

# CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES POR INTERNET EN LA UNIÓN EUROPEA

**Javier Carrascosa González**

*Profesor Titular de Derecho internacional privado  
en la Universidad de Murcia (España).*

Sumario: *I. La velocidad futurista del mercado comunitario.- II. La movilidad de sociedades en la UE.- III. Las normas de conflicto de leyes en materia de sociedades: un posible obstáculo a las libertades comunitarias.- IV. El fantasma del fraude y la libre circulación de sociedades en la UE. IV.1 Argumentos a favor del fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations. IV.2 Argumentos en contra del fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations.- V. Conclusión.*

# CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES POR INTERNET EN LA UNIÓN EUROPEA

Sumario: *I. La velocidad futurista del mercado comunitario.- II. La movilidad de sociedades en la UE.- III. Las normas de conflicto de leyes en materia de sociedades: un posible obstáculo a las libertades comunitarias.- IV. El fantasma del fraude y la libre circulación de sociedades en la UE. IV.1 Argumentos a favor del fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations. IV.2 Argumentos en contra del fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations.- V. Conclusión.*

## **I. La velocidad futurista del mercado comunitario.**

1. La Ley 7/2003 de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa (BOE núm. 79 de 3 abril 2003), permite crear sociedades de responsabilidad limitada a través de medios telemáticos (= el documento único electrónico o “DUE”). Internet puede ser utilizado, por tanto, para la creación “a distancia” de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 134 LSRL). Ello agiliza la creación de sociedades en un mercado dinámico que necesita el impulso creativo de los empresarios. Este sistema de creación de sociedades por Internet libera, además, de engorrosos trámites formales, la constitución de sociedades. La velocidad frenética de nuestros días encaja con la idea de “aprovechar el momento” oportuno para penetrar en el mercado en el instante preciso. La técnica ofrece en el siglo XXI lo que tanto buscó el futurista por excelencia FILIPPO TOMMASO MARINETTI, en 1909, hace ya casi cien años: una nueva cultura de la tecnología cuyo protagonista es la velocidad. El deseo de impulsar de modo decisivo la creación de sociedades a través de Internet no es una casualidad o una “moda legislativa”. Es el deseo de permitir que las sociedades de capital, y más especialmente, las sociedades mercantiles, puedan desarrollar su papel protagonista de agentes decisivos del comercio internacional. Porque son las sociedades de capital los sujetos que invierten, producen, crean puestos de trabajo, introducen innovaciones tecnológicas e ideas, y adquieren bienes y servicios<sup>1</sup>. Son los motores de la economía de mercado internacional. Y grandes motores requieren grandes autopistas.

---

<sup>1</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 29-32.

2. Ahora bien, el impulso tecnológico de principios del siglo XXI lleva a preguntarse si es posible crear a través de Internet una sociedad de capital en otro país, y en concreto en otro Estado miembro de la UE. Y en particular, la pregunta puede formularse de modo más arriesgado: ¿es posible crear por Internet una sociedad en otro Estado miembro, al amparo de su benigna legislación societaria, aunque la sociedad en cuestión no desarrolle ninguna actividad económica en dicho país?.

## II. La movilidad de sociedades en la UE.

3. La movilidad de las sociedades ha sido el eje central de tres decisivas sentencias del TJCE: STJCE 9 marzo 1999, Centros Ltd vs. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, STJCE 5 noviembre 2002, Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), STJCE 30 septiembre 2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art. Se trata de tres “sentencias capitales” para el Derecho Comunitario y para el Derecho internacional privado en Europa, en palabras del especialista francés B. AUDIT<sup>2</sup>. Pronto puede llegar la “sentencia número 4”: basta leer las Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 2 mayo 2006, as. C/196/04, Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue, para saber que el Derecho Comunitario ha emprendido, en el sector de las sociedades de capital, un camino que no tiene vuelta atrás.

4. La libertad de establecimiento de los agentes económicos, y en particular, de las sociedades, está recogida en los arts. 43-48 TCE<sup>3</sup>. La libertad de establecimiento cubre diversas

---

<sup>2</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4ª ed., 2006, p. 880.

<sup>3</sup> En torno a la importancia de las libertades comunitarias como instrumento para crear y mantener un auténtico “mercado único” en la UE, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 29-32 y en particular, sobre la libertad de establecimiento, pp. 87-200; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, esp. pp. 12-33; M. BOGER, *Die Anwendbarkeit der Cassis-Formel auf Ungleichbehandlungen im Rahmen der Grundfreiheiten: eine Untersuchung auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung*, Berlin, 2004; A. BRIGOLA, *Das System der EG-Grundfreiheiten: vom Diskriminierungsverbots zum spezifischen Beschränkungsverbot*, München, 2004; L. CRONES, *Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum persönlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, 2002; G. DAVIES, *EU Internal Market Law*, London, 2002; D. EHLERS (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, 2003; C. FAULENBACH, *Der gemeinschaftsrechtliche Vorbehalt im europäischen Wettbewerbsrecht: die Herkunftslandanknüpfung der E-Commerce-Richtlinie unter dem Einfluss der Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, 2004; S. FEIDEN, *Die Bedeutung der 'Keck'-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten*, Berlin, 2003; W. FRENZ, “Verpflichtungen Privater durch Richtlinien und Grundfreiheiten (Zugleich Anmerkung zu EuGH, Rs. C 397/01 bis C-403/01 [DRK-Urteil])”, *EWS*, 2005, pp. 104-108; R. GRABER, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: eine Untersuchung anhand einer Auslegung des EG-Vertrages, der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Folgen einer*

posibilidades: a) Las sociedades ya existentes en un Estado Miembro pueden implantar, en otros países comunitarios, “establecimientos secundarios” (= sucursales, filiales, agencias); b) También pueden trasladar su sede social a otro Estado Miembro (= lo que no significa que exista una norma comunitaria que permita a la sociedad trasladarse de un Estado Miembro a otro Estado Miembro sin previa extinción de la sociedad originaria: vid. STJCE 27 septiembre 1988, *The Queen vs. Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*, 81/87, Rec., p. 5483).

5. Para poder aprovechar las ventajas de la libertad de establecimiento, las personas jurídicas, y en particular, las sociedades de capital, deben satisfacer, cumulativamente, dos requisitos: 1º) La sociedad debe haber sido “constituida de conformidad con la legislación de un Estado Miembro”. Así pues, basta con que la sociedad tenga en un Estado Miembro su centro de explotación principal (= lugar donde desarrolla principalmente sus actividades económicas), o su sede estatutaria (= lugar mencionado como sede de la sociedad en los estatutos de la misma), o su administración central (= lugar donde la sociedad tiene su centro de dirección efectivo). Estos tres son criterios alternativos. Uno de ellos debe concurrir junto al otro requisito obligatorio; 2º) La sociedad debe tener su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado Miembro. Y ningún otro requisito más se exige. Por ejemplo: no se requiere, digan lo que digan ciertos autores, que la sociedad ejerza “alguna actividad económica” en el Estado Miembro donde tiene su domicilio estatutario (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5

