

## ***LA SENTENCIA DEL TJCE “ÜBERSEERING”: SE PODRÁ DECIR MÁS ALTO, PERO NO MÁS CLARO.***

*Francisco J. Garcimartín Alférez  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Castilla-La Mancha*

Como se suele afirmar, no hay peor ciego que el que no quiere ver. Sobre todo cuando la persona en cuestión tiene algo que perder, sea reputación personal sean rentas pecuniarias. Esta circunstancia es habitual también en la literatura jurídica. Por eso, en muchas ocasiones, hay que esforzarse en decir las cosas de la manera más sencilla, natural y directa posible: negro sobre blanco. Esto es lo que hace el TJCE en la sentencia “*Überseering*”.

### **§ 1. Los hechos**

1. Para muchos lectores, los hechos que dan pie esta sentencia son ya familiares. Una compañía holandesa, *Überseering BV* adquirió en octubre de 1990 un terreno situado en Dusseldorf (Alemania) que utilizó con fines empresariales. Dos años después, *Überseering BV*, encargó a una sociedad alemana, *NCC GmbH*, las obras de renovación de un garaje y un motel construidos sobre dicho terreno. Las obras se llevaron a cabo, pero *Überseering* alegó la existencia de vicios en la ejecución de las obras de pintura.

Hasta aquí, nada fuera de lo común.

2. Sin embargo, durante las discusiones relativas a la correcta o incorrecta ejecución de las obras, se produce el hecho que va a ser clave en esta historia: dos nacionales alemanes residentes en Düsseldorf adquieren todas las participaciones sociales de *Überseering*. Lo que este cambio social significó fue que la empresa continuó siendo holandesa, pero su administración dejó de estar localizada en Holanda y pasó a localizarse en Alemania. Tampoco esto debería de haber supuesto nada extraordinario. Una transmisión de las participaciones sociales sin otra trascendencia externa que la que hubiesen podido fijar contractualmente los terceros. Desde luego, nada que afecte a la posición de *NCC*.

Repárese en que, si bien por vías diferentes, la situación *resultante* es muy parecida a la que dio pie al asunto *Centros* (STJCE C-212/97): todos los elementos objetivos se localizan en un Estado miembro (Alemania), pero la sociedad está incorporada en otro Estado miembro distinto (Holanda). En el asunto *Centros*, ese resultado se pretendió alcanzar *ab initio*. En el que ahora nos ocupa, tras la transmisión de las participaciones sociales.

3. A partir de aquí, el caso siguió por unos derroteros que dejan perplejo a cualquiera que tenga un mínimo de sensibilidad jurídica. Tras exigir infructuosamente que se subsanaran los defectos en la obra, *Überseering*, presentó una demanda contra NCC ante los tribunales alemanes solicitando una condena al pago de los gastos de subsanación de los vicios alegados y de los consiguientes daños y perjuicios. Tanto en primera instancia, como en apelación se declaró inadmisibile la demanda. Lo extraordinario, obviamente, no es que se declare inadmisibile una demanda, sino el argumento invocado para ello. Según el tribunal alemán: la transmisión de las participaciones sociales supuso un traslado del domicilio social *efectivo* de Holanda a Alemania, por lo cual la sociedad holandesa *carecía de capacidad jurídica y, por ello, de capacidad para ser parte en el proceso*. No podía reclamar nada a NCC, por mucho que ésta hubiese incumplido el contrato. Pero es más, ni a NCC, ni a cualquier otro deudor de *Überseering* (incluido su propio banco).

Esto no es todo, paralelamente al proceso entre *Überseering* y NCC, *Überseering* fue demandada ante los mismo tribunales por varios arquitectos a raíz de unos honorarios aún pendientes de pagar. En este proceso, en cambio, si que se le reconoció capacidad para ser parte y de hecho fue condenada (llegándose, incluso, a una posible responsabilidad personal e ilimitada de los socios y de los administradores<sup>1</sup>). Sencillamente, delirante.

Tan delirante, que el Abogado General, en sus conclusiones, acaba considerando este resultado incompatible con derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva o incluso el derecho de propiedad (nºs 57-58). Aunque en algún punto puede que no le falte razón, en este comentario me voy a ceñir a los problemas directamente relacionados con el Tratado CE

4. Si queremos entender cómo se ha podido llegar hasta ahí, hay que recordar algunas cosas sobre el Derecho de sociedades alemán; y en concreto, sobre su dimensión conflictual. La jurisprudencia alemana, para determinar la ley que rige una sociedad, o *lex societatis*, sigue un modelo de sede real (la conocida *Sitztheorie*). La *lex societatis* es la ley del Estado en donde la sociedad tenga su "sede real". Este concepto se suele identificar con *la administración central* de la sociedad. Por consiguiente, la ley que rige una sociedad es la ley del Estado en cuyo territorio se localice la administración central. Este criterio de conexión, además, se acompaña de un principio de unidad del régimen societario. La ley así designada rige tanto las cuestiones internas del contrato de sociedad, como su dimensión externa, en concreto, el régimen de capacidad y de responsabilidad.

La consecuencia de juntar estos dos elementos es fácil de ver: para que una sociedad exista válidamente y, por consiguiente, sea reconocida como tal, es necesario que se haya constituido conforme al Derecho del Estado donde tiene su administración. Si lo ha hecho así, será reconocida como tal y además con su propio tipo societario. Si no lo ha hecho así, no va a ser reconocida; ni con su propio tipo societario, ni siquiera como sociedad. No va a tener capacidad jurídica, ni, por tanto, capacidad para ser parte en el proceso.

---

<sup>1</sup> Vid. ZIMMER, 2000, p. 589

Desde ahora conviene advertir que este segundo aspecto (el no reconocimiento de su capacidad jurídica) *no es un corolario imprescindible*, ya que se le podría admitir capacidad jurídica o al menos para ser parte procesal, equivalente a la de una sociedad personalista o en formación alemana, aunque no otros rasgos societarios (*vid.* conclusiones del Abogado General, nº 46). De hecho, el BGH reaccionó ante las conclusiones del Abogado General favorables a esa construcción y en una decisión pronunciada el 1 de julio de 2002 (entre la publicación de dichas conclusiones y la sentencia definitiva) consideró que una sociedad extranjera cuya sede real está en Alemania debe considerarse como una sociedad personalista alemana o como un empresario individual (si hay un único socio), *pero no debe rechazarse su existencia ni su consiguiente capacidad*<sup>2</sup>. Sin embargo, llevar la sanción hasta sus últimas consecuencias se ha justificado en la medida en que cumple una función de prevención general: incentiva a que las sociedades se constituyan conforme a la ley del Estado donde tienen su sede real<sup>3</sup> y evita el problema dogmático de calificar la situación como una transformación del tipo societario (extranjera limitada en nacional personalista) lo cual exigiría cumplir ciertos requisitos<sup>4</sup>.

5. La aplicación de este esquema normativo al caso que nos ocupa recuerda al “escándalo lógico” de los matemáticos griegos. El resultado puede ser “escandaloso”, pero es de una “lógica dogmática” impecable. La sociedad *Überseering*, en el momento de presentar la demanda, está constituida conforme al Derecho holandés; sin embargo, su administración central se encuentra en Alemania (fue adquirida por dos ciudadanos alemanes). Según el modelo de sede real, dicha sociedad debería de haberse constituido conforme al Derecho alemán. Como no lo ha hecho, no se va a reconocer como tal sociedad. Lo cual, llevado hasta sus última consecuencias, supone que ni tiene capacidad jurídica, ni tiene capacidad para ser parte procesal. Resultado: no puede demandar a NCC por incumplimiento contractual, pese a que NCC hubiese contratado con ella y hubiese cobrado por sus servicios.

