

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES

**José María Garrido
Jorge Miquel Rodríguez
Carlos Górriz López
Stefan Leible
Ángel Espiniella Menéndez
Rafael Arenas García
Francisco J. Garcimartín Alférez
Vésela Andreeva Andreeva
Miguel Gardeñes Santiago**

**Coordinadores:
Rafael Arenas García
Carlos Górriz López
Jorge Miquel Rodríguez**

Colección: Atelier Internacional

Director: Sixto Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Esta publicación se inserta en el proyecto de investigación «Adecuación de los tipos y de las estructuras de las sociedades y demás personas jurídicas a las exigencias derivadas de la integración económica mundial», proyecto financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia. Referencia: SEJ2005-06811/JURI. Investigador principal: Dr. Rafael ARENAS GARCÍA.

Fecha de inicio: 31 de diciembre de 2005. Fecha de finalización: 31 de diciembre de 2008.

«Interacción entre la autonomía de la voluntad y la protección de los intereses generales en la regulación de la actividad internacional de las sociedades», proyecto financiado por la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia: DER2009-09039 (subprograma JURI). Investigador principal: Dr. Rafael ARENAS GARCÍA. Fecha de inicio: 1 de enero de 2010. Fecha de finalización: 31 de diciembre de 2012.

Asimismo, ha contado con financiación proporcionada por el «Grupo de Investigación Estudios Internacionales y Europeos del Instituto de Derecho y Tecnología – GEIE-IDT» Grup de Recerca de Catalunya (SGR) reconocido y financiado en la convocatoria del año 2009. Investigadora coordinadora: Profesora Dra. Blanca Vilà Costa.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2010 José María Garrido, Jorge Miquel Rodríguez, Carlos Górriz López, Stefan Leible, Ángel Espiniella Menéndez, Rafael Arenas García, Francisco J. Garcimartín Alférez, Vésela Andreeva Andreeva, Miguel Gardeñes Santiago. Coordinadores: Rafael Arenas García, Carlos Górriz López, Jorge Miquel Rodríguez.

© 2010 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-92788-24-8

Depósito legal:

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión:

PRÓLOGO

1. La internacionalización de las empresas es una realidad en el mundo de los negocios a pesar de que su regulación jurídica, en ocasiones, no se ha adaptado todavía a esta situación. En el contexto europeo las sociedades son operadores fundamentales del mercado interior, por eso el Derecho de sociedades tiende a mejorar la eficacia de su funcionamiento mediante un marco jurídico simplificado que tienda a reducir los tradicionales obstáculos administrativos; en dicho marco ocupan un lugar destacado las fusiones y las escisiones nacionales y transnacionales, los derechos de los accionistas de empresas que cotizan en bolsa y el régimen fiscal de las empresas matrices y filiales de Estados miembros diferentes. La posibilidad de ejercer actividades en un Estado miembro distinto del de la sede y el establecimiento de una cooperación transfronteriza efectiva se consideran progresos esenciales. Precisamente, en la consecución del mercado único, se ha introducido el concepto de «sociedad matriz» con el objeto de lograr una mejor adaptación a las dimensiones de empresas establecidas en varios Estados miembros y se rige por el Derecho europeo en lugar de estar sometida simultáneamente a diferentes sistemas legislativos. Por otra parte, el estatuto de «sociedad cooperativa europea» permite el desarrollo de las actividades de las cooperativas a escala europea. Las empresas europeas que no desean fusionarse o formar filiales comunes también disponen de un instrumento de cooperación transnacional denominado Agrupación europea de interés económico. Los Estados miembros deben estar en condiciones de dar respuestas rápidas, flexibles y ajustadas a un entorno empresarial en constante evolución. No obstante, si la normativa europea armonizada facilita el clima de confianza necesario para el correcto funcionamiento del mercado único representa también un freno a la innovación e impone cargas administrativas suplementarias a las empresas.

Desde la perspectiva de la transposición, las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles según la Ley 3/3 de abril de 2009, suponen una sustancial modificación de los sistemas de transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo de sociedades mercantiles, a la vez que regu-

la por primera vez el traslado internacional del domicilio social, e incorpora las disposiciones de Derecho comunitario sobre estas materias.