---

*angenommenen unmittelbaren Drittwirkung*, München, 2002; J. GEBAUER, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin, 2004; A. HATJE (HRSG.), *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*, Baden-Baden, 2002; ST. KADELBACH/N. PETERSEN, “Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rs. C-112/00, *Schmidberger/Republik Österreich (Brennerblockade)*, EuGRZ 2003, 492”, *EuGRZ*, 30, 22/23, 2003, pp. 693-698; K. MOJZESOWICZ, *Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten*, Baden-Baden, 2001; A. MÜHL, *Diskriminierung und Beschränkung. Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten*, Berlin, 2004; R. MUÑOZ, “Le marché intérieur: comment rendre effectifs les droits des intéressés?”, *Rev.M.C.*, nº 458, mai 2002, pp. 337-341; M. O'BRIEN, “Company taxation, State aid and fundamental freedoms: is the next step enhanced co-operation?”, *Eur.L.Rev.*, 2005, pp. 209-233; K. OTTERSBAACH, *Rechtsmissbrauch bei den Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes*, Baden-Baden, 2001; P. PHILIP/L. VANHOVE, “Le droit fiscal face aux libertés fondamentales du Traité de l'Union européenne”, *Petites affiches*, 393, nº 7, 9 janvier 2004, pp. 4-9; ST. PLÖTSCHER, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Berlin, 2003; K. PREEDY, *Die Bindung Privater an die europäische Grundfreiheiten – Zur so genannten Drittwirkung im Europarecht*, Berlin, 2005; G. SCHIMMING, *Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV unter besonderer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Einfuhr- und Einreisebeschränkungen*, Regensburg, Univ., Diss., 2002; D. SCHINDLER, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre*, Berlin, 2001; J. SNELL, *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, Oxford, 2002; R. STREINZ, “Anmerkung zu EuGH C-36/02 (Zulässige Beschränkung der Grundfreiheiten; Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH ./. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn)”, *JuS*, 2005, pp. 64-66; A. TASSIKAS, *Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereiche: ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts*, Tübingen, 2004.

noviembre 2002, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*). Por tanto, el art. 48 TCE permite que las sociedades sean constituidas a través de Internet y se fije su sede estatutaria en un Estado miembro en el que la sociedad en cuestión no desarrolla ninguna actividad económica.

6. Subraya H. MUIR-WATT que el art. 48 TCE no es una norma de conflicto. Y por ello, dicho precepto no indica cual es la “Ley aplicable” a las personas jurídicas<sup>4</sup>. Ésta es una cuestión que deben decidir y determinar las normas de conflicto de los Estados Miembros. Éstos, en principio, pueden elegir la tesis o el criterio de conexión que prefieran. Pueden optar por la “tesis de la sede real” o por la “tesis del domicilio social” o por la “tesis de la sede de explotación” o por la “tesis de la Incorporación”, o por cualquier otra que estimen conveniente. Ya lo dijo, y de modo muy claro, la STJCE 27 septiembre 1988, *The Queen vs. Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*, 81/87, Rec., p. 5483. Y once años más tarde, así lo corroboró con toda nitidez el mismo TJCE en las STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, y STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*. En suma, como apunta certeramente P. BLANCO-MORALES LIMONES en su excelente estudio sobre la transferencia internacional de la sede social de las sociedades de capital, el art. 48 TCE no es una norma de conflicto y en nada obliga a los Estados miembros a seguir una u otra teoría para fijar la Ley aplicable a las sociedades<sup>5</sup>. Al día de hoy, y sin perjuicio de la armonización legal de numerosos aspectos del Derecho de sociedades en la UE, la legislación societaria es todavía, en una extensa gama de aspectos legales, distinta de un Estado Miembro a otro Estado Miembro. Por ello es necesario precisar cuál es la “Ley aplicable” a las sociedades de capital en la UE, porque según sea una u otra la Ley aplicable a la sociedad, el régimen jurídico material de dicha sociedad cambia radicalmente.

### **III. Las normas de conflicto de leyes en materia de sociedades: un posible obstáculo a las libertades comunitarias.**

7. La UE constituye hoy mucho más que un “mercado interior”<sup>6</sup>. Es también un “espacio de libertad, de seguridad y de justicia” (art. 61 TCE), un espacio por el que los ciudadanos de la

---

<sup>4</sup> H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 176.

<sup>5</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, pp. 51-59.

<sup>6</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 25-32 y pp. 87-200.

UE, los nacionales de los Estados miembros, tienen derecho a circular libremente (art. 18.1 TCE<sup>7</sup>), y en el que las sociedades que cumplen los requisitos del art. 48 TCE, tienen derecho a establecerse con total libertad en otros Estados Miembros. Y “establecerse libremente” significa establecerse sin “obstáculos jurídicos”.

8. Pues bien, hace ya más de diez años que el TJCE afirmó que las “normas de conflicto de Leyes” de los Estados miembros pueden constituir, en ciertos casos, un “perjuicio”, “menoscabo”, “restricción” u “obstáculo” a la libre circulación de personas y a las demás libertades comunitarias (STJCE 30 marzo 1993, Konstantinidis; STJCE 2 diciembre 1997, Dafeki; STJCE 23 noviembre 2000, Elsen; STJCE 9 marzo 1999, Centros; STJCE 5 noviembre 2002, Überseering, STJCE 30 septiembre 2003, Inspire Art; STJCE 2 octubre 2003, García Avello). En especial, tales normas de conflicto de Leyes pueden representar un obstáculo a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la UE.

9. La pregunta que ahora se debe plantear en el marco del Derecho societario, es: ¿por qué las normas de conflicto de Leyes de los Estados miembros en materia de sociedades pueden suscitar “obstáculos” a las libertades comunitarias? La respuesta es tan sencilla como evidente: porque, como ha escrito con claridad cristalina H. GAUDEMET-TALLON<sup>8</sup>, una situación jurídica legalmente existente en un Estado Miembro (= por ejemplo, una Private Company Limited by Shares sociedad legalmente constituida en el Reino Unido), creada con arreglo a las normas de conflicto de ese Estado Miembro, podría no ser considerada como “existente” y/o “válidamente constituida” en otro Estado Miembro (= en España dicha sociedad sería considerada “no existente” o “irregular” si tiene su explotación principal en territorio español: vid. art. 5.2 LSA y art. 6.2 LSRL). La sociedad “muere” en la frontera entre los Estados Miembros. Cuando la situación jurídica (= la sociedad) “cruza la frontera” desde un Estado Miembro a otro Estado Miembro, y desea, por ejemplo, establecer una sucursal o agencia en ese segundo Estado Miembro, la Ley aplicable a tal situación jurídica cambia. Y cambia porque las normas de conflicto del Estado de origen (= con arreglo a las cuales ha sido creada la sociedad), son diferentes de las normas de conflicto del Estado Miembro de destino de la sociedad. La “nueva Ley aplicable” a la sociedad puede considerar que ésta “no existe” o que su constitución no ha sido “válida”. La sociedad es “claudicante”. Y este “cambio de Ley aplicable” puede comportar un obstáculo evidente a la libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. En efecto: si una sociedad existe y tiene personalidad jurídica en un Estado Miembro pero cuando se intenta instalar

---

<sup>7</sup> Art. 18.1 TCE: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

<sup>8</sup> H. GAUDEMET-TALLON, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

una filial o una sucursal en otro Estado Miembro, ya no se considera una sociedad válidamente constituida, resulta que dicha sociedad “se evapora” en el cruce de frontera. Resultado: las sociedades están, en dicho caso, “desincentivadas” a establecerse en otro Estado Miembro porque el Estado Miembro de destino le opone obstáculos jurídicos a su libertad de establecimiento. Una sociedad no intentará, o simplemente, no podrá, implantar una sucursal en otro Estado Miembro si sabe que en tal Estado Miembro dicha sociedad no existe, y con frecuencia, carece de personalidad jurídica aunque la tuviera en el Estado Miembro de origen, en el que y con arreglo a cuyas Leyes se constituyó legalmente. Estos inconvenientes son “obstáculos” a la libertad de establecimiento de personas jurídicas, prohibidos por el art. 48 TCE.