Conforme al Art. 50.1 de la ZPO tienen capacidad para ser parte todas las personas, incluidas las sociedades, que tengan capacidad jurídica. Si se determina la capacidad jurídica de tal sociedad con arreglo al Derecho alemán, dicha sociedad no podría ser parte actora en el procedimiento judicial, salvo que se constituya de nuevo en Alemania. Como no lo ha hecho, no se le puede reconocer dicha capacidad. Si que, en cambio, podría ser demandado en virtud de la regla que le reconoce capacidad procesal *qua* demandados a entes sin personalidad jurídica (*vid.* § 50.2 ZPO, y el Art. 6.2 LEC 2000).

## § 2. La cuestión prejudicial

---

<sup>2</sup> EIDENMÜLLER, pp. 2234-2235; LEIBLE/HOFFMANN, p. 927; entre nosotros, alcanzando un resultado parecido para ciertas situaciones, SANCHEZ LORENZO, 2002, p. 47

<sup>3</sup> STAUDINGER-GROBFELD, §§ 427-430

<sup>4</sup> *Vid.* Sent. BGH de 21 de marzo de 1986, BGHZ, 97, pp. 269 y ss.; Sent. BGH de 1 de julio de 2002, ZIP, 2002, p. 1763, y ZIMMER, 2003, p. 4

6. El caso, como era de esperar, no acabó ahí. El demandante recurre en casación ante el Tribunal Supremo alemán (BGH) y éste plantea la cuestión ante el TJCE. En concreto, el BGH se plantea si, en el caso de un traslado transfronterizo del domicilio social efectivo, resulta contrario a la libertad de establecimiento que amparan los artículos 43 y 48 CE que la capacidad jurídica y la capacidad para ser parte en un proceso de una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro se aprecien con arreglo al Derecho del Estado donde ha trasladado su domicilio efectivo, cuando en virtud de éste Derecho no gozaría de dicha capacidad. Además, añade una segunda cuestión para el caso de que la respuesta a la anterior fuese afirmativa: ¿exigirían dichos artículos del Tratado que la capacidad jurídica y procesal se aprecien con arreglo al Estado de constitución?<sup>5</sup>

7. La respuesta era previsible: un sí a ambas cuestiones. Pero, más que la respuesta, lo que nos interesa es ver cómo se llega hasta ella y analizar los argumentos que se van desgranando por el camino.

### § 3. Los argumentos

#### (a) Consideraciones preliminares

8. Para entender todas las implicaciones del problema, hay que recordar una distinción hecha más arriba. Una cosa es el criterio de conexión, que nos indica la ley aplicable a una sociedad, y otra cosa distinta es el ámbito de aplicación de dicha ley. Conforme a la solución dominante en Alemania (*vid.*, n<sup>o</sup>s margs. 13-16 de la Sentencia), (a) el criterio de conexión viene determinado por el domicilio efectivo de la sociedad, y (b) el ámbito de aplicación de la ley así designada, por el principio de unidad del régimen societario.

(a) La conexión con el domicilio efectivo (o administración central) se suele justificar a partir de la necesidad de tutela de ciertos intereses: los intereses de los acreedores de la sociedad, los intereses de socios minoritarios y los intereses de los trabajadores. Si una sociedad, cuya domicilio efectivo se encuentra en Alemania, se va a poder constituir conforme al Derecho de otro Estado (en el caso, Holanda) se permite la elusión las normas alemanas sobre el desembolso y el mantenimiento del capital social (que, supuestamente, protegerían a los acreedores alemanes), sobre tutela de los socios minoristas o sobre la cogestión laboral. Es más: si no lo puede hacer *ab initio*, tampoco lo debe poder hacer después (por un cambio de socios, como era el caso), pues las necesidades de tutela siguen siendo las mismas.

(b) El principio de unidad del régimen societario nos dice que la ley del domicilio efectivo rige tanto las cuestiones internas, como las externas; esto es,

---

<sup>5</sup> Por cierto, adviértase que la versión española de la sentencia confunde “capacidad para ser parte” y “capacidad procesal”, se refiere a la segunda cuando debería referirse a la primera.

tanto las relaciones societarias *ad intra*, como el régimen de capacidad y responsabilidad de la sociedad. En el planteamiento del recurso, el BGH defiende esta solución por razones prácticas (nº marg. 14): la sujeción de cada aspecto a ordenamientos distintos plantearía numerosos problemas de aplicación (p.ej., necesidad de delimitar los ámbitos respectivos o contradicciones materiales).

9. El resultado de sumar estos dos elementos es evidente. En primer lugar, una sociedad constituida conforme al Derecho de otro Estado sólo va a ser reconocida como tal (con su propio tipo social) si se ha constituido en el Estado donde se encuentra su domicilio efectivo. Si no es así, se suele afirmar, lo más coherente es negarle todo rasgo societario, incluida la personalidad jurídica, ya que ello incentivaría el respeto a la norma: los socios saben que, si no la han respetado, ni siquiera tendrán capacidad para reclamar a terceros (por eso se suele decir que la *Sitztheorie ist eine Nichtanerkennungstheorie*<sup>6</sup>).

En segundo lugar, un traslado del domicilio efectivo conlleva un cambio de *lex societatis* y, por consiguiente, la necesidad de constituirse bajo el nuevo ordenamiento (sea por transformación, si cabe, o sea por disolución y constitución *ex novo*, en todo caso). Si no lo hace así, la sanción es la misma que en el caso anterior.

10. Hasta aquí, este esquema argumental ha convencido a mucha gente (pese a la escasa consistencia de su primer elemento, a poco que se reflexione sobre él<sup>7</sup>). Sin embargo, el problema que se plantea en el ámbito comunitario no es su consistencia intrínseca del argumento, sino su compatibilidad con los artículos 43 y 48 CE<sup>8</sup>. Durante mucho tiempo ha predominado una respuesta favorable a la compatibilidad. La determinación de la *lex societatis*, se ha dicho, es algo que queda al Derecho de cada Estado miembro: es una cuestión previa al ejercicio de las libertades comunitarias que depende de las normas de Derecho internacional privado (desde ahora, Dopr) nacionales. Por de esta razón, la capacidad jurídica sólo se reconoce si ha sido válidamente adquirida conforme a la ley designada por dichas normas. Una vez que esto se verifica, es cuando entran en juego las libertades comunitarias.

11. El camino que sigue el TJCE para oponerse a esta conclusión y demostrar su incompatibilidad con el Tratado CE es muy derecho. *En primer lugar*, afirma que la cuestión relativa al reconocimiento de una sociedad constituida en otro Estado miembro no está ajena al control de compatibilidad con el Tratado. *A continuación*, nos dice claramente que el no reconocimiento constituye un obstáculo al ejercicio de las libertades comunitarias. Y, *por último*, concluye que es un obstáculo no justificado.

---

<sup>6</sup> *Vid.*, con más referencias, SCHULZ/SESTER, p. 546

<sup>7</sup> *Vid.* GARCIMARTÍN, 2002, pp. 138-283

<sup>8</sup> El Art. 48 CE garantiza la libertad de establecimiento dentro del Comunidad. El Art. 48 CE se encarga de extender esa libertad a las sociedades y, en concreto, a aquellas sociedades “constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades principal se encuentre dentro de la Comunidad”.