2. El presente libro, para el que los autores han tenido la gentileza de sollicitarme unas palabras previas (tarea que he aceptado precisamente en homenaje sincero a una obra bien hecha), recoge las publicaciones resultado del Seminario celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona el 26 de septiembre de 2008. Dicho seminario pretendía un acercamiento a la problemática actual del Derecho internacional privado de sociedades alejado de los tópicos sobre la teoría de la sede y la teoría de la constitución. Para eso se contaba con un equipo integrado por internacionalistas y mercantilistas españoles y extranjeros de reconocido prestigio y sobrada experiencia en la materia. Un acercamiento afortunado desde perspectivas diversas: la especialización y la solvencia de los participantes, el equilibrio entre el tratamiento de los problemas desde la perspectiva internacionalista y mercantilista y, por último, la elección de los problemas y el enfoque con el que se debían de tratar.

En los últimos tiempos proliferan obras colectivas fruto de seminarios especializados pero es difícil encontrar en ellas una sistemática interna que haga que el resultado final sobrevuele las ponencias individuales y heterogéneas de los participantes. No es el caso de la presente obra en la que los coordinadores han conseguido de los participantes una reflexión global que dota al libro de una estructura coherente con su propio título. Un libro que bien pudiera recibir la denominación de «tratado» tanto en lo que concierne a la existencia de exposición integral, objetiva y ordenada de conocimientos sobre la internacionalización de las sociedades, como por incluir una estructura coherente en progresivas subdivisiones que clarifican el conocimiento de la compleja tarea abordada.

3. Las sociedades cotizadas pueden concentrar sus recursos personales y materiales mediante dos procedimientos típicos: las fusiones y las OPAs. Ambos procedimientos coinciden en su función económica esencial de integración pero difieren en sus fuerzas motoras (el consenso o el disenso), en sus procedimientos (aristocrático y representativo en el caso de las fusiones y democrático y plebiscitario en el de las OPAs) y en sus efectos (la unificación de personas jurídicas en el caso de las fusiones y la diversidad en el de las OPAs). Las dificultades propias de estas operaciones societarias complejas se incrementan cuando implican a sociedades de nacionalidades diversas. Para solventar estas dificultades adicionales se han promulgado, en el ámbito de la Unión Europea, dos normas armonizadoras: la Directiva 2004/25/CE, sobre las OPAs y la Directiva 2005/56/CE sobre las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. El gran número de remisiones que hacen ambas Directivas a los ordenamientos nacionales y las facultades de exceptuar la aplicación de determinados preceptos que se reconocen a los Estados miembros reducirán su eficacia para conseguir el objetivo de facilitar estas operaciones de concentración intracomunitaria.

La regulación de las OPAs busca proteger a los socios minoritarios de las sociedades cotizadas cuando se produce un cambio en el control como conse-

cuencia de la adquisición de un determinado porcentaje de acciones. Precisamente el estudio de José María Garrido sobre las OPAs transfronterizas en la Unión Europea analiza la Directiva 2004/25/CE y su transposición en diferentes Derechos a partir de la diferenciación entre medidas defensivas (frente a OPAs hostiles) *ex-ante* y medidas defensivas *ex-post*; una diferenciación establecida para construir un complejo sistema que deja amplia libertad a los Estados en la configuración de su propio Derecho sobre OPAs, lo que ha implicado que el nivel de armonización efectiva conseguido sea muy reducido, limitándose, prácticamente a las normas sobre transparencia. La falta de armonización en este sector llega al punto de que es posible, incluso, que la aplicación de determinadas medidas se vea sometida a una regla de reciprocidad, lo que no deja de ser sorprendente en el ámbito comunitario de integración.

4. Con el objeto de establecer un estatuto de la sociedad privada europea de responsabilidad limitada y crear con ello una forma legal simplificada que favorezca el establecimiento y funcionamiento de las pequeñas y medianas empresas en el mercado común se ha elaborado la propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea que es objeto de estudio en el trabajo de Jorge Miquel Rodríguez. En él se contempla la evolución legislativa —aún inconclusa— de la Sociedad Privada Europea. Se destacan las novedades que supone esta forma societaria respecto a las ya existentes. No se trata solamente de crear una sociedad más simple que la SE, sino que en algunos puntos el proyecto se aparta significativamente de algunos de los principios seguidos hasta ahora en el Derecho europeo de sociedades; aunque también es cierto que a medida que avanza el proceso legislativo algunas de las novedades que se plantearon inicialmente ven reducido su alcance. Así, por ejemplo, la previsión inicial de que el capital social pudiese ser de tan solo 1 euro se ha visto transformada, previéndose actualmente que para admitir un capital inferior a 8000 euros es preciso que los administradores firmen un certificado de solvencia de la sociedad. Sí que se mantiene —de momento— un amplio margen para la autonomía de la voluntad, en un intento de conseguir que esta sociedad sea lo suficientemente flexible como para resultar atractiva para los pequeños operadores.

