

*Grau en Dret*

Curso académico 2012-2013

Trabajo de fin de Grado (21067)

# **LA MOVILIDAD SOCIETARIA EN LA U.E.**

RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE  
ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES.

Cristina Zurita Chamorro

(NIA: 120676)

Tutor del trabajo:

Ignacio Farrando Miguel



## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD.**

Yo, *Cristina Zurita Chamorro*, certifico que el presente Trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico asimismo que su contenido es original y que soy su único autor, no incluyendo en él ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas salvo aquellos casos expresamente indicados a lo largo del texto del mismo.

Como autora de la memoria original de este *Trabajo de Fin de Grado* autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el *e-Repository: Repositori Digital de la UPF*, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universidad, de acceso abierto a través de Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, yo soy libre de publicarla en cualquier otro sitio.

Cristina Zurita Chamorro  
Barcelona, 14 de junio de 2013

## ABSTRACT

Companies' *Freedom of Establishment* is, without any doubt, one of the most relevant ways of exercising E.U.'s fundamental freedom on free movement of persons. This right's crucial significance in the life of any European company it's due to the fact that on the possibility of carrying out a correct and effective exercise of it, depends this company's successful exercise of the rest of the Community fundamental freedoms. Nonetheless, it's also true that *Freedom of Establishment*'s efficacy has been limited in several by the Member States themselves, who sometimes have enacted determined regulations in their internal legislations whose application implied a restriction of the *Freedom of Establishment* for companies.

Given *Freedom of Establishment* fundamental right's configuration, and lacking any kind of Community regulation on this field, the ECJ has seen itself in the obligation of carrying out an "*almost regulatory*" task, by determining in which cases those national restrictions can be considered valid ones as they can be justified in furtherance of *public interest*, being therefore compatibles with *Community Law*. To do so, ECJ has created a complex four-step *test* (consisting on the phases of non-discrimination, justification, adequacy and proportionality) whose accomplishment is by all means required in order to consider those national rules or norms according to the European Community regulations.

## RESUMEN

La *libertad de establecimiento* de las sociedades es, sin duda alguna, una de las modalidades más relevantes del ejercicio derivadas de la *libertad fundamental de circulación de personas* ya que, de su efectivo disfrute, depende que cualquier sociedad comunitaria pueda ejercer con éxito el resto de libertades fundamentales vigentes en la UE. Con todo, también es cierto que este derecho se ha visto limitado por parte de los propios Estados Miembros en numerosas ocasiones mediante la creación en sus respectivos ordenamientos nacionales de normas restrictivas de dicho derecho.

Su carácter de libertad fundamental, y la falta de una regulación comunitaria expresa en la materia, han supuesto que el TJUE se haya visto obligado a desarrollar a través de sus pronunciamientos una tarea que casi podemos definir como reguladora, determinando en qué casos estas restricciones nacionales pueden considerarse justificadas en aras del interés general. Para realizar esta labor, el TJUE ha elaborado un complejo *test*, compuesto de diversas fases (no-discriminación, justificación, adecuación y proporcionalidad) cuya superación es la única vía de la que los Estados disponen para que el TJUE considere compatible con el ordenamiento comunitario la medida nacional enjuiciada.

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.</b> .....	<b>3</b>
<b>II. EL DERECHO AL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EN LA UE.</b> .....	<b>5</b>
1. CARACTERIZACIÓN Y SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO. .5	
2. NATURALEZA, CONTENIDO Y MODALIDADES DE EJERCICIO.....6	
3. LAS SOCIEDADES COMO BENEFICIARIAS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: INTERPRETACIÓN DEL ART. 54 TFUE .....	8
4. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y RECONOCIMIENTO MUTUO DE SOCIEDADES: ARMONIZACIÓN COMUNITARIA .....	11
<b>III. CRITERIOS EMPLEADOS POR EL TJUE.</b> .....	<b>13</b>
1 EL <i>TEST GEBHARD</i> . CONSIDERACIONES GENERALES.....13	
2. PRIMERA FASE: NO-DISCRIMINACIÓN .....	15
3. SEGUNDA FASE: JUSTIFICACIÓN BASADA EN UN OBJETIVO DE IMPERIOSO INTERÉS GENERAL .....	17
4. TERCERA FASE: ADECUACIÓN DE LA MEDIDA .....	18
5. CUARTA FASE: PROPORCIONALIDAD .....	20
<b>IV. EXAMEN DE LAS RESTRICCIONES.</b> .....	<b>22</b>
1. RESTRICCIONES DE NATURALEZA FISCAL .....	22
1.1. Exit Taxes .....	23
1.2. Exigencia de liquidación de plusvalías latentes .....	26
1.3. Negativa a la deducción de minusvalías .....	27
1.4. Condiciones especiales en incentivos fiscales .....	28
1.5. Deducción de pérdidas intragrupo .....	29
1.5.1. Pérdidas por parte de filiales .....	29
1.5.2. Pérdidas por parte de sucursales y otros establecimientos secundarios ..30	
2. RESTRICCIONES DE CARÁCTER SOCIETARIO .....	32
2.1. Medidas relativas al cambio de domicilio social .....	33

2.2. Medidas para la protección de determinados sujetos .....	36
2.2.1. Protección de los socios .....	36
2.2.2. Protección de los acreedores sociales .....	39
A) Durante el normal funcionamiento de la sociedad .....	39
B) En situación de concurso .....	40
3. RESTRICCIONES ANTIFRAUDE .....	42
3.1. Sociedades ficticias .....	42
3.2. Requisitos para la apreciación de fraude .....	43
3.3. Implicaciones para la libertad de establecimiento .....	44
4. OTRAS POSIBLES MEDIDAS .....	45
4.1. Protección del consumo .....	46
4.2. Protección del territorio .....	46
4.3. Mantenimiento de la salud pública .....	47
4.4. Protección del medio ambiente .....	47
<b>V. CONSECUENCIAS DE LA CONSIDERACIÓN DE UNA MEDIDA COMO INJUSTIFICADA. ....</b>	<b>47</b>
1. CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN.....	48
2. RECURSO POR INCUMPLIMIENTO .....	49
<b>VI. CONCLUSIONES. ....</b>	<b>51</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA. ....</b>	<b>54</b>
<b>ÍNDICE JURISPRUDENCIAL. ....</b>	<b>I</b>

# I. INTRODUCCIÓN

Sin que sea necesario siquiera poner de relieve la importancia de las sociedades como actores económicos en el comercio y otros ámbitos de la actividad comunitaria, no resulta posible que éstas puedan obtener el máximo provecho de la estructura y ventajas del Mercado Único si no gozan de las garantías suficientes para poder relacionarse, establecerse y actuar libremente en los distintos Estados Miembros.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que, junto con la consecución de un Mercado Único el otro objetivo principal de la Unión Europea es el de creación de un Espacio Interior de libertad, seguridad y justicia, es necesario garantizar a las sociedades comunitarias el máximo grado de libertad en su facultad de instalarse libremente de forma permanente en cualquier Estado del territorio comunitario.

Precisamente por estos motivos, la doctrina ha afirmado tradicionalmente que *“el derecho de establecimiento de las sociedades y demás personas jurídicas, (...) representa una de las manifestaciones más importantes del principio de libre circulación de las personas en el seno de la Comunidad”*<sup>1</sup> de lo cual algunos autores han llegado a extraer incluso la conclusión de que *“el Derecho de sociedades ha sido un instrumento al servicio de la libertad de establecimiento”*<sup>2</sup>.

Ahora bien, esta necesidad de hacer efectiva la libertad de establecimiento colisiona en no pocas ocasiones con la voluntad normativa de los Estados, los cuales quieren limitar en cierta medida las condiciones en las que sociedades de otros Estados Miembros ejercen el derecho de libre establecimiento dentro de su territorio, así como las posibilidades de movilidad societaria que se ofrecen a sus sociedades nacionales, estableciendo de este modo normas restrictivas del ejercicio de la libertad de establecimiento. En este sentido, tampoco puede negarse completamente a los Estados la posibilidad de que se protejan dentro de ciertos

---

<sup>1</sup> V. para la cita, Luís FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “La libertad de establecimiento de sociedades y demás personas jurídicas en la Comunidad Económica Europea”, 185 *Documentación Administrativa* 1980, pp. 575 y 576.

<sup>2</sup> V. para la cita, Sergi PRATS JANÉ: *Evolución del derecho societario europeo; situación actual y análisis jurisprudencial desde el punto de vista del derecho internacional privado*, Abecedario (Badajoz: 2007), p. 46, haciendo referencia a la línea doctrinal que se desprende de los trabajos de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.

márgenes contra algunas situaciones que podrían resultar nocivas para sus principios o estructura más esenciales.

Es precisamente acerca de estas normas que presentan un conflicto entre la libertad de establecimiento y la capacidad de regulación estatal<sup>3</sup> donde se encuentra el ámbito en que se desarrolla el presente trabajo, el cual quiere abordar precisamente en qué condiciones se dan las referidas restricciones al libre establecimiento de las sociedades, examinando cuál es su incidencia en la movilidad societaria dentro de la UE así como en qué casos dejarían de ser admisibles y, por tanto, de qué posibilidades disponen las sociedades de un Estado Miembro en el momento en que quieran ejercer dicha movilidad intracomunitaria, y en qué casos su ejercicio se vería limitado por haber considerado el Tribunal de Justicia que en ese supuesto concreto prevalece el interés estatal, limitando la posibilidad de que en esos supuestos las sociedades puedan ejercitar el derecho al libre establecimiento en toda su amplitud.

Para ello procederé en primer lugar a presentar y analizar la libertad de establecimiento, no desde el punto de vista del derecho internacional privado, siendo este el enfoque que tradicionalmente se la ha dado a su análisis, sino desde una perspectiva del derecho mercantil societario, más adecuada al posterior análisis y contenido de este trabajo.

Del mismo modo también me detendré a examinar los criterios empleados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [=TJUE] para resolver en los conflictos suscitados sobre medidas nacionales potencialmente restrictiva de aquella libertad.

Por último, examinaré con detenimiento cada uno de los distintos ámbitos en que pueden darse estas medidas restrictivas de la libertad de establecimiento, clasificándolos por grupos y analizando su incidencia y consecuencias para la movilidad societaria, así como el distinto trato que el TJUE concede a cada uno de ellos. De este modo, en este capítulo se realizará una aproximación más práctica respecto del problema que es objeto de éste. Todo ello para finalizar con una exposición de las distintas consecuencias que supone para el Estado autor de las medidas restrictivas el hecho de que el TJUE las haya acabado considerando como incompatibles con la libertad de establecimiento.

---

<sup>3</sup> Conflicto que se hace más acusado y controvertido en aquellos ámbitos no armonizados en que las competencias están manos del legislador estatal, pese a que éste tiene en todo momento la obligación de cumplir con el deber de adecuación de los ordenamientos internos respecto del Derecho Comunitario, tal y como se verá en los sucesivos apartados.



## **II. EL DERECHO AL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EN LA UE**

Antes de entrar a examinar la casuística del TJUE así como los criterios utilizados por este Tribunal para evaluar el grado y validez de la restricción de una medida procederé, en primer lugar, a exponer las características definitorias de la libertad de establecimiento.

Mediante este primer capítulo por tanto, trataré de dibujar la estructura y rasgos esenciales de este derecho al libre establecimiento, así como su consideración actual, proporcionando de este modo una imagen completa del mismo que permita comprender mejor el análisis realizado en posteriores capítulos de este trabajo.

### **1. CARACTERIZACIÓN Y SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO**

En primer lugar, es necesario situar el derecho de libre establecimiento dentro del contexto del derecho comunitario actual. Y, en este sentido, dicha libertad comunitaria ha venido siendo considerada como uno de los pilares fundamentales de la UE para la consecución de los objetivos comunitarios de creación de un Mercado Interior así como el establecimiento de un espacio de cooperación común entre todos los Estados Miembros del que puedan predicarse los principios de libertad, igualdad y seguridad, los cuales quedan establecidos, en la regulación comunitaria actual, mediante el art. 3 TUE<sup>4</sup>.

Concretamente, cuatro han sido las reconocidas como *libertades fundamentales* de la UE: libertad de circulación de bienes, servicios, capitales y personas; siendo precisamente el derecho al libre establecimiento societario al que nos referimos en este trabajo una derivación de ésta última libertad fundamental<sup>5</sup>.

Ahora bien, la libertad de establecimiento, regulada en la actualidad en los art. 49 a 59 TFUE, no se califica por parte de la doctrina como una mera manifestación más del ejercicio de la libertad de circulación de personas jurídicas sino que, dada su relevancia práctica facilitando

---

<sup>4</sup> V. así, Paola RODAS PAREDES: *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*; Comares (Granada: 2011), pp. 3-5.

<sup>5</sup> V. en este sentido, PRATS JANÉ: *Evolución del derecho societario*, p. 45.

“la libre circulación de empresarios individuales o sociedades en el interior de la Comunidad”<sup>6</sup>, ha merecido una consideración privilegiada por parte de algunos autores, quienes han llegado a afirmar que “la puesta en práctica de las cuatro libertades fundamentales implica necesariamente la existencia y organización del derecho de establecimiento, «piedra angular» de todo el edificio comunitario”<sup>7</sup>.

Las consideraciones que acaban de exponerse tienen un especial significado en el marco de la Unión Europea, la cual posee como objetivos principales la consecución de un Mercado Único y un Espacio de libertad, seguridad y justicia, tal y como ya se ha mencionado. Esto es así porque teniendo en cuenta el alto grado de cooperación e interrelación entre los distintos Estados Miembros que dichos objetivos implican, resulta especialmente beneficioso para la consecución de los mismos que las sociedades comunitarias puedan, dentro del territorio comunitario, “elegir libremente la sede efectiva de su empresa, sin más condicionantes que los de índole económica”<sup>8</sup> ya que solo cuando esto haya sido posible podrán empezar a operar de forma efectiva el resto de libertades fundamentales<sup>9</sup>.

## **2. NATURALEZA, CONTENIDO Y MODALIDADES DE EJERCICIO.**

Por lo que a su naturaleza y contenido se refiere, el derecho al libre establecimiento viene definido concretamente en los arts. 49 y 54 TFUE, destinándose el último de ellos a recoger de forma expresa la posesión de dicha libertad por parte de las sociedades que se hallen constituida conforme la legislación de un Estado integrante de la UE, equiparándolas en lo que a extensión y facultades se refiere a los particulares personas físicas<sup>10</sup>.

En este sentido, el contenido concreto de esta libertad comprende “el ejercicio, por parte de un nacional comunitario (...) de una actividad económica con carácter independiente en el territorio de un Estado Miembro distinto del de su nacionalidad”<sup>11</sup> por lo que será necesario que, como dispone el propio art. 49.2 TFUE, cada uno de los Estados Miembros de la UE

---

<sup>6</sup> Victoria ABELLÁN HONRUBIA: “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la CEE”, 2 *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 84 1985, p. 296.

<sup>7</sup> PRATS JANÉ: *Evolución del derecho societario*, pp. 46, citando a su vez a COLOMES: *Le droit de l'établissement*, p. 76.

<sup>8</sup> RODAS: *Libertad de establecimiento*, p. 6.

<sup>9</sup> *Ídem*.

<sup>10</sup> V. Mariano ÁLVAREZ PÉREZ: “Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea en particular para la sociedades”, 265 *Noticias de la Unión Europea* 2007, p. 33.

<sup>11</sup> RODAS: *Libertad de establecimiento*, p. 6.

permita a las sociedades, propias o nacionales de otros Estados Miembros, poder ejercer esta libertad de forma efectiva y no discriminatoria.

Analizando lo anterior a la luz del principio de mutuo reconocimiento y equivalencia de ordenamientos entre Estados Miembros<sup>12</sup>, se deduce que una sociedad válidamente constituida debe poder ejercer este derecho en cualquiera de sus modalidades de forma plenamente efectiva en todo el territorio Comunitario, independientemente de cuál sea el Derecho conforme al cual se haya constituido, lo que, en palabras del propio TJCE le permitirá “*participar de modo permanente y continuo, en la vida económica de un Estado Miembro distinto de su Estado de origen beneficiándose de ello*”<sup>13</sup>.

En segundo lugar y respecto de las modalidades de esta libertad, la doctrina ha clasificado las prerrogativas que este derecho ofrece en dos grandes grupos<sup>14</sup>: derecho de establecimiento *a título principal*, y *a título secundario*.

Respecto al ejercicio de esta libertad *a título principal*, ésta comprende, a su vez, la capacidad de las sociedades de constituirse válidamente en el Estado de la Comunidad que prefieran, pudiendo tomar dicha decisión en base a consideraciones de cualquier índole, sin que en ningún caso ésta elección pueda reputarse como *fraude o abuso del ordenamiento comunitario*. Asimismo, la libertad de establecimiento *título principal* también comprende el traslado del domicilio de la sociedad al territorio de otro Estado Miembro, distinguiéndose en este caso entre los traslados realizados con cambio de la ley aplicable a la sociedad y aquellos en que la sociedad mantiene su nacionalidad y ley aplicable del Estado de constitución.

Finalmente, la libertad de establecimiento *a título secundario* comprende la creación de establecimientos secundarios o auxiliares en un Estado distinto del Estado de domicilio de la sociedad principal o matriz, de modo que mediante esta modalidad de ejercicio se permite a las sociedades extender su ámbito de acción a varios Estados dentro de la Comunidad. En este sentido conviene precisar que, como es lógico, este ejercicio de la libertad de establecimiento

---

<sup>12</sup> V. al respecto, Francisco José GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, 4 *Revista jurídica U.A.M* 2001, pp. 181 y 182.

<sup>13</sup> V. STJCE 12-12-1996 (*Resebüro Broede*).

<sup>14</sup> V. RODAS: *Libertad de establecimiento*, pp.12-16

a *título secundario* no se refiere únicamente a la apertura de establecimientos secundarios o sucursales, sino que también comprende la creación de filiales y agencias<sup>15</sup>.

### **3. LAS SOCIEDADES COMO BENEFICIARIAS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: INTERPRETACIÓN DEL ART. 54 TFUE**

Pese a que el hecho de disponer de un artículo en que se reconozca expresamente a las sociedades su condición como beneficiarias del derecho de libre establecimiento comunitario (art. 54 TFUE, antiguo art. 48 TCE) debería haber tenido como consecuencia evitar problemas acerca de su ejercicio por parte de las mismas, esto no ha sido así.

En efecto, si bien no queda duda alguna de que esta libertad de establecimiento es predicable no solo de las personas físicas sino también de las jurídicas y, en particular, de las sociedades, no es en absoluto pacífico qué condiciones deben reunir éstas para entrar dentro del ámbito subjetivo de aplicación del referido artículo. Éste, impone a las sociedades nacionales de cualquier Estado Miembro el cumplimiento de dos condiciones cumulativas para que éstas puedan ejercer la libertad de establecimiento: *por un lado*, estar válidamente constituidas de conformidad con la legislación interna de cualquier Estado Miembro y, *por otro*, tener su sede social, administración central o centro de actividades principales también dentro del territorio comunitario.