*(b) El problema de la cuestión previa.*

12. Los argumentos invocados a favor de la tesis de la compatibilidad han sido habitualmente cuatro. Y los cuatro aparecen recogidos en la sentencia *Überseering* (defendidos por NCC, claro, pero también por el gobierno alemán, el italiano y el español, *vid.* n° marg. 23 y ss.). El propósito principal de estos argumentos es demostrar que el Tratado CE no afecta a las normas de Dopr: esto es, probar que antes de preguntarse por el ejercicio de las libertades comunitarias hay una *cuestión previa* que resolver, el reconocimiento de una sociedad constituida en otro Estado miembro, y que *esta cuestión previa queda fuera del ámbito de aplicación del Tratado* (como también se solía decir entre cierto sector de la doctrina alemana, "*Internationales Gesellschaftsrecht geht vor Niederlassungsfreiheit*"). El TJCE dedica la mayor parte de la sentencia a desmontar este argumento.

13. *En primer lugar*, se ha invocado el Art. 293 CE. Este precepto prevé la celebración de convenios entre los Estado miembros "en tanto sea necesario" a fin de asegurar a favor de sus nacionales "el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro...". El argumento dice así: si se prevé expresamente que se celebre un convenio internacional a esos efectos es porque del propio Tratado CE no se deriva nada y, por consiguiente, mientras no se celebre aquél, los Estados miembros son libre para seguir aplicando sus normas de Dopr (n° marg. 25). Ya he dicho en otra ocasión lo que me parece este argumento: improcedente<sup>9</sup>. No voy a insistir más, porque el TJCE lo dice bien claro: ese precepto sólo juega "en tanto sea necesario", es decir, en la hipótesis en que las disposiciones del Tratado no permitan realizar esos objetivos. Y nada nos dice que los artículos 43 y 48 CE queden condicionados al Art. 293; una vez transcurrido el periodo transitorio son directamente aplicables. Luego, al utilizarlo como argumento, se incurre en una petición de principio: lo que se trata de demostrar es si es necesario o no.

14. *En segundo lugar*, se ha invocado la intención subjetiva del legislador comunitario. Al establecer los artículos 43 y 48 CE no se quiso cambiar las normas nacionales de Dopr en el ámbito societario: por eso, el artículo 48 pone en pie de igualdad los tres posibles criterios de conexión (el domicilio estatutario, la administración central y el centro de actividad principal). Lo que significa que cada Estado sigue pudiendo aplicar sus normas de Dopr para designar la *lex societatis*. Esto es así, al menos, mientras no se alcance un cierto nivel de aproximación legislativa entre los Derechos societarios de los Estados miembros (n° marg. 26). Tampoco este argumento convence. No sólo por la dificultad de su prueba, sino porque no encaja con la letra del precepto (*infra* n°

---

<sup>9</sup> GARCIMARTÍN, 1999, p. 666; *vid.* también CARO GÁNDARA, p. 255; o LEIBLE/HOFFMANN, p. 927; GROßRICHTER, p. 164; EIDENMÜLLER, p. 2238, todos con más referencias

17). Todo lo más, permitiría aplicar las normas de Dopr de un Estado miembro a las sociedades constituidas conforme a la ley de dicho Estado, pero no a las constituidas en otro Estado miembro.

15. *En tercer lugar*, se invoca la STJCE “Daily Mail”. Entonces (1988), el TJCE dijo lo siguiente: “...el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades del traslado de sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales...”. El problema es que dicho supuesto era completamente distinto, ya que esta sentencia se refiere a las relaciones entre una sociedad y el Estado miembro *con arreglo a cuya legislación ha sido constituida*. En concreto, en el asunto Daily Mail se trataba de una sociedad inglesa que pretendía trasladar su domicilio al extranjero y era el propio Derecho inglés el cual imponía ciertas trabas; sólo ciertas, dicho sea de paso<sup>10</sup>. Es razonable que el traslado de sede al extranjero de una sociedad constituida conforme al Derecho de un Estado, como cualquier otra operación o transformación societaria, quede sujeta a las leyes de ese Estado, *i.e.* su *lex societatis*. Sólo de esa manera se garantiza el respecto a las condiciones societarias bajo las cuales contrataron las partes. Como señala el TJCE, el caso *Überseering* es muy distinto ya que los límites vienen impuestos por el Estado de acogida (nº marg. 62)<sup>11</sup>. Por eso (y apartándose de las conclusiones del Abogado General, nº 26), tampoco en este punto la sentencia requiere mayores comentarios: “la interpretación de la sentencia Daily Mail,..., propuesta por NCC y los gobiernos alemán, español e italiano, es errónea” (nº marg. 64).

16. *Por último*, se invocó también el “Programa general de 1961”. Se admite que el artículo 48 del Tratado CE reconoce libertad de establecimiento a las sociedades que (a) se hayan constituido conforme a la ley de un Estado miembro, y (b) tengan su domicilio estatutario, su administración central o se centro de actividad principal dentro de la Comunidad. No obstante, se añade que este segundo requisito fue modificado por el Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, adoptado en Bruselas el 18 de diciembre de 1961. En dicho programa se establece que los beneficios de la libertad de establecimiento se extiende a aquellas sociedades que se hayan constituido conforme a la ley de un Estado miembro “siempre que, en caso de que únicamente tengan su sede social en la Comunidad ...su actividad presente una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado...”.

---

<sup>10</sup> GARCIMARTÍN, 1999, p. 667; SANCHEZ LORENZO, 2000, p. 135

<sup>11</sup> *Vid.* también, LEIBLE/HOFFMANN, p. 928; WERNICKE, p. 759; SCHANZEN/JÜTTNER, p. 33; ZIMMER, 2003, p. 2 analizando detalladamente las relaciones entre ambas sentencias.

Este argumento de los programas de 1961 es muy querido para un importante sector de la doctrina española<sup>12</sup>. Lo que tal vez explique que haya sido una pieza clave en la argumentación del gobierno español ante el TJCE. El gobierno español, de lo que se deduce de la sentencia, considera que este requisito es aplicable al supuesto en el que se pretende fijar el establecimiento principal en otro Estado (nºs margs. 33-35).

El hecho es insólito. Ya he dicho en otro lugar lo que pienso de este argumento: desde el punto de vista formal es muy dudoso, y desde el punto de vista sustantivo, inconsistente<sup>13</sup>. Aparte de esto, lo peor es que en esta ocasión no guarda ninguna relación con el supuesto. No voy a insistir, pues el TJCE tampoco deja resquicio de duda en este punto: "...procede desestimar la alegación formulada por el gobierno español... En efecto, del propio tener del Programa general se deduce que sólo exige una vinculación efectiva y continua en el caso de que la sociedad sólo tenga su domicilio estatutario en la Comunidad. Sin lugar a duda, éste no es el caso de *Überseering*". No entiendo cómo alguien pudo alguna vez pensar que lo era.

17. Hemos visto que los argumentos invocados a favor de la tesis según la cual el artículo 48 deja a los Dipr nacionales la *cuestión previa* relativa a la ley aplicable a una sociedad son poco convincentes. Pero es que, además, hay argumentos para defender lo contrario.