El enfoque referido encuentra su complemento en la contribución de Carlos Górriz López «La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: luces y sombras de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre» donde se realiza una crítica muy severa de esta reforma del sistema español que, aunque escasa en el número de artículos modificados, ha sido fundamental para la actividad desempeñada por los Notarios y Registradores Mercantiles. Se critican lagunas de regulación, parquedad en la regulación y repeticiones innecesarias. Estas deficiencias implican que España, a juicio del autor, no será un destino atractivo para aquellos que pretendan constituir una SE. Además el excesivo proteccionismo del que hace gala la Ley resulta criticable y es perceptible si consideramos, por ejemplo, que se reconoce el derecho de separación de los socios, incluso de las sociedades cotizadas en los casos de traslado al extranjero del domicilio de una SE domiciliada en España y también en los casos de creación de una SE

mediante fusión. También se critica la posibilidad de que las autoridades puedan prohibir por razones de orden público el traslado al extranjero de una SE domiciliada en España. Frente a estos aspectos negativos, los aspectos positivos de la Ley son escasos, centrados estos últimos en la forma en que se cubren algunas de las lagunas del Reglamento 2157/2001.

5. La contribución de Stefan Leible, Catedrático de Derecho civil, Derecho internacional privado y Derecho comparado en la Universidad de Bayreuth, es un reflejo más del buen hacer del autor alemán que tanta influencia ha ejercido en la reciente doctrina española de Derecho internacional privado. Aborda un tema clásico pero con un contenido innovador: el del traslado del domicilio social dentro de la Comunidad Europea a partir de la jurisprudencia alemana y comunitaria. Destacan sus observaciones en torno a la Sentencia *Cartesio* donde el TJCE entiende que las sociedades no tienen, en virtud de la libertad de establecimiento, derecho a trasladar su sede real (el lugar donde tienen su dirección o administración efectiva) manteniendo inalterada la ley aplicable. Esto es, que una sociedad húngara (inscrita en el Registro Mercantil de Hungría y de «nacionalidad» húngara) no puede pretender modificar sus estatutos inscribiéndolos en el Registro Mercantil y haciendo constar en ellos que traslada su domicilio-sede real a Italia. La argumentación del TJCE está basada en la idea de que la libertad de establecimiento no se ve afectada en el caso. En otros términos, que estamos ante una cuestión puramente nacional porque *Cartesio* no pretende modificar su «nacionalidad» (la ley aplicable a la persona jurídica y a sus relaciones internas) ya que procura mantener «su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro según cuya legislación hubiera sido constituida». De manera que el caso es distinto al de la sentencia *Überseering* donde, como se recordará, una sociedad de Derecho holandés que había trasladado su sede real a Alemania (sin modificar la sede estatutaria) no era reconocida como persona jurídica por el Derecho alemán. Tras *Überseering* se produjo un cambio sustancial en las situaciones legales de muchas sociedades europeas que actúan principalmente en otros países y confirmó, por primera vez, la existencia de una incompatibilidad entre la libertad de establecimiento y la falta de reconocimiento de personalidad jurídica de una sociedad en el país miembro en el que tiene su sede real y no es el Estado de su constitución. No parece que *Cartesio* constituya una marcha atrás respecto a las sentencias *Centros* y *Überseering*. Todo apunta a que el TJCE no está dispuesto a afirmar definitivamente que la doctrina de la sede real es contraria al Derecho comunitario y a la libertad de establecimiento, sino solo en la medida en que interfiera con la «movilidad» de sociedades dentro de Europa. En todo caso ha fijado puntos importantes en lo que concierne al traslado transfronterizo del domicilio social si bien la decisión no es completamente convincente ni en la argumentación ni en el resultado.