La problemática relativa al ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas surge, precisamente, a raíz de la segunda de las condiciones que acaban de enunciarse. Esto es así porque dicho requisito tiene unas consecuencias muy distintas según si el art. 54 TFUE se interpreta como una norma de contenido material o conflictual. En este sentido, y pese a que este trabajo no aborda la libertad de establecimiento desde la perspectiva del derecho internacional privado, sino desde la del derecho mercantil, resulta necesario hacer aquí algunas consideraciones respecto de la controversia que acaba de apuntarse, la cual se encuentra además interrelacionada con el problema también aún

---

<sup>15</sup> V. PRATS JANÉ: *Evolución del derecho societario*, p. 47; así como también ÁLVAREZ PÉREZ: “Nuevas perspectivas...”, pp. 34-36.

irresuelto de la pugna entre los modelos de *sede real* y de *constitución*<sup>16</sup> y la compatibilidad del primero de ellos con la normativa y jurisprudencia comunitarias<sup>17</sup>.

En efecto, mientras parte la doctrina internacionalista considera que de la lectura del art. 54 TFUE se extrae claramente que éste opera como una norma de conflicto a nivel comunitario, estableciendo los requisitos necesarios a cumplir por una sociedad para se les reconozca el derecho al libre establecimiento, otra corriente doctrinal entiende que este artículo, al recoger las dos condiciones antes mencionadas, no pretende establecer los requisitos a cumplir para que las sociedades vean reconocido su derecho al libre establecimiento<sup>18</sup>, sino que este precepto tiene un alcance meramente material.

Según esta segunda interpretación, por tanto, el referido artículo sólo entraría en juego una vez que, conforme al ordenamiento interno de cada uno de los Estados Miembros<sup>19</sup>, se hubiera determinado que una sociedad resulta beneficiaria de la libertad de establecimiento. En este sentido, el reconocimiento de la libertad de establecimiento constituiría un *pre-requisito* o *cuestión previa*<sup>20</sup> para la aplicación del art. 54 TFUE.

En cambio, para los que defienden la interpretación material de este artículo, el art. 54 TFUE se limita a recoger los diferentes criterios que pueden darse en las distintas legislaciones nacionales para el reconocimiento de sociedades<sup>21</sup>, ya que entienden que el derecho comunitario no entra a establecer la regulación concreta acerca de cómo y en qué condiciones pueden ejercitarse las libertades comunitarias, quedando éstos extremos en manos del legislador nacional de cada uno de los Estados Miembros.

---

<sup>16</sup> Si bien estas son las dos teorías principales al respecto, a lo largo de la evolución de la UE y la libertad de establecimiento ha habido multitud de teorías híbridas o mixtas, en especial entre la doctrina alemana, como por ejemplo la *Kombinationslehre* de Zimmerman o la *Überlagerungstheorie* de Sandroch.

<sup>17</sup> V. Sixto SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario”, 0 *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 2000, pp. 39 y 40.

<sup>18</sup> V. Alfonso LuíS CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA.: “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, 28 *Revista Derecho de Sociedades* 2007, pp. 62-64.

<sup>19</sup> V. PRATS JANÉ: *Evolución del derecho societario*, p. 50.

<sup>20</sup> V. así, Francisco José GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “La sentencia «Überseering» y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”, 248 *Revista de Derecho Mercantil* 2003, pp. 660 y 670.

<sup>21</sup> V. SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, pp. 127 y 128.

El problema real consiste en que estos autores son en su mayoría defensores del modelo de reconocimiento basado en el *criterio de sede real*<sup>22</sup> que poseen los ordenamientos de algunos Estados, como por ejemplo Alemania, y que consiste en exigir como requisito para que una sociedad pueda constituirse válidamente conforme al Derecho de dicho Estado que ésta tenga su sede real o efectiva dentro del territorio del mismo. Como puede comprobarse, los Estados que poseen este modelo de reconocimiento tendrían un problema si tuvieran que considerar el art. 54 desde una perspectiva conflictual, pues se verían obligados a reconocer la libertad de establecimiento no solo a aquellas sociedades que tuvieran en su territorio su sede real, sino también aquellas que tan solo tuvieran en él su sede social o estatutaria.

Por tanto, la interpretación del art. 54 TFUE como una norma de contenido material es en el fondo la forma en que estos autores han querido salvar la compatibilidad del modelo de *sede real* con la libertad de establecimiento societaria reconocida por el derecho comunitario<sup>23</sup>, conociéndose esta tesis bajo el nombre de *teoría de la compatibilidad*. En este sentido, y según los integrantes de esta corriente doctrinal, el propio TJCE habría apostado en determinadas ocasiones por la concepción del art. 54 TFUE por ellos defendida, citando en la mayoría de casos la sentencia *Daily Mail*<sup>24</sup> como ejemplo paradigmático de ello.

Por el contrario, quienes entienden que de la mera lectura del referido art. 54 TFUE ya se desprende su carácter conflictual y su vocación de reconocer por sí mismo el derecho de libre establecimiento a toda sociedad que cumpla con las dos condiciones por él contenidas, se adhieren a la conocida *tesis de la incompatibilidad*<sup>25</sup> entre el *modelo de sede real* y el derecho comunitario, citando por su parte la conocida *trilogía de pronunciamientos societarios*<sup>26</sup> para defender su posición (compuesta por las sentencias *Centros*, *Überseering* y *Cartesio*<sup>27</sup>).

Esta segunda postura ha sido criticada en ocasiones por presentar problemas en algunos ámbitos como por ejemplo la determinación de cuál debería ser el ordenamiento jurídico al cual se sujete la sociedad en los casos de traslado de sede con cambio de ley aplicable,

---

<sup>22</sup> Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO/ Jose Manuel SÁNCHEZ FELIPE: “la libertad de establecimiento de las sociedades en la U.E. El Estado de la cuestión después de la S.E.”, 19 *Revista de Sociedades* 2002, p. 19.

<sup>23</sup> V. GARCIMARTÍN: “La sentencia «Überseering»...”, p. 670.

<sup>24</sup> **STJCE 27-9-1988 (*Daily Mail*)**.

<sup>25</sup> GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, p. 178.

<sup>26</sup> CALVO CARAVACA/CARRASCOSA: “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento...”, p. 74.

<sup>27</sup> V. respectivamente, **STJCE 9-3-1999 (*Centros*)**; **STJCE 5-11-2002 (*Überseering*)**; y **STJCE 16-12-2008 (*Cartesio*)**.

especialmente en lo referente a la protección de determinados sujetos<sup>28</sup>, por lo que la doctrina que apuesta por esta tesis conflictualista del art. 54 TFUE ha articulado también numerosas teorías para solventar este problema, de entre las que destacan la *tesis de superposición de ordenamientos*<sup>29</sup> y la *tesis de la incompatibilidad con conexiones especiales*<sup>30</sup>, como tendrá ocasión de verse con más detalle en posteriores apartados de este trabajo al analizar algunas restricciones en concreto.

#### **4. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y RECONOCIMIENTO MUTUO DE SOCIEDADES: ARMONIZACIÓN COMUNITARIA**

En último lugar dentro de este primer capítulo, referente a la caracterización de la libertad de establecimiento, merece la pena examinar cuál es la situación actual de la misma. Para ello, realizaré un breve apunte desde la perspectiva del derecho societario europeo acerca de la carencia de una regulación armonizada completa en esta materia.

En la actualidad, el reconocimiento mutuo directo de sociedades lícitamente constituidas en un Estado Miembro conforme a su legislación, por cualquier otro Estado Miembro de la Comunidad, ha sido reiteradamente defendido y argumentado por el Tribunal de Justicia, existiendo ya doctrina jurisprudencial firme al respecto. Así las cosas es claro que todo Estado Miembro deberá reconocer aquellas sociedades que hayan sido válidamente constituidas conforme el ordenamiento de su Estado de origen.

Para ello, el Tribunal de Justicia ha venido negando en múltiples ocasiones la posibilidad de acogerse al antiguo art. 293 TCE<sup>31</sup> para justificar que, en los casos de traslado de sede sin

---

<sup>28</sup> V. GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, p. 183.

<sup>29</sup> GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 180 y 181; [v. en los mismos términos *ídem*: “La sentencia «Centros»...”, p. 87 y 88; así como Paola RODAS PAREDES: “*La libertad de establecimiento de las personas jurídicas en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*” en pp. 119-139 de V. ROQUE y J.M. EMBID: *El derecho de sociedades en el marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Tomo III, Comares (Granada: 2007), pp. 131 y 132. Del mismo modo usando los mismos términos pero ofreciendo el enfoque doctrinal opuesto SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, pp. 141-143.

<sup>30</sup> GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 177-178; [v. en los mismos términos *ídem*: “La sentencia «Centros»...”, p. 87 y 88 y también en “La libertad de establecimiento...”, p. 137; así como RODAS: “La libertad...”, pp. 131 y 132]. Del mismo modo refiriéndose a los mismos términos pero ofreciendo el enfoque doctrinal opuesto SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, pp. 144 y 145.

<sup>31</sup> Respecto de este precepto, no resulta posible citar el artículo correlativo en la legislación comunitaria actual, pues éste ha resultado derogado, no incluyéndose en el actual TFUE, tal y como puede comprobarse en la *Tabla de correspondencias entre la antigua y la nueva numeración de los Tratados*, [disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0363:0390:ES:PDF>>].

cambio de ley aplicable, y a falta de convenio o acuerdo expreso entre los Estados Miembros de origen y de destino respecto de la previsión de reconocer la personalidad jurídica de la sociedad trasladada conforme al ordenamiento del Estado de origen, fuese posible la negación de la misma<sup>32</sup>. Esta conclusión ha sido defendida por el TJCE estableciendo que, como bien disponía el propio texto del artículo en cuestión, estas negociaciones sólo deberían llevarse a cabo “*en tanto sea necesario*”<sup>33</sup>, cosa que en ningún caso ocurre respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica y la libertad de establecimiento entre sociedades de dos Estados Miembros, dado que este derecho goza de efecto directo pleno<sup>34</sup>, tal como el Tribunal de Justicia reconoció de forma expresa por vez primera en el conocido asunto *Reyners*<sup>35</sup>.

Ahora bien, es cierto que todas estas consideraciones acerca del alcance y pormenores del traslado de domicilio social como manifestación concreta de la libertad de establecimiento no están recogidas por ningún texto comunitario, ni siquiera actualmente. En efecto, si bien es cierto que existió en su momento un *Proyecto de 14ª Directiva Comunitaria* cuyo objetivo era regular el traslado de sede social, ésta no llegó a prosperar<sup>36</sup>, quedando abandonada su tramitación tras haberse presentado por segunda vez ante el Consejo en noviembre de 1997 tras haber sido rechazada una primera redacción de la misma solo algunos meses antes<sup>37</sup>.

Respecto de estos hechos, algunos autores<sup>38</sup> han considerado que tanto el motivo del rechazo del referido proyecto de Directiva, así como el hecho de que no haya vuelto a realizarse ninguna propuesta similar en firme desde entonces, se debe a las dificultades para su aprobación derivadas de la eterna discusión entre defensores del modelo de *sede real* y modelo *de constitución*, así del problema referente al alcance conflictual del art. 54 TFUE, ambos, conflictos ya comentados en este trabajo. Por ello, el legislador comunitario habría preferido dejar este ámbito de regulación en manos del Tribunal de Justicia, quien a través de su jurisprudencia, debería ir configurando el ejercicio de esta modalidad de movilidad societaria de modo que se llevara a cabo respetando el derecho al libre establecimiento, tal y como ha venido efectivamente ocurriendo.

---

<sup>32</sup> V. SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, p. 127.

<sup>33</sup> V. para la expresión, GARCIMARTÍN: “La sentencia «Überseering»...”, p. 669.

<sup>34</sup> V. ÁLVAREZ PÉREZ: “Nuevas perspectivas...”, p. 30.

<sup>35</sup> **STJCE 21-6-1974 (Reyners)**.

<sup>36</sup> V. RODAS: *Libertad de establecimiento*, pp. 64 y 65.

<sup>37</sup> A pesar de que un examen del contenido de la misma permite comprobar que tampoco ésta contenía una regulación demasiado competente ni exhaustiva de algunos problemas como por ejemplo la protección que debía ofrecerse a terceros acreedores o socios minoritarios.

<sup>38</sup> V. RODAS: *Libertad de establecimiento...*, p. 67.



### III. CRITERIOS EMPLEADOS POR EL TJUE

En este segundo capítulo del trabajo examinaré los criterios usados por el TJUE para analizar las medidas estatales restrictivas de la *Libertad de Establecimiento* al objeto de determinar si éstas, pese a suponer una restricción de una libertad fundamental comunitaria, pueden considerarse conformes al derecho comunitario vigente.

#### 1. EL TEST GEBHARD. CONSIDERACIONES GENERALES

Para resolver esa cuestión, nuestro TJUE recurre a la creación un *test* compuesto por cuatro fases o requisitos que deben ser cumplidos cumulativamente. Este sistema es denominado por el propio TJCE como *Test Gebhard*, en referencia a la sentencia<sup>39</sup> del mismo nombre en la que se estableció formalmente este modo de proceder como el método a utilizar en adelante para todos los casos de colisión entre una disposición o principio comunitario y cualquier otra norma<sup>40</sup>. Aunque, finalmente, haya tenido una mayor difusión en los casos relativos al ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la Comunidad<sup>41</sup>.

Pese a todo, haciendo un examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia previa a dicha fecha<sup>42</sup> es posible constatar que los requisitos incluidos en el *test* ya venían siendo usados por el TJCE con anterioridad para casos de esta índole. Si bien, se carecía de procedimiento alguno que implicase el análisis ordenado respecto de cada uno de ellos en todos los casos examinados por el TJCE.

En lo referente a este método han surgido grandes críticas por parte de la doctrina: una primera crítica referida al elevado nivel de rigurosidad en la aplicación del *test* respecto a su utilización en otro tipo de casos en que ninguna de las normas que colisionan son relativas a *libertades fundamentales comunitarias*<sup>43</sup>. Otra, acerca de poca conveniencia de que, a efectos

---

<sup>39</sup> V. **STJCE 30-11-1995 (Gebhard)**.

<sup>40</sup> V. Mads ANDENAS/Stefan ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective”, 42 *Texas International Law Journal* 2007, p. 392; así como Gabriela Isabel ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI: “Las libertades fundamentales reconocidas por la UE, especial referencia a la sentencia Gebhard”, 12-13 *Anuario de la Facultad de Derecho* 1994-1995, pp. 60-62.

<sup>41</sup> *Ídem*, p. 393.

<sup>42</sup> Dos ejemplos relevantes a los que el Tribunal hace referencia expresa en la sentencia *Gebhard* sobre la aparición anterior de las cuatro condiciones que constituyen el referido test son las **STJCE 28-4-1977 (Thieffry)**; y **STJCE 31-3-1993 (Kraus)**.

<sup>43</sup> V. Francis JACOBS: “The role of the European Court of Justice in the protection of the environment”, 18 *Journal of Environmental Law* 2006, p. 198 y ss.

prácticos, el Tribunal de Justicia lleve a cabo una función de naturaleza normativa a través de su jurisprudencia, ejerciendo un *poder cuasi-legislativo*<sup>44</sup>. Y aún una última crítica más acerca del amplio margen de apreciación del que goza el TJUE en sus valoraciones incluso cuando las medidas restrictivas pertenecen a ámbitos del ordenamiento jurídico nacional no sometidos aún al proceso armonizador<sup>45</sup>.

Es precisamente esta última crítica, la que en realidad ha tenido más popularidad y mejor acogida entre la doctrina. Pese a todo, es necesario aclarar que se halla completamente desacreditada por el propio Tribunal de Justicia, quien se ha encargado de recordar que incluso respecto de las materias cuya regulación aún compete de manera exclusiva a los Estados miembros, pesa sobre ellos el *deber de adecuación y respeto de sus ordenamientos al Derecho Comunitario*<sup>46</sup>. De este modo según palabras literales del TJCE, pese a que algunos ámbitos no hayan sido aún objeto de armonización “*no autoriza a un Estado Miembro a negar (...) el disfrute efectivo de las libertades garantizadas en el Tratado*”<sup>47</sup>.

Por otro lado, resulta interesante volver brevemente a la segunda de las críticas expuestas, relativa a que el TJUE podría estar regulando esta materia de forma indirecta mediante sus pronunciamientos en términos distintos a los que el legislador comunitario lo podría haber hecho en caso de que se le hubiera encomendado dicha tarea<sup>48</sup>. Respecto de la misma, conviene comentar que en este caso la crítica no ha prosperado por su propia falta de consistencia. Resulta evidente en este sentido constatar que las líneas seguidas por el Tribunal de Justicia y el legislador comunitario son plenamente armónicas, bastando para ello con un mero examen del acervo comunitario en su conjunto.

Por último, antes de pasar a examinar cada una de las fases del proceso, mencionar que la estructura del *test Gebhard* es la establecida dicha sentencia y la que se sigue usando aún hoy en día para la mayoría de casos. Pese a ello, cabe decir que desde su instauración en 1995 hasta la actualidad podemos encontrar determinados pronunciamiento donde, ya sea por

---

<sup>44</sup> Artūš SPĪGULIS: “Freedom of Establishment: A means of overcoming restrictions on free movement of persons”, 27 *R.G.L. Working Papers* 2005, p.14 [v. con la misma expresión: Fernando ESTEBAN DE LA ROSA: “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, 7 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 2004, p. 382].

<sup>45</sup> V. Norbert REICH: “How proportionate is the proportionality principle?”, 5 *Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Estudos e documentos de trabalho* 2011, p. 15 y ss.

<sup>46</sup> V. **STJCE 15-7-1996 (Costa c. ENEL)**.

<sup>47</sup> V. para la cita, **STJCE 31-3-1993 (Kraus)**.

<sup>48</sup> V. *idem*.

características concretas del ámbito a tratar, o de las circunstancias del caso, el Tribunal de Justicia ha variado ligeramente su esquema.

Asimismo, también es digna de mención la existencia de una corriente doctrinal (si bien no hay autores relevantes de nuestra doctrina que pertenezcan a ella) la cual considera que, atendiendo a la casuística, se puede interpretar que en realidad el Tribunal aplica un test de tres fases: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, con dos prerequisites de justificación y no discriminación<sup>49</sup>. Examinemos primero estos dos últimos.

## **2. PRIMERA FASE: NO-DISCRIMINACIÓN**

Esta primera fase, que algunos autores consideran en realidad como un requisito previo a verificar antes de proceder al test como tal, puede dividirse en tres supuestos: por un lado, que el Tribunal entienda que no existe discriminación alguna en la medida sometida a examen y, por otro, que sí constata la existencia de esta discriminación o desigualdad de trato, pudiendo entonces distinguir entre si la ésta se debe a criterios de nacionalidad o domicilio, o bien a cualquier otro motivo o causa.

Para determinar en cuál de éstos supuestos se debe incardinar el caso que está conociendo, el TJUE procede en primer lugar a examinar la legislación interna del Estado para comprobar si existe en ella un régimen distinto y más favorable que sea de aplicación a situaciones equivalente, u *objetivamente comparables*<sup>50</sup> a las afectadas por la norma controvertida que, atendiendo al “*objetivo de las disposiciones nacionales controvertidas*”<sup>51</sup> como criterio para efectuar dicha comparación, solo se diferencien de las mismas con respecto a que unas se llevan a cabo en el ámbito puramente interno mientras que las otras tienen un componente intracomunitario. En todo caso, de no apreciarse la existencia de ésta situación interna equivalente, entiende el Tribunal que lógicamente no puede darse discriminación alguna<sup>52</sup> y, por tanto, se dará por cumplido el primero de los requisitos del test, pasando el Tribunal de Justicia a la segunda fase del mismo.