El primero y más sencillo es la propia literalidad del artículo 48 . Este precepto extiende la libertad de establecimiento que tutela el artículo 43 a aquellas sociedades que cumplan dos condiciones: (a) se hayan constituido conforme a la ley de un Estado miembro; (b) tenga su domicilio estatutario, su administración central o su centro principal en la Comunidad. Estos tres criterios tienen el mismo rango. En ningún lado se condiciona la libertad de establecimiento a que el domicilio estatutario y la administración central han de localizarse en el mismo Estado. Es evidente que *Überseering* satisface esos dos requisitos: se ha constituido en Holanda y tiene su domicilio estatutario allí (y, además, los otros dos criterios en otro Estado miembro), luego es igual de evidente que se puede beneficiar de la libertad de establecimiento.

El segundo tampoco requiere mucha elaboración: si fuese de otro modo, esto es, si la cuestión previa quedase a los Derechos nacionales, sería sencillísimo obstaculizar esa libertades. También lo dije en su momento<sup>14</sup> y no voy a insistir más. De nuevo, es suficiente con recoger las propias palabras del TJCE: *el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse (vid. nº marg. 59)*.

El tercero es la conocida sentencia "Centros". El TJCE ya había establecido el principio de base aplicable a este problema<sup>15</sup>. A saber: un Estado miembro debe aceptar que una sociedad, válidamente constituida en otro

---

<sup>12</sup> SANCHEZ LORENZO, 2000, p. 127; *Id.* 2002, p. 462; SANCHO VILLA, 1999, pp 1853-1854

<sup>13</sup> Para la crítica formal, GARCIMARTÍN, 2001, pp. 93-94; para la sustantiva, *Id.* 2002, *passim*.

<sup>14</sup> GARCIMARTÍN, 2001, p. 86

<sup>15</sup> SCHULZ/SESTER, p. 547; SCHANZEN/JÜTTNER, p. 32; aunque bien es verdad que un amplio sector doctrinal se había negado a entenderlo así

Estado miembro, registre en su territorio un establecimiento (en dicho asunto, una sucursal, pero que era de hecho su administración central) desde el cual pueda desarrollar todas sus actividades. Si un Estado miembro no puede negarse a que una sociedad constituida válidamente en otro establezca una sucursal en su territorio, tampoco puede invocar sus normas de Dipr para negarle capacidad jurídica general.

18. El TJCE, en definitiva, deja muy claro que no hay ningún argumento para entender que las normas de Dipr de un Estado no están sujetas a un control de compatibilidad con las libertades comunitarias (nº marg. 52).

**(c) La existencia de una restricción a la libertad de establecimiento**

19. A partir de aquí, el TJCE se ocupa de resolver dos cuestiones: si el resultado material de aplicar la *Siztheorie* es un obstáculo a la libertad de establecimiento y, de ser así, si ese obstáculo está justificado. La respuesta a la primera cuestión creo que a nadie debería haberle planteado dudas: Es evidente también que las normas alemanas constituyen un obstáculo a la libertad de establecimiento ya que si dicha sociedad quiere trasladar su administración central y ejercer aquí sus actividades (lo que necesariamente presupone reconocerle capacidad jurídica) no va a poder hacerlo si no se constituye conforme al Derecho alemán. Es más, no es que sea un obstáculo (o “un inmenso obstáculo” en palabras del Abogado General, conclusiones nº 56); sino que, como dice el TJCE, “la exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania equivale, ..., a la *negación misma* de la libertad de establecimiento” (nº 81, el subrayado es mio)

**(d) La no justificación de dicha restricción**

20. Por último, el TJCE examina si esa restricción que impone la normativa alemana al ejercicio de los derecho de *Überseering* está o no justificada. Como sabemos, los Estados miembros pueden imponer restricciones al ejercicio de las libertades comunitarias, pero siempre que se respeten tres condiciones: (a) que no sean discriminatorias; (b) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general; y (c) que sean adecuadas y proporcionales a los fines perseguidos (*vid.* nº marg. 92).

21. Se ha alegado que la negativa a reconocer capacidad jurídica a *Überseering* cumpliría esas condiciones. No es discriminatoria, pues se aplica tanto si se trata de sociedades nacionales como si no. Esta justificada por razones de interés general ya que garantiza la seguridad jurídica y la protección de varios grupos de personas; en concreto, acreedores, trabajadores y socios minoritarios<sup>16</sup>. (a) En primer lugar, al exigirse que la sociedad *Überseering* se constituya en Alemania, se asegura que va a quedar sujeta a las normas sobre capital social alemanas (básicamente, las normas sobre capital mínimo

---

<sup>16</sup> *Vid.*, por todos, ROTH, 2003b, pp. 199-205

desembolsado y las relativas a sus modalidades de disposición). En la medida en que estas normas son relativamente exigentes, su aplicación protegería a los acreedores de la sociedad pues les da un mayor respaldo patrimonial al cobro de sus créditos. (b) En segundo lugar, si se permite que se constituyan conforme al Derecho de otro Estado miembro, existe un riesgo de elusión de las disposiciones alemanas en materia de cogestión que permiten a los trabajadores, en determinadas condiciones, estar representados en el consejo de vigilancia de la sociedad. (c) En tercer lugar, los socios minoritarios también quedarían más protegidos, pues la sujeción al Derecho alemán evita que se defrauden las normas de tutela de los socios minoritarios (exigiendo mayorías cualificadas para ciertas decisiones o su compensación en determinadas operaciones societarias). También se ha dicho que hay razones fiscales que operarían aquí, ya que situaciones como la de *Überseering* permiten la creación de sociedades con doble residencia fiscal, con lo que podrían reclamar y recibir ventajas fiscales paralelamente en varios Estados (reducciones en los supuestos de doble imposición).

22. El TJCE rechaza lapidariamente todas estas razones. No porque no pudiesen existir, sino porque la sanción es desproporcionada (*vid.* cdo. 93). Es cierto que en esta ocasión la argumentación del TJCE es más pobre, pero ya fue suficiente en la sentencia “Centros”. Allí el TJCE señaló que ninguno de esos motivos justificaba medidas que equivaliesen a la negación misma de la libertad de establecimiento (que es el resultado del “no reconocimiento”).

Quizás para entender esa pobreza argumental conviene recordar algo que ya hemos dicho y que pone muy bien de relieve el Abogado General en sus conclusiones (n<sup>o</sup>s 54 y ss.). En este caso, ninguno de los intereses alegados está verdaderamente en juego: (a) no hay un problema de socios minoritarios (es más, los minoritarios, si los hay, salen perjudicados al no reconocerse a la sociedad); (b) no hay un problema de cogestión, ya que *Überseering* no quedaba sometida a ese régimen; (c) NCC no es un acreedor, sino un eventual deudor; (d) y no hay un problema de fiscalidad (es más, al fisco alemán le podría interesar que *Überseering* traslade su domicilio efectivo a Alemania en la medida en que puede quedar sujeta a las obligaciones tributarias locales).

Pero podemos concederle el beneficio de la duda y seguir reflexionando<sup>17</sup>.