10. Desde la perspectiva comunitaria, el hecho de que una sociedad válidamente constituida en un Estado Miembro y que cumple con los requisitos exigidos por el art. 48 TCE para disfrutar de la libertad de establecimiento, sea considerada como “irregular” o “inexistente” en otro Estado Miembro, constituye un resultado totalmente inaceptable. Y la solución que el TJCE ofrece en su célebre trilogía societaria trilogía societaria (=STJCE 9 marzo 1999, Centros, STJCE 5 noviembre 2002, Überseering, STJCE 30 septiembre 2003, Inspire Art), es una solución articulada en torno a tres elementos<sup>9</sup> y que se desarrolla en dos etapas (Two-Stage Process) (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> La bibliografía sobre la jurisprudencia del TJCE relativa a la trilogía societaria formada por las sentencias STJCE 9 marzo 1999, *Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, es, como indica H. MUIR-WATT, una “bibliografía masiva”. Un compendio muy completo de dichas referencias bibliográficas puede encontrarse en S. GRUNDMANN, *European Company Law*, 2004, pp. 839-846. Además, pueden verse: T. BALLARINO, “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes”, *RCDIP*, 2003-3, pp. 373-402; P. BEHRENS, “Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art”, *IPrax*, 2003, pp. 193-207; S. BRAUN, “Die Europäische Aktiengesellschaft nach ‘Inspire Art’ bereits ein Auslaufmodell?”, *Jura*, 2005, pp. 150-156; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Cacucci Editore, Bari, 2004; W.F. EBKE, “Centros -Some Realities and Some Mysteries”, *AJCL*, 2001, pp. 623-640; W.F. EBKE, “Überseering: ‘Die wahre Liberalität ist Anerkennung’”, *JZ*, 58, 19, 2003, pp. 927-933; F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Vía libre a la movilidad de las sociedades en la UE: la STJCE de 30 septiembre 2003 (as. C-167/01), *Inspire Art*”, *La Ley* núm.5924, 31 diciembre 2003; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., “Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable”, en J.F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)”, *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., “La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después”, *Not.UE*, nº 195, 2001, pp. 79-96; ID., “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.; ID., “La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”, *RDM*, n.248, 2003, pp. 663-682; H. HEISS, “‘Überseering’: Klarschiff im internationalen Gesellschaftsrecht? Besprechung zu EuGH 5.11.2002 Rs C-208/00 (Überseering)”, *ZfRV*, 44, 3, 2003, pp. 90-97; J.-M. JONET, “Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement”, *J.Trib.(Brux.). Droit européen*, 11, 96, 2003, pp. 33-37; A. JÜTTNER, *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit – nach Centros, Überseering und Inspire Art*, Frankfurt am

Primero: cuando las normas de conflicto de Leyes en materia de sociedades del “Estado miembro receptor” de la sociedad legalmente constituida en otro Estado miembro, comportan un cambio de Ley aplicable a la sociedad que supone la “inexistencia” de la sociedad o la “invalidez de su constitución”, tales normas de conflicto del Estado Miembro receptor son inaplicables.

Segundo: una sociedad “existente” y “válidamente constituida” en un Estado Miembro, debe estimarse también “existente” y “válidamente constituida” en los demás Estados Miembros. Esta consecuencia, de importancia basilar, es una “derivación necesaria”, escribe V. MAGNIER, de las libertades comunitarias, y en concreto, en estos casos, de la libertad de

---

Main, 2005; P. KINDLER, “Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? Die ‘Überseering’-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht”, *NJW*, 56, 15, 2003, pp. 1073-1079; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*”, *RCDIP*, 2003, pp. 508-536; S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Wie inspiriert ist ‘Inspire Art’?”, *EZfW*, 2003, pp. 677-683; A. LÜHN, *Rechtsformwahl im nationalen und transnationalen Konzern*, Verl. Neue Wirtschafts-Briefe, 2004; M. LUTTER (Ed.), *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland: mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln, O. Schmidt, 2005; Id., “‘Überseering’ und die Folgen”, *BB*, 58, 1, 2003, pp. 7-10; M. MENJUCQ, “Nota a STJCE 23 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *JDI Chonet*, 2004, pp. 917-929; H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; A. PERRONE, “Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti?: riflessioni sul ‘caso Centros’”, *Rivista delle società*, 46, 5, settembre-ottobre 2001, pp. 1292-1307; S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law: a European Perspective*, Oxford Univ. Press, 2001; Id., “The long and winding road towards freedom of establishment for legal persons in Europe. ECJ case 208/00 *Überseering Bv v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] not yet reported”, *M.J.*, 10, 2, 2003, pp. 169-197; W.H. ROTH, “From *Centros* to *Ueberseering*: free movement of companies, private international law, and Community law”, *ICLQ*, 2003, pp. 177-208; A. ROUSSOS, “Realising the free movement of companies”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 12, n° 1-2, January-February 2001, pp. 7-25; S. SÁNCHEZ LORENZO, “El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Libro 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.0, 2000, pp. 115-157; E. SCHANZE/A. JÜTTNER, “Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung ‘Inspire Art’”, *AG*, 48, 12, 2003, pp. 661-671; M. SIEMS, “Convergence, competition, ‘Centros’ and conflicts of law: European company law in the 21st century”, *Eur.L.Rev.*, 27, 1, February 2002, pp. 47-59; G. SIMEN GRAVIR, “Conflict of laws rules for Norwegian companies after the Centros judgement”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 12, 7-8, July-August 2001, pp. 146-153; G. SPINDLER, “Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen Inspire Art und Golden Shares?”, *RIW*, 49, 11, 2003, pp. 850-858; G. SPINDLER / O. BERNER, “Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art”, *RIW*, 50, 1, 2004, pp. 7-16; G. SPINDLER, “El Derecho europeo de sociedades después de *Inspire Art* y *Golden Shares*”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 23, 2004, pp. 65-80; M.P. STRAUBE, “Das ‘Herkunftslandprinzip’ im EU-Gesellschaftsrecht nach der ‘Überseering-Entscheidung’”, *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 30, 2, 2003, pp. 33-44; V. TRIEBEL/K.A. VON HASE, “Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach ‘Überseering’ und ‘Inspire Art’”, *BB*, 58, 46, 2003, pp. 2409-2417; A. TRUNK, “Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerungen aus Centros, Überseering und Inspire Art”, *SZIER*, 2004, pp. 531-557; F. UNZICKER, *Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union nach der Centros- und der Überseering-Entscheidung der EuGH*, Frankfurt am Main, 2004; M.-PH. WELLER, “Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art”, *Iprax*, 2003, pp. 207-210; D. ZIMMER, “Nach ‘Inspire Art’. Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?”, *NJW*, 2003, pp. 3585-359; Id., “Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH”, *BB*, 58, 1, 2003, pp. 1-7.

<sup>10</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 30-36.



establecimiento<sup>11</sup>. Y constituye una “regla de reconocimiento recíproco de sociedades” (Anerkennungsprinzip) en la UE, como han indicado S. LEIBLE / J. HOFFMANN<sup>12</sup>. Como indica D. ZIMMER, el TJCE ha optado por otorgar un “efecto conflictual” a la libertad de establecimiento<sup>13</sup>. O como expresa F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “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>14</sup>. De la libertad de establecimiento deriva una “regla de DIPr.” (= que no es, técnicamente hablando, una regla de “conflicto de Leyes”): las sociedades se rigen por la Ley que se aplicó en el Estado Miembro de origen a su constitución. La “regla de reconocimiento recíproco de sociedades” (Anerkennungsprinzip) abre perspectivas muy interesantes para la construcción europea, como ha sido subrayado por la mejor doctrina (P. LAGARDE, E. JAYME / CH. KÖHLER, H. MUIR-WATT, H. GAUDEMET-TALLON<sup>15</sup>). Esta regla es “un instrumento para la integración europea” (D. COESTER-WALTJEN) y como tal debe ser contemplado y analizado<sup>16</sup>. La regla del reconocimiento recíproco (Anerkennungsprinzip) utiliza, como subraya D. HENRICH, un método totalmente diferente al clásico método decimonónico made by Savigny<sup>17</sup>. Nos encontramos, como escribe con su habitual maestría E. JAYME, “ante el amanecer de un

---

<sup>11</sup> V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999, pp. 96-110.