---

<sup>49</sup> V. ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, p. 378; o JACOBS: “Free movement...”, p. 110.

<sup>50</sup> Luis María SÁNCHEZ GONZÁLEZ: “Las libertades comunitarias como límite a la capacidad normativa de los Estados Miembros en materia de impuestos directos: la doctrina del Tribunal de Justicia”, 10 *Cuadernos de formación XI Curso Alta especialización en fiscalidad internacional* 2009, p. 97.

<sup>51</sup> STJUE 21-2-2013 (A Oy).

<sup>52</sup> V. *ídem*.

Por el contrario, cuando se compruebe que sí existe la antes referida situación interna más favorablemente regulada, el TJUE se detendrá a comprobar ahora cuál es el factor en el cual se basa dicha diferencia de trato. En caso de que, como se ha dicho, el criterio de la diferencia de trato sea la nacionalidad o lugar de domicilio, esta medida pasará automáticamente a considerarse discriminatoria<sup>53</sup>, sin posibilidad alguna por parte del Estado de alegar justificaciones o motivos, al ser estos dos criterios causas discriminatorias especialmente castigadas por contravenir frontalmente la naturaleza y sentido del Mercado Único.

Finalmente, de encontrarnos en el último de los tres supuestos, es decir, que el Tribunal de Justicia constate que se trata de una norma potencialmente discriminatoria pero cuya diferencia de trato no se base ni en el factor nacionalidad ni domicilio, se procederá a examinar las alegaciones y motivos vertidos por el Estado poseedor de la misma a la luz de los principios comunitarios de trato nacional de sujetos intracomunitarios, igualdad de trato y simetría, así como también en base a la *equivalencia entre ordenamientos*<sup>54</sup> que se predica de las legislaciones internas de los distintos Estados de la UE, y que impide alegar como argumento justificativo de una diferencia de trato el hecho de que algunos Estados Miembros posean normativas con un nivel insuficiente de seguridad jurídica o garantías para terceros<sup>55</sup>. Este principio se basa en que dentro del ámbito del Mercado Único y del Espacio Europeo de libertad seguridad y justicia existen unos estándares mínimos con los que todos los ordenamientos de sus Miembros deben cumplir, asegurando de este modo que sus niveles de tutela sean *equivalentes* a fin de poder ejercer de forma efectiva las libertades comunitarias.

De esta manera, el Tribunal de Justicia podrá concluir, tras aplicar esta valoración al caso, si dicha medida contiene una diferencia de trato discriminatoria o si, por el contrario ésta no vulnera los principios básicos de la UE antes referidos, por no hacerse dicha distinción en base a un criterio puramente arbitrio o discriminatorio.

---

<sup>53</sup> V. SPÍGULIS: “Freedom of Establishment ...”, pp. 15-17. y Dániel GERGELY SZABÓ/Karsten ENGSIG SØRENSEN: “Cross-border conversion of companies in the EU: the impact of the VALE judgment”, 10-33 *L.S.N. Research Paper Series on Nordic & European Company Law* 2013, pp. 8 y 9.

<sup>54</sup> V. para la expresión, GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 181 y 182.

<sup>55</sup> En este sentido V. **STJCE 5-11-2002 (*Überseering*)** como ejemplo de uno de los casos más conocidos en que un Estado (en este caso Alemania) intenta utilizar la argumentación basada en los niveles de protección insuficiente por parte de las legislaciones de otros Estados como justificación a una medida que tenía como consecuencia el no reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad constituida en los Países Bajos y con domicilio en los mismos.

### 3. SEGUNDA FASE: JUSTIFICACIÓN BASADA EN UN OBJETIVO DE IMPERIOSO INTERÉS GENERAL

La segunda fase de este test tiene un carácter puramente teórico. En ella, el Tribunal de Justicia examina el objetivo o causa que fundamente la existencia de la medida restrictiva, y establece si ésta resulta objetivamente fundamentada y posee *suficiente entidad*<sup>56</sup> como para avalar su existencia.

Para ello, como he dicho, El TJUE se limitará a analizar si las causas alegadas por los Estados son causas válidas para fundamentar una restricción de una libertad fundamental. En este sentido, no bastará con que el Estado demuestre que la norma no es arbitraria, ni siquiera que la finalidad de la misma es de interés público. Por contra, dada la relevancia de la norma con la que la medida restrictiva colisiona, se le debe requerir un estándar de justificación reforzado, siendo tan solo validos aquellos motivos que sean de imperioso interés público<sup>57</sup>.

De todos modos, la evolución de este requisito ha ido en favor de una gran flexibilización del mismo. Inicialmente, el criterio aplicado el Tribunal de Justicia sostenía que, dado que el TCE contenía diversos preceptos de dónde podía extraerse un catálogo de restricciones justificadas a la *libre circulación*<sup>58</sup>, solo éstos debían por tanto ser considerados como motivos que poseyeran ese requisito de justificación reforzada e interés general, de modo que una medida basada en cualquier otra causa debía entenderse como injustificada<sup>59</sup>.

Obviamente, procediendo de este modo, se dejaban sin reconocer como motivos suficientemente acreditados muchos objetivos cuya relevancia había sido reiteradamente reconocida tanto a nivel estatal como comunitario. Entre ellos podían citarse, por ejemplo el de impulso y protección de la actividad investigadora o la protección de determinados colectivos, como el de los consumidores.

---

<sup>56</sup> V. Christoph ALLMENDINGER: “Company Law in the European Union and the United States: A Comparative Analysis of the Impact of the EU Freedoms of Establishment and Capital and the U.S. Interstate Commerce Clause”, 1 *William & Mary Business Law Review*, vol. 4 2013, p. 77.

<sup>57</sup> *Ídem*: pp. 77-79.

<sup>58</sup> Catálogo contenido en los art. 30, 46, 55, 58 TCE (actuales 36, 45, 52, 65 TFUE) y que consistía en los motivos de mantenimiento de políticas públicas, seguridad y orden público y salud pública.

<sup>59</sup> **STJCE 20-2-1979 (Cassis de Dijon)**.

Pese a ello, no fue hasta el año 1979 cuando se produjo el punto de inflexión mediante la sentencia *Cassis de Dijon*<sup>60</sup> donde se admitió como motivo suficientemente fundamentado la *transparencia de transacciones comerciales y protección de los consumidores*. A partir de este momento el TJCE dejó abierta la posibilidad de que los Estados miembros poseedores de normas restrictivas pudieran alegar cualquier motivo que considerasen fundado y necesario a fin de justificar que la finalidad de la medida enjuiciada respondía a un *motivo imperioso de interés público*.

Pese a todo, existen determinados objetivos cuya posibilidad de ser calificados como *motivos de imperioso interés general* es denegada por el TJUE incluso hoy en día. Entre ellos los que ha intentado ser alegados en un mayor número de ocasiones por los Estados son aquellos de índole “*puramente económica o recaudatoria*”<sup>61</sup>.

#### **4. TERCERA FASE: ADECUACIÓN DE LA MEDIDA**

Esta fase es considerada por parte de algunos autores como el primer requisito de lo que éstos denominan “*el test de proporcionalidad europeo*”<sup>62</sup>. En ella el TJUE “*analiza la relación causal entre la medida restrictiva con el motivo de interés general analizado desde el plano teórico en la fase anterior*”<sup>63</sup> para así determinar si dicha norma realmente guarda con el motivo alegado una conexión suficiente como para que la existencia de la medida restrictiva pueda justificarse en aras de conseguir dicho objetivo de interés general alegado.

Cabe decir que, pese a que la estructura externa del test se ha mantenido constante, ésta es la fase que probablemente haya sufrido más variaciones a lo largo de los años, sin que por otro lado se trate de un cambio en el contenido de este criterio, sino de una evolución irregular del mismo, dependiendo de los hechos del caso así como del ámbito en que se aplicaba el test.

De este modo, mientras que ha sido línea jurisprudencial constante que el TJCE haya analizado el requisito de idoneidad de la medida, en ocasiones también ha añadido un segundo parámetro más restrictivo, al cual el propio Tribunal de Justicia se refiere como

---

<sup>60</sup> *Ídem*.

<sup>61</sup> VILLAR EZCURRA: “El impacto...”, p. 99. y REICH: “How proportionate...”, p. 13.

<sup>62</sup> Consistente en la concurrencia de las condiciones o requisitos de idoneidad de la medida, necesidad de la medida y proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>63</sup> ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, p. 387.

“*eficacia*”<sup>64</sup> y que ha venido apareciendo con algo más de asiduidad en los razonamientos del Tribunal de Justicia a partir de la conocida sentencia *Inspire Art*<sup>65</sup>, aunque había sido usado anteriormente en alguna otra ocasión, como por ejemplo en el caso *Crispoltoni*<sup>66</sup>.

Respecto del primero de los parámetros, el Tribunal de Justicia identifica la idoneidad con un nexo causal entre la medida y su finalidad justificativa. Mediante el examen de una y otra debe poder inferirse que las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma contribuyen a la consecución del objetivo alegado, ya que si ni siquiera teóricamente se puede llegar a razonar que dicha medida pueda implicar una mejor consecución de la finalidad de interés público, es “*ilógico e irracional que se pretenda fundamentar su existencia en dicho objetivo*”, por lo que la medida en cuestión sería una restricción de la *Libertad de Establecimiento* totalmente injustificada y, por tanto, inválida.

Ahora bien, es completamente plausible que teóricamente se dé dicha relación causal pero que posteriormente, en su puesta en práctica, ésta no acabe ocurriendo. En estos casos por lo tanto, aunque teóricamente la medida parecía idónea para conseguir la finalidad de interés general cuando fue diseñada, al realizar un examen de las consecuencias de su puesta en práctica desde su entrada en vigor hasta el momento en que es impugnada ante el TJUE, se demuestra que resulta ineficiente para contribuir a alcanzar el objetivo que la justifica, por lo tanto, también en este caso se consideraría que es una medida inválida.

Un último aspecto importante es determinar el criterio que debe seguirse para entender que la medida resulta eficaz; si basta con que se demuestre que su aplicación contribuye a la consecución del objetivo que la fundamenta o si, por el contrario, dado que se exige una justificación reforzada, es necesario que la medida sea tan relevante para la consecución del

---

<sup>64</sup> La casuística en la que el Tribunal de Justicia ha venido solicitando este requisito no es muy abundante, y casualmente la mayoría de casos se han llevado a cabo respecto de medidas pertenecientes a los Países Bajos, lo cual ha producido algunos problemas respecto a la traducción de la denominación de este parámetro, dado que las versiones inglesas de las sentencias lo traducen indistintamente como *eficacia* (*efficacy*) o *efectividad* (*effectiveness*) lo cual ha dado lugar a algunos problemas y discusiones doctrinales al respecto, dado que los autores ingleses y anglosajones en ocasiones utilizan para dicho parámetro el término *efectividad*, aplicándole unas connotaciones de validez o legalidad que no contiene el concepto “*eficacia*” que es como se ha traducido el requisito del original neerlandés a las traducciones españolas, francesas, italianas y de la mayoría de otras lenguas de la UE, por lo cual será de esta forma (mediante la denominación “*eficacia*”) como nos referiremos a éste requisito en el presente trabajo.

<sup>65</sup> STJCE 30-9-2003 (*Inspire Art*).

<sup>66</sup> STJCE 5-10-1994 (*Antonio Crispoltoni*).

interés general alegado que se la pueda considerar como el *medio mediante el cual* se protege dicho interés, cuestión que tiene a la doctrina dividida.

En cuanto a la casuística del Tribunal de Justicia, pese a que en este aspecto no sigue una línea clara, en general considera suficiente que la aplicación de la medida colabore de manera sustancial en la consecución del objetivo<sup>67</sup>, ya que debe aceptarse un margen de error *ex ante*<sup>68</sup> por parte del legislador estatal al determinar el grado de incidencia de la medida creada para conseguir el objetivo que quiere lograrse. Ahora bien, en los casos en que se trata de colisiones con derechos o libertades fundamentales<sup>69</sup> del Tratado, como lo es la *Libertad de Establecimiento*, podemos comprobar que el criterio del Tribunal de Justicia se endurece notablemente, exigiendo que la medida tenga una incidencia tal que prácticamente pueda considerarse el medio mediante el cual este va a conseguirse.

## 5. CUARTA FASE: PROPORCIONALIDAD

Esta última fase, denominada también como “*proporcionalidad stricto sensu*”<sup>70</sup> se compone, si seguimos la estructura clásica del test Gebhard, por dos elementos o parámetros, por un lado, el elemento característico de esta fase, consistente en un ejercicio de ponderación por parte del Tribunal de Justicia y, por otro el cumplimiento de un estándar de necesidad<sup>71</sup>, más conocido como “*less restrictive test*”<sup>72</sup>.

Este segundo elemento, el test de necesidad, no se examina en todos los casos sometidos a examen por parte el TJUE. Ahora bien, cuando sí lo hace, el Tribunal lo examina en primer lugar, siendo siempre la ponderación entre la restricción efectuada por la medida y el grado de consecución del interés general, el último paso que llevará a cabo el TJUE en el desarrollo de este test de cuatro fases.

Respecto del requisito de necesidad, este *less restrictive test* consiste en determinar si la medida enjuiciada, además de estar justificada y ser eficaz, resulta la vía menos gravosa

---

<sup>67</sup> STJCE 28-9-2006 (*Ahokainen y Leppik*).

<sup>68</sup> ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, p. 387. Y en la jurisprudencia europea, de entre las distintas sentencias en que el TJCE se ha pronunciado en este sentido, sirva de ejemplo la STJCE 5-10-1994 (*Antonio Crispoltoni*).

<sup>69</sup> STJCE 23-11-1999 (*Arblade*).

<sup>70</sup> ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, pp. 378, 388.

<sup>71</sup> V. *idem*, p. 378.

<sup>72</sup> Tor-Inge HARBO: “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, 2 *European Law Journal* 2010, p. 165; REICH: “How proportionate...”, pp. 16 y 17.



mediante la cual podía obtenerse dichos resultados, atendiendo a las circunstancias concretas del caso<sup>73</sup>. Para saber si una medida cumple este estándar, el TJUE formula respecto de la misma dos preguntas: en primer lugar se pregunta si existe una medida igual de efectiva que implique una menor restricción de la *Libertad de Establecimiento* y, de no ser así, pasa a examinar si en ese caso, y partiendo de que no puede evitarse una cierta restricción a dicha libertad, podría existir otra medida que con ese mismo grado de incidencia sobre la *Libertad de Establecimiento* pueda contribuir en mayor medida a la consecución del objetivo de imperioso interés general que justifica la existencia de la norma controvertida<sup>74</sup>.

Por ello, llegados a este punto del test, aunque el Tribunal de Justicia se encuentre ante una norma que podría darse como válida, si se contesta favorablemente a alguna de las dos preguntas antes expuestas, se considera que la medida adoptada por el Estado no es *necesaria* en el sentido de que *existirá otra menos gravosa*, ya sea desde el punto de vista de la libertad vulnerada o del objetivo de interés general que pretende alcanzarse<sup>75</sup>.

Se trata, por tanto, de un análisis para el caso concreto: se examina si es necesario que para conseguir esos resultados en esas circunstancias deba aplicarse *esa medida en concreto*<sup>76</sup>, considerando el Tribunal de Justicia que no se tendrá por cumplido este requisito cuando pese a ser una medida justificada, adecuada y no discriminatoria, no sea también la menos restrictiva, o aquella que suponga un *impacto menor*<sup>77</sup> para la libertad afectada<sup>78</sup>.

Finalmente, si la medida también ha superado el *test de necesidad*, o si se trata de uno de los casos en que el Tribunal no lo aplica, se pasara por último a realizar la ponderación entre la

---

<sup>73</sup> V. JACOBS: “The role of the European Court ...”, p. 197. y Leigh HANCHER/Wolf SAUTER: “One foot in the grave or one step beyond? From *Sodemare* to *DocMorris*: The EU’s freedom of Establishment case law concerning healthcare”, 20 *T.I.L.E.C. Discussion Paper* 2009 [disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1429315>>]. Por otro lado, de entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se puede citar a título de ejemplo, entre otras, la **STJCE 1-2-2001 (*Mac Quen*)**.

<sup>74</sup> V. *idem*, p. 197.

<sup>75</sup> V. HARBO: “The Function of the Proportionality...”, pp. 173-174. y Walter VAN GERVEN (Abogado General): “Conclusiones sobre el caso «Van den Burg»” [disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96649&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2853187>>] p. 2158, parr. 10. Asimismo también se ha venido expresando en esta misma dirección el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, sirva de ejemplo la **STJCE 10-5-1995 (*Alpine Investments*)**.

<sup>76</sup> V. ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, p. 388.

<sup>77</sup> “*Least onerous effect*” según palabras del TJCE en la sentencia **STJCE 13-11-1990 (*Fedesa*)**.

<sup>78</sup> El TJCE ha declarado en varias ocasiones inválidas las medidas que se le sometían a examen basándose en este razonamiento, entre otros ejemplos la **STJCE 20-5-1976 (*Peijper*)**.

*Libertad de Establecimiento*, el objetivo de interés general, y la incidencia tanto positiva como negativa, de la media controvertida<sup>79</sup> sobre cada uno de ellos.

Resulta pacífico entre la doctrina considerar ésta ponderación como la fase decisiva y más relevante de todo el proceso. Cabe decir que, para realizar este examen, el Tribunal de Justicia no se basa en parámetros o criterios sustantivos<sup>80</sup> sino que obviamente, deberá atender a las circunstancias del caso para ver cuál es la solución más beneficiosa globalmente, de modo que las restricciones a la libertad vulnerada que supone la aplicación de la medida que se examina “no excedan los límites de lo que podría considerarse apropiado para poder alcanzar los objetivos legítimos de interés general perseguidos por la norma en cuestión”<sup>81</sup>, tratando de lograr lo que doctrinalmente se ha venido conociendo como *fair balance*<sup>82</sup>. En este sentido este procedimiento, ha sido considerado por algunos autores como un “*elemento procesal*”<sup>83</sup> dentro del test Gebhard.

El resultado del mismo, por tanto, es la prevalencia de una de las dos opciones pero siempre vinculada a las circunstancias concretas del caso. Esto ha ocasionado que algunos autores consideren que una mera “*prevalencia condicionada al caso*”<sup>84</sup> y no una prevalencia absoluta de uno de los dos valores en pugna resulta una base insuficiente para que de ello se derive una consecuencia tan grave como sería la invalidez o incompatibilidad de una norma estatal.

## **IV. EXAMEN DE LAS RESTRICCIONES**

### **1. RESTRICCIONES DE NATURALEZA FISCAL**

Dentro de esta categoría se examinarán cuatro grupos de casos distintos: los relativos a Exit Taxes, al pago de plusvalías latentes, a las problemáticas derivadas de la deducción de minusvalías y al trato diferenciado para la concesión de intensivos o ventajas fiscales.

---

<sup>79</sup> Así define el TJCE dicha ponderación en la **STJCE 16-12-1992 (*Stroke-on-Trent*)**.

<sup>80</sup> V. ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, p. 378.

<sup>81</sup> **STJCE 21-10-1999 (*Questore di Verioa v. Zenatti*)**; y **STJCE 13-11-1990 (*Fedesa*)**.

<sup>82</sup> SALES, P./HOOPER, R: Proportionality and...; p. 119. Asimismo, utilizando este mismo término y haciendo referencia a los autores anteriores ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, p. 390.