(a) En cuanto a la protección de los *acreedores*, el argumento no es convincente a poco que se piense con seriedad. Como hemos visto, se alega que la *Sitztheorie* protege a

---

<sup>17</sup> Por mucho que se nos quiera decir otra cosa, *vid.* SANCHEZ LORENZO, 2002, pp. 451-453, sin acudir a los principios del Derecho de societario es imposible entender todas las implicaciones de este problema y darle una respuesta adecuada: en general, cuando se trata de analizar los efectos de las libertades comunitarias sobre barreras de naturaleza jurídico-pública, es suficiente con acudir al Derecho comunitario, cuando se trata de barreras jurídico-privadas, no. Aquí, normalmente, (a) las barreras juegan de otra manera, pues lo que es un coste para una parte puede ser un beneficio para la otra (lo que hay que determinar es qué solución maximiza el interés conjunto *ex ante*), y (b) no basta siempre con levantar dichas barreras, sino que hay que ofrecer alternativas. Esto sólo se llega a apreciar correctamente si se aplica la “lógica del Derecho societario”, no la lógica del “Derecho público económico o del Derecho de extranjería”, que respetados autores continuamente invocan (SÁNCHEZ LORENZO, 2000. p. 147); bastaría cambiar esos dogmas, para verlo todo mucho más claro.

los acreedores ya que si las sociedades alemanas se pueden constituir conforme a un ordenamiento extranjero eluden las normas sobre capital mínimo, por ejemplo, del Derecho alemán; y lo mismo valdría para los demás Estados que sigan la misma fórmula<sup>18</sup>. Sobre esta idea hay que decir muchas cosas. En primer lugar, que al menos para ciertos tipos societarios hay reglas mínimas armonizadas con lo que automáticamente decae el argumento; también decae cuando, sin estar armonizados, el Estado de constitución tuviese un mecanismo de tutela de los acreedores equivalente al del Estado de la sede real<sup>19</sup>. En segundo lugar, que es muy discutible que las normas sobre capital protejan realmente a los acreedores<sup>20</sup>. En tercer lugar, que no se entiende muy bien el hecho de que sea suficiente con que el empresario traslade sus oficinas al otro lado de la frontera para que ya consideremos innecesaria la protección de los acreedores (cuando, para ellos, la situación y las garantías societarias continúan siendo las mismas)<sup>21</sup>. Si, en el caso *Überseering* las oficinas centrales se hubiesen mantenido en Holanda, dejaríamos de proteger a los acreedores alemanes y, sin embargo, para ellos el riesgo de “infracapitalización” societaria sigue siendo el mismo<sup>22</sup>. En cuarto lugar, que los acreedores se pueden proteger solos<sup>23</sup>: o no contratan con una sociedad extranjera (que yo sepa, a nadie le obligan a hacerlo) o repercuten el mayor riesgo en el precio<sup>24</sup>. Por último, que donde se calibra realmente la tutela patrimonial de crédito es en los supuestos de insolvencia, y aquí la conexión sí que se asocia a la sede real (Art. 3 Reglamento de Insolvencia, 1347/00).

En este mismo contexto se ha invocado recientemente el argumento de los “costes de información”<sup>25</sup>. Según este argumento, la *Sitztheorie* reduce los costes de información ya que evita que los acreedores tengan que informarse del contenido del Derecho extranjero. Si la sociedad tiene su sede real en Alemania, presumiblemente, la mayoría de las transacciones las realizará en Alemania. Si se le permite incorporarse en Holanda, Reino Unido, Luxemburgo, etc., los terceros, cada vez que se relacionen con ella, deberán de informarse del contenido de esos ordenamientos. Para reducir estos costes, se le prohíbe que pueda incorporarse en otro Estado que no sea Alemania.

A ningún lector sensato se le escapa que el argumento es muy fácil de rebatir. Sería tanto como decir que debe derogarse la norma que impone el principio de responsabilidad universal (*i.e.*, la regla “crédito contra mi solvencia”, Art. 1911 CC) ya que obliga a los futuros acreedores a informarse del patrimonio del deudor, y debería de sustituirse por una regla que imponga un mínimo de responsabilidad (12.000 euros, por ejemplo) y prohibir que quienes no tengan ese patrimonio, puedan contratar (*i.e.*, que los pobres no contraten). Algo absurdo<sup>26</sup>. Si de verdad el constituirse conforme a un Derecho extranjero incrementa los costes de información, los terceros o no contratarán o lo harán a un mayor precio, con lo cual los socios van a acabar sufriendo los costes de su decisión. El problema de la *Sitztheorie* es que impide el ajuste a las necesidades de cada situación y, por consiguiente, implica la pérdida de bienestar asociada a la diversificación.

---

<sup>18</sup> ROTH, 2003a, p. 201; entre nosotros, SANCHO VILLA, p. 1855

<sup>19</sup> ROTH, 2003b, p. 125

<sup>20</sup> *Vid.*, por todos, *Informe Winter*, p. 87.

<sup>21</sup> *Vid.* ZIMMER, 1996, p. 158

<sup>22</sup> Detenidamente, GARCIMARTÍN, 2002, pp. 214-219; también, EIDENMÜLLER, p. 2236; SCHANZEN/JÜTTNER, p. 34

<sup>23</sup> GARCIMARTÍN, 2002, *ibid.*; EIDENMÜLLER, p. 2236; SCHANZEN/JÜTTNER, p. 34

<sup>24</sup> Para el problema de los extracontractuales, GARCIMARTÍN, 2002, pp. ; EIDENMÜLLER, p. 2236; SCHANZEN/JÜTTNER, p. 34

<sup>25</sup> ROTH, 2003a, pp. 202-203; *Id.* 2003b, p. 124; también SANCHEZ LORENZO, 2002, p. 465

<sup>26</sup> Me pregunto, ante quienes continuamente aluden a la “ideología” que subyace en este debate, *vid.* SANCHEZ LORENZO, 2000, p. 116, qué ideología es esa que dejaría fuera del mercado a los pobres para defender a sus futuros acreedores

- (b) También se suele alegar que la *Sitztheorie* protege a los *trabajadores* ya que asegura que se respeten sus derechos de cogestión<sup>27</sup>. Si las empresas cuya sede real se encuentran en Alemania pudiesen constituirse en el extranjero, podrían fácilmente eludir ese derecho; y lo mismo valdría para otros países que se encuentren en la misma situación. Pues bien, sobre este argumento también hay muchas cosas que decir. En primer lugar, allí donde existe, como en el Derecho alemán, la cogestión sólo funciona cuando: (i) la empresa tiene un mínimo de trabajadores (500/2000), (ii) está sometida al Derecho alemán y (iii) adopta una forma societaria orgánica (cuando la empresa es una sociedad personalista no existe ese derecho pues se considera que la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales lo hace innecesario). Con lo cual, este argumento sólo valdría allí donde exista ese derecho (que no es el caso de la mayoría de los Estados, como el nuestro) y siempre que se trate de empresas de ese volumen<sup>28</sup>. Cuando la empresa sea una sociedad cuyo volumen de empleados es inferior a 500, el argumento decae, luego no justifica la *Sitztheorie* para la inmensa mayoría de los casos. En segundo lugar, el argumento tampoco es intrínsecamente muy poderoso pues basta que la empresa localice la administración central en el extranjero para que la *Sitztheorie* la reconozca como extranjera; ¿cómo se entiende que la *Sitztheorie* se justifique como una solución destinada a proteger a los trabajadores alemanes cuando basta que el empresa sitúe sus oficinas al otro lado de la frontera con Holanda para que ya se admita como sociedad extranjera, y por ende excluida del derecho de cogestión, sin ningún problema? Lo que justificaría es una conexión especial, junto con la *lex societatis*, para permitir a los trabajadores participar de alguna manera en los órganos de vigilancia societarios respecto de los establecimientos localizados en Alemania (o soluciones basadas en un esquema análogo al de la Sociedad Europea<sup>29</sup>). Es cierto que esto puede plantear problemas de ajuste, en particular, cuando la sociedad extranjera no tiene una estructura orgánica donde quepa una presencia de los trabajadores de ese tipo<sup>30</sup>, pero eso es un problema que tienen que resolver aquellos países que pretendan salvaguardar este derecho a toda costa.
- (c) La protección de los *socios minoritarios* es más retórica que otra cosa, ya que ellos escogen la *lex societatis*<sup>31</sup>. Las escasas ocasiones en las que puede estar justificada su tutela (p.ej., en los supuestos de grupos o de cambio de *lex societatis*), es suficiente con una aplicación correcta de las soluciones conflictuales.

