cit.*, pp. 153-154.