<sup>83</sup> ANDENAS/ZLEPTNIG: “Proportionality: WTO Law...”, p. 378.

<sup>84</sup> *Ídem*.

Respecto de esta categoría debemos recordar que la materia de fiscalidad no está sometida aun a armonización, de modo que este ámbito queda a discreción del legislador nacional, motivo por el que el Tribunal de Justicia no exige a los Estados que deban mantener políticas fiscales completamente neutras siempre y cuando estas observen el deber general de adecuación de la legislación propia respecto del derecho comunitario<sup>85</sup> que pesa sobre todos los Estados Miembros de hecho es precisamente este principio el que da legitimidad al Tribunal para que pueda conocer sobre las restricciones que se dan en normas pertenecientes a este ámbito de la legislación nacional<sup>86</sup>.

Por otro lado, mencionar que, en numerosos aspectos de esta categoría el Tribunal de Justicia resuelve basándose en su jurisprudencia anterior, la cual en muchas ocasiones se refiere a casos concernientes a la misma problemática pero relativos a personas físicas<sup>87</sup>, ya que ha sido habitual que en la materia fiscal se aplicarán extensivamente los razonamientos elaborados para éstas a la resolución de litigios referentes a sociedades<sup>88</sup>. Pese a todo, existen también aspectos en que el Tribunal sostiene una línea jurisprudencial propia y distinta para las personas jurídicas, tal y como se verá.

### 1.1. “Exit Taxes”

La primera subcategoría sometida a examen consiste en el establecimiento de impuestos por parte del Estado de origen de la sociedad cuando ésta decide abandonar su territorio, ya sea a través de un traslado de sede o mediante una transformación o fusión transfronteriza.

---

<sup>85</sup> V. GERGELY/ENGSIG: “Cross-border...”, p. 9; así como Massimo V. BENEDETTELLI: “Sul trasferimento della sede sociale all'estero”, 6 *Rivista della società*, 2010, pp. 1268-1273, y también PRATS JANÉ: *Evolución del derecho societario*, pp. 46 -50.

<sup>86</sup> V. Rafael ARENAS GARCÍA: “Transferencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa: Derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento, «Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, As. C-371/10, National Grid Indus BV e Inspecteur Van De Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam»” (2010) [disponible en: <<http://blogs.uab.cat/adipr/files/2012/02/Comentario-STJUE-de-29-de-noviembre-de-2011-Rafael-Arenas.pdf>>]; y VELASCO/ SÁNCHEZ FELIPE: “La libertad...”, pp. 18-21. Existe asimismo numerosa jurisprudencia en este mismo sentido, sirvan de ejemplo las **STJCE 15-5-1997 (Futura)**; **STJCE 18-11-1999 (X AB y Y AB)**; **STJCE 14/12/2000 (AMID)**; **STJCE 11-3-2004 (Lasteyrie du Saillant)**; **STJCE 10-3-2005 (Laboratoires Fournier)**; **STJCE 7-09-2006 (N)**; y, por acabar, **STJCE 13-3-2008 (Comisión c. España)**.

<sup>87</sup> Siendo las más relevantes las **STJCE 15-5-1997 (Futura)**; **STJCE 14-12-2000 (AMID)**; **STJCE 11-3-2004 (Lasteyrie du Saillant)**; y **STJCE 7-09-2006 (N)**.

<sup>88</sup> V. José Miguel MARTÍN RODRÍGUEZ: “Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, 4 *Quincena Fiscal Aranzadi* 2012, pp. 32-35.

En este ámbito, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta dos factores para determinar que los impuestos de salida como tipo o categoría de medida que pueda imponerse a una sociedad a la salida del territorio nacional son válidos.

Por un lado parte de la base de las consideraciones vertidas en la conocida sentencia *Daily Mail*<sup>89</sup> y sostenidas posteriormente en otras como *Centros*<sup>90</sup> o *Cartesio*<sup>91</sup>, entre otras. En ellas, el Tribunal de Justicia haya reconoce la admisibilidad de la figura de las “*Exit Taxes*” basándose en la facultad de cada Estado de exigir los requisitos que considere razonablemente convenientes para permitir la salida de una sociedad nacional al extranjero cuando ésta quiera mantener la nacionalidad de dicho Estado<sup>92</sup>.

Por otro, dicho Tribunal también tiene en cuenta el ámbito al cual pertenecen estas medidas ya que, en efecto, la regulación fiscal constituye una de las materias cuya regulación queda, al menos por el momento, en manos del legislador interno de cada uno de los Estados<sup>93</sup>. Siempre teniendo en cuenta, por supuesto, la observancia del ya mencionado *deber de adecuación de los ordenamientos internos al derecho comunitario*.

Ahora bien, estos razonamientos no implican, a juicio del Tribunal, que deba reconocerse al legislador nacional una total libertad para la configuración del régimen y características concretas de las *Exit Taxes* exigidas en su territorio. Es más, pese a partir de estas dos premisas, el Tribunal de Justicia sostiene que, dependiendo de su contenido y condiciones de aplicación, un determinado impuesto de salida puede considerarse contrario al ordenamiento comunitario. Por ello, estima que esta problemática requiere el examen caso por caso del contenido y condiciones de devengo de cada impuesto de salida en concreto a fin de valorar si constituye una restricción compatible con la *Libertad de Establecimiento* o no.

Es en esta categoría de casos precisamente, en que, debido a la materia a la cual pertenecen las medidas restrictivas, el TJUE ha sido especialmente cuidadoso en cuanto a no considerar como justificación suficiente todo aquel motivo de carácter puramente económico o

---

<sup>89</sup> STJCE 27-9-1988 (*Daily Mail*).

<sup>90</sup> STJCE 9-3-1999 (*Centros*).

<sup>91</sup> STJCE 16-12-2008 (*Cartesio*).

<sup>92</sup> No siendo así cuando el traslado implique un cambio de ley aplicable y la sociedad pase a tener la nacionalidad del Estado de destino.

<sup>93</sup> V. ARENAS: “Transferencia intraeuropea...”, pp. 6-13.

recaudatorio, ni aun en periodos de extrema dificultad económica del Estado en cuestión<sup>94</sup>. Cabe decir que esto resulta ciertamente sorprendente, ya que la finalidad de *evitar la disminución de los ingresos fiscales en el ámbito nacional* sí que había sido un motivo de justificación ocasionalmente admitido en casos referentes a personas físicas<sup>95</sup>.

En contraposición, son básicamente dos las principales causas que el Tribunal de Justicia ha considerado como suficientemente cualificadas como para justificar estas medidas: la *voluntad de evitar situaciones de doble imposición y el mantenimiento del principio de territorialidad fiscal a través del efectivo reparto de su carga entre los distintos Estados Miembros*.

En este sentido un aspecto sobre el cual tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión han tenido que pronunciarse en reiteradas ocasiones consiste en la opción de aplazar el pago inmediato de dichos impuestos en el momento de abandono del Estado mediante la prestación de garantía o caución suficiente, posibilidad que el TJCE había considerado en el ámbito de las personas físicas que no hacía desaparecer la restricción a la *Libertad de Establecimiento*<sup>96</sup>. Por este motivo inicialmente se aplicó extensivamente esta consideración también a los casos de sociedades, exigiendo que se permitiera el aplazamiento de pago sin prestación de garantía alguna, lo que suponía que posteriormente el Estado tuviera que llevar a cabo un completo seguimiento de la actividad de la empresa en el Estado de destino para verificar que no llevaba a cabo conductas elusivas del pago del tributo<sup>97</sup>. Esta forma de proceder generaba cuantiosos gastos administrativos, motivo por el cual finalmente en el caso *National Grid*<sup>98</sup> el Tribunal de Justicia cambió su orientación jurisprudencial afirmando que, para las personas físicas, sí que se consideraba válido y que no suponía una restricción a la *Libertad de Establecimiento*, la exigencia de una caución o garantía similar para el caso de que la sociedad que efectuaba el traslado quisiera solicitar un aplazamiento del momento de pago efectivo de los impuestos de salida exigidos por su Estado de origen.

---

<sup>94</sup> Sirvan de ejemplo de intentos por parte de los Estados de alegar estas causas como motivos justificativos de las medidas restrictiva las **STJCE 16-7-1998 (ICI)**; y **STJCE 11-3-2004 (Lasteyrie du Saillant)**.

<sup>95</sup> V. **STJCE 28-1-1992 (Bachmann)**.

<sup>96</sup> V. COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al CESE «La coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior»” [COM (2006) 823 final] de 19-12-2006 y no publicada en el Diario Oficial [disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0823:FIN:es:PDF>>].

<sup>97</sup> V. ARENAS: “*Transferencia intraeuropea...*”, pp. 48-50.

<sup>98</sup> **STJUE 29-11-2011 (National Grid)**.

## 1.2. Exigencia de liquidación de plusvalías latentes.

En este segundo grupo, se examinarán las medidas relativas a la exigencia de pago de las plusvalías que aún no se encuentren realizadas como consecuencia del abandono del territorio del país de origen de la sociedad.

El TJUE ha establecido respecto de este grupo de casos que las medidas restrictivas en cuestión podrían considerarse plenamente justificadas por el ya conocido motivo de reparto de la potestad tributaria y fiscal entre los Estados Miembros, si bien también en este grupo ha inadmitido aquellas cuya única justificación se fundamentase en motivos de interés económico o recaudatorio<sup>99</sup>. Por otro lado, la doctrina<sup>100</sup> ha considerado que, aunque el Tribunal de Justicia nada haya dicho al respecto, a diferencia del supuesto relativo a los Exit Taxes, también respecto de este segundo grupo de medidas tienen un peso importante las consideraciones de carácter práctico relativas a la enorme carga administrativa derivada de la pérdida total de vínculo entre la sociedad y el Estado de origen que supondría para éste el tener que controlar la actividad de la sociedad trasladada en el territorio de destino hasta el momento en que estas plusvalías se hicieran efectivas, para proceder entonces a su cobro<sup>101</sup>.

Haciendo ahora referencia al aspecto especialmente problemático del momento de exigencia del pago de dichas plusvalías, el Tribunal de Justicia ha establecido que, para que el cobro inmediato las plusvalías latentes en el momento de partida sea compatible con el Derecho Europeo, el Estado debe haber ofrecido como alternativa a la sociedad la suspensión del pago de estas cantidades hasta su efectiva realización; siempre y cuando sea entonces la propia sociedad, y no el Estado de origen, quien se haga cargo de cumplir con todas las cargas administrativas de seguimiento e información periódica<sup>102</sup>.

Finalmente, mencionar brevemente que en la consideración de esta categoría de medidas como restricciones compatibles con la *Libertad de Establecimiento*, el Tribunal ha considerado que también concurren el resto de requisitos necesarios del *test Gebhard*,

---

<sup>99</sup> V. Emilio CENCERRADO MILLÁN: “La compatibilidad con el derecho comunitario de las normas antiabuso basadas en el principio de independencia. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2010 (asunto C-311/08), Societé de gestion industrielle S.A. «S.G.I.»”, 327 *Noticias de la Unión Europea* 2012, pp. 42 y 44.

<sup>100</sup> V. ARENAS: “Transferencia intraeuropea...”, pp. 7-8; Daniel DEÁK: “Cartesio: a step forward in interpreting the EC Freedom to Emigrate”, 6 *Tax Notes International* 2009, pp. 496-497; o MARTÍN RODRÍGUEZ: “Los impuestos...”, p. 47 y 48.

<sup>101</sup> V. STJCE 13-12-2005 (*Marks and Spencer*).

<sup>102</sup> V. STJUE 29-11-2011 (*National Grid*).

habiéndose demostrado que se trata de medidas eficientes para conseguir el referido motivo de reparto de la potestad tributaria entre los Estados y sin que pueda apreciarse discriminación, por entender el Tribunal de Justicia que el factor de que la sociedad saliente pierda el vínculo con su Estado de origen hace que esta situación no pueda considerarse equiparable ni objetivamente comparable con ninguna de las que se dan en el ámbito interno<sup>103</sup>.

### **1.3. Negativa a la deducción de minusvalías**

En este tercer grupo encontramos todas aquellas disposiciones que impiden a las sociedades que pretenden abandonar su Estado de origen que deducir las correspondientes minusvalías en las cantidades que deben pagar como consecuencia de este abandono del Estado de partida.

En esta categoría nos encontramos con que el Tribunal sigue para los casos relativos a sociedades un razonamiento totalmente opuesto al que sostiene respecto de las personas físicas<sup>104</sup>: Efectivamente, mientras que para los particulares el TJUE considera contrario a los Tratados el no tener en cuenta las minusvalías futuras que pudieran darse en el patrimonio de los mismos, no existe obligación equivalente para el Estado de origen cuando es una sociedad el sujeto que realiza el abandono del territorio.

En este sentido, el TJUE considera que pese a que ambas categorías de sujetos quedarían equiparados en el ejercicio de las *libertades comunitarias* por el art. 54 TFUE<sup>105</sup> es admisible la aplicación de regímenes distintos a unos y otros cuando estas diferencias estén justificadas. En efecto, el Tribunal de Justicia considera que, para los casos que ahora se analizan, esta diferencia se justifica por la distinta forma en que se ambos grupos se benefician de la *Libertad de Establecimiento*, entendiéndose que en el caso de las sociedades esta libertad tiene unas implicaciones lucrativas<sup>106</sup>, mientras que no tiene por qué ser así respecto de la salida del territorio de un particular.

---

<sup>103</sup> V. así **STJCE 27-9-1988** (*Daily Mail*); **STJCE 13-12-2005** (*Marks and Spencer*); o, más tarde, en igual sentido, **STJCE 29-11-2011** (*National Grid*).

<sup>104</sup> La argumentación y fallo sobre este tipo de medidas en lo que se refiere a contribuyentes persona física tiene como uno de sus ejemplos más relevantes la **STJCE 7-9-2006** (*N*).

<sup>105</sup> Antiguo art. 48 TCE.

<sup>106</sup> V. ARENAS: “Transferencia intraeuropea...”, p. 11.

Por este motivo, tanto el TJUE como la Comisión<sup>107</sup> consideran que estas minusvalías ya se tendrán en cuenta, en caso de producirse, en los pagos que las sociedades realicen tras el traslado en sus respectivos Estados de acogida<sup>108</sup>.

Además, para el caso de que se trate de deducciones por parte de la sociedad absorbente en el marco de una fusión transfronteriza, el Tribunal de Justicia aborda una segunda línea argumental, además de la que acaba de exponerse, para justificar la admisión de este tipo de medidas restrictivas, fundamentándolas en su adecuación al fin de imperioso interés general comunitario de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados Miembros, al considerar que *“reconocer a las sociedades la facultad de optar porque se tomen en consideración sus pérdidas en el Estado Miembro de su establecimiento o en otro Estado Miembro pondría en grave peligro el reparto de la potestad tributaria entre los Estados, en la medida en que se modifican las bases imponibles, por el valor de las pérdidas transferidas, esos dos Estados”*<sup>109</sup> pudiendo llegarse incluso a correr el riesgo de incurrir en situaciones de doble imputación de pérdidas o evasión fiscal<sup>110</sup>.

#### **1.4. Condiciones especiales en incentivos fiscales**

En este grupo se incluyen las medidas mediante las cuales los Estados imponen unas condiciones para la obtención de determinadas ventajas o beneficios fiscales cuyo contenido es más favorable respecto de las sociedades nacionales residentes en dicho territorio.

Muchos Estados, al configurar sus normas relativas a la obtención de beneficios fiscales incluyen medidas de carácter proteccionista que impliquen una mayor posibilidad para acceder a ellas por parte de las sociedades nacionales residentes en su territorio, lo cual implica una diferencia de trato para el resto de sociedades de otros Estados Miembros que también operan en ese territorio ya sea directamente o mediante filiales u establecimientos secundarios, y ven disminuidas sus posibilidades de obtener esas mismas ventajas.

---

<sup>107</sup> V. COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al CESE «Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo»” [COM (2006) 824 final] de 19-12-2006 y no publicadas en el Diario Oficial [disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0824:FIN:es:PDF>>].

<sup>108</sup> V. MARTÍN RODRÍGUEZ: “Los impuestos...”, pp. 47 y 48.

<sup>109</sup> STJUE 21-2-2013 (A Oy).

<sup>110</sup> V. *idem* así como también STJCE 13-12-2005 (Mark & Spencer).



Es destacable que, a diferencia de lo que ocurría respecto de los otros tipos de regulaciones examinadas hasta el momento, en este supuesto el TJUE ha seguido una clara línea jurisprudencial hasta la actualidad<sup>111</sup>. En este sentido, el Tribunal de Justicia las considera un supuesto de medida discriminatoria por razón de nacionalidad y residencia, siendo éstos los dos criterios de discriminación más gravemente castigados, haciendo que ni siquiera le sea posible al Estado en cuestión realizar legaciones para justificar la existencia de tales normas.

De toda manera, el Tribunal de Justicia ha aclarado que, tampoco en el caso de que no se diera el requisito de discriminación por razón de nacionalidad se acabaría concluyendo la validez de estas medidas, pues el motivo de *incentivar y promocionar las actividades investigadoras*, alegado por los Estados para fundamentar estas medidas resulta totalmente incompatible con una regulación de carácter proteccionista, dado que precisamente éste es uno de los objetivos incluido en los Tratados como causa protegida y promovida por la UE para la consecución de la cual es necesaria la cooperación entre Estados Miembros en el seno del Mercado Único para así conseguir alcanzar por parte de cada Estado “*la potencialidad del mercado interior, mediante la total eliminación de obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación*”<sup>112</sup> de modo que requeriría la creación de medidas completamente opuestas a aquellas que impliquen una restricción a las *libertades de Circulación o Establecimiento*.

## **1.5. Deducción de pérdidas intragrupo**

Dentro de la categoría de las restricciones de naturaleza fiscal y en lo referente a regulaciones relativas a grupos de sociedades, nos encontramos ante aquellas normas que aplican distintos regímenes para la deducción de las pérdidas de las filiales o sucursales por parte de la sociedad matriz. En estos casos, el TCE estableció desde sus inicios un trato distinto en determinados aspectos según si estas deducciones pretendieran hacerse aspecto de filiales o de sucursales, por lo cual se realizará un análisis separado de ambos casos.

### **1.5.1. Pérdidas por parte de filiales**

La problemática esencial en cuanto a restricciones de la *Libertad de Establecimiento* en el ámbito de los grupos de empresa es la relativa a la deducción de las pérdidas de las

---

<sup>111</sup> Sirvan de ejemplo la **STJCE 10-3-2005** (*Laboratoires Fournier*); o también la **STJCE 13-3-2008** (*Comisión c. España*).

<sup>112</sup> **STJCE 15-5-1997** (*Futura*).

sociedades filiales residentes en otros Estados Miembros por parte de la matriz, independientemente de qué modelo de tributación de grupos posea el Estado en cuestión<sup>113</sup>.

Estas dificultades se ven agravadas en aquellos casos en que el grupo consta de subfiliales, y éstas no residen en el mismo Estado que la filial que las dirige, sino en uno distinto, ya sea el de la sociedad matriz o un tercer Estado integrante de la UE.

Respecto de estos supuestos, el TJUE ha venido manteniendo una línea jurisprudencial unitaria, según la cual ha considerado injustificadas las normas que impidan o dificulten en exceso la posibilidad de llevar a cabo estas deducciones entre sociedades integrantes del mismo grupo por considerar que se estaría vaciando de contenido la noción de Mercado Único<sup>114</sup>, conclusión que el Tribunal de Justicia aplica incluso en los supuestos de subfiliales residentes en Estados distintos tanto del de la filial que la controla como de la matriz.