Dicho todo esto, el problema general de la *Sitztheorie* es que opera “por aproximación”: presupone que cuando la sede real esta en un Estado y la sociedad se constituye en otro es para defraudar las normas del primero. O, si se quiere decir de forma más elegante, cuando la sede real esta en un Estado, la mayoría de las operaciones de dicha sociedad se van a localizar en ese mismo Estado, luego conviene evitar que se compliquen las cosas sometiéndose a la ley de otro<sup>32</sup>. El problema es que este argumento, hoy en día, no es muy verídico y desde luego no es muy conciliable con la idea del mercado único<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> ROTH, 2003a, pp. 199-200; *Id.* 2003b, p. 125, con más referencias

<sup>28</sup> EIDENMÜLLER, p. 2242

<sup>29</sup> *Vid.* SCHANZEN/JÜTTNER, pp. 35-36; *vid.* también, *Informe Winter*, p. 105

<sup>30</sup> *Vid.* ROTH, 2003a, p. 200; *Id.* 2003b, p. 125; GROßRICHTER, p. 169

<sup>31</sup> *Vid.* detenidamente, GARCIMARTÍN, 2002, pp. 195-198; también KNOBBE-KEUK, p. 346; SCHULZ/SESTER, p. 551; GROßRICHTER, p. 168; EIDENMÜLLER, p. 2236

<sup>32</sup> ROTH, 2003<sup>a</sup>, p. 204

<sup>33</sup> Pese a que se nos quiera hacer ver lo contrario, SANCHO VILLA, pp. 1854-1855, invocando obsesivamente el comportamiento “deleznable” y “fraudulento” de quienes quieren incorporarse en el extranjero; en términos parecidos, SANCHEZ LORENZO, 2000, pp. 152-156; *Id.* 2003, p. 465, para las sociedades “ficticias”. La obsesión por ver fraude en cualquier conducta

*(e) Sobre la respuesta a la segunda cuestión*

23. La segunda cuestión que plantea el BGH es la siguiente: ¿exige la libertad de establecimiento de las sociedades que la capacidad jurídica y la capacidad procesal se aprecien con arreglo al Derecho del Estado de constitución, en este caso, con arreglo al Derecho holandés?.

24. La respuesta a la segunda cuestión tiene más enjundia de lo que a primera vista pudiera parecer. De hecho, la clave de esta sentencia no es la respuesta a la primera cuestión, que era evidente por mucho que ciertos autores se empeñasen en lo contrario, sino a la segunda. Esto se aprecia mejor si se compara la decisión del Tribunal con las conclusiones del Abogado General. En estas últimas, se defiende que una respuesta afirmativa a esta cuestión va más allá del cometido del TJCE, pues se está resolviendo *un problema de ley aplicable* (n<sup>o</sup>s 63-70). Por ello, si el TJCE considera oportuno dar una respuesta, propone que sea negativa. Para el Abogado General, lo único relevante es que la negación de la capacidad procesal, *i.e.*, este concreto *resultado material*, es contrario a las libertades comunitarias, pero el cómo se consiga admitir su capacidad, *i.e.*, la conexión conflictual, es algo que debe seguir quedando al Derecho de cada Estado miembro. El TJCE dice los “noes” (integración negativa), pero no los “síes” (integración positiva), esto es, dice que una norma es un obstáculo a las libertades comunitarias, pero no dice cómo ha de formularse la norma para que no sea contraria a las libertades<sup>34</sup>.

Así, podría darse el caso que Alemania reconociese capacidad procesal a la sociedad *Überseering*, pero no conforme al Derecho holandés, sino conforme a *su* derecho (tratándola como una sociedad personalista del Derecho alemán)<sup>35</sup>. Lo que, en definitiva, nos dice el Abogado General es que la negativa a reconocer la capacidad jurídica de *Überseering* es contraria al Tratado, pero a partir de ahí, *i.e.*, el hecho de si la capacidad se le va a reconocer *qua* sociedad holandesa o *qua* sociedad alemana (personalista) es algo que sigue quedando al Derecho de cada Estado. Lo que importa es el resultado material, no el conflictual.

---

que escape a la regla *ubi sede social ibi sede real* lleva a la primera autora a afirmar que el hecho de que una empresa suiza quiera abrir un establecimiento en la Comunidad supone una “intensa agresión a los intereses de la integración europea” *ibid.* ; insólito.

<sup>34</sup> *Vid.* subrayando este punto, LEIBLE/HOFFMANN, p. 927-929; SCHANZE/JÜTTNER, p. 31

<sup>35</sup> *Vid.* insistiendo en esta opción y recogiendo la jurisprudencia más reciente del BGH pronunciada a raíz de las conclusiones del Abogado General, ROTH, 2003b, pp. 194-196; LÜER, pp. 95-97; KINDLER, pp. 42-44; GROßRICHTER, p. 163 y 165; EIDENMÜLLER, pp. 2234-2235; LUTTER, p. 8; ZIMMER, 2003, p. 4, analizando las diferencias materiales entre una y otra; *vid.*, proponiendo una construcción con resultado muy parecidos, SANCHEZ LORENZO, 2000, p. 137; *Id.* 2002, p. 474 con más referencias a un sector afín de la doctrina española, aunque llevándonos un resultado inédito, considerarla como sociedad irregular o civil *extranjera id.* 2000, p. 145, nota 84 *in fine*.

25. Sin embargo, el TJCE se aparta de esta tesis y responde afirmativamente también a la segunda cuestión: *Überseering* debe de ser reconocida como sociedad holandesa (vid. n.ºs margs. 80-81). El TJCE no se limita a un control del resultado *material* sino que entra en el proceso *conflictual* y su compatibilidad con el Tratado<sup>36</sup>. Y afirma que la capacidad jurídica y sus implicaciones (p.ej., la capacidad para ser parte) vienen determinada por el Derecho del Estado de constitución. En este sentido, el TJCE considera que de las libertades comunitarias se deriva una obligación general de reconocimiento. Una obligación que va más allá de reconocerle personalidad y capacidad jurídica, se extiende a reconocerle *su propia* personalidad y capacidad jurídica<sup>37</sup>. No se le puede imponer su transformación en una sociedad personalista o corporativa alemana, ni en una personalista holandesa.

Esto queda muy claro en el n.º marg. 59 de la sentencia (“el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de *dichas* sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse” y la afirmación se confirma en los n.ºs 80 y 81; el subrayado es mio). Lo que significa que, al menos en cuanto a la personalidad y capacidad jurídica de una sociedad extranjera, el único modelo normativo compatible con el Tratado CE es el de constitución<sup>38</sup>. Se establece, por decirlo en terminología comunitaria, un principio del Estado de origen en el ámbito societario<sup>39</sup>.

26. La críticas a este punto en la decisión del TJCE no están justificadas desde el punto de vista formal (no se olvide que la pregunta se el planteó), ni sustantivo: cualquiera de las opciones alternativas propuestas es desproporcionada y, por lo tanto, constituyen un obstáculo al ejercicio de las libertades comunitarias. Sólo quedaba una solución posible y el TJCE así lo ha dicho; en este sentido, se previenen futuras cuestiones y se dicen las cosas de forma clara y directa. Algo que parecía necesario después de la multitud de interpretaciones que provocó el asunto Centros.

Hay otro argumento no discutido en la sentencia y sobre el que se insiste continuamente en la doctrina española: la *Sitztheorie* (material o conflictual) es absolutamente defendible en Europa porque, de hecho, es el modelo admitido por el legislador comunitario en relación a entidades de crédito, financieras o de seguros<sup>40</sup>. Eso es tanto como hacer el Derecho de los contratos a partir de los contratos administrativos. Nadie todavía, que yo sepa, ha intentado construir el sistema externo e interno del Derecho de sociedades a partir del régimen de las entidades de crédito cuya caracteriza principal es que están sujetas a un fuerte régimen de control y supervisión jurídico-público (por mucho que estén armonizados, el control sigue estando en manos

---

<sup>36</sup> Vid. EIDENMÜLLER, p. 2240

<sup>37</sup> Vid. LEIBLÉ/HOFFMANN, p. 928; ZIMMER, 2003, pp. 6-7; cfr. ROTH, 2003b, p. 120, sugiriendo otra interpretación, aunque poco plausible

<sup>38</sup> Vid. LEIBLÉ/HOFFMANN, p. 927; SCHULZ/SESTER, p. 549; SEDEMUND, p. 816; EIDENMÜLLER, p. 2238; SCHANZEN/JÜTTNER, p. 32; LÜTTER, p. 9; ZIMMER, 2003, p. 2, 4-5

<sup>39</sup> Vid. EIDENMÜLLER, p. 2241; ZIMMER, 2003, p. 2; cfr. ROTH, 2003b, pp. 123-124 analizando la posibilidad de un deber de transformación en un sociedad corporativa del Estado de destino, dándole, en todo caso, cauces para ello

<sup>40</sup> SANCHEZ LORENZO, 2000, p. 132; *Id.*, 2003, p. 466

de cada Estado). Como todos sabemos, el régimen de este tipo de sociedades es excepcional. No es la regla. Lo mismo vale en Dopr.

Es cierto que en los tipos societarios europeos (como la Sociedad Anónima Europea) se ha seguido un modelo de sede real (*vid.* Art. 7), pero es fácil ver la inconsistencia de esta opción: si el modelo de sede real pretende proteger frente al fraude, es tanto como decir que escoger un tipo societario europeo es fraudulento, ya que no protegería adecuadamente a los socios minoritarios, acreedores y trabajadores<sup>41</sup>. Es, en definitiva, reconocer la incompetencia del legislador comunitario para ofrecer un tipo societario que proteja adecuadamente a todos los intereses implicados.

#### § 4. Otras consecuencias y cuestiones que quedan abiertas

27. El caso *Überseering* era relativamente fácil. Salvo los más nostálgicos defensores de la *Sitzthorie* o quienes tenían en juego su reputación o sus rentas, pocos, después de *Centros*, defendían su compatibilidad con el Tratado CE. Por eso, la solución en *Überseering* era bastante previsible. Ahora bien, es cierto que este caso sólo se refiere a la personalidad jurídica y esto es lo que obliga a reconocer, pero no dice nada ni en cuanto a la *organización societaria interna* ni en cuanto a la *responsabilidad*.

28. El primer aspecto no creo que plantee dudas. Imponer el Derecho del Estado de la sede real a una sociedad constituida en el extranjero para regular sus relaciones internas carece de justificación sustantiva<sup>42</sup>, pero además constituye un poderoso obstáculo a las libertades comunitarias. Si los socios constituyen una sociedad conforme al Derecho inglés, por ejemplo, y fijan su establecimiento principal en Alemania, el hecho de que sus relaciones societarias internas quedasen sujetas al Derecho alemán les impondría una carga evidente<sup>43</sup>. Tan evidente como difícil de justificar.

Esto debería obligarnos a corregir (al menos por vía hermenéutica) el Art. 22.2 del Reglamento 44/2001 ("Bruselas I"). En concreto, la remisión a las normas de Dopr del Estado del foro debería ajustarse a esta idea. La competencia exclusiva para las cuestiones ahí enuncias (que son relaciones internas, básicamente) corresponde al Estado de constitución. La sede real como criterio de competencia exclusiva sólo sería oponible a sociedades de terceros Estados.

29. El segundo aspecto, *i.e.*, la responsabilidad externa de la sociedad y de los socios, es más difícil de resolver. Parece claro que un rechazo absoluto al reconocimiento del régimen de responsabilidad determinado por el tipo societario extranjero es también un obstáculo a la libertad de establecimiento injustificado (en este sentido parecen orientarse la conclusiones del Abogado General *Inspire Art Ltd*, C-167/01). Alemania, por ejemplo, no podría aplicar a *Überseering* ni el régimen de responsabilidad de una sociedad personalista alemana, ni el de una sociedad personalista holandesa, por el mero hecho de que la administración central se localice en Alemania. El punto de partida es

---

<sup>41</sup> *Vid.* también crítico con esta opción, *Informe Winter*, p. 102

<sup>42</sup> GARCIMARTÍN, 2002, p. 138-160.

<sup>43</sup> EIDENMÜLLER, p. 2241; SCHANZE/JÜTTNER, p. 34; *vid.* también *Informe Winter*, p. 105

siempre el principio de unidad del régimen societario<sup>44</sup>. En este sentido, el reconocimiento debe de ser un reconocimiento *del tipo societario*.

Por lo tanto, deben rechazarse aquellas construcciones que por una u otra vía conducen a otro resultado (*vid. supra* nº 24). Es evidente que los socios cuando se constituyen conforme al Derecho inglés u holandés como una sociedad de responsabilidad limitada quieren actuar en el mercado con ese traje societario. El hecho de que Alemania, por ejemplo, les vaya a imponer un régimen de responsabilidad personal es un obstáculo evidente a su establecimiento en este país<sup>45</sup> (). El que sea así *ab initio* (como en “Centros”) o *ex post* (como en *Überseering*) no tiene trascendencia para el TJCE. Y no debería tenerla: no sólo porque el resultado es materialmente el mismo (no hay justificación material para decir en un caso una cosa, y en el otro la contraria), sino por la dificultad inherente a otras soluciones (p.ej., construirlo todo a partir de la distinción entre sociedades ficticias o fraudulentas, y las que no lo son; las conclusiones del Abogado General en el asunto *Inspire Art. Ltd.* explican por qué).

30. Pero esto no quiere decir, como ha señalado el TJCE (nº marg. 92), que los Estados no puedan establecer excepciones a la aplicación de la ley de constitución cuando están justificadas por razones de interés general (incluida la tutela de terceros) y sean adecuadas y proporcionales a ese fin. A partir de aquí, el problema es fijar las conexiones especiales que respondan a este requisito<sup>46</sup>.