<sup>12</sup> S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Wie inspiriert ist 'Inspire Art'?”, *EZfW*, 2003, pp. 677-683. Idea que ya se encontraba en estado más embrionario en S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie”, *RIW*, 2002, pp. 925 y ss.

<sup>13</sup> D. ZIMMER, “Nach 'Inspire Art'. Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?”, *NJW*, 2003, pp. 3585-359; ID., “Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH”, *BB*, 58, 1, 2003, pp. 1-7.

<sup>14</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”, *RDM*, n.248, 2003, pp. 663-682. Reflexiones similares, con matices muy acertados, pueden encontrarse en otros trabajos del mismo autor. *Ad ex., vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., “Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable”, en J.F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., “La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)”, *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., “La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después”, *Not.UE*, nº 195, 2001, pp. 79-96; ID., “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.

<sup>15</sup> P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 227; ID. ”Nota a STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*”, *RCDIP*, 2003, pp. 508-536; E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPrax*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360; H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; H. GAUDEMET-TALLON, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

<sup>16</sup> D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenshalf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132.

<sup>17</sup> D. HENRICH, “Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage”, *IPrax*, 2005, pp. 422-429, cuyas tesis comparte E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 355.

nuevo, de un diferente Derecho internacional privado [y] todos los que hemos crecido con el Derecho internacional privado de Savigny y de Mancini debemos decir adiós a estos métodos clásicos”<sup>18</sup>. El nuevo método de la regla de reconocimiento invade todo el tableau communautaire de los primeros años del siglo XXI, como expresaron con sagacidad, ya hace años, E. JAYME / CH. KÖHLER<sup>19</sup>. Es una regla de DIPr. que se impone, pues, a los Estados Miembros y a sus sistemas “nacionales” de DIPr. La “regla de reconocimiento de situaciones jurídicas” (Anerkennungsprinzip) es una regla muy generosa. Supone dar carta blanca a las autoridades de otros Estados para crear situaciones jurídicas con la seguridad de que éstas serán tenidas como existentes y válidas en otros Estados. Esta “generosidad” sólo es admisible en ciertos contextos. Por ejemplo, en el contexto de una unión federal (= Estados Unidos de América, que disponen de un mecanismo similar a través de la Full Faith and Credit Clause de la Constitución USA) o en un contexto de integración supranacional (= UE).

Tercero: la sociedad legalmente creada en un Estado Miembro debe ser “reconocida” en los demás Estados Miembros con los efectos legales previstos en la Ley del Estado Miembro de origen (= o más correctamente, con los efectos legales previstos en la Ley que las autoridades del Estado Miembro de origen aplicaron al supuesto). La solución es adecuada y justa. De ese modo, una concreta sociedad de capital no será una sociedad de tipo societario “diferente” cada vez que opera en uno u otro Estado Miembro. Esta solución es la misma que se ha desarrollado en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales (= tesis de la “extensión de los efectos” [Gleichstellungslehre]) y que se sigue, por ejemplo, en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 (vid. STJCE 4 febrero 1988, Hoffmann). El excelente, brillante y ya clásico estudio de F.F. GARAU SOBRINO demuestra una superioridad valorativa de la “tesis de la extensión de los efectos” sobre su rival más enconada, la “tesis de la equiparación de los efectos”, así como el hecho de que la primera tesis es la que ha seguido y sigue el Derecho positivo español y la inmensa mayoría de los textos legales de fuente internacional<sup>20</sup>. Por tanto, debe rechazarse la tesis de la “transposición a los tipos societarios del Estado Miembro de destino” (= méthode de la substitution), técnica bien desarrollada por K. KREUZER en el ámbito de los derechos reales desconocidos en el Estado receptor<sup>21</sup>. La sociedad legalmente creada en un Estado miembro no debe adaptarse a los tipos societarios del Estado Miembro receptor.

Es oportuno recordar algunas de las ipsissima verba del TJCE en las citadas sentencias de la trilogía societaria, palabras que refrendarán la contundencia de la postura del TJCE: 1º)

---

<sup>18</sup> E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 356.

<sup>19</sup> E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPrax*, 2001, pp. 501-512.

<sup>20</sup> F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 28-39.

<sup>21</sup> K. KREUZER, “Sachenrecht”, en *MünchKomm*, vol.7, Munich, 1990, pp. 20052112; ID., “La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères”, *RCDIP*, 1995, pp. 465-505.

STJCE 9 marzo 1999, Centros FJ 26 in fine: “[l]as disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad precisamente permitir a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado Miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, ejercer por medio de una agencia, sucursal o filial actividades en otros Estados miembros”; 2º) STJCE 5 noviembre 2002, Überseering FJ 93: ninguna medida del Estado Miembro de destino (= incluidas sus normas de conflicto de Leyes), puede tener como resultado “que se niegue la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro Estado Miembro en el que tiene su domicilio social estatutario. En efecto, una medida de este tipo equivale a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 43 CE y 48 CE”; 3º) STJCE 5 noviembre 2002, Überseering FJ 95: “[c]uando una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado Miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado Miembro, los artículos 43 CE y 48 CE obligan a este último a reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución”; 4º) STJCE 5 noviembre 2002, Überseering FJ 57, 58 y 59: “[d]e lo anterior se deduce directamente que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado Miembro, sirviendo la localización de su domicilio social estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado Miembro. El Tribunal de Justicia basó en estas premisas su razonamiento en el asunto Centros, antes citado (apartados 19 y 20). Pues bien, el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado Miembro en el que deseen establecerse”; 5º) STJCE 5 noviembre 2002, Überseering FJ 81: “[e]s más, su propia existencia [de la sociedad Überseering] es consustancial a su condición de sociedad neerlandesa en la medida en que, como se ha recordado, una sociedad sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que determina su constitución y funcionamiento (véase, en este sentido, la sentencia Daily Mail and General Trust, antes citada, apartado 19). La exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento”.

Conclusión: como consecuencia de la libertad de establecimiento, las sociedades queden sujetas al Derecho que se aplicó en el Estado Miembro de origen a la constitución de dicha sociedad. Y por tanto, la sociedad tipo Private Company Limited by Shares creada en Liverpool, será una sociedad tipo Private Company Limited by Shares, será ese tipo de sociedad en toda la UE, en España, Alemania, Portugal, etc. Y no obsta a ello el hecho de que en tales países no exista dicho tipo societario con las especificaciones propias fijadas por el Derecho inglés (= Private Company Limited by Shares). Degradar o reconvertir la sociedad o

transponerla a tipos societarios de cada Estado Miembro, es obstaculizar, tergiversar y falsear la libertad de establecimiento.

#### **IV. El fantasma del fraude y la libre circulación de sociedades en la UE.**

##### **IV.1 Argumentos a favor del fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations.**

**11.** Ciertos autores sostienen que una sociedad incurre en fraude o abuso de derecho referido a la libertad de establecimiento, en el caso de que se haya constituido con arreglo a la Ley de un Estado Miembro “A” y tenga en “A” su sede estatutaria, pero despliegue sus actividades principales en otro Estado Miembro “B”. Estos autores rechazan que las sociedades puedan disociar completamente estos dos elementos (= sede estatutaria y Ley aplicable por un lado, y sede real o lugar de explotación principal o total, por otro lado)<sup>22</sup>. Estas sociedades, llamadas “falsas sociedades extranjeras” (= Pseudo-Foreign Corporations / “société boîte aux lettres”) (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>23</sup>), incurren, según ciertos autores en un claro supuesto de fraude y de abuso de derecho. Los argumentos empleados por estos autores son los siguientes.