Ahora bien, pese a lo que acaba de exponerse, es necesario precisar que el Tribunal de Justicia realiza también una importante salvedad en el caso *X-Holding*<sup>115</sup> creando doctrina jurisprudencial al respecto. En esta sentencia establece que, pese a que la prohibición total de compensación de pérdidas resulta contraria al ordenamiento comunitario, sí que es posible que el Estado de la matriz imponga algunas condiciones para permitir que se realicen las deducciones conforme a su derecho de manera que, de no darse sí que sería permisible que el Estado en cuestión le denegara a la matriz del grupo deducirse las pérdidas de sus filiales. El Tribunal de Justicia precisa además cuáles son estas condiciones, refiriéndose a dos requisitos que ya había nombrado en algunas ocasiones en su jurisprudencia anterior<sup>116</sup>: que las pérdidas a compensar tengan carácter definitivo, y que la filial haya intentado previamente y sin éxito compensar las mismas mediante alguno de los mecanismos que a tal efecto posea la legislación del Estado de su domicilio.

### **1.5.2. Pérdidas por parte de sucursales y otros establecimientos secundarios.**

En este caso, el Tribunal de Justicia considera que dado que la norma general establecida para los casos relativos a filiales es la admisibilidad de la compensación de pérdidas, con más

---

<sup>113</sup> Al respecto, cabe decir que el ámbito europeo básicamente se distinguen tres modelos distintos en cuanto a tributación de grupos: la consolidación fiscal, la puesta en común de los resultados del grupo y la transferencia de pérdidas intra-grupo.

<sup>114</sup> V. STJCE 27-11-2008 (*Société Papillon*).

<sup>115</sup> STJUE 25-2-2010 (*X-Holding*).

<sup>116</sup> V. STJCE 13-12-2005 (*Mark Spencer*).

razón aún debe admitirse ésta en el caso de las sucursales, dado que se trata de entes sin personalidad jurídica propia y, por tanto, los patrimonios de las mismas se encuentran directamente vinculados con el de su matriz.

Ahora bien, también respecto de las sucursales existen salvedades. En concreto a través de la aplicación por parte del Tribunal de Justicia de las consideraciones referentes a los casos sobre personas físicas, en especial de los argumentos sostenidos en el caso *Futura*<sup>117</sup>, el Tribunal de Justicia admite que el Estado de domicilio de la sucursal pueda negarse a que estas deducciones se lleven a cabo de acuerdo a su legislación cuando nos encontremos ante un supuesto de movilidad de establecimientos secundarios si las pérdidas sufridas que pretenden compensarse no guardan relación alguna con los beneficios percibidos por dicha sucursal desde que esta reside en su territorio.

Por el contrario, no existe una posibilidad semejante para el Estado de domicilio de la matriz, que deberá permitir en todo caso que las deducciones se lleven a cabo con arreglo a su legislación y en las mismas condiciones que se aplican a los supuestos de compensación de pérdidas en grupos de empresa donde todos los entes del grupo se encuentran en el interior del territorio del Estado<sup>118</sup>. Esta obligación persiste incluso en los casos en que la sucursal en cuestión esté tributando en dicho Estado como no residente, siempre y cuando no se trate de pérdidas que pertenezcan a un ejercicio en que ésta sucursal haya estado exenta de tributación en su Estado de domicilio<sup>119</sup>. Asimismo, también son de aplicación aquí las dos condiciones ya expuestas en el apartado anterior respecto de las filiales de que no se trate de pérdida meramente temporales u que dicha sucursal hay intentado previamente y sin éxito deducir dichas pérdidas en su Estado de residencia.

Finalmente el TJCE establece la obligación, como medida de cautela para el Estado de la matriz, que en estos casos se articule una *cláusula de recaptura*<sup>120</sup> que permita la reversión de las pérdidas de la sucursal intracomunitaria cuando ésta genere de nuevo beneficios<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> **STJCE 15-5-1997 (*Futura*)**.

<sup>118</sup> V. Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS: "La compatibilidad del principio de simetría en la aplicación del método de exención con la libertad de establecimiento, comentario a la sentencia del TJCE 15 de mayo de 2008, asunto Lidl Belgium (C-414/06)", 128 *Crónica Tributaria* 2008, p. 176 y 177; asimismo también encontramos numerosos ejemplos de jurisprudencia donde el TJCE se pronuncia en este sentido. Entre otras: **STJCE 14-12-2000 (*AMID*)**; y **STJCE 28-2-2008 (*Deutsche Shell*)**.

<sup>119</sup> V. **STJCE 15-5-2008 (*Lidl Belgium*)**.

<sup>120</sup> V. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA: "Consideración fiscal..." COM (2006) 824 final de 19-12-2006.

## 2. RESTRICCIONES DE CARÁCTER SOCIETARIO

Pese a que respecto del ámbito societario sí que existe una cierta armonización comunitaria, ésta solo afecta a aspectos concretos del mismo, dejando multitud de rasgos esenciales de esta materia a discreción del legislador nacional.

Como ya se ha expuesto, el propio Tribunal estableció en la sentencia *Daily Mail*<sup>122</sup> la premisa de que las sociedades son entes cuya creación está vinculada al ordenamiento jurídico constitución, mientras que su existencia posterior se debe al del Estado de su nacionalidad, por lo que es completamente lícito que los Estados puedan prever requisitos para la creación de sociedades conforme a su derecho, así como para permitir que una sociedad intracomunitaria pueda adquirir su nacionalidad.

Ahora bien, esta facultad por parte de los Estados integrantes de la UE deberá en todo caso llevarse a cabo siempre observando el límite de que, en el contexto de un mercado unitario, ni éste ni ningún otro argumento serían válidos para poder justificar normas nacionales cuya imposición de requisitos para la adquisición de la nacionalidad de dicho Estado puedan tener en ocasiones como consecuencia la denegación de personalidad jurídica a una sociedad legal y válidamente constituida en cualquier otro Estado Miembro que se haya trasladado a su territorio ejerciendo si derecho a la *Libertad de Establecimiento*<sup>123</sup>.

Por otro lado, el hecho de que exista total libertad para que los socios puedan constituir su sociedad donde más les convenga, sin necesidad siquiera que éste sea el lugar donde posteriormente vaya a situarse la actividad de la misma ni su Centro de Intereses Principales (COMI)<sup>124</sup>, ha producido que la rigidez de la legislación de cada Estado, así como los requisitos necesarios para la creación de la sociedad y su posterior mantenimiento se hayan convertido en factores determinantes para elegir el Estado de constitución de las mismas<sup>125</sup>, situación que ha sido admitida por el Tribunal de Justicia por considerarla una manifestación

---

<sup>121</sup> V. José Manuel CALDERÓN CARRERO: “Reflexiones al hilo de la STJUE X-Holding BV sobre el régimen de consolidación en el impuesto sobre sociedades. La «importación» de pérdidas extranjera y el derecho de la Unión Europea”, 3 *Crónica Tributaria* 2011, pp. 26-31.

<sup>122</sup> **STJCE 27-9-1988** (*Daily Mail*).

<sup>123</sup> V. **STJCE 5-11-2002** (*Überseering*).

<sup>124</sup> Esto es: *Centre of Main Interests*.

<sup>125</sup> V. Francisco MARTÍNEZ RIVAS: “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada”, 1 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2009, p. 138 y ss.

válida de la *Libertad de Establecimiento*, aunque a ojos de la doctrina podría producir como consecuencia una especie de *efecto Delaware* a nivel europeo<sup>126</sup>.

## 2.1. Medidas relativas al cambio de domicilio social

Como se ha expuesto al inicio de este trabajo<sup>127</sup>, la disputa entre los defensores del *modelo de sede real* y quienes abogan por el de *constitución* constituye un foco de discusión teórico respecto del que aún hoy no se ha llegado a una solución pacífica. Por ello, ahora únicamente trataré los requisitos para el cambio de domicilio centrándome en la postura tomada por el TJUE. De este modo intentaré ofrecer una visión acerca de en qué condiciones resultan admisibles las medidas nacionales consistentes en el establecimiento de requisitos o condiciones específicas exigidas, bien a las sociedades nacionales que pretendan trasladarse al extranjero, bien a las sociedades de otros Estados Miembros que deseen establecerse en el territorio del Estado en cuestión<sup>128</sup>.

En efecto, los Estados no pueden hacer uso con total libertad de su facultad para configurar las condiciones en que se debe llevar a cabo la salida de su territorio nacional por una sociedad nacional sin cambio de ley aplicable. En concreto, no podrán establecer requisitos cuyo cumplimiento sea tan dificultoso que pueda implicar una restricción injustificada a esta salida del territorio<sup>129</sup>.

El Tribunal de Justicia ha llegado a esta conclusión no porque se esté vulnerando un potencial *derecho de la sociedad a trasladarse*, ya que el TJCE sostiene que ese derecho como tal no existe realmente<sup>130</sup>. Sino porque en el ámbito del Mercado Único deben regir los principios de *Libertad de Circulación y Establecimiento*, siendo el traslado de las sociedades una manifestación concreta del ejercicio de este último.

---

<sup>126</sup> V. GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, y, refiriéndose también a este mismo concepto, ESTEBAN DE LA ROSA: “El establecimiento...”, p. 388.

<sup>127</sup> [v. supra Cap. I: “*EL DERECHO AL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EN LA UE*”, app. 3 y 4].

<sup>128</sup> V. Carsten Gerner-Beuerlea/Michael Schilliga: “The mysteries of freedom of Establishment after Cartesio”, 2 *International & Comparative Law Quarterly* 2010, pp. 2 y 3; BENEDETTELLI: “Sul trasferimento...”, pp. 1253-1254; y ARENAS: “Transferencia intraeuropea...”, p. 4.

<sup>129</sup> V. GERGELY/ ENGSIG: “Cross-border...”, p. 8.

<sup>130</sup> V. Eddy WYMEERSCH: “The transfer of the Company's Seat in European Company Law”, 8 *E.G.C.I. Working Paper Series n Law* 2003, pp. 678-680. Asimismo, también podemos encontrar esta postura en distintas argumentaciones del Tribunal de Justicia, entre otras la **STJCE 27-9-1988 (Daily Mail)**.

De modo que, en los supuestos de traslado de sede con cambio de ley aplicable, cuando el Estado de destino permita que la sociedad trasladada se reconstituya adquiriendo su nacionalidad, el Estado de partida de la misma no puede interferir en este traslado<sup>131</sup>. No pudiendo impedir a la sociedad en cuestión abandonar su territorio<sup>132</sup>.

Asimismo, como contrapartida, cuando el Estado de salida permita a las sociedades el traslado manteniendo su nacionalidad de origen, el Estado de acogida no dispone de la opción de rechazar la entrada de las mismas<sup>133</sup>, ni tampoco de imponer como medida previa para su reconocimiento su disolución y posterior reconstitución conforme al derecho propio<sup>134</sup> o su reconocimiento mediante un tipo societario degradado.

Respecto de esta última afirmación, el TJCE establece en su famoso pronunciamiento de la sentencia *Überseering* que, en estos casos, existe para el Estado de destino el deber de reconocer la sociedad con la nacionalidad y el tipo social del Estado de origen, incluso cuando en la legislación del Estado de acogida no exista un tipo social equivalente<sup>135</sup>. En efecto, la existencia de este deber directamente del efecto directo<sup>136</sup> de las *libertades fundamentales comunitarias*<sup>137</sup>.

Es más, en aquel momento, el TJCE también llegó a afirmar que este principio, denominado por la doctrina como *regla de reconocimiento recíproco de sociedades (Anerkennungsprinzip)*<sup>138</sup>, no podía dejar de observarse ni siquiera mediante la alegación del hoy desaparecido art. 293 CE<sup>139</sup>, estableciendo, en la ya citada STJCE 5-11-2002 (*Überseering*) que “no puede extraerse ningún argumento que justifique una restricción del pleno efecto de dichos artículos (arts. 43 y 48 TCE, actuales 49 y 54 TFUE) del hecho de que

---

<sup>131</sup> MARTÍNEZ RIVAS: “Traslado internacional...”, pp. 141 y 142.

<sup>132</sup> **STJCE 16-12-2008 (Cartesio)**.

<sup>133</sup> V. Francisco José GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “La sentencia «Centros»: el status quaestonis un año después”, 195 *Noticias de la Unión Europea* 2001, pp. 81 y 82. Y, de nuevo, **STJCE 16-12-2008 (Cartesio)**.

<sup>134</sup> V. GERNER-BEUERLE/SCHILLIG: “The mysteries...”, p. 313; y GERGELY/ENGSIG: “Cross-border ...”, p. 3.

<sup>135</sup> V. WYMEERSCH: “The transfer...”, pp. 682; Sara BERNASCONI: “Il caso Cartesio e la libertà di stabilimento delle società nell’unione europea”, 236 *Liuc Papers* 2010, p.13 y ss; Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Constitución de sociedades mercantiles por internet en la Unión Europea”, 2 *Revista de Sociales y Jurídicas* 2007, pp. 30-35, y GARCIMARTÍN: “La sentencia «Überseering»...”, p. 677.

<sup>136</sup> Establecido explícitamente por el TJCE por primera vez en la **STJCE 21-6-1974 (Reyners)**.

<sup>137</sup> V. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA: “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento...”, pp. 79-81; y ÁLVAREZ PÉREZ: “Nuevas perspectivas...”, pp. 46 y 47.

<sup>138</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Constitución de sociedades...” p. 32.

<sup>139</sup> V. *supra* Cap. II, ap. 4 “Libertad de establecimiento y reconocimiento mutuo de sociedades: Armonización comunitaria”.

no se haya celebrado hasta la fecha tratado alguno relativo al reconocimiento recíproco de las sociedades con arreglo al artículo 293 CE”<sup>140</sup>.

Por contra, sí que resultaría válido que el Estado de salida exigiese requisitos o condiciones para el traslado o abandono del territorio nacional cuando lo que la sociedad pretenda sea mantener su nacionalidad de origen incluso después de haberse establecido en el territorio del Estado de destino<sup>141</sup>.

Finalmente, en los casos de fusión transfronteriza<sup>142</sup> o de traslado de sede con cambio de ley aplicable, considera el Tribunal que dado su carácter de *modalidades particulares del ejercicio de la Libertad de Establecimiento*<sup>143</sup> se admitiría la imposición por parte del Estado de destino de medidas tendentes a establecer condiciones o requisitos para realizar dichas operaciones. Ahora bien, éstas solo podrán referirse a los requisitos ordinarios de capital mínimo, publicidad o registro, entre otros<sup>144</sup>; así como al cumplimiento de los criterios de conexión necesarios para la constitución de una sociedad conforme al derecho de dicho Estado<sup>145</sup>, siendo muy claro el Tribunal<sup>146</sup> respecto de que, por el contrario, no sería una restricción justificada la imposición de cualquier otra condición que no se prevea también para los supuestos puramente internos<sup>147</sup>.

Efectivamente, el TJCE ha considerado<sup>148</sup> que en estos casos se estaría vulnerando, de entrada, el primero de los requisitos del *test Gebhard*, al tratarse de una medida

---

<sup>140</sup> Artículo 293 TCE: “Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en 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, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes”

<sup>141</sup> V. GERNER-BEUERLE/SCHILLIG: “The mysteries...”, p. 314; así como Francisco José GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El cambio de *lex societatis*, una forma especial de transformación societaria: comentario a la sentencia del TJUE «as. Vale Épitési kft»”, 7992 *Diario La Ley*, 2012; o Wolf-Georg RINGE: “No freedom of emigration for companies?”, 3 *European Business Law Review* 2000, p. 637 y ss. Es necesario destacar también en cuanto a la jurisprudencia del TJCE sobre esta materia la conocida **STJCE 16-12-2008 (Cartesio)**.

<sup>142</sup> V. GERGELY/ENGSIG: “Cross-border ...”, pp. 9 y 10.

<sup>143</sup> **STJCE 13-12-2005 (SEVIC Systems)** [v. con la misma expresión la **STJUE 21-2-2013 (A Oy)**].

<sup>144</sup> V. **STJCE 30-9-2003 (Inspire Art)** y **STJCE 13-12-2005 (SEVIC Systems)**.

<sup>145</sup> V. GERGELY/ ENGSIG: “Cross-border...”, p. 1; o GERNER-BEUERLE/SCHILLIG: “The mysteries...”, p. 311.

<sup>146</sup> V. **STJCE 13-12-2005 (SEVIC Systems)**.

<sup>147</sup> V. WYMEERSCH: “The transfer...”, p. 686; Jan-Jaap KUIPERS: “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual recognition as a vested rights theory based on party autonomy in private law”, 2 *European Journal of Legal Studies* 2009, pp. 71-47; y Francisco José GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE”, 252 *Noticias de la Unión Europea* 2006, p. 137; e *idem*: “La sentencia «Centros»...”, pp. 90 y 91.

<sup>148</sup> Siendo el caso más representativo al respecto la sentencia **STJCE 13-12-2005 (SEVIC Systems)**.

discriminatoria. Pero además, pese a que esta discriminación no esté basada en motivos de nacionalidad o domicilio de las sociedades intervinientes en la fusión, el Tribunal de Justicia también indica que una restricción cuya consecuencia fuese la denegación de la inscripción de la fusión en el registro del Estado de la absorbente no podría considerarse como válida, ni aunque estuviera justificada por algún motivo de imperioso interés general, ya que sería considerada como incompatible con el derecho comunitario en la última fase del *Test Gebhard*, por ser una medida cuyas consecuencias en lo relativo a la *Libertad de Establecimiento* para la sociedad resultante de la fusión serían desproporcionadas.

## **2.2. Medidas para la protección de determinados sujetos**

Dentro de este grupo se incluirían todas aquellas medidas que, ya sea de forma más o menos directa, tienen como objetivo la tutela de los intereses de determinadas categorías de sujetos que se encuentran especialmente vinculados con la sociedad: socios y acreedores sociales.

### **2.2.1. Protección de los socios**

El TJUE ha considerado que, pese a ser muy recomendable que todo Estado Miembro goce en su legislación interna de algún tipo de norma para la protección de esta categoría de sujetos, la mera tutela de éstos intereses particulares no puede entenderse como un motivo de suficiente entidad como para fundamentar la restricción de una de las cuatro *libertades fundamentales*.

Respecto de los socios, el Tribunal de Justicia ha venido manteniendo una línea argumental, que tiene su precedente más conocido en la sentencia *Inspire Art*, conocida como *socio adulto* o *socio responsable*<sup>149</sup> según la cual al ser estos sujetos quienes más activamente participan en la vida de la sociedad y toma de decisiones sobre el futuro de la misma, así como también quienes más se benefician de sus eventuales buenos resultados, debiendo soportar como contrapartida, los riesgos derivados dichas actuaciones.

En este sentido, parece que merece una consideración separada para el TJCE la situación de los socios minoritarios, por cuanto pese a estar sujetos a los mismos deberes y responsabilidades que el resto de socios, se encuentran en una situación mucho más vulnerable y desfavorecida que éstos, debido al poco peso de su voluntad en la toma de decisiones de la sociedad.

---

<sup>149</sup> *Ídem*: p. 183.