31. La Sentencia *Überseering* sólo se proyecta sobre el reconocimiento de una sociedad constituida en otro Estado miembro. No se opone, por consiguiente, a que la *Sitztheorie* pueda seguir jugando en relación a las sociedades nacionales o a las sociedades de terceros Estados. En el primer caso, un Estado miembro puede seguir exigiendo a una sociedad que para constituirse válidamente conforme a *su propio Derecho* debe tener la sede real en *su territorio*<sup>47</sup>. No obstante, en términos de política legislativa esto sería absurdo: si el objetivo de la *Sitztheorie* es evitar el fraude a las normas nacionales y no podemos impedir que una sociedad se vaya a constituir en otro Estado miembro, qué sentido tiene imponerles a las que se quieren constituir aquí esa carga<sup>48</sup>.

En cuanto a las sociedades de terceros Estados, puede tener sentido añadir alguna conexión especial más, pero no cambiar de modelo: no sólo por la escasa bondad intrínseca del modelo de sede real<sup>49</sup>, sino porque se genera un “doble sistema” que provoca una notable complejidad<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> GARCIMARTÍN, 2002, pp. 240-255.

<sup>45</sup> Así, BEHRENS, p. 329; EIDENMÜLLER, p. 2240-2241; LEIBLE/HOFFMANN, p. 930; GROßRICHTER, p. 169; ZIMMER, 2003, p. 5

<sup>46</sup> Para un desarrollo de esta idea, que ya escapa al presente comentario y queda para la próxima entrega del TJCE, *Inspire Art Ltd*, me remito a GARCIMARTÍN, 2002, *passim*; *vid.* también LEIBLE/HOFFMANN, pp. 929-930, p. 935; GROßRICHTER, p. 168; EIDENMÜLLER, p. 2242; SCHANZEN/JÜTTNER, pp. 33-34; y el *Informe Winter*, pp. 104-105; ROTH, 2003b, p. 125

<sup>47</sup> LEIBLE/HOFMANN, p. 930; EIDENMÜLLER, p. 2242

<sup>48</sup> EIDENMÜLLER, p. 243; LÜTTER, p. 10

<sup>49</sup> GARCIMARTÍN, 2002, *passim*

<sup>50</sup> LEIBLE/HOFFMANN, p. 935; EIDENMÜLLER, p. 2244; SCHANZEN/JÜTTNER, p. 36

32. La sentencia *Überseering* afecta al régimen de traslado de sede, pero sólo por lo que respecta al país de acogida. Este, por mucho que mantenga un modelo de sede real, no puede imponer a la sociedad constituida en otro Estado miembro un cambio de *lex societatis* por el mero hecho de que su sede real se haya trasladado. Pero no impide que el Estado de constitución así lo haga o, le imponga otro tipo de límites (nº mag. 70)<sup>51</sup>). Si los socios han escogido voluntariamente ese ordenamiento, y los terceros han contratado bajo esa *lex societatis*, no hay problemas en que queden sometidos a ella. Lo que es discutible es que dicho Estado pueda considerar automáticamente irregular a la sociedad que traslada su sede real al extranjero<sup>52</sup>, sin darle, por ejemplo, la posibilidad de una transformación tipológica por cambio de *lex societatis*.

Así, por ejemplo, Alemania puede imponer a sus sociedades, si trasladan su domicilio efectivo al extranjero, un cambio de *lex societatis* pero ha de ofrecerles vías para poder transformarse (sin pérdida de la personalidad jurídica) en una sociedad extranjera. Esto explica por qué la Sentencia *Überseering* hace imprescindible la Directiva sobre traslado de sede. Eso sí, obliga a modificar algún precepto:

### § 5. Consideración final

33. Como he demostrado en otro lugar, cada vez hay menos argumentos de política legislativa convincentes para defender el modelo de sede real<sup>53</sup>. Y en el ámbito europeo es más intensa esta sensación. La sentencia *Überseering* es un paso más en la dirección correcta. A partir de ahora, probablemente, leeremos críticas a la sentencia. Se podrán lanzar diatribas contra el propio TJCE<sup>54</sup>, o se podrá censurar jocosamente a quienes compartimos su parecer<sup>55</sup>. Pero esto no es más que pirotecnia. Los argumentos, siempre que merezcan este nombre, suelen decir cosas interesantes. La retórica, no.

La bibliografía citada ha sido: BEHRENS, "Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH", *IPrax*, 1999, pp. 323 y ss.; CARO GÁNDARA, *La competencia judicial en materia de régimen interno de sociedades en el espacio judicial europeo*, 1999; EIDENMÜLLER, "Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa", *ZIP*, 2002, pp. 2233 y ss.; GARCIMARTÍN, "La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE", *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; *Id.*, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, 2002; *Id.*, "La sentencia Centros: el *status quaestionis* un año después", *Noticias UE*, 2001, pp. 79 y ss.; GROßRICHTER, "Ausländische Kapitalgesellschaften im

---

<sup>51</sup> *Vid.* EIDENMÜLLER, p. 2242-2243; ZIMMER, 2003, p. 3

<sup>52</sup> EIDENMÜLLER, p. 2243; *vid.* también *Informe Winter* p. 106; ROTHb, p. 122

<sup>53</sup> GARCIMARTÍN, 2002, *passim*; recientemente, ZIMMER, 2000, pp. 590-591; LEIBLE/HOFFMANN, p. 935

<sup>54</sup> *Vid.*, en relación a asunto Centros, con una frivolidad asombrosa, SANCHO VILLA, p. 1858

<sup>55</sup> Con muy poca moderación, SANCHEZ LORENZO, 2000, p. 141

deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“, *DStR*, 2003, pp. 159 y ss.; KINDLER, „Anerkennung der Scheinauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit“, *IPRax*, 2003, pp. 41 y ss. LEIBL/HOFFMANN, „Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie“, *RIW*, 2002, pp. 925 y ss.; LÜER, „Sitzverlegung einer inländischen Aktiengesellschaft ins Ausland“, *Liber Amicorum Kegel*, 2002, pp. 83 y ss.; LÜTTER, „Überseering und die Folgen“, *BB*, 2003, pp. 7 y ss.; ROTH, „From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law“, *I.C.L.Q.*, 2003, pp. 177 y ss. (2003a); *Id.*, „Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering“, *IPRax*, 2003, pp. 117 y ss.; SANCHEZ LORENZO, „El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario“, *Libor homenaje al Prof. Sanchez Calero*, 2002, pp. 451 y ss.; *Id.*, „El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario“, *AEDIPr*, 2000, pp. 115 y ss.; SANCHO VILLA, „La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd“, *La Ley*, 1999, D-297, pp. 1851 y ss.; *Id.*, *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, 2001; SCHANZE/JÜTTNER, „Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften - Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH“, *AG*, 2003, pp. 30 y ss.; SCHULZ/SESTER, „Höchststrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach Überseering“, *EWS*, 2002, pp. 545 y ss.; SEDEMUND, „Anmerkung“, *IStR*, 2002, pp. 816 y ss.; STAUDINGER-GROßFELD, *Comentar zum BGB. Internationales Gesellschaftsrecht*, 1993; WERNICKE, „Anmerkung“, *EuZW*, 2002, pp. 758 y ss.; ZIMMER, „Private International Law of Business Organizations“, *EBOR*, 2000, pp. 585 y ss.; *Id.* „Wie es Euch gefällt? Offene Frangen nach dem Überseering-Urteil des EuGH“, *BB*, 2003, pp. 1 y ss.