6. Centrado en la «Perspectiva judicial de la libertad de establecimiento» el trabajo de Ángel Espiniella Menéndez analiza en qué forma la libertad de establecimiento comunitaria, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo, incide en la interpretación y aplicación de los instrumentos procesales

comunitarios, especialmente los Reglamentos 44/2001 y 1346/2000. La conclusión es la de que ambos instrumentos incluyen soluciones que son incompatibles con la libertad de establecimiento, debiendo ser reinterpretados a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia societaria. En concreto, ha de dilucidarse si se establece que los tribunales del Estado de constitución de la sociedad gozan de competencia exclusiva para declarar la nulidad de la sociedad o disolverla o si, por el contrario, se admite que también puedan conocer sobre estas cuestiones los tribunales del Estado en el que se encuentra la sede real de la sociedad, aunque aplicando la ley del Estado de constitución. El profesor asturiano considera que es preciso aclarar que el Juez del concurso solamente podrá disolver la sociedad insolvente de acuerdo con lo previsto en la ley del Estado de su constitución; y que en los procedimientos territoriales de insolvencia no podrá declararse la disolución de la sociedad.

7. La propia existencia de la persona jurídica incide de distintas formas en la responsabilidad de sus administradores. Una cosa son las obligaciones específicamente societarias que estos asumen como resultado de lo que se establezca en el contrato que les vincula con la sociedad a la que administran como las previsiones estatutarias y la normativa legal y otra muy distinta las actuaciones específicas que no se atribuyen a ellos, sino a la sociedad. Por ello en estos supuestos, la existencia de la sociedad tiene como consecuencia la transformación de una responsabilidad personal en una responsabilidad social o —dependiendo de los casos— la alteración de la responsabilidad personal al convertirla en solidaria o subsidiaria respecto a la de la sociedad. Ello sin olvidar que los administradores, mediante su actuación, pueden causar un perjuicio que resultará indemnizable de acuerdo con la regla general del *nemo non laedere*. Son cuestiones de gran complejidad, pues la existencia de distintos instrumentos internacionales en este sector y la necesaria consideración de cláusulas de exclusión, no especialmente claras, contribuye a que el régimen de la responsabilidad de los administradores en el Derecho internacional privado ofrezca más dudas que certezas. Rafael Arenas García las aborda con su claridad y sistemática habitual. Para ello parte de una clasificación de los diferentes tipos de responsabilidad de los administradores (responsabilidad por incumplimiento de obligaciones específicamente societarias, responsabilidad por daños causados a terceros, responsabilidad por las deudas de la sociedad) para centrarse, en un segundo momento, en los problemas de competencia judicial internacional, teniendo en cuenta los Reglamentos 44/2001, 1346/2000 y el Derecho internacional privado español de origen interno y en la cuestión del Derecho aplicable a la responsabilidad de los administradores a partir de articulación de la *lex societatis*, la *lex concursus*, la *lex contractus* y la *lex loci delicti commissi*. Ello le conduce a estudiar la incidencia en la materia de los Reglamentos Roma I, Roma II, 1346/2000 y el DIPr autónomo español. El autor es consciente que el tratamiento de estas cuestiones no puede ser abordado a partir de soluciones intuitivas, sino que se hace necesario un análisis detallado de los fines que persiguen las diferentes manifestaciones de la responsabilidad de los administradores, pues sólo de esta forma se podrán resolver los

problemas calificadorios que condicionan el tratamiento de la responsabilidad de los administradores en los sectores considerados.

8. Esta dimensión propia de Derecho internacional privado es continuada por Francisco Garcimartín Alférez a partir de la interacción entre *lex societatis* y *lex mercatus* ampliando las consideraciones que había vertido en un importante estudio publicado en la *Revista de Derecho del Mercado de Valores* sobre la cotización de empresas españolas en mercados extranjeros. En concreto se analiza en qué forma han de emitirse los títulos de las sociedades españolas que pretendan cotizar en mercados extranjeros y quién ha de llevar la contabilidad de dichos títulos; la ley rectora del folleto y de la responsabilidad que se deriva de éste; la ley aplicable al régimen de transparencia, el régimen del gobierno corporativo, del abuso de mercados y de las OPAs. Como en todos los trabajos de Garcimartín se persigue un objetivo didáctico que aquí se concreta en el establecimiento de unas pautas en orden a la determinación de la ley o leyes que rigen los aspectos societarios de las obligaciones de publicidad del folleto, las obligaciones de información periódica (transparencia), las operaciones de abuso de mercado y el régimen de ofertas públicas sobre dicha sociedad. Pero siendo coherente con su pensamiento no puede evitar detenerse en el examen de algunos problemas materiales de ajuste vinculados a este tipo de operaciones, en particular los derivados del denominado «segundo escalón» del Derecho internacional privado.