Resulta interesante por ello observar que el Tribunal de Justicia, pese a llegar a argumentar entre otras ocasiones en sus sentencias *Überseering* y *SEVIC Systems* que la situación de estos sujetos sí que podría ser merecedora de una tutela o protección por parte de la legislación nacional no siéndoles aplicable el argumento del *socio inversor responsable*, y llegando incluso a reconocer en sus argumentaciones teóricas que “*no cabe excluir que existan razones imperiosas (...) como la protección de los acreedores, socios minoritarios, (...) que puedan justificar, en determinadas circunstancias y con determinados requisitos, restricciones a la Libertad de Establecimiento*”<sup>150</sup>, no llega nunca a justificar realmente una restricción a esta libertad basándose en el motivo de protección de esta categoría de sujetos.

Por otro lado, una cuestión controvertida es la relativa a determinar cuál es el régimen jurídico aplicable en lo referente a los derechos y deberes de los socios después de una transformación intracomunitaria. El TJUE ha establecido finalmente que una vez que la sociedad ya se encuentre domiciliada en el Estado de destino, será el ordenamiento jurídico de éste el que resulte aplicable a todos los aspectos de la sociedad<sup>151</sup>.

Ahora bien, mientras que el supuesto antes examinado no presenta problemas, no resulta igual de sencillo determinar cuál ha de ser el régimen aplicable a los socios respecto de sus deberes y responsabilidad caso de que la operación intracomunitaria realizada se trate de un traslado de sede sin cambio de ley aplicable. Y la razón es clara: en estos casos sí que existen dudas sobre si debe aplicarse el derecho del Estado o si, por el contrario, es más correcto emplear una solución analógica a la aplicable para los casos de transformación societaria o fusión transfronteriza, tal y como acaba de verse.

Pese a que esta última solución podría parecer la más sencilla y atractiva, la doctrina<sup>152</sup> ha entendido que, en base al principio de equivalencia de ordenamientos de la UE, así como de la afirmación sostenida constantemente por el Tribunal de Justicia acerca de que el reconocimiento de una sociedad proveniente de otro Estado Miembro y válidamente constituida en él debe ser con el tipo societario conforme al cual ésta se constituyó, esta solución no sería posible. Por contra, la consecuencia a la que llegaríamos sería la de tener

---

<sup>150</sup> STJCE 5-11-2002 (*Überseering*) [v. en los mismos términos la STJCE 13-12-2005 (*SEVIC Systems*)].

<sup>151</sup> V. GERGELY/ENGSIK: “Cross-border ...”, p. 12.

<sup>152</sup> V. GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 180 y 181; [v. en los mismos términos, *idem*: “La sentencia «Centros»...”, p. 87 y 88; así como RODAS: “La libertad...”, pp. 131 y 132].

que aplicar también la ley del Estado de origen de la sociedad a todos los extremos relacionados con su funcionamiento, incluyéndose por tanto el régimen jurídico de sus socios, en aquellos casos en que el traslado se haga sin cambio de nacionalidad.

En efecto, como ya se ha dicho, conforme la *Anerkennungsprinzip*<sup>153</sup>, si el Estado de salida permite el traslado sin cambio de ley aplicable, no es posible que el Estado receptor sea quien obligue a dicha sociedad a adaptarse a alguno de los tipos sociales propios de su legislación.

Del mismo modo tampoco resultaría correcto intentar evitar el problema medianete el mero reconocimiento de la sociedad entrante en un tipo societario degradado<sup>154</sup>, es decir, limitándose a considerarla una como sociedad irregular o aplicándole el régimen de las sociedades civiles. En lo referente a este problema, dada la gravedad de las implicaciones que conlleva este tipo de restricción en concreto, el Tribunal de Justicia se ha encargado de aclarar que ésta debe ser la manera de proceder por parte de todos los Estados miembros incluso en los casos en que el tipo societario propio de la sociedad trasladada no esté previsto ni tenga equivalente alguno en el Estado de acogida.

Por tanto, resulta claro que la única solución posible en los casos de traslado de sede manteniendo la nacionalidad de origen resulta en aplicar a dicha sociedad la legislación conforme a la que ha sido constituida. Esto será así en todos los aspectos referentes a la misma, y por tanto, también en lo concerniente a la responsabilidad y deberes de los socios, sin que sea posible que se acojan a un régimen distinto de aquel conforme al cual la sociedad fue constituida.

De hecho, la consideración por parte del Tribunal de Justicia de que los socios no son una categoría de sujetos merecedora de un estatus de especial protección, hace que ni siquiera sea posible establecer una *conexión especial* respecto del Estado de acogida. Esta *conexión especial*, que de ser posible estaría basada en la protección y tutela de sus intereses, permitiría a los socios que se les aplicase el ordenamiento jurídico del Estado de acogida cuando éste les sea más favorable.

---

<sup>153</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Constitución de sociedades...” p.32, [v. en los mismos términos: CALVO CARAVACA/CARRASCOSA: “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento...”, p. 79].

<sup>154</sup> V. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA: “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento...”, p. 72; o SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, p. 151-154.

### 2.2.2. Protección de los acreedores sociales

Respecto de este segundo grupo de sujetos, el Tribunal de Justicia toma una posición más garantista en cuanto a la tutela de sus intereses, si bien es posible encontrar algunas sentencias aisladas, entre ellas la relativa al conocido caso *Inspire Art*, en que el TJCE también sostiene respecto de esta categoría el argumento de *acreedor adulto* que debe asumir los riesgos derivados de la actividad empresarial de la sociedad con la que libremente ha decidido establecer relaciones.

Ya que respecto de los acreedores se aplica un régimen distinto según nos encontremos o no ante una sociedad en concurso, analizaré de forma separada ambos supuestos.

#### A) Durante el normal funcionamiento de la sociedad

Como se ha dicho el TJUE considera a este grupo de sujetos como merecedor de un grado de protección superior del que se le ofrece a los socios, por cuanto estos no solo no han podido posicionarse en contra en la toma de decisiones relativa al cambio de sede de la sociedad, sino que serán unos de los sujetos más afectados por el mismo<sup>155</sup>, dependiendo del contenido del ordenamiento jurídico de destino.

Siguiendo con este razonamiento, el Tribunal de Justicia también considera que debe ofrecerse una especial protección a aquellos sujetos que han contribuido positivamente a la activación de la actividad de las sociedades para que posteriormente no vean frustrados sus intereses y expectativas de cobro. Por estos motivos, el TJUE ha venido sosteniendo que incluso aunque en ocasiones implique una restricción a la *Libertad de Establecimiento*, siempre que ésta no sea excesiva y supere los requisitos de idoneidad y proporcionalidad del *test Gebhard*, resulta justificado imponer a las sociedades determinadas medidas que permitan a los acreedores hacer un seguimiento de la evolución de la actividad de su deudora<sup>156</sup>.

Además, y volviendo al problema de la legislación aplicable a la sociedad en los casos de traslado de sede social sin cambio de ley aplicable, se volvería a plantear la duda de si los acreedores sociales podrían invocar para la defensa de sus intereses la legislación del Estado de origen, la del de destino o ambas simultáneamente.

---

<sup>155</sup> El TJCE sostiene esta línea en diversas sentencias, entre otras, **STJCE de 9-3-1999 (Centros)**.

<sup>156</sup> V. RODAS: *Libertad de establecimiento*, pp. 5-17; y GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 181,183 y 184.

En este caso, dado que los acreedores sociales sí que conforman una categoría de sujetos que como se ha dicho se considera merecedora de una especial tutela o protección<sup>157</sup>, éstos gozarán de la posibilidad de optar entre acudir a la legislación del Estado de origen de la sociedad o bien a la del Estado de domicilio de la misma, según les sea necesario para poder ver adecuadamente tutelados sus intereses; siendo ésta la misma solución que se aplica a los supuestos de fusión transfronteriza<sup>158</sup>.

Es cierto, por otro lado, que existen discrepancias doctrinales sobre la forma concreta en que debe articularse esta posibilidad de ofrecer a los acreedores sociales la opción de invocar dos ordenamientos jurídicos distintos para la protección de sus intereses. En esencia se distinguen dos grandes opciones: la *teoría de la superposición*<sup>159</sup>, según la cual ambas legislaciones se superpondrían aplicándose simultáneamente<sup>160</sup>, y la de las *conexiones especiales*<sup>161</sup> la cual establece que en principio el régimen aplicable en lo referente a la responsabilidad de socios y administradores cuando no hay cambio de ley aplicable en el traslado sería efectivamente el del Estado de origen, dado que es el que rige todos los aspectos de dicha sociedad, y por tanto la opción de que los acreedores optasen entre poder invocar éste o el del Estado de domicilio se limitaría a supuestos muy concretos en los cuales se constate que es necesaria la aplicación del ordenamiento del Estado de destino en aras de un interés general o de protección de dichos acreedores que de otro modo quedarían desprotegidos<sup>162</sup>.

## **B) En situación de concurso.**

Pese a que en materia concursal existe a nivel comunitario el RE 1346/2000 de 29 de mayo, éste no regula los aspectos materiales del concurso, quedando estos una vez más a

---

<sup>157</sup> V. GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, p. 183; o bien SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, p. 146.

<sup>158</sup> V. STJUE 12-7-2012 (VALE *Épitési*).

<sup>159</sup> GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 180 y 181; [v. en los mismos términos, *idem*: “La sentencia «Centros»...”, p. 87 y 88; así como RODAS: “La libertad...”, pp. 131 y 132. Del mismo modo refiriéndose a los mismos términos pero ofreciendo el enfoque doctrinal opuesto SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, pp. 141-143.

<sup>160</sup> Teoría que ha sido criticada por otra parte de la doctrina por considerar que podría llegar a suponer sobrecargas desmesuradas en cuando a los deberes de los socios, dependiendo de cuál fuese el contenido concreto del régimen jurídico de responsabilidad de éstos que tuviera el ordenamiento de cada uno de los dos Estados.

<sup>161</sup> GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 177-178 [v. en los mismos términos *idem*: “La sentencia «Centros»...”, p. 87 y 88 y también en “La libertad de establecimiento...”, p. 137]; así como RODAS: “La libertad...”, pp. 131 y 132. Del mismo modo refiriéndose a los mismos términos pero ofreciendo el enfoque doctrinal opuesto SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de sociedades...”, pp. 144 y 145.

<sup>162</sup> V. GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, p. 183.

discrecionalidad del legislador interno. El que no exista regulación armonizada respecto de la materia concursal, así como el hecho de que se haya establecido como criterio determinante para fijar el lugar territorialmente competente para llevar a cabo todo el proceso judicial de concurso el Estado donde resida el COMI de la sociedad, aplicándose por tanto la legislación del mismo; ha dado lugar a que en numerosas ocasiones se produzcan conductas oportunistas por parte de los socios.

En efecto, los socios, conociendo el estado de la sociedad y viendo próximo el momento de apertura de concurso contra la misma, pueden decidir trasladar su COMI a un Estado cuya legislación concursal sea menos protectora de los intereses de los acreedores sociales.

Por su parte, el Tribunal de Justicia, pese a reconocer de qué se trataría de una conducta cuyo fin es sacar provecho de la disparidad de contenido en los ordenamientos de los distintos Estados Miembros, no la considera en principio como fraudulenta. Concretamente, un comportamiento de este tipo no será considerado fraudulento cuando se pueda demostrar que dicho traslado tiene como consecuencia a obtención de algún tipo de beneficio para la sociedad, ya sea económico y productivo, favoreciendo la efectividad de la misma y ayudando a aumentar su neto patrimonial<sup>163</sup>, lo cual a su vez supondrá un incremento en las posibilidades de cobro de los acreedores sociales.

Pese a todo, el traslado de COMI no resultará válido, aunque suponga un beneficio para la sociedad y sus acreedores, cuando se haya llevado a cabo con posterioridad al momento de apertura del concurso, sustanciándose el proceso concursal ante los tribunales del Estado donde se encontraba el COMI en el momento de incoación del mismo.

También es destacable que, además de esta *vía de protección indirecta*, los acreedores disponen de dos mecanismos más para la tutela de sus expectativas de cobro recogidos en los arts. 3 y 28 del RE 1346/2000 para la tutela de sus intereses. Todo ello al margen de los mecanismos que el legislador nacional articule para su defensa en el ordenamiento interno de

---

<sup>163</sup> V. Georg SCHLAEFER: “Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation”, *International Insolvency Studies* 2010, [disponible en: <[www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/39/5922.html](http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/39/5922.html)>], p. 13 y ss.

cada Estado, como puede ser la posibilidad de reclamar responsabilidad a los administradores por no instar en su debido momento la declaración de concurso.<sup>164</sup>

Por último, existe una especialidad en materia concursal relativa a los grupos de sociedades, ya que respecto de estos casos parte de la doctrina ha entendido como restrictivo el hecho de que, ante el concurso de una filial el proceso se sustancie en su Estado de residencia y no en el de la sociedad matriz, incluso si es ésta quien controla directa o indirectamente las decisiones tomadas por la filial concursada, con los costes que esto pueda suponer para el grupo.

En efecto, estos autores consideran que esta situación estaría haciendo que la posibilidad de crear grupos de empresas intraeuropea perdiera gran parte de su atractivo, afectando por tanto de forma indirecta a la *Libertad de Establecimiento*. De todos modos, ésta es una posición minoritaria, dado que la doctrina mayoritaria no solo cree que no implica restricción alguna, sino que considera que incluso si se considerara restrictiva, debería considerarse una restricción justificada a ojos del Tribunal con el objetivo de proteger los intereses de los acreedores, al considerarlos como parte especialmente vulnerable ante el traslado<sup>165</sup>.

En este sentido, además, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado exponiendo que esta forma de proceder se justifica por considerarse que excepto prueba objetiva y verificable por terceros de que dicha filial no ejerce ningún tipo de actividad en el territorio del Estado Miembro donde se halla su domicilio social, será en éste territorio donde esté situado el COMI de la filial en cuestión<sup>166</sup>, como bien puede extraerse de la presunción establecida por el artículo 3.1 del Reglamento comunitario de Insolvencia.

### **3. RESTRICCIONES ANTIFRAUDE**

En este bloque se analizarán todas aquellas medidas, independientemente de a que ámbito del derecho pertenezcan, su creación se justifique en la voluntad de evitar conductas abusivas o fraudulentas por parte de las sociedades en el ejercicio de la *Libertad de Establecimiento*.

#### **3.1. Sociedades ficticias**

---

<sup>164</sup> V. Elena RODRÍGUEZ PINEAU y Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ: “Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal”, 387 *InDret* 2006, pp. 12-17 y 34.

<sup>165</sup> *Ídem*: pp. 31-34.

<sup>166</sup> V. STJCE 2-5-2006 (*Eurofood*).

El supuesto más común en cuanto a fraude en el ámbito de la *libertad comunitaria* está constituido por aquellos casos en que los socios forman un grupo de sociedades en el cual una o varias de sus integrantes son meras *empresas pantalla* o *letterbox offices*, es decir, sociedades que no realizan en la práctica ninguna actividad y cuyo domicilio ha sido escogido estratégicamente por los fundadores de la misma.

Específicamente se dan básicamente dos razones estratégicas por las cuales los socios deciden crear un grupo cuya matriz sea una sociedad ficticia y domiciliarla en un Estado concreto: bien conseguir que el grupo se beneficie de un régimen fiscal o tributario particular, bien beneficiarse de unos requisitos de constitución de sociedades mucho más laxos que los del territorio donde se pretende llevar a cabo la actividad social<sup>167</sup>.

En estos casos, los socios procederán posteriormente a constituir filiales o sucursales en el Estado donde verdaderamente se vaya a llevar a cabo la actividad económica y empresarial de dicho grupo, amparándose en el ejercicio del derecho de libre establecimiento secundario de las sociedades. Serán estas filiales o sucursales, por tanto, las que llevarán a cabo de forma exclusiva la explotación del objeto social, mientras que la sociedad matriz permanecerá domiciliada en su Estado de constitución sin realizar función alguna, constanding ésta dirección como la sede estatutaria tanto de la matriz como del grupo<sup>168</sup>.

### **3.2. Requisitos para la apreciación de fraude**

Finalmente, conviene establecer los requisitos necesarios según el TJUE para que una conducta pase de ser una mera manifestación de la *Libertad de Establecimiento* mediante la elección del ordenamiento más ventajoso para los intereses de los socios, lo cual según el propio Tribunal “*es inherente al ejercicio, dentro de un Mercado Único, de la Libertad de Establecimiento*”<sup>169</sup> a constituir un supuesto de fraude.

Concretamente, para que una conducta sea fraudulenta deben concurrir cuatro requisitos<sup>170</sup>: que sea demostrable que la constitución de la matriz en un determinado Estado se debe únicamente a intereses tributarios o societarios; la ausencia completa de todo tipo de vínculo

---

<sup>167</sup> V. RODAS: Libertad de establecimiento, pp. 89-102; CARRASCOSA: “Constitución de sociedades...”, p. 36.

<sup>168</sup> V. STJCE 12-9-2006 (*Cadbury Schweppes*); y STJCE 13-12-2005 (*Mark & Spencer*).

<sup>169</sup> STJCE 9-3-1999 (*Centros*) [v. también, en términos casi idénticos, la STJUE 21-02-2013 (*A Oy*)].

<sup>170</sup> V. STJCE 12-9-2006 (*Cadbury Schweppes*).

con dicho Estado de constitución, el desarrollo de operaciones entre sucursales o filiales y matriz que demuestre que dicho grupo no es más que un montaje artificial carente de realidad económica efectiva alguna y, que haya mediado ánimo fraudulento por parte de los socios en la creación de dicho grupo<sup>171</sup>.

Además, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado específicamente sobre el supuesto de grupos de sociedades cuya actividad es llevada a cabo únicamente a través de sus filiales o sucursales<sup>172</sup>, por ser éste el supuesto más frecuente de conducta societaria potencialmente fraudulenta, estableciendo al respecto que la constatación fáctica de estos hechos no es base suficiente para apreciar fraude<sup>173</sup>, sino que también en estos casos debe procederse a la verificación de todos los criterios antes expuestos antes de poder concluir, en cada supuesto concreto, si las actuaciones llevadas a cabo se exceden del ámbito que puede resultar amparado por un legítimo ejercicio de la *Libertad de Establecimiento*.

### **3.3. Implicaciones para la *Libertad de Establecimiento*.**

Una vez constatado que se trata de un supuesto de actuación fraudulenta, existe controversia sobre si debería procederse a analizar la regulación estatal antifraude a través del test de las cuatro fases para acabar determinando que resulta una medida restrictiva justificada y por tanto conforme al ordenamiento comunitario o si, al apreciar fraude en la conducta de dicho grupo de empresas, ésta deja de estar amparado por el Derecho Comunitario.

La elección de una u otra forma de proceder resulta relevante dado que si consideramos como la forma correcta de proceder la segunda de las opciones expuestas, ello implicaría que se procediese directamente a la denegación de la *Libertad de Establecimiento* para sus integrantes<sup>174</sup> tal y como se hizo en la sentencia *TV10*<sup>175</sup> y, como bien han sostenido algunos autores “*no es lo mismo un sistema en el que la existencia de abuso llega a descartar la aplicación de la libertad, que otro en que el abuso solo puede ser valorado una vez declarada aplicable la libertad y teniendo en cuenta los objetivos*”<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> V. CENCERRADO: “La compatibilidad...”, pp. 46-48.

<sup>172</sup> V. VELASCO/SÁNCHEZ FELIPE: “La libertad...”, p. 26; y V. también ESTEBAN DE LA ROSA: “El establecimiento...”, pp. 374 y 378.

<sup>173</sup> Entre otras, destaca la reciente **STJUE 21-2-2013 (A Oy)**; así como las conocidas **STJCE 9-3-1999 (Centros)**; y **STJCE 30-9-2003 (Inspire Art)**.

<sup>174</sup> V. **STJCE 5-10-1994 (TV10)**.

<sup>175</sup> V. CENCERRADO: “La compatibilidad...”, pp. 42-43 y 46; y CARRASCOSA: “Constitución...” p. 36.

<sup>176</sup> V. ESTEBAN DE LA ROSA: “El establecimiento...”, p. 384.



Finalmente, y pese a que sigue siendo posible encontrar algún autor que siga defendiendo la opción contraria, la tesis que ha sido generalmente aceptada y se adecúa mejor a la forma de proceder del Tribunal<sup>177</sup> es la que propone que se traten estos supuestos de la misma manera que cualquier otra medida potencialmente restrictiva de una *Libertad Fundamental comunitaria*, aplicando el *test Gebhard* para determinar su adecuación o no al ordenamiento europeo.

Es destacable que el hecho de adoptar esta posición implica que se les esté reconociendo la *Libertad de Establecimiento* también a aquellas sociedades que actúen fraudulentamente, cosa que se ha justificado en un doble argumento: por un lado no resulta procedente denegar la titularidad de la *Libertad de Establecimiento* mediante aplicación analógica del razonamiento efectuado en la sentencia *TV10* por cuanto éste se refería a un caso de libre prestación de servicios, no siendo comparables las consecuencias de su denegación con las que podrían derivarse de denegar esta libertad a una sociedad, ya que podría llegar a suponerle que algunos Estados no le reconocieran siquiera la capacidad jurídica<sup>178</sup>. Por otro lado, el segundo argumento consistiría en que al tratarse de una *libertad fundamental*, su titularidad no puede serle denegada a ningún sujeto por el mero hecho de realizar un mal ejercicio de la misma, ni aunque este consista en prevalerse abusivamente del ordenamiento comunitario<sup>179</sup>, debiendo proceder en todo caso a sancionarle por ello<sup>180</sup>.

Por lo tanto, el Tribunal procederá también en los casos en que se haya constatado que existe fraude aplicando el *test Gebhard*, para concluir que en estos supuestos un régimen diferenciado y más restrictivo es compatible con el derecho comunitario.

#### **4. OTRAS POSIBLES MEDIDAS.**

Finalmente, he querido incluir también en este trabajo aquellos grupos de medidas con una menor presencia de casos ante el TJUE pero sobre las que éste ha tenido que pronunciarse sobre si podían suponer restricciones justificadas a la *Libertad de Establecimiento* o no.

---

<sup>177</sup> Son especialmente conocidas y destacables las **STJCE 10-7-1986** (*Segers*); **STJCE 9-3-1999** (*Centros*); **STJCE 30-9-2003** (*Inspire Art*); y **STJCE 12-9-2006** (*Cadbury*).

<sup>178</sup> V. GARCIMARTÍN: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia...”, pp. 177-178.

<sup>179</sup> V. **STJUE 21-2-2013** (*A Oy*).

<sup>180</sup> V. CENCERRADO: “La compatibilidad...”, pp. 42-43 y 46.

La principal característica de esta categoría es que es un grupo abierto a la inclusión de nuevos motivos que los Estados puedan alegar en el futuro como justificación de la existencia en sus ordenamientos de medidas restrictivas, al haber dejado de ser el catálogo de causas posibles una lista *numerus clausus*<sup>181</sup> desde la sentencia *Cassis de Dijon*<sup>182</sup> tal y como ya se expuso con detalle en el primer capítulo de este trabajo.

#### **4.1. Protección del consumo**

El Tribunal de Justicia ha mantenido como argumento base para estos casos que pudiera inferirse de forma clara la buena fe del Estado en la creación de las normas restrictivas.

Es decir, el TJUE se ha centrado en determinar si se trataba solo de medidas cuyo verdadero fundamento consistía en razones proteccionistas o de mero interés recaudatorio, o si por el contrario estas normas verdaderamente pretendían proteger al consumidor como parte débil respetando los principios de transparencia e igualdad.

En ese caso, el Tribunal ha entendido que entonces es posible considerar que dichas medidas realmente podían constituir una restricción justificada, pese a establecer que debía examinarse su validez caso por caso<sup>183</sup>.

#### **4.2. Protección del territorio**

Respecto de esta categoría, el Tribunal ha admitido como motivo suficiente el objetivo de “*garantizar el uso de los suelos conforme la finalidad que le ha sido otorgada*”, si bien también entiende el Tribunal que ni siquiera admitiendo como motivo suficiente dicha causa pueden permitirse medida claramente discriminatorias o desproporcionadas tales como que toda adquisición de terreno, finca o inversión relacionada con el ámbito inmobiliario por parte de un nacional intracomunitario requiera de autorización, a diferencia de lo que ocurriría si estas acciones se llevaran a cabo por nacionales<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> En este sentido, el Tribunal de Justicia ha realizado en distintos casos pronunciamientos acerca de posibles medidas que en la actualidad se considerarían como aptas para servir de justificación a la restricción de una libertad comunitaria. Entre otras, sirven de ejemplo la **STJCE 16-5-2006 (Watts)**; o **STJUE 11-3-2010 (Attanasio Group SRL)**; y la **STJUE 24-2-2011 (Comisión c. España)**.

<sup>182</sup> **STJCE 20-2-1979 (Cassis de Dijon)**.

<sup>183</sup> Sirvan de ejemplo la **STJCE 6-3-2007 (Massimiliano Placanica)**; y la **STJCE 13-9-2007 (Comisión c. Italia)**.

<sup>184</sup> Entre otras, las **STJCE 1-6-1999 (Klaus Konle)**; y **STJUE 1-10-2009 (Woningstichting)**.

### **4.3. Mantenimiento de la salud pública**

Pese a que en esta categoría la mayoría de casos se refieren a medidas restrictivas de la *Libertad de Establecimiento* de los farmacéuticos en cuanto a personas físicas tituladas, resulta destacable la sentencia *Comisión c. Grecia*<sup>185</sup> al tratarse de un caso referente a la restricción de esta libertad respecto de las sociedades que se desarrolla en el ámbito de las ópticas.

En este caso, el Tribunal establece que incluso teniendo en cuenta el motivo de salud pública como causa especialmente protegida, el establecer condiciones más gravosas y restrictivas para la autorización de apertura de un establecimiento secundario respecto de las exigidas para las sociedades nacionales, deben considerarse discriminatorias y contrarias al requisito de proporcionalidad, por lo que se califican como restricciones injustificadas.

### **4.4. Protección del medio ambiente**

En este sector sí que podemos encontrar algunos pronunciamientos referentes a restricciones de la *Libertad de Establecimiento* de las personas jurídicas.

En ellos, pese a que el Tribunal admite sin problemas ésta causa como justificación de una posible medida restrictiva, entiende asimismo que éstas no pueden caer en la discriminación por razón de nacionalidad o domicilio, dado que precisamente estos dos tipos de discriminación están especialmente prohibidos en la UE por motivo de la existencia del Mercado Único, y convierten automáticamente dichas medidas en contrarias al Derecho Europeo por más imperioso y urgente que sea el motivo que las fundamente<sup>186</sup>.

## **V. CONSECUENCIAS DE LA CONSIDERACIÓN DE UNA MEDIDA COMO INJUSTIFICADA**

El TJUE puede pronunciarse sobre la posible incompatibilidad de una medida estatal que resulte restrictiva de la *Libertad de Establecimiento* a través de dos tipos de proceso distintos: la cuestión prejudicial de interpretación y el recurso contra el incumplimiento.

---

<sup>185</sup> STJCE 21-4-2005 (*Comisión contra la República Helénica*).

<sup>186</sup> V. STJCE 20-9-1988 (*Comisión c. Dinamarca*); STJCE 14-12-2004 (*S. Spitz*); y STJUE 11-3-2010 (*Attanasio Group*).

En ambos casos el fallo dictado por el Tribunal de Justicia tiene efectos vinculantes para los Estados. Por tanto, cuando TJUE aprecie la incompatibilidad de una medida estatal con el ordenamiento comunitario, dicho pronunciamiento implica una obligación para el Estado poseedor de dicha medida de adecuar su legislación al ordenamiento comunitario, sin que sea posible alegar en ningún caso que se trate de una materia no armonizada como argumento para intentar mantener dicha norma en su ordenamiento<sup>187</sup>. Ahora bien, este deber no tiene el mismo alcance, obligatoriedad ni consecuencias según si es resultado de uno u otro proceso, tal y como me dispongo a exponer a continuación.

## 1. CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN

En este tipo de proceso el juez nacional plantea ante el TJUE, a raíz de la duda surgida en un litigio de carácter nacional, la adecuación de una determinada norma o medida del ordenamiento interno respecto del ordenamiento europeo. No se trata por tanto de un medio para denunciar el incumplimiento del Estado infractor de sus deberes de adecuación de la legislación interna al derecho comunitario, sino una petición al Tribunal de Justicia para que este valore la compatibilidad de una medida interna respecto del acervo comunitario.

La resolución de este proceso, por lo tanto, no podrá tener carácter condenatorio, sino meramente declarativo, expresando la valoración del Tribunal de Justicia acerca de la compatibilidad de la medida. Por tanto, pese a tener este pronunciamiento efectos vinculantes<sup>188</sup>, no implicará el nacimiento de una obligación por parte del Estado para que proceda a modificar su ordenamiento reformulando o suprimiendo la medida declarada incompatible, pese a que ésta sería la reacción lógica y deseable por su parte.

Los efectos vinculantes de las sentencias de cuestiones prejudiciales ante el TJUE se dirigen de forma directa únicamente a jueces y tribunales. En este sentido, la valoración hecha por el Tribunal vincula no solo al juez concreto que formuló la cuestión, y quien debe resolver el litigio nacional aplicando la interpretación establecida por el TJUE, sino también al resto de jueces y tribunales cuando tengan que aplicar esa disposición, incluso a los jerárquicamente superiores al que formuló la pregunta, razón por lo que algunos autores se refieren a este

---

<sup>187</sup> Podemos encontrar estas afirmaciones en numerosa jurisprudencia del TJCE a partir de la pionera **STJCE 15-7-1969 (Costa c. ENEL)**.

<sup>188</sup> V. **STJCE 14-2-1982 (Waterkeyn)**.

efecto como “*fuera jurídica configurativa de la cuestión prejudicial*”<sup>189</sup>. Asimismo, estas interpretaciones también serán de obligado seguimiento para aquellos otros casos que sean sustancialmente similares al que se sustanciaba cuando el juez nacional formuló la cuestión, lo que se ha venido conociendo como “*doctrina del acto claro*”<sup>190</sup>.

Por último ha de advertirse que, mediante esta interpretación vinculante de la medida controvertida con arreglo a las sentencias de cuestiones prejudiciales, en ocasiones el TJUE puede salvar la validez de una norma restrictiva, estableciendo cual es la interpretación que debe hacerse de la misma para considerarla acorde con el derecho de la UE.

## **2. RECURSO POR INCUMPLIMIENTO**

A diferencia de la cuestión prejudicial, éste es un recurso pensado para enjuiciar infracciones por parte de los Estados Miembros.

En este sentido, pese que inicialmente está pensado para tratar sobre acciones dañosas de los Estados, se ha realizado la construcción teórica consistente en considerar como conducta infractora aquella por la que un Estado crea normas contrarias a los Tratados, incumpliendo así el deber de adecuación de su ordenamiento interno al derecho comunitario. De este modo, se consigue que tenga cabida el enjuiciamiento de medidas o normas que contravienen el acervo comunitario a través de un proceso cuyo fallo tiene efectos condenatorios<sup>191</sup>.

Efectivamente, la principal diferencia y la más relevante entre los efectos de las sentencias de la cuestión prejudicial y del recurso por incumplimiento consiste en que los pronunciamientos de éste último, además de ser vinculantes y tener naturaleza de cosa juzgada, también poseen efectos condenatorios, de modo que deriva de ellos directamente una obligación hacia el Estado infractor para que este cumpla con los deberes que el Tribunal de Justicia le impone en

---

<sup>189</sup> V. Horstpeter KREPPEL: “El planteamiento de la cuestión prejudicial «art. 234 CE» Los problemas sustantivos y procesales”, ponencia para el seminario *De las Directivas 2000/43 y 200/78 a las Leyes 51/03 y 62/03*, organizado por *Jueces para la Democracia*, (Madrid: 2004), p. 34 y ss.

<sup>190</sup> V. Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO: “Las interpretaciones estratégicas del Derecho Comunitario y la crisis de la doctrina del «acto claro»” 166 *Revista de Administración Pública* 2005 [copia online disponible en: <[http://www.danielsarmiento.es/pdf/interpretaciones\\_estrategicas.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/interpretaciones_estrategicas.pdf)>], asimismo v. en los mismos términos Encarnación SIERRA FERNÁNDEZ-VICTORIO: “El Tribunal de Justicia y cuestión prejudicial” ponencia perteneciente al Primer coloquio de la *XXXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero “El ordenamiento jurídico comunitario”*, Madrid: 1985, pp. 91 y 92; y KREPPEL: “El planteamiento de la cuestión...”, pp. 19 y 20].

<sup>191</sup> V. Karine DE SOUZA SILVA: “El cumplimiento del derecho comunitario por los Estados Miembros de la Unión Europea: alcances y límites de la acción por incumplimiento”, 9 *Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series* 2009, pp. 4 y 5.

el fallo, en este caso la modificación y adecuación de su ordenamiento jurídico así como también la eventual indemnización de los daños causados por la aplicación de dicha norma desde el momento de su entrada en vigor hasta el momento del fallo, en caso de haberlos<sup>192</sup>.

Por lo tanto, en aquellos casos en que este proceso concluya con una sentencia estimatoria de infracción que no pueda salvarse mediante la mera fijación de la interpretación de la norma en un determinado sentido, el Tribunal ordenará al Estado infractor que subsane esa incompatibilidad, cosa que deberá llevarse a cabo desde el mismo momento en que esta sentencia sea dictada y en el plazo más breve posible<sup>193</sup>, con la posibilidad de que llegue a activarse un procedimiento específico para compeler su cumplimiento si se demuestra que el Estado condenado no tiene intención de hacerlo por motu proprio<sup>194</sup>.

En ese caso, y desde la entrada en vigor del tratado de Maastricht a través del cual se introdujo<sup>195</sup>, actualmente cuando se conste la voluntad incumplidora del Estado condenado la Comisión puede iniciar ante el TJUE un “*recurso por falta de ejecución*” mediante el que reclamar al Tribunal que se imponga al Estado en cuestión el pago de una multa a tanto alzado en concepto de sanción por el incumplimiento, una multa coercitiva para compelerle al pronto cumplimiento de la misma, o ambas medida cumulativamente<sup>196</sup>.

En la práctica, podemos comprobar que pese a que el Tribunal no se halla vinculado por la solicitud de que medidas sancionadoras concretas solicita la Comisión, hasta el momento siempre han sido éstas las que se han acabado imponiendo<sup>197</sup>. Del mismo modo, la propia Comisión ya estableció formalmente en su *Comunicación sobre la aplicación del art. 260.3*<sup>198</sup>

---

<sup>192</sup> V. DE SOUZA: “El cumplimiento...”, p. 8; o Javier DÍEZ-HOCHLETNER/Irene BLÁZQUEZ/Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA/Cristina IZQUIERDO: “La aplicación judicial del derecho de la UE en los Estados miembros (II): La cuestión prejudicial ante el TJUE” *Universidad Autónoma de Madrid*, (Madrid: 2010).

<sup>193</sup> Entre otras, **STJCE 6-11-1985 (Comisión c. Italia)**; **STJCE 13-7-1988 (Comisión c. Francia)**; **STJCE 4-7-2000 (Comisión c. Grecia)**; y **STJCE 9-12-2008 (Comisión c. Francia)**.

<sup>194</sup> V. DE SOUZA: “El cumplimiento...”, pp. 8 y 9.

<sup>195</sup> Antes de su introducción a través el Tratado de Maastricht, la única opción de la que se disponía consistía en que la Comisión fuese interponiendo sucesivos recursos por incumplimiento contra el Estado infractor.

<sup>196</sup> V. COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL CONSEJO DE ESTADO: “Informe de la sesión celebrada el 15 de diciembre 2010” (2010) [disponible en: <<http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf>>], p. 35 y ss.

<sup>197</sup> V. COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL CONSEJO DE ESTADO: “Informe de la sesión...” [disponible en: <<http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf>>] p. 4; donde se citan como ejemplos de esta situación los casos **STJCE 18-7-2006 (Comisión c. Italia)**; **STJCE 18 -7-2007 (Comisión c. Alemania)**; y **STJCE 12-7-2005 (Comisión c. Rep. Francesa)**.

<sup>198</sup> V. COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación sobre la aplicación del art. 260.3” [SEC (2010) 1371] [disponible en: <[http://ec.europa.eu/eu\\_law/infringements/infringements\\_260\\_es.htm](http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_260_es.htm)>].

que en todos los casos en que solicitara este recurso por incumplimiento procedería a solicitar ambas sanciones cumulativamente.

Por último, y en referencia a la cuantía de la sanción que se impondría en los supuestos tratados por este trabajo, ésta quedaría a apreciación del TJUE. Ahora bien, este apreciará la cuantía libremente siempre dentro de unos márgenes, dependiendo de la gravedad del incumplimiento. En este sentido, para determinar el grado de gravedad se atenderá a dos parámetros: la incidencia tanto efectiva como potencial de daño causado, así como la relevancia de la norma comunitaria vulnerada<sup>199</sup>.

Por tanto, teniendo en cuenta la consideración de principio fundamental del derecho europeo que tienen las cuatro *Libertades Fundamentales*, entenderemos que todos los supuestos analizados en este trabajo, por ser relativos a incumplimiento por falta de adecuación de la legislación interna al ordenamiento comunitario vulnerando la libertad de establecimiento, llevarían aparejada una sanción perteneciente a la categoría de mayor gravedad.

## VI. CONCLUSIONES.

Finalmente, es ya momento de formular las siguientes conclusiones sobre lo aquí analizado:

**PRIMERA.-** El principal problema del ejercicio del derecho al libre establecimiento por las sociedades comunitarias se encuentra en las barreras que, en ocasiones, establecen los Estados miembros. Y esto es así aunque todos estos frenos son reflejos ya que, en su configuración, no persiguen restringir *directamente* esa libertad comunitaria [v. *supra* Cap. I, ap. 4: “*Libertad de establecimiento y reconocimiento mutuo de sociedades: Armonización comunitaria*”].

**SEGUNDA.-** Dichas restricciones nacionales adoptan múltiples configuraciones. En unas ocasiones son reglas de carácter fiscal que imponen tributos específicos para el traslado al extranjero (*Exit Taxes*). En otros supuestos los Estados recurren a dictar normas que exigen en el ámbito registral requisitos a las sociedades extranjeras distintos de los exigidos a las nacionales. Y, entre muchos otros posibles ejemplos, también pueden encontrarse supuestos de normas nacionales que, bajo el argumento de combatir el fraude, impiden constituir en su

---

<sup>199</sup> V. DE SOUZA: “El cumplimiento...”, p. 10.

territorio sociedades que no desarrollan allí su actividad (*Letter Box Companies*) [v. *supra* Cap. IV: “*Examen de las restricciones*”].

**TERCERA.-** Haciendo un estudio de la abundante casuística comunitaria en la materia, puede comprobarse que ésta viene fundamentalmente constituida por pronunciamientos relativos a restricciones pertenecientes a tres ámbitos. En *primer lugar*, medidas nacionales de *política tributaria*, entre las que pueden citarse además de las mencionadas *Exit Taxes*, aquellas concernientes al pago de plusvalías o minusvalías, así como las relativas a deducción de pérdidas o concesión de incentivos fiscales. En *segundo término*, también se detectan restricciones dentro de la *esfera societaria*, ya sean referentes a requisitos de constitución, publicidad y registro, o a la protección de determinados sujetos. Por último, un *tercer grupo* de medidas especialmente relevantes, tienden a impedir el *uso abusivo o fraudulento* de ésta libertad dentro del territorio de cada Estado. Pese a todo, también es posible hallar algunos casos en que las medidas pertenecen a ámbitos más residuales como son ejemplo las medidas restrictivas medioambientales, urbanísticas o de protección al consumo [v. *supra* Cap. IV: “*Examen de las restricciones*”].

**CUARTA.-** Para determinar si una medida nacional restrictiva de la *libertad de establecimiento* puede, pese a todo, considerarse conforme con el derecho europeo vigente es necesario recurrir a la jurisprudencia del TJUE [v. *supra* Cap. II, app. 1 y 2: “*El derecho al libre establecimiento de las sociedades en la UE*”,].

**QUINTA.-** Y, para ello, el TJCE ha desarrollado un método denominado *Test Gebhard* que consta de cuatro fases o requisitos cumulativos (esto es: [1] no-discriminación, [2] justificación basada en un motivo de imperioso interés general, [3] adecuación, y [4] proporcionalidad). Con su reconocimiento, el TJUE ha logrado sistematizar los criterios que él mismo había venido usando espontánea y un tanto desordenadamente en varios de sus pronunciamientos anteriores [v. *supra* Cap. III: “*Criterios empleados por el TJUE*”].

**SEXTA.-** De las anteriores fases destacan en particular la relativa a la *justificación de la medida en base a un motivo de imperioso interés general* así como la referente al control de *proporcionalidad*. La primera de ellas es especialmente relevante dado el estándar de rigidez con el que el TJUE ha venido aplicándola para el enjuiciamiento de las restricciones al *libre establecimiento*, exigiendo a los Estados un estándar extremadamente reforzado para su



superación, excluyendo por ejemplo, cualesquier motivo de carácter puramente económico. En cuanto a la fase de proporcionalidad, constituida a su vez por el parámetro de *medida menos gravosa (less restrictive test)* y un proceso de ponderación *stricto sensu*, es precisamente la fase del *test* que brinda la oportunidad al TJUE de valorar con mayor discrecionalidad los efectos de la medida en su conjunto [v. *supra* Cap. III, app. 3 y 5: “*Criterios empleados por el TJUE.*”].

**SÉPTIMA.-** El fracaso de la norma estatal a la hora de superar el *Test Gebhard* comportará que el TJUE califique la medida de contraria al acervo comunitario obligando, directa o indirectamente, al Estado afectado a reformar su ordenamiento jurídico interno. Y, es más, en virtud del deber de *adecuación del ordenamiento jurídico interno al derecho comunitario* que obliga a todos los Estados integrantes de la U.E., esto sucede así incluso en los casos relativos a medidas pertenecientes a ámbitos que aún no han sido objeto de armonización [v. *supra* Cap. V, ap. 2: “*Recurso por incumplimiento*”].

**OCTAVA.-** Este deber de reforma de la legislación nacional ante una medida que ha sido calificada como contraria al ordenamiento comunitario tiene distinto alcance según el tipo de proceso judicial en el cual se haya dictado. En este sentido, si la incompatibilidad se ha determinado en el marco de un *recurso de incumplimiento*, el fallo poseerá efectos condenatorios, y el Estado en cuestión estará obligado en virtud de esa sentencia a realizar la referida reforma legislativa. Por otro lado cuando ésta emane de un proceso de *cuestión prejudicial ante el TJUE*, la sentencia, al ser meramente interpretativa, solo conllevará implícitamente la obligación de reforma, debiendo ser el propio Estado que promulgó la medida cuestionada quien proceda a reformarla por iniciativa propia [v. *supra* Cap. V: “*Consecuencias de la consideración de una medida como injustificada*”].

# BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria: “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la CEE”, 2 *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 84 1985, pp. 293- 320.
- ALLMENDINGER, Christoph: “Company Law in the European Union and the United States: A Comparative Analysis of the Impact of the EU Freedoms of Establishment and Capital and the U.S. Interstate Commerce Clause”, 1 *William & Mary Business Law Review*, vol. 4 2013, pp. 67-109.
- ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, Gabriela Isabel: “Las libertades fundamentales reconocidas por la UE, especial referencia a la sentencia Gebhard”, 12-13 *Anuario de la Facultad de Derecho* 1994-1995, pp. 43-70.
- ÁLVAREZ PÉREZ, Mariano: “Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea en particular para la sociedades”, 265 *Noticias de la Unión Europea* 2007, pp. 29-48.
- ANDENAS, Mads/ZLEPTNIG, Stefan: “Proportionality: WTO Law: In comparative perspective”, 42 *Texas International Law Journal* 2007, pp. 371- 427.
- ARENAS GARCÍA, Rafael: “Transferencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa: Derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento, «Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, As. C-371/10, National Grid Indus B.V. e Inspecteur Van De Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam»” (2010) [disponible en: <<http://blogs.uab.cat/adipr/files/2012/02/Comentario-STJUE-de-29-de-noviembre-de-2011-Rafael-Arenas.pdf>>].
- BENEDETTELLI, Massimo V.: “Sul trasferimento della sede sociale all'estero”, 6 *Rivista della società* 2010, pp.1251-1273.
- BERMEJO, N. y RODRÍGUEZ, E.: “Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal”, 387 *InDret* 2006, pp. 2-41.
- BERNASCONI, Sara: “Il caso Cartesio e la libertà di stabilimento delle società nell'unione europea”, 236 *Liuc Papers* 2010, pp. 1-42.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel: “Reflexiones al hilo de la STJUE X-Holding BV sobre el régimen de consolidación en el impuesto sobre sociedades. La «importación» de pérdidas extranjera y el derecho de la Unión Europea”, 3 *Crónica Tributaria* 2011, pp. 25-53.

- CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA, J.: “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, 28 *Revista Derecho de Sociedades* 2007, pp. 59-100.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Constitución de sociedades mercantiles por internet en la Unión Europea”, 2 *Revista de Sociales y Jurídicas* 2007, pp. 24-45.
- CENCERRADO MILLÁN, Emilio: “La compatibilidad con el derecho comunitario de las normas antiabuso basadas en el principio de independencia. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2010 (asunto C-311/08), Societé de gestión industrelle S.A. «S.G.I.»”, 327 *Noticias de la Unión Europea* 2012, pp. 37-51.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL CONSEJO DE ESTADO: “Informe de la sesión celebrada el 15 de diciembre 2010” (2010) [disponible en: <<http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf>>].
- COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación sobre la aplicación del art. 260.3” [SEC (2010) 1371] [disponible en: <[http://ec.europa.eu/eu\\_law/infringements/infringements\\_260\\_es.htm](http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_260_es.htm)>].
- COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al CESE «La coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior»” [COM (2006) 823 final] de 19-12-2006 y no publicada en el Diario Oficial [disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0823:FIN:es:PDF>>].
- COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al CESE «Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo»” [COM (2006) 824 final] de 19-12-2006 y no publicadas en el Diario Oficial [disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0824:FIN:es:PDF>>].
- DE SOUZA SILVA, Karine: “El cumplimiento del derecho comunitario por los Estados Miembros de la Unión Europea: alcances y límites de la acción por incumplimiento”, 9 *Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series* 2009, pp. 3-32.
- DEÁK, Daniel: “Cartesio: a step forward in interpreting the EC Freedom to Emigrate”, 6 *Tax notes International* 2009, pp. 493-499.
- DÍEZ-HOCHLETNER, J./ BLÁZQUEZ, I/ MARTÍNEZ CAPDEVILA, C./IZQUIERDO, C.: “La aplicación judicial del derecho de la UE en los Estados miembros (II): La cuestión prejudicial ante el TJUE” *Universidad Autónoma de Madrid*, (Madrid: 2010).
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, 7 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 2004, pp. 369-396.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís: “La libertad de establecimiento de sociedades y demás personas jurídicas en la Comunidad Económica Europea”, 185 *Documentación Administrativa* 1980, pp. 575-630.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: “El cambio de *lex societatis*, una forma especial de transformación societaria: comentario a la sentencia del TJUE «as. Vale Épitési kft»”, 7992 *Diario La Ley*, 2012.

-----: “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE” 252, *Noticias de la Unión Europea* 2006, pp. 131-142.

-----: “La sentencia «Centros» del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, 4 *Revista jurídica U.A.M* 2001, pp. 169-202.

-----: “La sentencia «Centros»: el *status quaestonis* un año después”, 195 *Noticias de la Unión Europea* 2001, pp. 79-95.

-----: “La sentencia «Überseering» y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”, 248 *Revista de Derecho Mercantil* 2003, pp. 663-682.

GERNER-BEUERLE, C. and SCHILLIG, M.: “The mysteries of freedom of Establishment after Cartesio”, 2 *International & comparative Law Quarterly* 2010, pp. 303-323.

GERGELY, D. and ENGSIG, K.: “Cross-border conversion of companies in the EU: the impact of the VALE judgment”, 10-33 *L.S.N. Research Paper Series on Nordic & European Company Law* 2013, pp. 1-17.

HANCHER, L./SAUTER, W.: “One foot in the grave or one step beyond? From *Sodemare* to *DocMorris*: The EU’s freedom of Establishment case law concerning healthcare”, 20 *T.I.L.E.C. Discussion Paper* 2009 [disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1429315>>] pp. 1-59.

HARBO, Tor-Inge: “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, 2 *European Law Journal* 2010, pp. 158-185.

JACOBS, Francis: “The role of the European Court of Justice in the protection of the environment”, 18 *Journal of Environmental Law* 2006, pp. 185-205.

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, Domingo Jesús: “La compatibilidad del principio de simetría en la aplicación del método de exención con la libertad de establecimiento, comentario a la sentencia del TJCE 15 de mayo de 2008, asunto Lidl Belgium (C-414/06)”, 128 *Crónica Tributaria* 2008, pp. 171-192.

- KUIPERS, Jan-Jaap: “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual recognition as a vested rights theory based on party autonomy in private law”, 2 *European Journal of Legal Studies* 2009, pp. 66-96.
- KREPPPEL, Horstpeter: “El planteamiento de la cuestión prejudicial «art. 234 CE» Los problemas sustantivos y procesales” ponencia para el seminario *De las Directivas 2000/43 y 200/78 a las leyes 51/03 y 62/03*, organizado por *Jueces para la Democracia* (Madrid: 2004).
- MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel: “Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, 4 *Quincena Fiscal Aranzadi* 2012, pp. 29-65.
- MARTÍNEZ RIVAS, Francisco: “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada”, 1 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2009, pp. 132-142.
- PRATS JANÉ, Sergi: *Evolución del derecho societario europeo; situación actual y análisis jurisprudencial desde el punto de vista del derecho internacional privado*, Abecedario (Badajoz: 2007).
- REICH, Norbert: “How Proportionate is the Proportionality Principle?”, 5 *Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Estudos e documentos de trabalho* 2011, pp. 6-34.
- RINGE, Wolf-Georg: “No freedom of emigration for companies?”, 3 *European Business Law Review* 2000, pp. 621-642.
- RODAS PAREDES, Paola: “La libertad de establecimiento de las personas jurídicas en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en pp. 119-139 de V. ROQUE y J.M. EMBID: *El derecho de sociedades en el marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Tomo III, Comares (Granada: 2007).
- : *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*; Comares (Granada: 2011).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Luis María: “Las libertades comunitarias como límite a la capacidad normativa de los Estados Miembros en materia de impuestos directos: la doctrina del Tribunal de Justicia”, 10 *Cuadernos de formación XI Curso Alta especialización en fiscalidad internacional* 2009, pp. 203-225.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: “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* 2000, pp. 115-158.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: - “Las interpretaciones estratégicas del Derecho Comunitario y la crisis de la doctrina del «acto claro»”, 166 *Revista de Administración Pública* 2005, [copia online disponible en:<[http://www.danielsarmiento.es/pdf/interpretaciones\\_estrategicas.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/interpretaciones_estrategicas.pdf)>].

SCHLAEFER, Georg: “Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation”, *International Insolvency Studies* 2010, [disponible en: <[www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/39/5922.html](http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/39/5922.html)>] pp. 1-37.

SIERRA FERNÁNDEZ-VICTORIO, Encarnación: “El Tribunal de Justicia y cuestión prejudicial” ponencia perteneciente al Primer coloquio de la *XXXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero “El ordenamiento jurídico comunitario”* (Madrid: 1985) pp. 81-92.

SPÍGULIS, Artūrs: “Freedom of Establishment: A means of overcoming restrictions on free movement of persons”, 27 *R.G.L. Working Papers* 2005, pp. 1-45

VAN GERVEN, Walter (Abogado General): “Conclusiones sobre el caso «Van den Burg»” [disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96649&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2853187>>] p. 2158, parr. 10.

VELASCO SAN PEDRO, L.A./ SÁNCHEZ FELIPE, J.M.: “la libertad de establecimiento de las sociedades en la U.E. El estado de la cuestión después de la S.E.”, 19 *Revista de Sociedades* 2002, pp. 16-38.

VILLAR EZCURRA, Marta: “El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la armonización y coordinación fiscal”, ponencia recogida en *Unión Europea: armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa* (coord.: F.J. LASARTE, F. ADAME e J. RAMOS), Universidad Pablo de Olavide (Sevilla: 2011), pp. 91-101.

WYMEERSCH, Eddy: “The transfer of the Company's Seat in European Company Law”, 8 *E.G.C.I. Working Paper Series in Law* 2003, pp. 661-695.

# ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STJCE 29-11-1956, C-8/55 (*Fédération Charbonnière de Belgique / Alta Autoridad*) .
- STJCE 27-3-1963, asuntos acumulados 28/62, 29/62, 30/62 (*Da Costa en Schaake*).
- STJCE 15-7-1969, C-6/64 (*Costa contra ENEL*).
- STJCE 21-6-1974, C-2/74 (*Reyners*).
- STJCE 28-4-1977, C-71/76 (*Jean Thieffry*).
- STJCE 20-2-1979, C-120/78 (*Cassis de Dijon*).
- STJCE 25-6-1981, C-353/81 (*Comisión contra Paises Bajos*).
- STJCE 14-12-1982, asuntos acumulados 314/81, 315/81, 316/81, 83/82 (*Waterkeyn*).
- STJCE 28-1-1986, C-270/83 (*Comisión contra República Francesa*).
- STJCE 5-3-1986, C-69/85 (*Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & CO*).
- STJCE 10-7-1986, C-79/85 (*Segers*).
- STJCE 20-9-1988, C-302/86 (*Comisión c. Dinamarca*).
- STJCE 27-9-1988, C-81/87 (*Daily Mail*).
- STJCE 13-11-1990, C-331/88 (*Fedesa*).
- STJCE 31-3-1992, C-52/90 (*Comisión c. Dinamarca*).
- STJCE 31-3-1993, C-19/92 (*Kraus*).
- STJCE 13-7-1993, C-330/91 (*Commerzbank*).
- STJCE 5-10-1994, C-55/93 (*Van Schaik*).
- STJCE 10-5-1995, C-384/93 (*Alpine Investments/Minister van Financiën*).
- STJCE 30-11-1995, C-55/94 (*Gebhard*).
- STJCE 12-12-1996, C-3/95 (*Resebüro Broede*).
- STJCE 15-5-1997, C-250/95 (*Futura*).
- STJCE 19-11-1998, C- 150/94 (*Reino Unido c. Consejo*).
- STJCE 9-3-1999, C-212/1997 (*Centros*).
- STJCE 8-7-1999, C-254/97 (*Baxter*).
- STJCE 18-11-1999, C-200/98 (*X AB y Y AB*).
- STJCE 13-4-2000, C-251/98 (*Baars*).
- STJCE 14-12-2000, C-141/99 (*AMID*).
- STJCE 12-7-2001, C-189/01 (*Jippes*).
- STJCE 5-11-2002, C-208/00 (*Überseering* ).
- STJCE 12-6-2003, C-112/00 (*Eugen Schmidberger*).

STJCE 30-9-2003, C-167/01 (*Inspire Art*).

STJCE 11-12-2003, C-364/01 (*Herederos del sr. H. Barbier*).

STJCE 11-3-2004, C-9/02 (*Lasteyrie du Saillant*).

STJCE 5-10-2004, C-442/02 (*Caixabank France*).

STJCE 14-10-2004, C-36/02 (*Omega*).

STJCE 14-12-2004, C-309/02 (*S. Spitz*).

STJCE 10-3-2005, C-39/04 (*Laboratoires Fournier*).

STJCE 13-12-2005, C-411/03 (*SEVIC Systems*).

STJCE 13-12-2005, C-446/03 (*Mark & Spencer*).

STJCE 17-1-2006, C-1/04 (*Susanne Staubitz-Schreiber*).

STJCE 23-2-2006, C-253/03 (*CLT-UFA*).

STJCE 2-5-2006, C-341/04 (*Eurofood*).

STJCE 7-9-2006, C-470/04 (*N*).

STJCE 12-9-2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

STJCE 28-9-2006, C-434/04 (*Ahokainen y Leppik*).

STJCE 6-3-2007, as. acumulados C-338/04, C-359/04, C-360/04 (*Massmiliano Placanica*).

STJCE 15-3-2007, C-54/05 (*Comisión c. República de Finlandia*).

STJCE 28-2-2008, C-293/06 (*Deutsche Shell*).

STJCE 13-3-2008, C-248/06 (*Comisión c. España*).

STJCE 27/11/2008, C-418/07 (*Société Papillion*).

STJCE 16-12-2008, C-210/06 (*Cartesio*).

STJUE 22-1-2009, C-377/07 (*STEKO*).

STJUE 19-3-2009, C-531/06 (*Comisión v. República Italiana*).

STJUE 1-10-2009, C-567/07 (*Woningstichting Sint Servatius*).

STJUE 21-1-2010, C-311/08 (*S.G.I.*).

STJUE 11-3-2010, C-384/08 (*Attanasio Grop*).

STJUE 24-3-2010, C-400/08 (*Comisión c. España*).

STJUE 29-11-2011, C-371/10 (*National Grid*).

STJUE 21-6-2010, C-84/11 (*Susisalo*).

STJUE 28-6-2012, C-38/10 (*Comisión c. República Portuguesa*).

STJUE 12-7-2012, C-378/10 (*VALE Épitési Kft*).

STJUE 6-9-2012, C-38/10 (*Comisión c. República Portuguesa*).

STJUE 6-8-2012, C-18/11 (*Philips Electronica UK*).

STJUE 25-10-2012, C-387/11 (*Comisión c. Bélgica*).



STJUE 31-1-2013, C-301/11 (*Comisión c. Países Bajos*).

STJUE 21-2-2013, C-123/11 (*A Oy*).

STJUE 14-3-2013, C-415/11 (*Aziz*).

STJUE 25-4-2013, C-64/11 (*Comisión c. España*).