**12. a)** El fraude está prohibido en Derecho Comunitario y ha sido castigado por el TJCE cuando una sociedad se instala de modo puramente ficticio en un Estado miembro pero dirige todas sus actividades hacia otro Estado miembro. En apoyo de esta afirmación se ha citado hasta la sociedad la STJCE 5 octubre 1994, TV10 vs. Commissariaat voor de Media, asunto C-23/93, Rec., p. I-4795. El caso fue el siguiente. La sociedad anónima luxemburguesa TV 10 era una entidad mercantil de radiodifusión con domicilio en Luxemburgo. Emitía sus programas hacia el territorio holandés a través del satélite Astra. Toda su programación estaba destinada al público neerlandés. Según la legislación neerlandesa, los sujetos que emiten desde Holanda (= emitenes de televisión “nacionales”), deben garantizar un programa variado pluralista y no comercial, y están sujetos, por razones de defensa y protección de la cultura neerlandesa, a controles más

---

<sup>22</sup> Es el caso, entre otros, en España, de S. SÁNCHEZ LORENZO, “El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Libro 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.0, 2000, pp. 115-157; ID., *Derecho privado europeo*, Granada, Ed.Comares, 2002, pp. 32-33; ID., ID., “Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00: Überseering”, *REDI*, 2002-2, pp. 927-930; ID., “What Do We Mean when We Say 'Folklore'? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law”, *European Review of Private Law*, 2006, 2, pp. 197-219, esp. pp. 205-207; D. 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. 1851-1859; ID., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, 2001.

<sup>23</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 298-311.

rigurosos que los sujetos que emiten desde otros Estados Miembros. Pues bien, el TJCE admitió la aplicación de las normas del país de destino de unas emisiones de TV (= normas holandesas), porque la sociedad emitente disponía de un “establecimiento salvaje” en otro Estado Miembro (= Luxemburgo), cuyo único objetivo era transmitir señales de TV al primer Estado Miembro (= Holanda) y no a ningún otro Estado Miembro, incluido el Estado Miembro desde donde se emitían las señales<sup>24</sup>.

Estos autores emplean la “analogía”: visto como razonó el TJCE en la citada STJCE 5 octubre 1994, TV10, asunto C-23/93, tampoco debe ser posible que una sociedad instale una “sede ficticia” o “puramente nominal” en un Estado Miembro para que luego, toda la actividad social se desarrolle en “otro” Estado Miembro. En dicho caso, las normas del Estado Miembro “de destino” deben aplicarse (= es el país de la sede “real” de la sociedad).

**13. b)** Para que una sociedad pueda considerarse “establecida” en un Estado Miembro (= y pueda así beneficiarse de la libertad de establecimiento), dicha sociedad debe presentar un “ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado Miembro”. Esta tesis del “ligamen efectivo” (= implantación real en un Estado Miembro) fue recogida en el Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, de fecha 18 diciembre 1961. Estos autores estiman que la sociedad “internacionaliza” de modo fraudulento un supuesto meramente interno (= la sociedad está objetiva y exclusivamente conectada con el Estado Miembro de destino en el que ejerce sus actividades económicas, pero la sede estatutaria se ha “colocado” en otro Estado Miembro diferente con arreglo a cuyas leyes societarias se ha constituido tal sociedad).

#### **IV.2 Argumentos en contra del fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations.**

**14.** Sin embargo, los dos grandes argumentos empleados por los defensores de la existencia de fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations, son inapropiados. No justifican la excepción de fraude o abuso de Derecho. En otras palabras: el hecho de constituir una sociedad en un Estado miembro con arreglo a la legislación societaria de dicho Estado Miembro y de situar la sede estatutaria de la sociedad en dicho Estado Miembro, no constituye fraude ninguno ni abuso de derecho. Y ello aunque la sociedad no desarrolle ninguna actividad económica en dicho Estado Miembro, sino en otro Estado Miembro. El fantasma del fraude al que tanto temen ciertos autores, no es más que eso: un fantasma (M. MENJUCQ<sup>25</sup>). Y los fantasmas no existen, aunque algunos

---

<sup>24</sup> STJCE 5 octubre 1994, TV10 vs. Commissariaat voor de Media, asunto C-23/93, Rec., p. I-4795: “Las disposiciones del Tratado CEE relativas a la libre prestación de servicios deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro asimile a un organismo de radiodifusión nacional un organismo de radiodifusión constituido conforme a la legislación de otro Estado miembro y establecido en dicho Estado, pero cuyas actividades están entera o principalmente orientadas hacia el territorio del primer Estado miembro, cuando tal establecimiento se produjo para permitir a dicho organismo eludir las normas que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio del primer Estado”.

<sup>25</sup> M. MENJUCQ, “Nota a STJCE 23 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *JDI Chunet*, 2004, pp. 917-929, esp. p.

puedan creer en ellos. Varias razones permiten desechar toda presencia de fraude en estas estrategias societarias.

15. a) En contra de la exigencia requerida a las sociedades, de disponer de un “ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado Miembro”, si desean ejercer su libertad de establecimiento en otros Estados Miembros, varios argumentos se acumulan de manera convincente.

1º) A la hora de precisar qué sociedades son las titulares de la libertad de establecimiento en la UE, el art. 48 TCE nada exige en relación con ese inexacto e indeterminado “ligamen efectivo y continuo”. Se exige lo que se exige y nada más. Exigir condiciones no existentes en el art. 48 TCE conduce a una interpretación restrictiva de los sujetos que puede beneficiarse de la libertad de establecimiento. Y una libertad comunitaria interpretada en sentido restrictivo deja ver la larga mano del dirigismo económico y del estalinismo totalitario contrario a la libre competencia en el mercado. Una interpretación restrictiva de los derechos y de las libertades comunitarias no encaja bien con la construcción europea como “espacio de libertad”.

2º) Por otro lado, el invocado salvavidas de los “Programas generales” de 1961, se hunde sin remedio. Tales “Programas” son textos que carecen de contenido normativo directo. Se trata de meras “indicaciones útiles con miras a la realización de las disposiciones correspondientes del Tratado” (= en palabras de la STJCE 28 abril 1977, *Jean Thieffry vs. Conseil de l’ordre des avocats à la cour de Paris*, 71/76, Rec., p. 765). Por tanto, difícilmente pueden ser utilizados para “corregir” el tenor literal, clarísimo, del art. 48 TCE.

3º) La exigencia, por parte de algunos autores, de un “ligamen efectivo y continuo de la sociedad con la economía de un Estado Miembro” no es más que una “tapadera”, una “máscara”, un maquillaje cuyo secreto objetivo es intentar volver a la vida la tesis de la “sede real” en el art. 48 TCE. Una tesis que puede calificarse, en palabras con P. BEHRENS, como “una tesis arcaica, que no asegura la protección eficaz de los acreedores y que es una especie de proteccionismo propio del período de entreguerras y un obstáculo a la integración europea”<sup>26</sup>. Pero es que resulta, además, que, como ha indicado B. LECOURT, los redactores de dicho precepto, perfectamente conscientes de que podían haber optado por la “tesis de la sede real” para precisar el ámbito de aplicación de la

---

926; ID., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pp. 23-24.

<sup>26</sup> P. BEHRENS, “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art”, *IPRax*, 23, 3, 2003, pp. 193-207, esp. p. 206; ideas similares en P. BEHRENS, “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH”, *IPRax*, 1999, pp. 323-339; ID., “Der Durchgriff über die Grenze”, *RabelsZ*, 1982, pp. 308-321; ID., “Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland”, *RIW*, 1986, pp. 590-599; ID., “Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV)”, *ZGR*, 1994, pp. 1-32; ID., “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH”, *IPRax*, 1999, pp. 323-341.

libertad de establecimiento, prefirieron “otro modelo”<sup>27</sup>. El modelo elegido fue un modelo que favorece la movilidad de las sociedades en la UE (= el cambio de sede real no implica cambio de la Ley aplicable que rige la vida interna de sociedad). Un modelo que potencia la elección de la Ley de aquellos Estado Miembro que disponen de legislaciones societarias más competitivas (= los socios no constituirán sus sociedades con arreglo a las Leyes de los Estados Miembros que les “penalicen”).

4º) El mismo concepto de “ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado Miembro” es un concepto impreciso y nebuloso. Para concretarlo, se precisaría un acuerdo interestatal sobre qué debe entenderse por tal “ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado Miembro”. Y dicho acuerdo internacional, si es que fuera posible (= lo que resulta muy dudoso), y conveniente (= que no lo es), dista mucho de ser pacífico.

5º) Además de lo anterior, y aquí radica la piedra angular desechada por los autores temerosos de la existencia de “fraude”, estos “Programas” no fueron diseñados para los casos totalmente intracomunitarios (= casos cuya totalidad de elementos están localizados en la UE). Fueron diseñados, por el contrario, y como bien recuerda P. KINDLER, con el solo objetivo de atajar prácticas de “establecimiento salvaje” en la UE por parte de sociedades realmente radicadas en terceros Estados no comunitarios<sup>28</sup>. Así lo indica con meridiana claridad la STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 75): “[d]el propio tenor del Programa general se deduce que sólo exige una vinculación efectiva y continua en el caso en el que la sociedad sólo tenga su domicilio social estatutario en el interior de la Comunidad”. Es decir, la sede real en un Estado Miembro sólo sería exigible como requisito de la libertad de establecimiento cuando la sociedad dispusiera de su sede estatutaria, puramente nominal en la UE, pero su sede real (= actividades económicas principales o relevantes), estuviera localizada fuera de la UE. Por tanto, si una sociedad dispone de su sede estatutaria en un Estado Miembro en el que no ejerce actividad económica alguna, y desarrolla tales actividades económicas en otro Estado Miembro, el llamado “Programa General” es inaplicable. Así de sencillo (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>29</sup>).

**16. b)** En contra de la existencia de analogía entre los casos societarios de Pseudo-Foreign Corporations con el caso resuelto por el TJCE en la STJCE 5 octubre 1994, TV10, asunto C-23/93,

---

<sup>27</sup> B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, 2000, LGDJ, 2000, pp. 45-46.

<sup>28</sup> P. KINDLER, “Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società”, *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674, esp. p. 659.

<sup>29</sup> Las enormes debilidades de las tesis anti-fraude son puestas de manifiesto con muy buen criterio por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)”, *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., “La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después”, *Not.UE*, nº 195, 2001, pp. 79-96; ID., “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.; ID., “La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”, *RDM*, n.248, 2003, pp. 663-682.

Rec., p. I-4795, cabe afirmar, sencillamente, que no hay analogía, pese a la vehemencia mostrada por ciertos autores<sup>30</sup>. La repetición o insistencia en ciertos argumentos no los convierte, por supuesto, en argumentos “convincientes”. Son sólo argumentos erróneos repetidos hasta la saciedad. Como escribe H. MUIR-WATT<sup>31</sup>, en el caso de la STJCE 5 octubre 1994, TV10, el TJCE declara que las reglas jurídicas del Estado Miembro de destino pueden aplicarse porque regulan las “condiciones de acceso de las sociedades extranjeras a la actividad del mercado local” (= condiciones que corresponde regular al Derecho del Estado Miembro de destino). Son “normas relativas al ejercicio de determinadas actividades profesionales” (STJCE 9 marzo 1999, Centros FJ 26). Sin embargo, en los casos de la trilogía jurisprudencial societaria del TJCE, las normas cuya aplicación invocan con desesperación ciertos Estados Miembros de destino, no regulan tales “condiciones de acceso a la actividad económica en el Estado Miembro de destino”. Por el contrario, tales normas afectan, y niegan, “las condiciones mismas de la constitución de las sociedades extranjeras” (= son “normas que regulan la constitución de sociedades” en palabras de la STJCE 9 marzo 1999, Centros, FJ 26). Y como es claro, exigir que las sociedades que van a ejercer actividades económicas en el Estado Miembro de destino se “adapten” al, y “respeten” el Derecho societario del Estado Miembro de destino significa que sólo las sociedades que se constituyen con arreglo a tal Derecho societario del Estado Miembro de destino pueden disfrutar de la libertad de establecimiento. Lo cual es desproporcionado, innecesario, reglamentista, imperialista, y excesivo. Y atenta contra la misma existencia o “esencia”, como dice el TJCE, de la libertad de establecimiento. Así, de modo radical, la STJCE 5 noviembre 2002, Überseering FJ 81 y 93, indica que “[l]a exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania [Estado Miembro de destino en el caso de esta sentencia] equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento”. Los autores que ven el fantasma del fraude en los casos de Pseudo-Foreign Corporations por todas partes, no captan la sutileza de esta importante distinción. Ello se debe a una falta de profundidad en el estudio y en la comparación entre el caso objeto de la STJCE 5 octubre 1994, TV10, por un lado, y los tres grandes casos societarios por otro lado (= STJCE 9 marzo 1999, Centros, STJCE 5 noviembre 2002, Überseering, STJCE 30 septiembre 2003, Inspire Art). Por eso la analogía de la que alardean estos autores es falsa y su

---

<sup>30</sup> Como, por ejemplo, S. SÁNCHEZ LORENZO, “El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Libro 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.0, 2000, pp. 115-157; ID., *Derecho privado europeo*, Granada, Ed.Comares, 2002, pp. 32-33. En la misma línea, D. 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. 1851-1859; ID., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, 2001, *passim*. Las tesis sostenidas por ambos autores han sido muy justamente criticadas por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”, *RDM*, n.248, 2003, pp. 663-682.

<sup>31</sup> H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 180.



argumentación se convierte en una falacia: la famosa “falacia de la falsa analogía” o “falacia de Van Gogh”.

17. c) En contra de la propuesta ideológica que late tras las propuestas de los autores que ven fraude en los casos comunitarios de Pseudo-Foreign Corporations, cabe afirmar lo siguiente.

1º) Estos autores emiten, sin decirlo expresamente, un juicio condenatorio de ciertas legislaciones societarias de los Estados Miembros (= se consideran “Leyes injustas”). Estos autores creen que existen “Leyes societarias buenas” y “Leyes societarias malas” en los distintos Estados miembros. Este punto de partida es inaceptable. La UE constituye hoy mucho más que un mero y simple “mercado interior”. La UE es también un “espacio de libertad, de seguridad y de justicia” (art. 61 TCE), en cuyo contexto resulta muy difícil admitir y aceptar que la legislación societaria de un Estado Miembro es una “Ley injusta” (= un “estatuto odioso”, dirían los clásicos estatutarios medievales de los conflictos de Leyes). Los Estados Miembros son Friendly States entre los cuales existen vínculos poderosos de participación en un proyecto supranacional común. Por ello, el art. 48 TCE “no levanta el velo” de la Ley material de los Estados Miembros. En efecto, el hecho de que la sociedad se haya constituido con arreglo a la Ley de un Estado Miembro y que tenga su sede estatutaria en un Estado Miembro, es ya garantía suficiente de que tal sociedad está suficientemente “vinculada con la UE” y de que puede beneficiarse de la libertad de establecimiento. Si la UE es algo más que la “suma aritmética” de ciertos países (= y ciertamente, es algo mucho más que una mera agregación cuantitativa de países “extraños entre sí”), la integración jurídica europea significa que los “juicios valorativos negativos” contra Leyes de “Estados compañeros” deben estar excluidos y proscritos.

2º) Como ha subrayado O. VAN SOLINGE, los partidarios de la tesis de la “sede real camuflada” (= que niegan radicalmente, aunque con argumentos poco convincentes, como se ha visto, la posibilidad de las sociedades de instalar su sede estatutaria en un Estado miembro y de desplegar todas sus actividades económicas en otro Estado miembro), practican un “proteccionismo larvado”<sup>32</sup>. En efecto: si la sociedad no dispone de total movilidad en la UE, se verá forzada a “adaptarse” a los tipos societarios de cada uno de los Estados miembros, sin posibilidad de elegir el tipo societario más ventajoso de entre los que ofrecen los Derechos de los Estados miembros. Ello incrementa la necesidad de una colaboración con el “empresario local”. Ahí radica el proteccionismo.

18. En suma, puede afirmarse que el TJCE ha rechazado radicalmente la errónea tesis según la cual se produce fraude si una sociedad instala una sede social en un Estado miembro pero ejerce la mayor parte o todas sus actividades económicas en otro Estado miembro. Así puede

---

<sup>32</sup> O. VAN SOLINGE, “Cross-border Mergers: a Private International Law Approach”, *Netherlands International Law Review*, 1996, pp. 100-104.

apreciarse en la famosa trilogía societaria formada por las sentencias STJCE 9 marzo 1999, Centros, STJCE 5 noviembre 2002, Überseering, STJCE 30 septiembre 2003, Inspire Art, cuyos argumentos al respecto han sido ya analizados y que están a punto de ser confirmados de nuevo. Las Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 2 mayo 2006, as. C/196/04, Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue, caminan en la misma dirección<sup>33</sup>.

19. Una sociedad puede ejercitar toda su actividad económica en un Estado Miembro, y tener su sede estatutaria en otro Estado Miembro en el que no desarrolla ninguna actividad económica. Basta con que dicha sociedad cumpla con las dos exigencias especificadas en el art. 48 TCE. El hecho de que la sociedad no cuente con ningún “vínculo real o sustancial” con el Estado Miembro de constitución de la misma, es irrelevante. Como indica D. COHEN, la sociedad y los socios tienen derecho a “elegir” unas leyes societarias más laxas en materia de constitución de la sociedad y de responsabilidad de los administradores (STJCE 9 marzo 1999, Centros, FJ 17 y 18, y STJCE 30 septiembre 2003, Inspire Art, FJ 95, 96, 137)<sup>34</sup>. Los socios eligen la Ley de un Estado Miembro, simplemente, mediante la instalación nominal de una sede estatutaria en dicho país y mediante la constitución de la sociedad con arreglo a la Ley de ese Estado Miembro. Dicha elección, como explica A. KJELLGREN, no constituye ningún fraude de

---

<sup>33</sup> El caso surgió a raíz de que la sociedad *Cadbury*, con sede en Inglaterra, implantara una filial en Irlanda, país con una imposición societaria muy inferior a la del Reino Unido. Implantada la filial en Irlanda, la sociedad imputó rentas por ciertas transacciones a dicha filial. Pero resulta que la filial, realmente, no realizaba tales transacciones. El Abogado General Sr. Philippe Léger, indica que: “*No creo que el hecho de que una sociedad matriz cree una filial en otro Estado Miembro con la finalidad reconocida de beneficiarse del régimen fiscal más favorable vigente en éste constituya, en sí mismo, un uso abusivo de la libertad de establecimiento que prive de este modo a la referida sociedad de la posibilidad de invocar los derechos conferidos por los artículos 43 CE y 48 CE. Baso este análisis en el alcance de estas disposiciones, tal como ha sido precisado por la jurisprudencia. El Tribunal de Justicia ha hecho prevalecer la finalidad del derecho de establecimiento conferido por el Tratado. Así, en la sentencia Centros, antes citada, indicó que el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado Miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. El Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que un nacional de un Estado Miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado Miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del derecho de establecimiento. Esta solución, que fue adoptada por el Pleno del Tribunal de Justicia, no constituye un hecho aislado. Fue confirmada en la sentencia Inspire Art, en la cual se extendió a la legislación neerlandesa que, en circunstancias comparables a las del asunto Centros, antes citado, no se oponía al registro de una sucursal sino que sometía la creación de dicho establecimiento secundario al cumplimiento de determinados requisitos previstos en el Derecho interno para la constitución de sociedades (...) Una sociedad puede, sin vulnerar el alcance y el espíritu del artículo 43 CE, decidir ejercer sus actividades con carácter secundario en otro Estado Miembro para beneficiarse del régimen fiscal más favorable de ese otro Estado por lo que a la tributación de las actividades gravadas en éste se refiere*”.

<sup>34</sup> D. COHEN, “La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé”, *RCDIP*, 2003, pp. 585-602.

Ley ni ningún abuso del Derecho comunitario y de la libertad de establecimiento<sup>35</sup>. No es tampoco una especie de “U-Turn societario”. Es, por el contrario, una libertad protegida nada menos que por los Tratados comunitarios (H. MUIR-WATT<sup>36</sup>). Es un derecho subjetivo de las sociedades. Los socios tienen derecho a constituir su sociedad con arreglo al Derecho de un Estado Miembro e instalar en dicho Estado Miembro su sede estatutaria aunque sus actividades económicas radiquen en otro Estado Miembro. Esa decisión de “política societaria” no puede ser, en ningún caso, contraria a la libertad de establecimiento, porque, precisamente, constituye un derecho derivado de tal libertad. Y por eso, la sociedad cubierta por el art. 48 TCE (= que es una sociedad “conectada con la UE”) tiene derecho a instalar sucursales en el Estado Miembro donde le plazca, a ser considerada y tratada en todo Estado Miembro como un ente válidamente constituido con el alcance que la sociedad tiene en el Derecho del Estado Miembro con arreglo a cuyo Derecho se constituyó, y tiene derecho también a ejercitar actividades económicas en el Estado Miembro que prefiera. Naturalmente, la sociedad puede instalar su sede estatutaria en el Estado Miembro donde le plazca y constituirse con arreglo al Derecho de tal Estado Miembro (= puede “internacionalizar” la situación jurídica si lo desea), pero eso no supone ningún “fraude por internacionalización ficticia del supuesto” (STJCE 9 marzo 1999, Centros, FJ 16 y 29). En el marco de un mercado comunitario, las sociedades tienen derecho a circular y a instalarse y a operar y a constituirse donde estimen conveniente. El fraude por internacionalización ficticia de un caso interno no puede existir en los límites de la UE ni dentro del mercado único. Es un único mercado en el que la sociedad puede moverse libremente. Por eso, el fraude por internacionalización ficticia del supuesto es imposible *ex ipsa natura sua* en el contexto de la UE.

20. Los Estados Miembros conservan, naturalmente, la posibilidad de establecer “obstáculos legales” para la libertad de establecimiento de las llamadas “sociedades buzón” o Pseudo Foreign Corporations (STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, FJ 102). Sin embargo, tales medidas deben superar el “test de legitimidad comunitario”: deben ser medidas “que se apliquen de manera no discriminatoria, que encuentren justificación en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo” (STJCE 9 marzo 1999, Centros FJ 34 y STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art* FJ 133, con cita de la jurisprudencia anterior). La protección de los acreedores podría constituir una razón de interés general que suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento de las llamadas “sociedades buzón” o

---

<sup>35</sup> A. KJELGREN, “On the Border of Abuse: the jurisprudencie of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law”, en *Services and Free Movement in the UE Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 245-249.

<sup>36</sup> H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 177

Pseudo Foreign Corporations (STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art* FJ 102). Pero el TJCE se cuida muy mucho de dejar bien claro que exigir la observancia de las normas societarias del Estado Miembro de destino relativas al capital social mínimo y a la responsabilidad de los administradores no es una exigencia proporcional ni necesaria (R. CRÔNE<sup>37</sup>). Por ello, el respeto de la legislación societaria de los Estados Miembros de destino en los aspectos señalados no está cubierto por el Derecho Comunitario. Todo lo contrario: tales exigencias están prohibidas por el Derecho comunitario. Son exigencias que revelan un fuerte “autoritarismo” que expulsa de raíz a las sociedades con sede estatutaria en otros Estados Miembros, del mercado del Estado Miembro de destino. Ello es incompatible con una economía libre de mercado de alcance europeo (H. MUIR-WATT<sup>38</sup>). Los acreedores “se protegen solos”: saben que contratan con una sociedad regulada por un Derecho de otro Estado Miembro, siempre que dicha circunstancia conste de modo fehaciente (STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 36). Y si no se fían de dicha circunstancia, elevarán sus precios cuando contraten con sociedades sujetas a Leyes extranjeras.

**21.** El único ámbito posible para el “fraude” o “abuso de derecho” en los casos en los que una sociedad instala una sede formal en un Estado Miembro y desarrolla toda su actividad económica en otro Estado Miembro, puede encontrarse cuando la libertad de establecimiento se utiliza de modo torticero, con falsedad en los “datos de hecho”. El ejemplo ideal es el proporcionado por el as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*. Una sociedad instaló una filial en Irlanda con el objetivo, exclusivo, de imputarle transacciones que la filial, realmente, no realizaba (= pues las realiza la sociedad-madre, radicada en el Reino Unido, país que cuenta con una carga impositiva más elevada), de modo que el peso fiscal total soportado por el grupo societario resultaba ser muy inferior. Eso es lo que llama el Abogado General Sr. Philippe Léger, en sus Conclusiones presentadas el 2 mayo 2006, en el as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*, “un “montaje artificial” que pervierte la libertad de establecimiento y que justifica que una empresa no pueda beneficiarse de la libertad de establecimiento en el caso concreto<sup>39</sup>.”

---

<sup>37</sup> R. CRONE, “La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères”, *Travaux CF DIPrivé*, 1998-2000, pp. 243-259.

<sup>38</sup> H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 182.

<sup>39</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 2 mayo 2006, en el as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*: “los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas. De lo anterior se deduce que, para que pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal, la legislación nacional no debe limitarse a referirse a una situación definida en términos generales, sino que debe permitir al juez nacional denegar, en cada caso concreto, el beneficio del Derecho comunitario a determinados contribuyentes o a determinadas sociedades que hayan realizado un montaje artificial con la finalidad de eludir el impuesto”.

## V. Conclusión.

22. La lectura abierta que el TJCE hace de las libertades comunitarias aplicables a las sociedades de capital, produce diversas consecuencias. En primer término, la era de la completa y total libre circulación de sociedades en la UE, de la libre competencia entre ordenamientos societarios y de la plena y efectiva realidad de un “mercado abierto”, ha comenzado (P. DYRBERG<sup>40</sup>). En segundo lugar, las complejas y no siempre bien redactadas normas de conflicto españolas en materia societaria, sobre las que tanta tinta se ha vertido, debe ser re-enfocadas a través de una interpretación que combate, exclusivamente, las Pseudo-Foreign Corporations con sede formal en terceros Estados<sup>41</sup>. En tercer lugar, la Europa Comunitaria ha abierto la caja de

---

<sup>40</sup> P. DYRBERG, “Full free movement of companies in the European Community at last?”, *Eur.L.Rev.*, 28, 4, 2003, pp. 528-537.

<sup>41</sup> Las aportaciones doctrinales sobre las normas de DIPr. españolas relativas a las sociedades son incontables. *Vid.*, en general, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Personas jurídicas y sociedades mercantiles”, en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7ª ed., Granada, Comares, 2006, pp. 295-336; A.-L. CALVO CARAVACA, “Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional”, *RGD*, n.525, 1988, pp. 3679-3701; A.L. CALVO CARAVACA en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado - parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 84-89; A.L. CALVO CARAVACA, “Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional”, *RGD*, 1988, pp. 3679-3701; ID., “Art. 9.11 Cc.”, *Comentarios Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 479-525; ID., “Art.9.11 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 103-105; R. ARENAS GARCÍA, “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales”, *Derecho de los Negocios*, 70/71, pp. 11-26; J.M. BLANCO FERNÁNDEZ, “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, *RDM*, n.203/204, 1992, pp. 245-276; M. CHECA MARTÍNEZ, “DIPr. de sociedades en el nuevo RRM”, *REDI*, 1990, vol.XLII, pp. 306-309; ID., “Persona jurídica (Derecho internacional privado)”, *EJB*, 1995, pp. 4864-4865; ID., “Sociedad (Derecho comunitario)”, *EJB*, 1995, pp. 6266-6268; ID., “Sociedad (Derecho internacional privado)”, *EJB*, 1995, pp. 6268-6270; R. EGEA IBÁÑEZ, “Reconocimiento de sociedades extranjeras. Reconocimiento de sociedades en la Comunidad Económica europea. Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968. Convenio de la Haya de 1956”, *Revista de Derecho Notarial*, julio/diciembre 1985, pp. 162-185; F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Vía libre a la movilidad de las sociedades en la UE: la STJCE de 30 septiembre 2003 (as. C-167/01), *Inspire Art*”, La Ley núm.5924, 31 diciembre 2003; R. EGEA IBÁÑEZ, “Reconocimiento de sociedades extranjeras. Reconocimiento de sociedades en la Comunidad Económica europea. Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968. Convenio de la Haya de 1956”, *Revista de Derecho Notarial*, julio/diciembre 1985, pp. 162-185; E. GABARRO SAMSO / J.M. PUIG SALELLAS, “Conflictos de leyes en sociedades civiles y mercantiles”, *Ponencias presentadas a los congresos internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, pp. 673-712; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., “Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable”, en J.F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en DIPr. español*, Madrid, Eurolex, 2003; M. GARDEÑES SANTIAGO, “El Derecho internacional privado de fundaciones a la luz de la nueva Ley 50/2002, de 26 de diciembre”, *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 251-271; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas en la CEE y en Derecho español”, *AESJ*, 1977, vol.VI, Granada, pp. 129-179; M. OLIVENCIA RUIZ, “Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas”, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, Edersa, 1993, pp. 489-511; E. PÉREZ VERA, “Art.9.11 Cc.”, *CRef.Cc.*, 1977, pp. 499-505; ID., “Art.9.11 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 200-205; J.J. PRETEL SERRANO, “Nacionalidad y domicilio de la

Pandora en materia societaria: sólo puede cerrarse mediante la elaboración de un Reglamento comunitario que establezca, como punto de conexión en materia societaria, la autonomía de la voluntad de los socios. La sociedad debe regirse por la Ley del país con arreglo a la cual haya sido constituida (Incorporation Theory), como señalan S. TAFANI / R. CARUSO<sup>42</sup>. En 1909, FILIPPO TOMMASO MARINETTI, en 1909, escribió: “sabed que el esplendor del mundo se ha enriquecido con una belleza nueva: la belleza de la velocidad”. La velocidad proyectada al ámbito societario en la UE conduce a un “dinamismo universal” en el que las sociedades pueden constituirse por Internet en otros Estados Miembros con total independencia del país en el que desarrollen sus actividades económicas. Y en el futuro próximo todo será todavía más rápido.

---

sociedad anónima”, *AAMN*, tomo XXX, *Homenaje a De La Cámara Álvarez*, vol. 1, 1991, pp. 179-244; F. SÁNCHEZ CALERO, “La nacionalidad de la sociedad anónima”, *Rev. Sociedades*, n.1, 1993, pp. 45-60; M. TORRES BLÁZQUEZ, “El centro de intereses principales y los grupos de sociedades”, *REDI*, 2003-II, vol.LV, pp. 1128-1131.

<sup>42</sup> S. TAFANI / R. CARUSO, *Il nuovo Diritto europeo delle società di capitali*, Roma, 2005, pp. 43-44.