9. Aunque no se puede hablar de un mercado financiero global, puesto que las transacciones se realizan en espacios jurídicos determinados, regulados por la normativa nacional, es indudable que los procesos de globalización tuvieron la virtud de condicionar decisivamente el desarrollo de los mercados bursátiles. De esta suerte las sociedades que tienen interés en cotizar en un mercado regulado extranjero están obligadas a respetar y cumplir la normativa que regula dicho mercado. En el contexto descrito Vesela Andreeva Andreeva se ocupa de la cotización en España de sociedades extranjeras dedicando especial atención a la aplicación de la normativa comunitaria sobre folletos a sociedades domiciliadas en Estados no miembros, concretando la forma en que tales sociedades acceden al «pasaporte único comunitario», incluyendo aquí las particularidades que resultan del mercado latinoamericano de valores (LATIBEX). También presta detenida atención a la forma en que opera IBERCLEAR y a la naturaleza de las relaciones que se establecen entre éste y los titulares de los valores que son gestionados a través del sistema. Por último analiza el régimen de los contratos que se celebren sobre los títulos admitidos a cotización, diferenciando los supuestos en los que los contratos se celebran entre profesionales y aquellos otros casos en los que una de las partes es un consumidor.

10. El contenido del libro se extiende a un sector que desborda el ámbito societario pero que está íntimamente relacionado con él; no en vano, las fundaciones y las sociedades operan en ocasiones en forma conjunta en la planificación empresarial y, por tanto, no pueden ser dejadas fuera en una investigación sobre los actores del comercio internacional. A las fundaciones presta atención Miguel Gardeñes Santiago, reconocido especialista en la materia, cen-

trándose en el reconocimiento y actuación en España de las fundaciones extranjeras de interés particular o familiar. El pretexto del estudio es el análisis de la Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2008, que mantuvo una posición muy restrictiva sobre la posibilidad de que tales fundaciones pudiesen operar en nuestro país; pero este punto de arranque es utilizado para realizar un completo análisis del régimen de este tipo de fundaciones en nuestro país, interpretando la normativa pertinente y, lo que resulta especialmente novedoso, determinando la forma en que incide en dicho régimen la libre circulación de capitales comunitaria. La conclusión es la de que la interpretación restrictiva que mantiene la DGRN no es compatible ni con una correcta interpretación de la normativa sobre fundaciones española ni con el Derecho comunitario. Esto no impide que pudieran establecerse ciertas cautelas para los supuestos fraudulentos, y en el trabajo se adelantan propuestas también en este sentido.

11. Hay tres cosas obligadas al prologar un libro, siendo la primera agradecer la oportunidad. No es para menos, se tiene la ventaja de leerlo antes que nadie, de apuntar y publicar la opinión, uniéndola de alguna manera a la propia creación de los autores. Acompañar a los lectores por las páginas de este libro, es como hacer de cicerone en el mejor de los circuitos cognitivos, porque nos hallamos ante una obra de reflexión profunda y de aportaciones sustanciales. Al margen de su apuntada coherencia interna, ofrece estudios serios y valiosos y de actualidad con distintos enfoques, de suerte que su conjunto permite aportar al Derecho societario un tratado altamente interesante y de calidad: un modelo de intercambio y cooperación sustantivo que muestra *el work in progress* de un extenso proyecto de investigación sobre un tema de gran complejidad.

No podemos sino felicitarnos por el texto que tengo el honor de presentar, de gran altura intelectual y académica, un ejemplo del buen hacer universitario, con el deseo de que tenga la acogida que merece y de que sirva sobre todo de reconocimiento a sus creadores. Siempre es una grata satisfacción prologar la aparición una nueva obra, placer que se ve aumentado, si, como en el presente caso, se percibe que la misma va a tener alto nivel de utilidad y que sus autores son garantes de una acreditada rigurosidad y claridad en sus planteamientos.

Origo Mare (Fuerteventura), 5 de diciembre de 2009

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid