

# **Tratamiento transnacional de sociedades mercantiles por el Derecho Internacional Privado integrado, un logro aún inalcanzado en Europa y América Latina**

**Tratamento transnacional de sociedades comerciais pelo Direito Internacional Privado integrado, uma conquista ainda inatingida na Europa e na América Latina**

**Transnational treatment of commercial companies by the integrated Private International Law, a still unattained achievement in Europe and Latin America**

***Carlos Francisco Molina del Pozo\**** 

**\* Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España.**

***Enrique Manuel Puerta Domínguez\*\**** 

**\*\*Universidad C.E.U. Fernando III, C.E.U., Sevilla, España; Universidad de Huelva, España.**

---

**Resumen:** Desde que existe un entorno económico globalizado y por esencia cambiante, las personas tanto físicas como jurídicas cambian su domicilio, residencia o sede, y con ello, cuestión esta polémica para las segundas, inclusive su nacionalidad. La gran cuestión es saber si son equiparables nociones como nacionalidad o domicilio entre ambos tipos de personas. Y si bien desde entornos de integración como son los auspiciados desde MERCOSUR y otras regiones latinoamericanas, así como por la Unión Europea (UE), el proceso facilitador de movimientos las personas jurídicas con ánimo de lucro ha alcanzado cotas de gran intensidad (llegando inclusive en el caso europeo a aspectos antes impensable como los cambios totales de sede o la pérdida de personalidad en el país de fundación u origen),

---

E-mail: carlosf.molina@uah.es

Recibido: 23/11/2023. Aceptado: 02/03/2024.

Editor responsable: Maider Méndez, Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, Paraguay.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

los Estados participantes en los referidos ámbitos, y en contraste a otros aspectos de Derecho Internacional Privado que se han venido unificando (en la UE mediante Reglamentos, los únicos al frente de esta gestión), quedan significativas incógnitas por desvelar a uno y otro lado del Océano Atlántico, en concreto, la adopción de unas reglas comunes para determinar la sede o nacionalidad de esas mismas sociedades mercantiles en movilidad. Ello constituye una tarea pendiente tanto para la UE y las iniciativas integradoras latinoamericanas como es la de MERCOSUR, de manera que se impone el estudio sosegado para hallar resultados prometedores compartidos que atisben el necesario marco reflexivo con respecto a tan compleja problemática.

**Palabras clave:** Sociedades, Derecho Internacional Privado, integración, Unión Europea, América Latina

**Resumo:** Dado que existe um ambiente económico globalizado e essencialmente em mudança, tanto as pessoas singulares como as pessoas colectivas mudam de domicílio, residência ou sede, e com isso, levanta-se esta polémica para estas últimas, incluindo a sua nacionalidade. A grande questão é se noções como nacionalidade ou domicílio são comparáveis entre os dois tipos de pessoas. E embora a partir de ambientes de integração como os patrocinados pelo MERCOSUL e outras regiões latino-americanas, bem como pela União Europeia (UE), o processo facilitador de movimentos de pessoas jurídicas com fins lucrativos tenha atingido níveis de grande intensidade (alcançando até mesmo o nível europeu caso a aspectos antes impensáveis, como mudanças totais de sede ou perda de personalidade no país de fundação ou origem), os Estados participantes nas áreas acima mencionadas, e em contraste com outros aspectos do Direito Internacional Privado que foram unificados (no UE através dos Regulamentos, os únicos responsáveis por esta gestão), existem incógnitas significativas a revelar em ambos os lados do Oceano Atlântico, nomeadamente, a adopção de regras comuns para determinar a sede ou nacionalidade dessas mesmas empresas comerciais na mobilidade. . Isto constitui uma tarefa pendente tanto para as iniciativas de integração da UE como da América Latina, como o MERCOSUL, de modo que é necessário um estudo calmo para encontrar resultados partilhados promissores que vislumbrem o quadro reflexivo necessário no que diz respeito a um problema tão complexo.

**Palavras-chave:** Sociedades, Direito Internacional Privado, integração, União Europeia, América Latina

**Abstract:** Since there is a globalized and essentially changing economic environment, both natural and legal persons change their domicile, residence or headquarters, and with this, this controversy is being raised for the latter, including their nationality. The big question is whether notions such

as nationality or domicile are comparable between both types of people. And although from integration environments such as those sponsored by MERCOSUR and other Latin American regions, as well as by the European Union (EU), the facilitating process of movements of for-profit legal entities has reached levels of great intensity (even reaching the European case to previously unthinkable aspects such as total changes of headquarters or the loss of personality in the country of founding or origin), the participating States in the aforementioned areas, and in contrast to other aspects of Private International Law that have been unified (in the EU through Regulations, the only ones in charge of this management), there are significant unknowns to be revealed on both sides of the Atlantic Ocean, specifically, the adoption of common rules to determine the headquarters or nationality of those same commercial companies. in mobility. This constitutes a pending task for both the EU and Latin American integration initiatives such as MERCOSUR, so that a calm study is required to find promising shared results that glimpse the necessary reflective framework with respect to such a complex problem.

**Keywords:** Companies, Private International Law, integration, European Union, Latin America

## **1. CONTEXTO INTRODUCTORIO**

Las personas jurídicas revisten múltiples formas, e incluso a veces son difícilmente disociables de otros entes colectivos, sin personalidad jurídica pero dotados transcendencia fiscal, como son las agrupaciones de interés económico, sociedades civiles, o las comunidades de bienes, por citar las modalidades más comunes. Es así como los grandes grupos transnacionales, pareciéndoles aun poco eficaz la creación de compañías en otros Estados bajo la forma de filiales de acuerdo con el ordenamiento de esos países de recepción de sus capitales, dan un paso más allá, pasando incluso por el cambio de su sede fiscal y trasladarse a otros lugares. Ejemplos palmarios los tenemos en lo que atañe a la realización de complejas operaciones societarias de capital u OPAS, a menudo muy gravadas fiscalmente en la nación correspondiente a la sede principal. En otros casos el artificio llega a pretender perder la personalidad jurídica originaria del lugar principal de actividades (para tributar allí por un determinado mínimo) para adquirir una nueva sede para una entidad igualmente nueva, que va a intentar asentarse donde se van a verificar operaciones, igualmente gravosas desde el punto de vista fiscal, como es un reparto de dividendos, pago de bonus a directivos etc. Deslocalización productiva en el terreno real, y deslocalización de inversiones o financiera, aunque no necesariamente en los mismos lugares físicos, sí que resultan concebidas en el amplio y cada vez más pequeño espacio que es la aldea global de nuestra contemporaneidad<sup>1</sup> , un contexto

---

1 PAILLUSSEAU, Jean. "Globalisation et droit de sociétés, commentaire", *Revue Internationale de Droit Économique (R.I.D.E., 2002/2-3)*, Bruselas, pp. 369-371. Según este autor podemos

lleno de interrogantes que tampoco pasa inadvertido a la doctrina privatista latinoamericana más acreditada<sup>2</sup>.

Aún a riesgo de redundar en aspectos quizá de sobra conocidos para el experto lector, señalemos inicialmente que las sociedades no constituyen excepción alguna con relación a los cometidos propios del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr), sistema legal que entra en escena para dar respuesta a una serie de interrogantes de enorme complejidad, y en donde la teorización general se ve a menudo puesta a prueba a la luz de una acusada diversidad casuística, cuando concurre el tradicionalmente conocido como “elemento extranjero” (o no autóctono) presente en la causa o asunto, dotado de la necesaria relevancia. Tener una nacionalidad u otra (o pertenencia con relación a un país u otro), es un característico factor que debe ser considerado en la concurrencia del elemento extranjero. Semejantes planteamientos, desde múltiples perspectivas (mercantil, societaria, fiscal) atañen sin duda, a las sociedades mercantiles en su actividad transnacional. A mayor abundamiento, y con respecto al núcleo de actividades sobre las que haya de ocuparse el DIPr conocemos históricamente diversas concepciones enunciadas a lo largo del devenir histórico, respecto de lo que haya de competir en su marco de materias y cometidos propios al DIPr. La más ambiciosa (lo que no quiere decir que sea la mayoritariamente compartida), es la conocida como concepción amplia o trimembre del DIPr<sup>3</sup>. Según ésta han de incluirse, juntamente con todo lo relativo a la norma de conflicto o conflicto de leyes, todas las cuestiones derivadas de la competencia jurisdiccional, auxilio entre Tribunales de Justicia en aplicación del referido sistema jurídico (lo que incluye medidas cautelares, aplicación, eficacia y

---

identificar al menos tres fuerzas dominantes que imponen adaptación del marco legal a los cambios en el contexto económico: (i) globalización de la economía, (ii) la globalización de la empresa y (iii) la sofisticación e internacionalización relaciones económicas y financieras. En otros sectores doctrinales resalta que, en medio de semejante contexto, se ha producido entre los Estados miembros de la UE, y bajo la égida de sus instituciones comunes, particularmente del Tribunal de Justicia comunitario, una suerte “de federalismo competitivo” tendente a ir cada vez más allá en las últimas fronteras de expansión de las personas jurídicas. Tal es el parecer apuntado por COTIGA-RACCAH, Andra. “Introduction générale - La compétition entre systèmes juridiques ou la concurrence institutionnelle”, *Le droit européen des sociétés*, Larcier, Bruselas 2013, pp. 13-36, esp. P. 19. Por su parte el recordado maestro del Derecho comunitario, docente en el Colegio de Brujas de los autores de esta aportación, puso de relieve la progresiva tendencia a la movilidad societaria en el espacio europeo, de manera que aún no estaban dispuestos todos los entramados necesarios a tal respecto por parte del Legislador comunitario; KOVAR, Robert. “La mobilité des sociétés dans l’espace européen”, *Recueil Dalloz*, Paris, 2009, pp. 485 y sigs.

2 Ha de citarse muy especialmente desde esta óptica científica que aglutina lo societario, lo privatista y lo ético a CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aspectos filosóficos del régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales”. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Argentina: Rosario, nº 20, 1995, pp. 23-33.

3 A tal respecto seguimos el parecer proclamado por parte de nombres históricos del DIPr tradicional caso de GOLDSCHMIDT, Werner. “El nuevo Derecho Internacional Privado de la República Dominicana”. *Anales de la Real Academia de Doctores*, Vol. 3, nº 2, Madrid, 2018, p. 257.

ejecución de sentencias y resoluciones dictadas por los órganos judiciales extranjeros del Foro, e idénticamente para las fallos judiciales del Foro de cara al exterior), así como todas las demás componentes que contengan el elemento extranjero con relación a los justiciables.

Anticiparemos que el DIPr producido desde las instituciones de la UE carece en lo concerniente al ámbito societario de un tratamiento específico, a diferencia de lo que ocurre para la inmensa mayoría de los conocidos como institutos singulares del DIPr (obligaciones y contratos, familia o sucesiones). En lo material sí que existe un abundante Derecho societario de la UE, el cual puede tener ciertos efectos indirectos en el terreno iusprivatista, pero no es esa la intención del Legislador comunitario. Desde unas marcadas resistencias esgrimidas por los Estados miembros, sus limitaciones y lagunas han venido siendo completadas por la jurisprudencia del TJUE, culminándose (y aun no del todo) el arduo proceso mediante todo el actual el elenco de Directivas societarias generales, contables y fiscales. Por lo tanto, los Estados miembros en sus normas de conflicto societarias tienen que remitir a ordenamientos armonizados que, en teoría han de funcionar adecuadamente, salvo en los casos (nada infrecuentes) de incorrecta o simplemente ausente transposición de dichas Directivas en el entorno nacional. En todo caso, el Derecho material societario *stricto sensu*, al ser recogido en Directivas sigue conociendo los problemas característicos de este instrumento, mientras que el DIPr de la UE, recogido en Reglamentos para evitar tales problemas (es un Derecho destinado a los litigios horizontales) no ha llegado con carácter expreso a la cuestión netamente societaria, con excepción de aquellas formas societarias, que alentadas desde la propia labor institucional de la UE, no han llegado a consolidarse por un empleo generalizado<sup>4</sup>. Son por lo tanto iniciativas nacionales, tanto en Europa como en América Latina las que han asumido con mayor o menor detalle el reto de proporcionar unas bases para la consideración del origen nacional de las sociedades mercantiles, deparando

---

4 Nos referimos a las diversas modalidades representadas por la Sociedad Anónima Europea (SE) o la Sociedad Cooperativa Europea (SCE). En cuanto a la primera, se recoge en el Reglamento del Consejo 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Dicha disposición sienta las bases para la aplicación en la UE de esta nueva forma societaria para las empresas de los Estados miembros. La SCE se desarrolla asimismo con pretendida vocación completiva en Reglamento del Consejo 1435/2003 relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea establece un auténtico régimen jurídico propio para las SCE, a pesar de sus diversas carencias. Éste permite, asimismo, la creación de una cooperativa por particulares residentes en distintos Estados miembros o por entidades jurídicas sujetas a las legislaciones de Estados miembros distintos. La esperada entrada en vigor de sendos instrumentos, tras prolongados debates, condujo a un resultado más que modesto, y prácticamente sumido en el desinterés en la actualidad. Con todo, y según puso de relieve en su momento la doctrina, mucho más entusiasta en la época, caso de ROQUE VITOLLO, Daniel. "El derecho de Sociedades en un marco supranacional, Unión Europea y Mercosur", Actas del III Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Granada: Ed. Comares, 2007, pp. 17 y sigs. Dijo este autor concretamente para la SE que: "Este tipo societario es el último eslabón de un proceso legislativo que tuvo su origen en la creación de la Comunidad Económica Europea en 1957, de manera que sólo es posible comprender desde el punto de vista político-jurídico el régimen contenido".

el actual contexto de dispersión que dificulta aún más si cabe la consecución de una integración en este ámbito particular.

## **2. EL DEBATE ACERCA DEL ORIGEN NACIONAL O DOMICILIARIO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES; DOCTRINA Y NORMATIVA ESPAÑOLAS**

Desde España como Estado miembro de la UE en la actualidad se siguen asumiendo las tesis tradicionales, en virtud de las cuales, tanto personas físicas como societarias nacen contando con una determinada nacionalidad de origen, o “vinculación de nacimiento” con referencia a una determinada comunidad política estatal, aspecto éste mucho más complejo de determinar para las segundas, y que constituye el punto de observación medular del presente estudio, comenzando si el término “nacionalidad”, empleado en algunos ordenamientos estatales y no en otros, es o no de recibo, y si en todo caso, tiene un calificativo sustitutorio que resulte medianamente ajustado y dotado del necesario rigor jurídico. Comparativamente respecto de las físicas, muy diferentes resultan ser las diversas formas de personas jurídicas. Para afinar el objeto de nuestra observación, nos centraremos sin ir más lejos en aquellas que revisten una entidad societaria y se condicionan por revestir un ánimo de lucro, ello caracterizado, en primer término, por captar capitales y activos destinados a cumplir un determinado fin societario, y en segundo término, para limitar al capital invertido los riesgos o deudas de un eventual fracaso en los negocios emprendidos (ello sin perjuicio actualmente de las limitaciones de la conocida como *compliance*). Ello configura al nacimiento y posterior evolución de las personas jurídicas societarias a un cierto número de diferencias con relación a las físicas, y más concretamente en lo que hace al contenido de este estudio, en cuanto a su nacimiento, régimen de funcionamiento y transformación<sup>5</sup>.

---

5 Unas diferencias que han venido siendo apuntadas por la doctrina española más acreditada, caso de CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea”, *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, Bilbao, enero-junio 2007, pp. 49-121, con la amplia bibliografía recopilada en p. 65, entre la que resaltamos, sólo en la doctrina española más cercana, a BLANCO FERNÁNDEZ, José María. “La nacionalidad de la sociedad en la ley de sociedades anónimas”, *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, Madrid, 1992, Núm. 203-204, pp. 245-276; PRETEL SERRANO, Juan José. “Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1991, Vol. XXX, pp. 187-190; o SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “La nacionalidad de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Madrid, 1993, Vol. I, pp. 15-60. Las mencionadas diferenciaciones pueden estructurarse en las consideraciones siguientes:

1ª.- Necesidad de un acto constitutivo formal notarial /registral en el que coinciden vida de la entidad y vida jurídica, mientras que las personas físicas, como tales, pueden existir sin nacionalidad (si bien las normas de Derecho internacional condenan la indefinición que determina la total ausencia de nacionalidad en los individuos, o condición de apátridas).

2ª.- Toda persona jurídica (especialmente las societarias) tienen que cumplir con unos requisitos legales en lo que atañe a contabilidad de sociedades y registro de cuentas, obligaciones fiscales específicas o garantías en su caso de los intereses de los accionistas. Es así como una sociedad en primera constitución adquiere en principio la “nacionalidad” o

Sobre esta presunta nacionalidad de las sociedades han existido dos grupos o familias conceptuales desde el punto de vista jurídico, y que se identifican respectivamente con las doctrinas correspondientes al lugar de la sede societaria, y al lugar de constitución o fundación de la sociedad (y que la doctrina alemana ha denominado respectivamente como *Sitztheorie* y *Gründungstheorie*)<sup>6</sup>. Ambos criterios tienen su problemática desde una

---

nacimiento al mundo jurídico con relación al ordenamiento vigente en el país donde se inicia su vida societaria. Sin embargo, son múltiples los casos en los cuales muchas personas físicas están exentas de cumplir, si cabe, contada y ocasionalmente, con obligaciones contables y fiscales, y menos aún en lo tocante a impuestos de naturaleza directa.

3ª.- Las personas jurídicas han podido tradicionalmente crear filiales en otros países, debiéndose ajustar para ello a los requisitos (y la nacionalidad) de aquéllos. Lo que sucede es que en los últimos tiempos asistimos a una mayor “creatividad” en materia de transformaciones societarias, traslados de sedes, absorciones, fusiones, etc., con la finalidad de conseguir una menor presión fiscal, o más aún, de evitarla por completo ante determinados supuestos.

4ª.- Si bien las personas físicas emigran por motivos de mejora económica, no siempre se plantean o pueden cambiar de nacionalidad. Contrariamente, las personas jurídicas societarias de mayor calado en su cifra de negocio o más internacionalmente implicadas o diversificadas en sus actividades vienen haciendo gala, especialmente en los tiempos más recientes, de una enorme capacidad e imaginación para reinventarse y reestructurarse, con relación a la que fuera su situación original con la que nacieron respecto del Derecho societario de un determinado Estado. Se ha creado un juego en el cual algunas naciones con fiscalidades más altas o simplemente más proteccionistas ponen dificultades a este tipo de operaciones, mientras que otras, precisamente deseando atraer inversiones y capitales del exterior, las incitan o fomentan.

5ª.- Los Estados miembros de la Unión Europea conocen, precisamente por la pertenencia a dicha institución, los condicionamientos de una normativa societaria muy compleja, que abarca desde las libertades de establecimiento y capitales hasta normativas unificadas en materia fiscal o contable. Tales normativas, en unión al modo en que éstas son interpretadas en los supuestos más complejamente imaginables por el alto Tribunal de Justicia de la UE con sede en Luxemburgo (TJUE).

6 Elegir uno u otro criterio envuelve no sólo delicadas opciones de política legislativa, en las que tienen que ver opciones de tradición y dogmáticas jurídicas, así como planteamientos más prosaicos de orden fiscal o de ventajas económicas o fiscales (mayor recaudación fiscal versus mayor liberalismo e incentivos empresariales):

a)- Para la teoría de la sede, una sociedad contaría con la misma nacionalidad o vinculación institucional desde el punto de vista de pertenencia política respecto del aquel país en el que tenga su sede real administrativa, coincida o no con la sede estatutaria obrante en su documento de fundación o constitución. Desde esta óptica, la sociedad se encontraría sometida a las leyes de ese Estado sede. Esta concepción revestiría determinados defectos o cuestiones no resueltas, en concreto; primera, que resultaría dificultosa la determinación de tal sede real; segundo, que pueden determinarse situaciones conducentes a la nulidad de una sociedad caso de no coincidir con los requisitos prescritos de constitución que determine el Estado de la sede efectiva; tercera, que esta concepción es inadecuada para dar resolución a un alto número de problemas que tienen que ver con el funcionamiento efectivo u organización interior de la vida de cada sociedad en cuestión; y cuarta, que hace prácticamente imposible plantearse operaciones de traslado de sede social (lo que como veremos, es una progresiva conquista que se ha conseguido al menos en el marco de la Unión Europea, primero por la vía jurisprudencial conferida por el TJUE, y segundo, por la mejora del marco normativo del Derecho derivado, especialmente Directivas del ámbito societario).

b)- La teoría fundacional se construye conceptualmente considerando que la sociedad

estricta óptica de DIPr desde la UE, dada la preferencia que existe por el domicilio, en detrimento de la nacionalidad, a la hora de resolver las tres cuestiones esenciales que son propias de este ordenamiento, y que en concreto con relación a la problemática societaria podrían sintetizarse en las siguientes tres operaciones sucesivas: 1ª- Si para un determinado asunto o controversia societaria entienden las propias jurisdicciones o las jurisdicciones de otro país, determinándose la cuestión de competencia forense con prioridad en el domicilio o sede social; 2ª- Si dicha jurisdicción nacional (Juez del Foro), de resultar competente, ha de aplicar su propio Derecho interno o bien el otro país, siendo la norma de conflicto más habitual, a los efectos de determinar el Derecho societario aplicable, el mismo del domicilio social; y 3ª- Si dicha aplicación puede o no resultar atentatoria o en su caso injusta o fraudulenta con relación a principios fundamentales ordenadores de su ordenamiento interno, es decir, con referencia al contexto nacional o territorial de que se trate, bien sea emitiendo una resolución en ese mismo Estado, o bien dando curso o ejecución a la sentencia o resolución procedente de otro país. Una vez más la cuestión domiciliaria desde el punto de vista social resulta determinante.

Entrando ya en lo tocante al encuadre de la cuestión de la nacionalidad u origen de las sociedades desde el DIPr, es esta materia recurrentemente debatida en diversos estudios doctrinales, y por nuestra parte a resultas de lo que ya viene siquiera apuntado someramente en las líneas anteriores, entendemos que, si bien no tanto el concepto en sí, desde luego la denominación “nacionalidad de sociedades” ha sido utilizada con múltiples fines y con diversas funciones, tanto en el Derecho internacional público más tradicional, como en el DIPr. En primer lugar, la nacionalidad de las sociedades resultaría ser un concepto cuanto menos referencial, para el reconocimiento de las empresas extranjeras. Y la razón es bastante clara: la admisión en el territorio nacional de la existencia de una persona jurídica extranjera y de los efectos que se derivan de su personalidad presupone en sí misma la distinción entre entidades extranjeras y entidades nacionales. Asimismo, la admisión al

---

ostentará la nacionalidad de aquel Estado conforme a cuyas leyes se haya constituido o concluido su contrato fundacional societario, siendo en principio indistinto que dicha sociedad haya conocido inscripción en el registro mercantil o de sociedades de dicho Estado, como si no; en el primer caso se hablará de “Estado de incorporación”, mientras que en el segundo estaremos ante el “Estado de constitución. Para esta segunda teoría, se pone el acento muy peculiarmente en el origen contractual, esto es fundacional, de la sociedad. Esta segunda doctrina conoce también no pocas críticas, cuales son: primeramente, que esta concepción es la frecuentemente usada para acudir a formas *off-shore* o sedes en controvertidos paraísos fiscales, con todo lo que ello conlleva; y en segundo término, que se acarrearán contextos de flagrante inseguridad jurídica, al registrarse el riesgo de que ciertas reacciones contra la industria de exportación del Derecho de sociedades por parte de los países afectados, lo cual puede abocar a la ruptura, mediante el recurso a ciertos elementos correctivos (como son orden público o el fraude de Ley), de la necesaria unidad del ordenamiento societario del Foro, que se vería así menoscabado por un enmarañado conjunto de normas *ad hoc* según los casos.

disfrute de los derechos, así como de los beneficios eventualmente previstos por los acuerdos internacionales celebrados entre Estados a favor de sus respectivos ciudadanos (como son los casos de los tratados de comercio, navegación cooperación, o incluso de inversión), requiere una previa caracterización de las empresas como nacionales de tal o cual Estado, todo ello amén de contar la eventual utilidad de tal calificativo como de sociedad o empresa extranjera a los efectos del ejercicio de la protección diplomática por parte del país que considera a la empresa vinculada a su propio territorio y su realidad económica.

Pero lo que resulta más interesante es la utilización del concepto de nacionalidad como factor de conexión en las normas de conflicto dedicadas a las empresas. Llegados a este punto, como paso preliminar a la discusión de la cuestión del uso de la nacionalidad como factor de relevancia y operatividad, procede hacer una observación; la aplicabilidad de la noción de nacionalidad de las sociedades no se caracteriza en modo alguno por la univocidad de significado típica del concepto paralelo de ciudadanía de las personas físicas. Es decir que la nacionalidad de una persona jurídica (especialmente de una sociedad marcada por el ánimo de lucro) puede cambiar con el cambio del objeto para el que está determinada, o de su sede social operativa, a efectos de lograr el tratamiento fiscal más beneficioso. Esto se deriva de la naturaleza intrínseca de la noción de nacionalidad a la par que aporta matices distintivos: de hecho, la controvertida nacionalidad de las sociedades abarcaría un concepto jurídico que requiere una serie de elementos recurrentes, los cuales, identificados en lo procedente, no sin dudas, por las normas pertinentes, nacionales o de origen supranacional, dan sustancia al concepto mismo. Así a título de muestra, y desde una concepción esencialmente iusprivatista ligada al DIPr, la nacionalidad de las empresas se habría utilizado eminentemente como punto de conexión para determinar la *lex societatis* aplicable o vigente.

Típico de los sistemas continentales de tradición romanista, especialmente el francés acuñado desde el Código Napoleón y las escuelas galas decimonónicas de DIPr, el concepto de nacionalidad de las empresas como punto de conexión es prácticamente inexistente en la tradición del *Common law* anglosajón, para el cual sería otra muestra del constructivismo o racionalismo abstractivo de los continentales, y que ellos tanto minusvaloran desde su concepción más empírico-practicista. Por añadidura en la zona jurídica franco-belga, país donde más se discutió y empleó el concepto de la nacionalidad de las sociedades como mecanismo de determinación de la *lex societatis*, tanto la doctrina y como la jurisprudencia preponderante se ajustaron a tales términos respecto a la hora de disociar entre la identificación de la entidad societaria en sí y las diversas otras entidades correspondientes a los accionistas (a su vez personas tanto físicas como jurídicas), y respecto de los cuales la entidad societaria resulta ser, como no puede considerarse de otro modo, completamente distinta. Y si bien en algunos momentos se

pudo dar la imagen de que se optaba por posicionamientos diferentes, la diferenciación determinada por la condición jurídica, que no física de las sociedades, quedó mantenida <sup>7</sup>.

El intento de extender el concepto de nacionalidad a las sociedades y, sobre todo, de utilizarlo como punto de conexión para determinar la ley aplicable a este fenómeno organizativo ha resultado difícil, presagio de muchas complicaciones y muy discutido. Algunos entornos se han venido postulando a favor de abandonar esta equívoca idea de nacionalidad societaria como factor de conexión a los efectos de determinar la *lex societatis* y subsiguientemente, el ordenamiento aplicable a las personas jurídicas en general. Por otra parte, incluso en lo que respecta a las personas físicas, las dificultades derivadas de la utilización del concepto de nacionalidad como criterio de conexión han llevado al abandono progresivo de este criterio en los principales instrumentos de DIPr adoptados en a nivel internacional, y muy particularmente, desde la Unión Europea, en favor de otros de más fácil aplicación, como el de residencia habitual (en efecto, en la Unión Europea el manejo de la nacionalidad puede deparar situaciones discriminatorias incompatibles con los principios generales contenidos en sus Tratados constitutivos, y en el modo en que éstos y su acervo son interpretados por la jurisprudencia del TJUE). Una pertinencia en su uso a pesar de todo en relación con las empresas se debe al deseo de satisfacer principalmente tres necesidades: favorecer la expansión económica de las empresas que de alguna manera están conectadas con el territorio nacional (para aumentar indirectamente su poder comercial), defender el mercado interno de la invasión económica de empresas constituidas en otros territorios.

Dicho esto, la principal desventaja de utilizar la nacionalidad como factor de conexión surge de su propia naturaleza, lo cual entra en conexión con la preferencia que tiene el DIPr de la UE de optar como primer criterio de conexión por el domicilio o sede antes que por el de la nacionalidad (lo cual atañe también a las personas físicas en el entorno iusprivatista). Como

---

<sup>7</sup> En perspectiva histórica, ligada a esa gran avanzadilla en el marco del DIPr que fue la región franco-belga durante el S. XIX, encontramos una cierta aplicación del reconocimiento mutuo de sociedades de países diferentes en el caso abordado mediante el fallo emitido por la Corte de Casación Belga, en reversión de un pronunciamiento previo del Tribunal de Namur de 1846, y que afectaba al caso de Francia contra Tongre Hambursin. En concreto, dicho pronunciamiento estableció que una sociedad francesa podía operar y ser reconocida como un sujeto autónomo de Derecho en Bélgica, aun cuando se hallase privada de la autorización gubernativa exigida localmente, al considerar que era igualmente válida para las sociedades la norma de conflicto que se sobre en ponía a normativa nacional en lo tocante a la capacidad de las personas físicas. Esta concepción fue en el momento rígidamente combatida en la época, dando lugar a posicionamientos que perviven en la actualidad desde la óptica estatalista. La réplica la dio el jurista belga François Laurent, quien fue el mayor exponente de la postura conocida de la “territorialidad absoluta”, según la cual, las personas jurídicas, al derivar su existencia de la ley y ser por tanto meras creaciones de ella (es decir, al constituer “entes artificiales” o “personas civiles” en los términos empleados por el propio Laurent), únicamente podrían ser reconocidas por la ley en los límites del territorio sobre el cual aquélla tuviese jurisdicción.

criterio jurídico, exige a su vez la identificación de uno o más elementos de contacto entre la entidad y un Estado determinado. En este sentido, en el ámbito societario se puede mencionar la sede real, el lugar de constitución, el lugar de inscripción, el centro de la actividad principal, o donde se ubica el centro efectivo de control, entre otros. Cada Estado soberano puede elegir a su discreción a cuál de estos y otros elementos otorgar relevancia a los efectos de atribuir su nacionalidad. El resultado es un criterio o pinto de conexión extremadamente variable según los objetivos de política legislativa de cada Estado y el momento histórico en el que nos encontremos, circunstancia que evidentemente conduce cada vez a mayores dificultades de aplicación y coexistencia en un contexto cada vez más globalizado e interconectado. Por el contrario, utilizar directamente los elementos de conexión unívocos o prefijados para determinar la nacionalidad en materia de sociedades tendría la innegable ventaja de eliminar fluctuaciones, y alcanzar así una indudable ganancia en términos de estabilidad del criterio, por no hablar de las ventajas que se conseguirían en términos de simetría y equivalencia en la delimitación de las respectivas esferas de competencia de la *lex fori* y de las leyes extranjeras.

Además, hay que tener en cuenta que ningún ordenamiento jurídico prevé realmente ni expresa ni explícitamente criterios para atribuir una nacionalidad a sociedades y demás personas jurídicas; por lo tanto, si bien fuera posible derivar estos criterios con referencia a las empresas y personas jurídicas del foro, no podría decirse lo mismo con referencia a los demás Estados.

En tales casos, se terminaría atribuyendo arbitrariamente a un ordenamiento jurídico una sociedad no considerada perteneciente a él, además de privar al concepto mismo de nacionalidad de cualquier contenido ni utilidad técnico verdaderamente efectivos. Cuando se toma en consideración una sociedad ajena al foro, su nacionalidad sólo tiene la función negativa de excluir la aplicabilidad de la *lex fori* como ley del lugar donde se completó el procedimiento de constitución. Por otra parte, es más fácil captar la distinción entre nacionalidad y ley reguladora si se piensa en una sociedad extranjera que actúa en un tercer país, diferente del sistema del Foro y diferente del Estado al que parece estar dirigida, y con el que puede estar más conexo. En una situación semejante, lo que realmente interesa no es tanto distinguir la nacionalidad de la sociedad, sino conocer su estatuto personal, es decir, llegar a dominar y entender las disposiciones de qué país la rigen, independientemente de que también posea la calidad de un ente inmerso en la realidad existencial del Foro, al poder llegar a integrar todos y cada uno de los requisitos que dicho Foro exige para la constitución de cualquier entidad societaria.

En consecuencia, es preferible mantener separadas la determinación de la nacionalidad y la Ley aplicable a las sociedades. Los conflictos que afectan a las sociedades entre sí y sus relaciones deben por tanto resolverse

sin ninguna referencia a la nacionalidad de aquéllas, concepto teóricamente muy cuestionable y prácticamente imposible de aplicar desde unos parámetros ajenos al DIPr. Por supuesto, lo dicho hasta ahora no excluye que el concepto de nacionalidad pueda resultar útil en otros ámbitos, especialmente en el Derecho Internacional público, para, por ejemplo, identificar a los destinatarios de la protección diplomática o a los beneficiarios de los derechos previstos por tratados internacionales (como, por ejemplo, los numerosos tratados bilaterales de inversión) cuyo disfrute está reservado a los titulares de una determinada nacionalidad, ya sean personas físicas o jurídicas. Por comparación, la dinámica propia seguida al respecto por la práctica del arbitraje internacional tampoco resulta ser diferente <sup>8</sup>.

Por lo que atañe al caso en concreto del tratamiento de la cuestión en España, se acude a un sistema tradicional segregado en normas procesales y materiales, confiadas a las normas básicas tales como Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Civil en lo procedimental (entre lo que destaca la cuestión de la competencia jurisdiccional <sup>9</sup>), y al Código Civil para lo material, recientemente muy modificadas por efecto de los campos del Derecho de Sociedades de la UE, que sin tocar el DIPr han afectado prácticamente a la totalidad de los demás aspectos. La aplicación del concepto de nacionalidad en lo que respecta a las sociedades vino también suscitando no poca polémica en la doctrina española más asentada y tradicional, en donde nacionalidad y domicilio de las sociedades colisionan en una aparente falta de coordinación, reflejada en una disparidad de criterios jurídicos que conoce ya años de polémica a lo largo del tiempo<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cabe resaltar a este respecto el caso de los arbitrajes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Concretamente en lo que respecta a la interpretación y aplicación de la cláusula conforme al art. 25.2 letra b) del Convenio de Washington, parece demostrarse justamente que incluso en la esfera más cercana a lo público el uso indistinto o indeterminado del concepto de nacionalidad referido a las empresas da lugar a inconvenientes de no poca importancia, así como a significativas dificultades interpretativas. A este particular destacamos las puntualizaciones recogidas en la Tesis Doctoral presentada por SOTO DÍAZ, David José. *El Estatuto jurídico de los árbitros en el sistema CIADI*, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de la Coruña, 2019, en especial pp. 113 y sigs. por lo que atañe a las relaciones entre partes y árbitros. En la misma línea AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. "Interpretation of Article 25 (2) (b) of the ICSID Convention", en LILLICH, R.B., BROWER (eds.), C.N., *International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity?*, Irvington, Nueva York, 1996, pp. 223 y sigs.

<sup>9</sup> Para una visión de conjunto acerca de la incidencia en la competencia jurisdiccional de los Tribunales españoles en clave societario-privatista seguimos sustancialmente a ESPLUGES-MOTA, Carlos. "Aspectos de derecho internacional privado de la nueva ley de enjuiciamiento civil, de 7 de enero de 2000". *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia*, [recuperado en noviembre de 2023] Disponible en: <https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/cesplugues.pdf>), más recientemente actualizado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. "La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ" [recuperado en noviembre de 2023] Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj>).

<sup>10</sup> Sin ánimos de ser exhaustivos, indicaremos a título de muestra que para algunos autores como Luis Díez-Picazo, la obtención o concesión de la nacionalidad española a una sociedad depende de dos requisitos: el primero, que esté domiciliada en España; y el segundo, que

Operando una última recalada en España, esta vez en su condición de Estado miembro de la UE, la inclusión del ordenamiento español entre los que aceptan el criterio de sede real no es un hecho; en realidad falta de una norma expresa de conflicto dedicada a empresas o personas jurídicas, la doctrina española apareció desde el primer momento, y desde fechas ya lejanas, significativamente dividida en este punto con motivo de las operaciones de transformación societaria<sup>11</sup>. Cabe eso sí apuntar la posible existencia de ciertos pasajes de matiz iusprivatista en el ámbito concreto de estas normativas en

---

se constituya de conformidad con el ordenamiento español. Sintetizadas sus visiones en su día por EGEA IBÁÑEZ, Ricardo. “La nacionalidad de las sociedades, Discurso con motivo del ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Murcia en 1984” [recuperado en noviembre de 2023] Disponible en: <http://www.ralyjmurcia.es/sites/default/files/N%C3%BAmero%207.%201984.Don%20Ricardo%20Egea%20Iban%CC%83ez.pdf> leemos concretamente: “Dentro de la teoría del derecho civil Díez Picazo expone cómo es un hecho ineludible que las personas jurídicas tienen una nacionalidad, arts. 9-11 C.c. y su importada radica en que la Ley personal de una persona jurídica queda determinada por su nacionalidad y rige todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, transformación, disolución y extinción de la persona jurídica. Sin embargo, este autor reconoce que el criterio de atribución de la nacionalidad a una persona jurídica es dudoso en nuestro derecho. El art. 15 del C.C. sigue el criterio de la constitución de la sociedad, según este precepto son extranjeras las sociedades constituidas en -el extranjero. Por otra parte, el art. 28 del C.C. las asociaciones reconocidas en la Ley y domiciliadas en España gozan de la nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados y leyes especiales. De los arts. 15 y 28 del C.C. Díez Picazo considera que para que una sociedad tenga la nacionalidad española es necesario; que se constituye con arreglo a la Ley española, es decir, constituida en España y tenga su domicilio dentro del territorio nacional”. En una línea diferenciadora, otros acreditados autores como es el caso de ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer, 2011, (Cap. IV La persona, Subsección 11ª, el domicilio) discrepan de lo anterior, por cuanto bastaría el mero requisito del domicilio. Efectivamente, si la sociedad no se constituye inicialmente no será como tal una sociedad reconocible ante el ordenamiento jurídico español. Por otro lado, las sociedades extranjeras serán reconocidas en España cuando hayan constituido de modo reconocido por el Derecho español, aun cuando los trámites se efectuasen en un país extranjero. Ello llevaría desde la concepción española que maneja el término “nacionalidad” para las sociedades a rechazar la idea de una eventual doble nacionalidad de las sociedades. Estrecha ligazón con la nacionalidad de la sociedad mantiene la cuestión de su domicilio. El domicilio de la sociedad se adquirirá allí donde lo determine la voluntad de los fundadores. En ausencia de esta voluntad se aplica el art. 41 CC a cuyo tenor: “Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido ni los estatutos o las reglas de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto”. En consecuencia, se entiende tácitamente que una sociedad tendrá su domicilio o sede social ahí donde se ubiquen sus órganos rectores, o subsidiariamente, en el lugar principal de realización de sus actividades. El domicilio de una sociedad tiene también trascendencia a los efectos de determinar la vecindad civil de aquélla, pero siendo compañías mercantiles no existe impacto posible para una eventual sujeción a un posible civil foral.

11 Tal fue el parecer indicado entre otros por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. “El traslado del domicilio social al extranjero, una visión facilitadora”. *Revista de derecho de sociedades*, Madrid 2001, pp. 125 y sigs. Cítense de época similar a SANCHO VILLA, Diana. *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*. Madrid: Centro de Estudios Comerciales Eurolex, 2001, y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *La transferencia internacional de la sede social*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

las operaciones de transposición operadas por el legislador español. Por tanto, España, país tradicionalmente sin una regulación general del traslado transfronterizo de domicilio social, modificó su panorama regulatorio a través de la recientemente derogada Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (conocida bajo las siglas LME) y que, causando significativo impacto en su momento<sup>12</sup>, podría desde luego admitirse como un primer intento de introducir en nuestro sistema legal un cierto DIPr de sociedades adaptado o específico. Materia anteriormente ignota en nuestro ordenamiento, la oportunidad se la brindó en su día al legislador ibérico la necesidad de implementar la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas. Por tanto, esta evolución puede considerarse en cierto sentido resultado de la evolución del Derecho de la Unión Europea. Posteriormente, con la venida de las dos nuevas Directivas de los años 2017 y 2019, el legislador español adoptó el actual Real Decreto-ley 5/2023, cuyo libro Primero dice dedicarse “a la transposición de la directiva de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles”.

### **3. SOCIEDADES E INTEGRACIÓN JURÍDICO PRIVATISTA EN LA UNIÓN EUROPEA**

El Derecho europeo de sociedades, tal como viene hasta nuestros días, se presenta construido en un esquema de armonización desde diversas Directivas, que no de sustitución, de los diversos Derechos mercantiles societarios de los Estados miembros, si bien en el proceso la intervención liberalizadora del TJUE interpretando las diversas disposiciones de los Tratados como esas mismas Directivas ha resultado crucial. Sin abandonar esta línea, es en cambio por Reglamento como se han introducido ciertas iniciativas más innovadoras, precursoras de un cierto Derecho de sociedades europeo, como en el caso de ciertos entes, que van desde formas carentes de personalidad jurídica, aunque relevantemente representativas desde el punto de vista negocial y fiscal (caso de las Agrupaciones europeas de interés económico -AEIE-, regladas por Reglamento del Consejo 2137/85, de 25 de julio de 1985), hasta unas formas societarias enteramente europeas dotadas de personalidad jurídica real para todo el territorio de la UE, como serían sociedades anónimas o cooperativas europeas, profundamente trabajadas, pero que el tiempo por el contrario ha acabado arrumbando ante la falta el interés, no sólo de los Estados miembros, sino de las propias instituciones europeas, que no han terminado de culminar las propuestas en su día

---

12 Así lo recalcaron en su momento GARDENES SANTIAGO, Miguel, SANCHO VILLA, Diana. y UPEGUI VILLEGAS, Carolina. “La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho internacional privado de sociedades”. *Anuario español de derecho internacional privado*, nº 9 2009, Madrid, pp. 595-625, respecto de cuyos comentarios a la referida disposición, ahora derogada, nos inspiramos para compararla en el actual contexto normativo vigente en España tras el RDL de 5/2023.

presentadas por la Comisión, las cuales ni siquiera son hoy Derecho derivado positivo<sup>13</sup>.

Producciones normativas de orden fiscal y contable, así como las más recientes en materia de operaciones de modificación y transformación de sociedades (en las que recalaremos al final del presente estudio), completan la labor integradora de la UE en materia societaria, siendo estos motores, y la lucha frente a los Estados miembros, celosos de perder los rendimientos fiscales de las sociedades asentadas en sus respectivos territorios, los que en realidad han configurado la labor preferente en la labor legisladora de la UE en lo que atañe a las sociedades. Pero una cosa es garantizar libertades de establecimiento o armonizar cuestiones societarias mediante Directivas, y otra, bien distinta, decir que la UE tenga un sistema iusprivatista homogéneo para atender a las cuestiones propias de este sistema jurídico cuando las controversias son las sociedades, lo cual sigue siendo una tarea pendiente.

### **3.1. Ausencia actual de lo societario en la conformación de un Derecho Internacional Privado integrado para la Unión Europea**

Si tomamos como punto de observación los arts. 50 y siguientes del actual Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), y más en concreto lo que, de modo equiparable a una norma definitoria de DIPr, encontramos en la redacción de su art. 54<sup>14</sup>, lo cierto es que, por lo demás, la acción de la UE en

---

<sup>13</sup> La lista es amplia, y como ejemplos hallamos:

a)- Propuesta de Directiva sobre la información corporativa en materia de sostenibilidad, que modificaría sustancialmente la Directiva 2014/95 y ampliaría su ámbito de aplicación a todas las grandes empresas y a todas las sociedades que cotizan en mercados regulados (excepto las microempresas cotizadas), en DOC COM (2021) 189 final.

b)- Otra fue la Propuesta de la Comisión para una Sociedad Privada Europea (SPE), que conoció una primera versión por parte de dicha institución en 2008 relativa al estatuto de la sociedad privada europea de responsabilidad limitada (*Societas Privata Europaea*). La iniciativa tenía por objeto facilitar la actividad empresarial de las PYMES en el mercado interior, mejorar sus resultados comerciales y aumentar su competitividad facilitando su establecimiento y explotación. La propuesta no pretendía regular los aspectos relacionados con el Derecho laboral o fiscal, la contabilidad o la insolvencia de la sociedad.

c)- Igual suerte corrió la Propuesta de la Comisión de 2014 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada (*Societas Unius Personae*), recogida en Llegando a interesar al Parlamento Europeo -DOC COM (2014) 212 final-, no obstante, hubo de ser retirada en 2014 debido a las preocupaciones del Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos de participación de los trabajadores en la toma de decisiones. Este proyecto, que traía causa en el anteriormente mencionado, tenía por objeto facilitar la creación transfronteriza en la UE de una sociedad de este tipo con un único accionista. Dado que la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento tenía serias preocupaciones sobre la participación de los sindicatos durante el proceso de elaboración de la propuesta, también se retiró definitivamente en 2018.

<sup>14</sup> En donde leemos: “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”.

lo que atañe a la materia abordada arranca de una llamativa dualidad; ante la creciente complejidad del Derecho societario en todos sus aspectos más mercantiles, fiscales y contables (contando con una decisiva intervención jurisprudencial por parte del TJUE y un amplio despliegue legislador por medio sustancialmente de Directivas), las cuestiones propiamente de DIPr aplicables a las sociedades, comenzando por lo tocante a su cuestión de presunta nacionalidad u origen, quedan marcadamente ausentes, o a lo sumo tocadas de soslayo, proporcionando en su caso un sustrato jurídico-material comúnmente compartido entre los diversos Estados miembros con motivo de su pertenencia a la UE. Esta llamativa dualidad ha sido en términos generales soslayada por la doctrina, salvo alguna puntual excepción, quien refleja por su parte cierto tímido interés apuntado por la Comisión en cierto momento, ya algo lejano, para arrumarse hasta el momento presente<sup>15</sup>.

---

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

15 Es aquí donde cabe mencionar a GARCIMARTÍN, ALFerez, Francisco Javier, en cierta reseña publicada en 2015 [recuperado en octubre de 2023] Disponible en: <<https://almacenderecho.org/de-nuevo-sobre-la-ley-aplicable-a-las-sociedades-en-europa-hacia-un-futuro-reglamento>>. Dicho autor recalca literalmente: “Aunque el grado de armonización es significativamente elevado, hay, todavía, diferencias notables entre los Derechos nacionales. Además, hay algunos tipos societarios que quedan fuera del ámbito de aplicación de las reglas armonizadas. En consecuencia, la determinación de la ley aplicable a una sociedad sigue siendo una cuestión de gran importancia práctica. En este punto, el Derecho europeo presenta una laguna. No tenemos, hasta hoy, una norma sobre el Derecho aplicable a una sociedad (o *lex societatis*). El fracaso de la Convención de 1968 sobre conflicto de leyes en materia de sociedades armonizadas. En consecuencia, la cuestión siguiese estando regulada por los Derechos nacionales y éstos divergen en lo que al criterio para determinar la *lex societatis* se refiere. El punto de conexión que determina la ley aplicable varía significativamente de un Estado a otro. Así, por ejemplo, un grupo de Estados ha seguido, tradicionalmente, la regla de la sede real, es decir, la ley aplicable a una sociedad se determina por el lugar donde se encuentre la administración central de dicha sociedad. Otros han seguido la doctrina de la incorporación, es decir, la ley aplicable a una sociedad es la ley bajo la cual se ha constituido o «incorporado», que suele coincidir con el lugar donde se encuentre su domicilio estatutario. Y un tercer grupo de Estados ha combinado ambas doctrinas”. En consecuencia, para el citado autor por lo tanto ello debería resolverse con algún Reglamento específico de DIPr legislado por la propia UE, a cuyo tenor la Comisión convocó un panel de expertos al efecto, que bajo el título “Study on the law applicable to companies with the aim of a possible harmonisation of conflict of laws rules on the matter 2015/S 095-171730” se puede seguir consultando en el link, a propuesta de GARCIMARTIN, [recuperado en octubre de 2023] Disponible en: <<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:171730-2015:TEXT:EN:HTML>>, el cual, a falta de otras noticias, entendemos que ha quedado desierto. En la opinión de GARCIMARTIN, expresada en dicha fecha de 2015: “este nuevo Reglamento debería incluir tres aspectos, a saber: primero, la determinación de la ley aplicable a una sociedad (o *lex societatis*), es decir, la identificación del punto de conexión que vincula a una sociedad con un sistema jurídico concreto; segundo, el ámbito de aplicación de tal *lex societatis*, es decir, las materias gobernadas por la *lex societatis* y aquellas materias que estarían sometidas a otros criterios de conexión autónomos; y tercero, los aspectos, que aún consideraba pendientes como los de transferencia de sede y fusiones transfronterizas”. Estos aspectos constituyen el objeto de las actuales Directivas de 2005, 2017 y 2019, de las que nos ocuparemos especialmente en el tratamiento deparado a las mismas por los Estados miembros aquí empleados a modo de observación (Italia y España) y ver cuáles son sus soluciones desde el punto de vista privatístico que han seguido; unos posicionamientos, y que desde luego siguen sin ser hoy

Desde lo societario pues no se puede afirmar que lo mismo incumba a la construcción del edificio jurídico privatista en la UE. Asumiendo los primeros compases remotos entorno a las ya extintas convenciones del art. 220 del Tratado de Roma, para no pocos autores el germen de lo que ha venido siendo el interés iusprivatista en el proceso de integración europeo<sup>16</sup>, desde el cambio de siglo se tiene asumido que, para los Estados miembros de la UE, la asunción de unas normas comunes de DIPr propiciadas por los diversos Reglamentos de esta naturaleza adoptados por la UE con las nuevas bases legales surgidas ya en la versión del antiguo Tratado constitutivo de la CE en su versión de Ámsterdam de 1997 en adelante, ha supuesto para los Estados miembros todo un antes y un después, impacto que no ha alcanzado a los aspectos societarios desde una perspectiva privatista<sup>17</sup>. El fenómeno de internacionalización del DIPr no resultaba ser es novedoso en materia de sociedades; en efecto, tradicionalmente habían existido tratados o convenciones de DIPr entre los diversos Estados (destacando sobremanera el conjunto de las conocidas como “Convenciones de La Haya” de DIPr<sup>18</sup>).

---

día objeto de adopción legislativa unánime por parte de la UE.

16 El art. 220 del antiguo Tratado de Roma por el que se instituyó la Comunidad Económica Europea (C.E.E.); por este motivo eran conocidas igualmente como “convenciones 220”. En efecto tales convenciones (que pasaron con su última numeración como art. 293 del TCE), por cuanto aquél formaba parte del extinto Pilar Comunidad en el período que abarcaron los diversos Tratados de la Unión Europea desde Maastricht (1992) a Niza (2000), no sobrevivieron al actual TFUE. Concretamente, el tenor del extinguido precepto rezaba así: “Los Estados miembros entablarán en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales (entre otros aspectos, y en lo que aquí nos atañe) el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del art. 58, 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”. Sobre la naturaleza legal de estas convenciones en general recomendamos HOFFMAN, Herwig. “Double Tax Agreements: Between EU Law and Public International Law” en Alexander Rust (ed.), *Double Taxation within the European Union*, pp. 75–86, Kluwer Law International BV, Ámsterdam 2011 [recuperado en noviembre de 2023] Disponible en: <[https://orbi.uni.lu/bitstream/10993/14008/1/Rust\\_Ch%20%205\\_Herwig%20Hofmann.pdf](https://orbi.uni.lu/bitstream/10993/14008/1/Rust_Ch%20%205_Herwig%20Hofmann.pdf)>

17 Estas potencialidades, en sentido genérico, serían no obstante en cierto modo apuntadas por autores como BARIATTI, S., “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *Rivista di Diritto Privato e Rocessuale (DIPP)*, 2003, pp. 671 y sigs.

18 En donde encontramos el Convenio de La Haya sobre Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones extranjeras de 1 de junio de 1956. Este convenio, aun pendiente de ratificación en no pocos países, establece en su artículo 1 que “La personalidad jurídica adquirida por una sociedad, una asociación o una fundación conforme a la ley del Estado Contratante donde se hayan cumplido las formalidades de registro o publicación y donde esté situado el domicilio social, será reconocida de derecho en los demás Estados Contratantes, siempre que incluya, además de la capacidad de emprender acciones jurídicas, al menos la capacidad de poseer bienes y de celebrar contratos y otros actos jurídicos. Por otro lado: “La personalidad jurídica, adquirida sin la formalidad de registro o publicidad, será reconocida, en la misma condición, de derecho, si la empresa, asociación o fundación ha sido constituida conforme a la ley que la rige. A tal efecto el art. 7 establece que: “El acceso al establecimiento, al funcionamiento y, en general, al ejercicio permanente de una actividad social en el territorio del Estado de reconocimiento, se regula por la ley de este Estado”. Para más detalle vid. PRUJINER, A. “La personnalité morale et son rattachement en droit international privé”, *Les Cahiers de Droit*, Vol. 31 n° 4, décembre

Pero tales normas convencionales en materia de DIPr lo eran en base de no integración y de reciprocidad. Por otro lado, estas fuentes internacionales clásicas del DIPr nunca habían llegado a poner en cuestión seriamente la aplicación de unas normas internas de DIPr, las cuales, en el caso español, eran escasas, pero bien sistematizadas y codificadas, a la par que fácilmente localizables en pasajes de la normativa legal concretos y sistemáticos, sea en los códigos civiles u ordenamientos tradicionales (solución española) o en códigos completos mixtos tanto materiales como procesales (caso italiano).

Resultaría entonces que los Estados miembros (y sin ir más lejos, dentro de sus respectivos ordenamientos los de tradición romanista continental), contaban con normas iusprivatistas que, más o menos satisfactoriamente, daban una respuesta inicial a la controvertida situación de un origen nacional o del Foro de una sociedad, esto es, identificable con esa controvertida “nacionalidad” de las sociedades. Lo que de todos modos despunta es ese sesgo en el que interesa tanto lo procesal como la determinación de la Ley aplicable mediante las normas de conflicto, lo cual caracteriza a la esencia del DIPr, como precisamente es concebido desde entornos jurídico-continenciales o romanistas. En el criterio del mencionado entorno normativo, el DIPr deberá verificar, por lo que atañe a las sociedades un proceso jurídico-teórico construido en tres etapas o fases sucesivas, a saber: 1ª- Cuáles habrán de ser las jurisdicciones que habrán de entender acerca de algún asunto o controversia societaria; 2ª- Si la jurisdicción que resulte competente (del Foro al que nos refiramos u otra), habrá de aplicar su propio Derecho societario interno o bien el de otro país; 3ª- Si caso de proceder el de otro país, si dicha aplicación puede o no resultar atentatoria, o en su caso injusta o fraudulenta, con relación a principios fundamentales ordenadores del ordenamiento societario del Foro, produciéndose el mismo contexto cuando lo planteado consiste en dar curso o ejecución una la sentencia, resolución o documento público de cariz societario procedente de otro país. A renglón seguido de las nuevas competencias reconocidas a las instituciones de la UE por el Tratado de Ámsterdam de 1997, se han sentado los fundamentos para la construcción de todo un sistema de DIPr y Derecho procesal europeo, que mira a garantizar la uniformidad de la normativa encaminada a regir las controversias caracterizadas por elementos de relevancia transfronteriza. El TFUE de Lisboa contemplaría la cooperación judicial en materia civil, en dos lugares concretos, uno, en el art. 67.4, y otro en el Capítulo 3 del Título V de la Parte Tercera con un único precepto, el art. 81. En este entorno, se han adoptado ya numerosos Reglamentos, comenzando por los concernientes a la competencia jurisdiccional y el reconocimiento de resoluciones, pasándose casi inmediatamente a otros Reglamentos sobre Ley aplicable. Por su parte, la exigencia de aplicación uniforme de las normas del DIPr de la UE queda garantizada por la competencia interpretativa suprema que está reconocida

---

1990, pp. 1049-1073, concretamente p. 1066[recuperado en octubre de 2023] Disponible en <<https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1990-v31-n4-cd3785/043054ar.pdf>>

de manera exclusiva al TJUE.

A nadie escapa la diferencia entre Reglamentos (cuya transposición está proscrita por la jurisprudencia comunitaria) y la Directiva (instrumento que de suyo tiene, en teoría, una llamada a ser transpuesta por normas nacionales). Con todo puede apreciarse en algunos Estados miembros, especialmente los que contaban con un sistema de DIPr nacional más anticuado (España) un cierto efecto de pseudo-transposición o mimético de los Reglamentos de DIPr en sus normativas nacionales. Con todo, este fenómeno tampoco es ajeno a los Estados con modernas normas de DIPr (Italia). Estas circunstancias pueden tener cabida o impacto en el terreno societario que ahora abordamos. Con esta peculiar perspectiva privatística es como debe estudiarse la posición deparada por la acción normativa de la Unión Europea, parcial y tangencial en lo estrictamente societario-mercantil, a diferencia de otros ámbitos mucho más construidos por el Legislador comunitario mediante Directivas contables o de fiscalidad de sociedades. Posteriormente, veremos cómo ese impacto se ha reflejado de modo diverso y comparado (y ha de decirse con desigual suerte) en los entornos de nuestros dos Estados miembros elegidos a efectos comparativos.

Resaltemos igualmente el DIPr armonizado desde la UE no tiene vocación alguna a establecer, en lo tocante a las sociedades de capital (tampoco al resto de personas jurídicas) un criterio atributivo de nacionalidad, sino que cada ordenamiento estatal utiliza criterios propios como el de la sede social, el de la incorporación, el del control, etc. De hecho, todo lo tocante a la nacionalidad o capacidad de las personas físicas sigue entendiéndose como una cuestión íntegramente nacional (y de la cual el más palmario ejemplo sigue siendo la incontestada vigencia de nuestro art. 9.1 del CC). El Derecho de la UE, que técnicamente no es otra cosa que Derecho internacional particular propio de unas organizaciones internacionales de ámbito regional con vocación supranacional, no ha alterado esta cuestión, dejando que sea cada Estado miembro de la Unión el que, conforme a los criterios de su legislación interna, atribuya su nacionalidad a determinadas sociedades, criterios que son distintos según los Estados. La dificultad que emerge por lo tanto es que, de existir una vocación por el Derecho de la UE para establecer unas pautas comunes para las sociedades de los Estados miembros, éstos, caso de atribuirles o no una nacionalidad (lo que es discutible), lo hacen por mecanismos diferentes, a la par que, en lo que atañe al DIPr, la UE no se propone adoptar unas pautas unificadas, como así ha sucedido en otros ámbitos de la realidad jurídico-privada. A todo ello se añade la preferencia que tiene el DIPr adoptado desde la UE de sustituir la nacionalidad como conexión principal por otras menos potencialmente conflictivas, precisamente con la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad, contenida en los principios esenciales de los Tratados constitutivos desde el mismo momento fundacional de las Comunidades, por otro más neutro, como es el del domicilio. Desde esta óptica, la preferencia del domicilio social frente a

la presunta “nacionalidad” de una sociedad ganaría puntos de aceptación y preferencia en lo que atañe a la filosofía característica del proyecto integrativo europeo, en los términos tratados anteriormente.

En este orden de cosas, y siempre desde la óptica de la UE, se considera que en las cuestiones de DIPr cuando existe una sociedad ajena al Foro y está presente en el mismo por las normas del DIPr, al menos por cuanto contempla a los Estados miembros de la UE, dicho ente conserva la identidad no autóctona y, en consecuencia, todo lo concerniente al ejercicio de sus actividades en el Foro está regulado por la Ley del Estado de donde procede, correspondiente a su propia *lex societatis* (esto siempre en consideración a los límites esgrimidos desde la jurisprudencia TJUE en lo que atañe al respeto a la libertad de establecimiento. Así para cualquier empresa o sucursal procedente de otro Estado miembro de la UE en régimen de libre prestación de servicios, incluso sin instaurar sucursales ni sedes secundarias, la autorización para el ejercicio de la actividad y la vigilancia se supeditan al principio denominado “*home country control*”, traslación societaria de la regla de la confianza mutua que desplaza la preferencia, propia de la libre circulación de mercancías, por control en origen frente a los controles a posteriori en destino, y que es por tanto conteste con la aplicación del criterio del lugar de inscripción o registro societario.

### **3.2. Las implicaciones tangenciales para las sociedades mercantiles desde el Derecho derivado vigente en la Unión Europea**

Como pauta frecuente en los ordenamientos de los Estados miembros (ello compartido con otros muchos países ajenos a la UE), las reglas de conflicto configuradas a nivel nacional respecto de las sociedades pueden llegar a prever algunas excepciones al criterio de aplicación de la Ley del Estado de constitución o fundación (destacando a este respecto el caso italiano, dotado de un ordenamiento privatista específicamente concebido para las sociedades); hallamos así remisiones, según las diversas hipótesis, bien al Derecho general del Foro, o bien al ordenamiento de los Estados implicados en la traslación de la sede o fusión. No obstante, debe tenerse en cuenta que en la medida en que resulte designada una Ley distinta a la del Estado de constitución, las reglas de conflicto que puedan existir a nivel interno pueden sufrir restricciones en su aplicación debido a la necesidad de salvaguardar los principios de libertad de establecimiento, que son inexcusables en el marco de la UE. Semejantes principios de hecho valen no sólo para las personas físicas, sino también para aquellas entidades o personas jurídicas que presentan una conexión con la economía de otro Estado miembro, por el hecho de haberse constituido de conformidad a la legislación de dicho Estado miembro y tener su sede principal, su administración central o su centro de actividad principal en el interior del territorio de la UE<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Si bien el desempeño del mencionado derecho de libre establecimiento presupone la ausencia de discriminaciones basadas sobre la nacionalidad, consecuentemente el

Algunos autores operan en clave de DIPr ciertas síntesis de conocidos pronunciamientos que, desde una clave de libertad de establecimiento y armonización del ordenamiento societarios por parte de la UE, han ido disipando los obstáculos a un Derecho de Sociedades dinámico, que ha permitido operaciones que llegan al estado actual de inclusive fusión, transformación y traslado societarios, y para el cual mantenemos cierta reserva<sup>20</sup>, de entrada destacan las exclusiones expresas que en materia de

---

reconocimiento de sociedades constituidas en otros Estados miembros con respecto a la normativa nacional propia que hubiese sido de aplicación desde el mismo momento inicial de su constitución o fundación. A partir de aquí, toda una serie de importantes referentes emitidos por el TJUE en materia societaria, y ampliamente estudiados por la doctrina, tiene su acomodo desde el punto de vista que aquí analizamos. En efecto, haciendo aplicación de semejantes principios, se estableció que constituye parte integrante del derecho de establecimiento que asiste a los socios fundadores, en el sentido del actual art. 49 TFUE, la posibilidad de constituir una sociedad en el Estado miembro que cuente con la legislación más favorable emerge como un aspecto del derecho de establecimiento (secundario) de las sociedades en cuanto tales, actual art. 54 TFUE (STJUE Centros de 9 de marzo de 1999 As 21/97) Ello incluye por supuesto el derecho a operar en otros Estados miembros mediante sucursales, independientemente del hecho que en el lugar del establecimiento principal no se desarrollen actividades económicamente relevantes, eso sí, siempre y cuando el recurso operado al ordenamiento comunitario no sea fraudulento o abusivo STJUE Cadbury Schweppes de 12 de septiembre de 2006 As 196/04). En otra serie de importantes pronunciamientos, la Alta Judicatura de Luxemburgo precisó que las disposiciones sobre el derecho de establecimiento imponían al Estado, donde una sociedad constituida en otro Estado miembro había transferido su propia sede, el deber de reconocer la capacidad procesal que tal sociedad posee por causa del derecho originario en su Estado de constitución o fundación, sin que quepa subordinar dicho reconocimiento a la circunstancia de que dicha sociedad deba reconstituirse en el Estado de transferencia de la nueva sede (STJUE Überseering de 5 de noviembre de 2002 As 208/00). Con sus sentencias, el TJUE ha suministrado una interpretación del derecho de establecimiento susceptible de funcionar como un límite externo a la posibilidad de aplicar a las sociedades procedentes de los Estados miembros una Ley diferente a la de su propio Estado miembro de constitución o fundación, sobre todo en procesos que someten al Derecho societario nacional, y en concreto sus normas de conflicto, a un apreciable grado de tensión, concretamente en lo que atañe a las transformaciones societarias por fusión, absorción o traslado de sede. A tal respecto citense a título de muestra RAMELOO, Stephan. “The Long and Winding Road towards freedom of Establishment for Legal Persons in Europe: ECJ Case C-208/00 Überseering Bv Nordic Construction Company Baumanagement GmbH”. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*. 2003, pp. 169 y sigs; MASTRULLO, Thomas. *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*. Presse Universitaire d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, pp. 21 y sigs.

20 A este respecto traemos a colación una síntesis operada de aquellos pasajes de la jurisprudencia del TJUE que, sin ser propiamente contestes con un DIPr de la UE societario por demás difícilmente dotado de una entidad propia ni claro, sí que pueden propiciar una cierta lectura en tal sentido. Cabe pues mencionar los asuntos, varios de ellos precitados, Daily Mail C-81/87; Centros C-212/97; Überseering C-208/00; Inspired Art C-167/01; Va SEVIC C-411/03; Cartesio C-210/06; VALE Építési kft As 378/10. De fecha de 2015, con posterioridad habría que incorporar otros pronunciamientos más recientes, como Polbud-Wykonstwo C-106/16. Vemos que desde los supuestos centrados en la observación de la lex societatis, tanto en su situación inicial como en sus contextos de transformación, de la síntesis operada por Garcimartín en su estudio se pretenden sacar algunas conclusiones con aprovechamiento para el Derecho europeo societario desde una perspectiva iusprivatista, sobre todo a la hora de determinar la norma de conflicto en juego en tales operaciones, cuestiones éstas que, pese al interés expresado por su autor, su lectura lo es predominantemente en una clave de consecución de las libertades comunitarias de establecimiento. En lo que hace a la

## DIPr expulsan a las sociedades, tanto desde su concepción inicial de contrato

determinación de la *lex societatis* originaria, el criterio del TJUE sería: “las sociedades son creación del Derecho y, en el estado presente del Derecho europeo, creaciones del Derecho nacional. Sólo existen en virtud de las diversas leyes nacionales que determinan su constitución y funcionamiento” (Daily Mail, Considerando 19; Überseering, Considerando 67; Cartesio, Considerando 104; VALE, Considerando 27). También en lo tocante a dicha *lex societatis*, cada Estado determina si puede constituirse, y en todo caso, bajo cuáles condiciones, una sociedad bajo su propio ordenamiento y, en particular, si no sólo el domicilio estatutario sino también la sede de su administración efectiva ha de estar situada en su territorio, como expresa el TJUE: “... un Estado miembro... tiene el poder incuestionable para definir el punto de conexión requerido para que esa sociedad sea considerada como válidamente constituida de acuerdo con su Derecho y, como tal, sujeto de la libertad de establecimiento y el factor de conexión requerido para que la sociedad pueda mantener, subsiguientemente, tal estatus” (VALE, Considerando 29). Esto significa que es el Estado miembro de origen el que determina el punto de conexión relevante y, por tanto, si la compañía existe y es titular de la libertad de establecimiento (Cartesio, Considerandos 109 y 110). No obstante, las aportaciones aún más relevantes del citado autor desde una perspectiva estrictamente iusprivatista inciden sobre un tercer conjunto de pronunciamientos, para los que se pone de relieve que toda operación de traslado societario por cualquier medio implica un cambio transfronterizo y, con ello, un cambio de la *lex societatis*. Como sostiene GARCIMARTÍN: “En relación con estas operaciones, el TJUE ha establecido dos esenciales principios, en función de la configuración que tenga en su ordenamiento la cuestión del origen o instauración de la sociedad. Por el primer principio, y de acuerdo con una primera categoría de países socios de la UE: “El Estado miembro de origen determina el punto de conexión requerido para que una sociedad sea considerada como válidamente constituida bajo su ley nacional y, además, «el punto de conexión requerido para que la sociedad pueda mantener subsiguientemente tal condición» (Überseering, Considerando 70; Cartesio, Considerando 110; VALE, Considerando 29). Por lo tanto, el Estado miembro de origen que siga este camino podrá someter el derecho de la sociedad a mantener su *lex societatis* original a la condición de que mantenga su sede real dentro del territorio de ese Estado” (Daily Mail, Considerando 24; VALE, Considerando 34). Contrariamente, otros Estados miembros tienen un enfoque más flexible, permitiendo que una compañía traslade su sede real a otro país manteniendo su estatus como sociedad de aquel país. En consecuencia, únicamente en esta categoría Estados (Überseering, Considerando 80), sólo el traslado del domicilio estatutario lleva consigo un cambio en la *lex societatis*. En virtud del segundo principio, obviando las diferencias asumidas en cuanto a ambas clases de países socios, y a fin de que la libertad de establecimiento no se vea comprometida ante la voluntad de realizar operaciones de transformación societarias, debe posibilitarse que: “Cuando una sociedad traslada su sede con el correspondiente cambio de *lex societatis*, tal operación debe ser posible en la medida en que se satisfagan los requisitos exigidos por el Derecho del Estado de acogida. Estas operaciones equivalen a una transformación. El traslado de la sede social al extranjero cuando conlleva un cambio de *lex societatis* puede analizarse como una transformación del tipo societario. Las reglas del contrato social cambian. La sociedad deja de estar constituida bajo la Ley del Estado de origen y pasa a quedar sometida a la Ley del Estado de acogida. Esta transformación con mantenimiento de la personalidad jurídica, esto es, sin necesidad de disolver, liquidar ni reconstituir la sociedad, está garantizada por la libertad de establecimiento (Cartesio, Considerando 113). En particular, la libertad de establecimiento prohíbe al Estado miembro de acogida, que permite a sus sociedades nacionales transformarse, impedir, con carácter general, que sociedades gobernadas por el Derecho de otro Estado miembro, transformarse en compañías gobernadas por su Derecho nacional (VALE, Considerando 41)”. Como sugiere GARCIMARTÍN: “En estos casos de transformación transfronteriza (cambio de la *lex societatis*), la ley del Estado miembro de destino gobierna los requisitos de reconstitución, es decir, la compañía ha de cumplir los requisitos aplicables a las sociedades nacionales del otro Estado miembro en lo que se refiere a la inscripción registral, capital mínimo, contenido mínimo de los estatutos, estructura interna o número de socios. Sin embargo, el TJUE ha clarificado que son de aplicación los principios de equivalencia y de efectividad (VALE, Considerando 53)”.

de sociedad (responsabilidad contractual<sup>21</sup>), como con relación a las derivas o perjuicios derivados de tales pactos societarios y demás incidencias en la vida societaria susceptibles de generar perjuicios, aunque éstos no fuesen de la intención de sus causantes u actores (responsabilidad extracontractual<sup>22</sup>).

Tenemos que irnos al Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), para encontrar, en lo que atañe a la competencia jurisdiccional en materia societaria, ciertas disposiciones específicas que establecen Foros exclusivos y alternativos para algunos tipos de asuntos propios de la vida de dichas personas jurídicas. En concreto el art. 63.1 del Reglamento Bruselas I bis establece que, a los efectos de la aplicación de la propia disposición “se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal”. Esta triple sucesión de nexos para determinación de la norma de conflicto permite al actor elegir libremente el Foro competente para entender de su pretensión en caso de que cada uno de dichos elementos se encuentre un país distinto, pudiendo dar lugar de este modo a una pluralidad de Foros principales competentes.

---

21 El Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en las materias excluidas contempladas en art. 1.2 letras f) y g). Con relación a la primera quedan excluidas “las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas”. Respecto de la segunda se excluye toda: “posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica”.

Por añadidura, el mencionado instrumento resalta en el Punto 39 de su Exposición de motivos que: “La seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas (...) para lo cual “la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación”. En consecuencia, el art. 19.1 al abordar la cuestión de la residencia habitual del sociedades, asociaciones o personas jurídicas a efectos del Reglamento indica que únicamente “será el lugar de su administración central”.

22 El Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en sus materias excluidas que refleja su art. 1.2 letra d) cita: “las obligaciones extracontractuales que se deriven del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas y de la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables”. El Reglamento Roma II sigue idéntico criterio que el anterior Roma I en su art.23.1 al expresar que: “A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central”.

En una concepción intermedia, y en relación con la autonomía de la voluntad los aspectos procesales que vamos a hallar en los Reglamentos que configuran el DIPr de la UE. Recordemos que en los Reglamentos completivos y en los de matiz netamente procesal encontramos inicialmente admitida (salvo las limitaciones ya estudiadas) la regla de libre elección de jurisdicción o Foro competente ligada a la autonomía de la voluntad (también denominada prórroga de jurisdicción, con lo que la similitud con la conexión determinada por la autonomía de la voluntad resulta muy evidente, aunque sea en cuestiones que, sobre el papel pertenecen al Derecho procesal propio del DIPr). Dichas cuestiones de libre elección existirán entendiéndose, salvo que proceda aplicar por cualquier causa la regla competencial genérica identificada con la del domicilio del demandado, o bien rija la aplicación de Foros obligatorios e indisponibles, para los cuales, aunque ella no fuese la primigenia intención del legislador comunitario, se desprenden indudables aplicaciones desde la idiosincrasia operativa propia del DIPr<sup>23</sup>.

A nivel de la UE ha existido en los tiempos más recientes una preocupación de armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materia societaria, incidiendo en la componente de la transformación. Un

---

23 En concreto, para las controversias en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades u otras entidades jurídicas, así como la validez de las decisiones de sus órganos, y únicamente las empresas tienen su sede en la UE, art. 24.2 del Reglamento Bruselas I bis establece la competencia del Juez del Estado miembro en el cual el ente afectado tenga su sede social, lo que deberá en todo caso determinarse en base a la propia Ley del Foro. Análogo criterio si sigue en la Convención Lugano II para las sociedades que, en el marco del Espacio Económico Europeo (EEE) tengan su sede en Noruega, Islandia o Suiza. Se trata de un criterio de competencia jurisdiccional exclusivo, por cuanto excluye la aplicabilidad de cualquier otro criterio, incluido el del Foro del demandado. Se aplican por el contrario los criterios generales de competencia si las sociedades tienen su sede en países con los que no se puedan establecer relaciones de DIPr, ni con el Reglamento Bruselas I bis.

Por añadidura, el art. 7.5 del Reglamento Bruselas I bis prevé como criterio subsidiario de competencia jurisdiccional respecto al general identificado con el Foro del demandado, el Foro del lugar en el cual se haya situada la sucursal, la agencia, o cualquiera otra sede de la actividad del ente societario, para lo que haga a las controversias propias de su ejercicio (se trata en cualquier caso de organizaciones estables dotadas de autonomía y autorizadas para tratar con terceros por cuenta de la entidad matriz); En los restantes aspectos sobre competencia jurisdiccional civil y mercantil dimanantes de cuestiones societarias será de aplicación en el caso de Italia el Reglamento Bruselas I bis. Finalmente, por lo que respecta al reconocimiento de sentencias y demás actos de procedencia extranjera no existen en principio disposiciones de carácter especial, aplicándose las normas generales en materia civil y mercantil contenidas particularmente en el Reglamento Bruselas I bis. Con todo, cabe poner de relieve la presencia de ciertos principios del derecho de establecimiento de la UE en materia societaria susceptibles de interferir con el funcionamiento de la normativa de conflicto nacional en materia societaria. En consecuencia, pese que el Derecho armonizado societario auspiciado desde la UE está alejado de toda inquietud o trasfondo propio al DIPr, y aunque carezcamos de un DIPr directamente dedicado o con vocación a aplicarse distintivamente a las societarios, lo cierto es que se producen, particularmente desde las perspectivas deparadas por el reconocimiento de la libertad de establecimiento, tanto desde las disposiciones originarias en su interpretación jurisprudencial, como desde las Directivas que la desarrollan, determinadas incidencias que desde luego causan modulaciones, cuando no directamente perturbaciones, al modo en que funcionan aquellas normativas nacionales de DIPr característicamente dirigidas o que afectan a las sociedades mercantiles.

primer hito viene representado por la Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2006 sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capitales que tengan su sede en Estados miembros diferentes. A este respecto la doctrina ya venía considerando que toda operación de fusión entre sociedades constituye una operación de transformación equivalente a un traslado de la sede social de la nueva entidad con la consiguiente modificación en cuanto a la Ley aplicable a la entidad societaria, lo que la doctrina destacó en sus implicaciones de DIPr para las sociedades<sup>24</sup>.

#### **4. EL TRATAMIENTO DEL DERECHO PRIVADO SOCIETARIO EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO Y LAS BASES PARA SU INTEGRACIÓN; SUCINTA EXPOSICIÓN DE LAS MANIFESTACIONES MÁS RELEVANTES**

Dentro del muy abundante elenco de aportaciones que, en clave tanto de cooperación como de integración han ocupado a América Latina en materia de DIPr, resultaría significativamente complejo y rebasaría enormemente la extensión de la presente aportación intentar abarcar la totalidad de las iniciativas, tan complejas como diversas, que, desde una pluralidad entornos latinoamericanos, sean éstos unilaterales por parte de algunos Estados, o en base de tratados y demás iniciativas multilaterales, se han venido deparando a lo largo del tiempo. Y he aquí la dificultad del análisis, puesto que apenas puede optarse por elegir un método sistematizador único para tales iniciativas, sea en clave temporal, o sea en clave geográfica.

De los países que unilateralmente han registrado desde hace tiempo una mayor preocupación sobre este particular destaca precisamente un Estado miembro de MERCOSUR, cual es Brasil<sup>25</sup>, país que en lo tocante a la conformación o concepción relativa a la nacionalidad extranjera de las empresas o sociedades adopta el criterio de la incorporación, el cual reviste no pocos matices de interés<sup>26</sup>. Y esta sensibilidad dista mucho de ser fruto

---

24 El marco se ha actualizado por otras dos Directivas, la 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades y la 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica a la anterior en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. La Directiva 2017/1132 ya abordó la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, armoniza las garantías exigidas en toda la UE para proteger los intereses de los accionistas de sociedades y de terceros en caso de escisión o fusión dentro de un mismo país, así como las fusiones transfronterizas de una sociedad de capital y una sociedad anónima. Dicho conjunto normativo prevé tres hipótesis distintas de fusión (por constitución, por creación de una nueva sociedad, y por transmisión de las acciones representativas del capital a favor de los socios de las sociedades extinguidas) cuyos mecanismos de realización se prevén mediante una combinación de reglas de conflicto y reglas materiales de DIPr tendentes en última instancia a proporcionar unas garantías efectivas para aquellas personas (accionistas, acreedores) que muestren intereses legítimos en oponerse a las referidas operaciones de transformación societaria.

25 Sintetizamos en este particular las detalladas reflexiones expuestas por TIBURCIO, Carmen. "La personne morale selon le Droit international privé brésilien actuel". *Panorama of Brazilian law. Year 4 - Numbers 5 and 6 - 2016* - pp. 11 – 35 [recuperado en noviembre de 2023] Disponible en: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/pbl/article/view/34418>>

26 En concreto, para que una empresa sea brasileña, debe estar constituida en Brasil y tener

del azar, pues es precisamente desde este Estado miembro de MERCOSUR donde han aparecido unas muy sugerentes aportaciones doctrinales. De entre ellas, algunas demuestran que el interés por el DIPr en el entorno MERCOSUR ni es una cuestión nueva, ni tampoco circunscrita a los grandes grupos de empresas<sup>27</sup>. En fechas más próximas otros entornos doctrinales se han ocupado de reflejar un ansia por tender puentes y conexiones entre la mencionada organización latinoamericana y la UE, todo ello inserto en

---

su sede administrativa en el país. Hay algunas actividades total o parcialmente prohibidas para las personas jurídicas extranjeras: por ejemplo, la Constitución prohíbe a las personas extranjeras poseer medios de comunicación y obtener concesiones para explorar recursos minerales y hídricos y existen algunas restricciones a las personas jurídicas extranjeras para la adquisición de bienes inmuebles rurales. Según el legislador brasileño, las personas jurídicas extranjeras obedecen a la ley de su nacionalidad tanto en cuanto a su capacidad y a la ley brasileña en cuanto a sus actividades en el país. Además, la regla general en materia de contratos es aplicar la ley del lugar donde se celebró el contrato, excepto en el caso de los contratos de trabajo, cuando se aplique la ley donde se prestaron los servicios. La posibilidad de elegir la ley aplicable a los contratos es muy controvertida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El origen de este concepto viene del año 1942, cuando entró en vigor la Ley de Introducción al Código Civil. Ésta rige hasta hoy el derecho internacional privado brasileño, bajo el nombre de Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño. Su art. 11 establece que “las organizaciones destinadas a fines colectivos, así como las empresas y fundaciones, obedecerán la ley del Estado donde estén constituidas”.

Tal posicionamiento supone la consagración del criterio de constitución, siguiendo el modelo del Derecho anglosajón, para que el derecho brasileño reconozca a las personas jurídicas extranjeras, siempre que sean reconocidas según la ley del país donde se constituyeron. En definitiva, una empresa extranjera cuya personalidad jurídica sea reconocida por el país de su constitución podrá celebrar un contrato en Brasil, ser demandada ante el poder judicial brasileño y también ser accionista de una sociedad anónima brasileña (de conformidad con el parte final del art. 1.134 del Código Civil). Sin embargo, para establecerse en el país no bastará con el respeto de la *lex societatis*. También es necesario analizar la ley aplicada para que una empresa extranjera pueda realizar actividades en Brasil de forma permanente.

A mayor especificación, es necesario distinguir el reconocimiento de la persona jurídica extranjera de su capacidad para operar en Brasil. Si bien su reconocimiento depende exclusivamente de la *lex societatis*, su capacidad para operar en Brasil también dependerá de las condiciones impuestas por la ley brasileña. De ahí la regla del párrafo único del art. 11, que determina que las personas jurídicas “no podrán, sin embargo, tener en Brasil una filial, agencia o establecimiento antes de que sus actos constitutivos sean aprobados por el Gobierno brasileño, estando sujetos a la ley brasileña”. También para las sociedades limitadas tenemos una norma específica similar. El art. 68 del Decreto-Ley 2.627, de 1940, determina que “las sociedades anónimas extranjeras autorizadas a operar estarán sujetas a las leyes y tribunales brasileños en cuanto a los actos y operaciones que practiquen en Brasil”. Es la aplicación del principio según el cual el Estado anfitrión siempre puede regular el ejercicio de actividades en su país. Posteriormente el Código Civil de 2002 retomó esta norma. Cabe por último señalar que las personas jurídicas extranjeras pueden realizar sus actividades en Brasil de dos maneras: i) constitución de una filial en Brasil y en este caso estará sujeta a las restricciones impuestas para las personas jurídicas extranjeras; y ii) constitución de una empresa independiente en Brasil con personalidad jurídica propia, es decir una persona jurídica brasileña que será tratada como tal, independientemente de que esté controlada por una empresa extranjera.

27 Véase en ambos sentidos SOTO, Alfredo Mario, “El Derecho Internacional Privado del Mercosur”. *Derecho de la Integración*, No.4, Rosario, Facultad de Derecho UNR, 1996; del mismo autor. “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”. *Investigación y docencia*, No.31, Rosario:Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pp.65 y sigs.

el marco del proceso de integración global del DIPr .marco del proceso de integración global del DIPr<sup>28</sup>.

De otro tanto, en lo referente a la competencia jurisdiccional en materia societaria, la autoridad brasileña tendrá competencia, de manera no exclusiva, si el demandado tiene su domicilio en Brasil. La legislación determina que las personas jurídicas extranjeras que tengan allí una agencia, filial o sucursal se considerarán domiciliadas en Brasil. Esto significa que las empresas extranjeras pueden ser citadas ante los tribunales brasileños si tienen un establecimiento secundario en Brasil, por disputas vinculadas a ese establecimiento. Además, el Juez brasileño tendrá competencia si la acción se refiere a una obligación que debe ser cumplida en Brasil o si la acción surge de un hecho o acto que tuvo lugar en Brasil<sup>29</sup>. Otra nación que también

---

28 Resaltamos aquí la muy interesante monografía de JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado -Caráter Universal da Lei Aplicável e outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte (Brasil):Juruá Editora, 2012. En los términos introductorios del propio autor: “El proceso de europeización del Derecho Internacional Privado ha presentado a lo largo de los años algunas soluciones que contrastan con los mecanismos tradicionales adoptados en Brasil en la materia. Este trabajo presenta cada una de estas medidas, a través del estudio de los instrumentos institucionales en los que se impulsan, con miras a un rápido paralelismo con el orden nacional. Esta obra cumple la triple función para la que fue diseñada: servir de guía útil para todo aquel que se dedica al derecho internacional privado y desea comprender y seguir, de forma concisa, el proceso de europeización de la materia. Se intenta facilitar a los interesados un conocimiento profundo de determinadas medidas comunitarias, en especial las normativas, que precisamente han europeizado varias disciplinas con conexiones internacionales. Finalmente, permeando estos dos lados, este estudio todavía se dedica a señalar aspectos relevantes del sistema jurídico de la Unión Europea y las opciones más recientes, contenidas en sus medidas, que difieren de la realidad legislativa de Brasil”.

29 Conviene ver los casos en los que una empresa puede estar sujeta a la jurisdicción brasileña. Las reglas de jurisdicción internacional están recogidas en los arts. 21, 22 y 23 del Nuevo Código de Procedimiento Civil de 2015. Concretamente en materia de sociedades la cuestión ya no se desarrolla; Además, existe un vacío legislativo en Brasil con respecto a aspectos del derecho internacional privado de quiebras. La Ley 11.101 de 2005 (Ley de Quiebras) parece haber establecido, al mismo tiempo, un sistema universal a nivel interno y territorial a nivel internacional. Así, su art. 3 determina que el foro de su establecimiento principal será competente para declarar la quiebra y aprobar el plan de recuperación de la empresa en crisis financiera. Es una norma de competencia interna y, a nivel interno, significa que cualquier cuestión patrimonial relativa a la empresa en crisis debe ser sometida al Juez de quiebras. Sin embargo, si aceptamos que esta regla puede extenderse al nivel internacional, surgirán algunas dificultades. En primer lugar, se observará que el criterio adoptado por la Ley de Quiebras (el establecimiento principal) es diferente del adoptado para determinar la nacionalidad brasileña de las personas jurídicas (constitución). En segundo lugar, cuál es el gran problema es la cuestión de la extensión de la declaración de quiebra: si se limita al territorio nacional o si puede extenderse a los establecimientos que esta empresa tenga en el extranjero. Al mismo tiempo, otra cuestión muy controvertida es la de conocer los efectos que una declaración de quiebra en el extranjero puede producir en relación con los establecimientos secundarios que la empresa tiene en Brasil. Así, la competencia internacional del Juez brasileño se limitaría a los establecimientos ubicados en Brasil, independientemente de que se trate del establecimiento principal o de un establecimiento secundario. La jurisprudencia admite, sin embargo, la aprobación de laudos extranjeros que declaren la quiebra de una empresa extranjera para que esta declaración pueda producir efectos respecto de la agencia, filial o sucursal ubicada en Brasil. Por lo tanto, necesitamos una enmienda legislativa que pueda aclarar el régimen de quiebra internacional en Brasil.

conoce en el ámbito de MERCOSUR una doctrina que ha analizado de modo inquisitivo y acertado la componente de la extranjería de las sociedades mercantiles es Paraguay, nación que dedica una muy interesante legislación en la materia cuyos orígenes se remontan al menos a 1981, y que tiene su germen en instrumentos regionales de integración en materia de DIPr, caso de la Convención Interamericana de Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles de 8 de mayo de 1979<sup>30</sup>.

A nivel de conjunto señalaremos que en Latinoamérica pese a la destacada labor realizada desde el ámbito de las sucesivas ediciones de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), la cuestión societaria carece actualmente de un tratamiento multilateral, lo cual no quiere decir que no existan precedentes o bases para una futura adopción de iniciativas más específicas a este respecto. Aparte de la participación en los Convenios de La Haya con otros países del mundo, el entorno latinoamericano en clave de cooperación se ha caracterizado por una abundante labor de tratados de DIPr, cuyos antecedentes se remontan, como es bien conocido, a mediados del siglo XIX. En fechas más recientes algunos documentos de trabajo y análisis de elaborados en el seno de la misma Conferencia de La Haya de DIPr<sup>31</sup>, sin tocar expresamente la cuestión societaria, sí que de hecho la sugieren desde la óptica de cuestiones jurídicas tales como la competencia para entender de litigios contractuales (entiéndase incluidos los contratos constitutivos de las sociedades mismas), o la competencia para entender de los litigios dirigidos contra sociedades mercantiles (esto es, no sólo por incumplimiento de sus obligaciones, sino además caso de que determinados interesados deseen impugnar determinados acuerdos societarios adoptados en el seno de esas mismas personas jurídicas).

Como muestra palmaria producida en base cooperativa general para toda Latinoamérica destacamos la Convención Interamericana sobre Jurisdicción Internacional para la Efectividad Extraterritorial de Decisiones Extranjeras, suscrita en La Paz el 24 de mayo de 1984<sup>32</sup>. Es también desde el citado marco de

---

30 Autor destacado en todo lo tocante a esta problemática en Paraguay lo hallamos en RUIZ DIAZ-LABRANO, Roberto. "Actuación internacional de las Sociedades Internacionales en la Legislación Paraguaya". *Revista Jurídica de Derecho Civil y Comercial*, Asunción (Paraguay) 2001 [recuperado en noviembre de 2023] Disponible en: <<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Roberto-Ruiz-Diaz-Actuaci%C3%B3n-Internacional.pdf>>, a cuyo detalle en lectura remitimos.

31 Acudimos como síntesis general al documento de base AA. VV. "Les instruments américains du droit international privé une note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for". préparé par Andrea Schulz, premier secrétaire, Arnau Muriá Tuñón et Rita Villanueva Meza, juristes stagiaires, Doc. prel. Núm. 31 juin 2005 Conference de La Haye de Droit International Privé [recuperado en noviembre de 2023] Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/2abc7625-62a5-401a-849d-e2d3c4d214d1.pdf>>

32 Esta Convención fue negociada y concluida durante la CIDIP III, y tuvo como propósito lograr uniformidad en materia de jurisdicción internacional, más allá de lo logrado por la Convención Interamericana sobre Efectividad Extraterritorial, decisiones y laudos arbitrales extranjeros. Si esto incluye normas sobre reconocimiento y ejecución, el Convenio de La

trabajo realizado desde la Conferencia de La Haya en consideración a América Latina como igualmente se destacan al menos dos iniciativas del ámbito del mismo MERCOSUR que pueden tener cierta relevancia para servir de germen de un futuro DIPr societario integrado, al menos en su vertiente más ligadas a las cuestiones procesales y litigiosas conectadas con aquél. Encontraríamos por un lado el Protocolo sobre cooperación y asistencia judicial en materia civil, comercial, social y administrativa (Decisión Núm. 5/92 Valle de Las Leñas de 27 de junio de 1992), con su Acuerdo Complementario (Decisión Núm. 5/97 Buenos Aires de 19 de junio 1997). El otro instrumento es el Protocolo de Buenos Aires sobre la competencia internacional en materia contractual (Decisión Núm. 1/94 de 5 de agosto de 1994), directamente conectado con el anterior conjunto normativo<sup>33</sup>.

---

Paz lo complementa con normas sobre jurisdicción indirecta. Sin embargo, el Convenio no contiene normas relativas a la competencia directa. Para los Estados partícipes, el Convenio de La Paz reemplaza las normas sobre jurisdicción indirecta contenidas en el derecho interno de los Estados partícipes, y por tanto armoniza las reglas de jurisdicción indirecta. Por lo tanto, el Convenio de La Paz no impide que los Estados partícipes se adhieran a un Convenio de La Haya sobre acuerdos exclusivos de elección de foro que contiene un estándar formal menos estricto para los acuerdos de elección de foro y/o es más favorable al reconocimiento y ejecución de sentencias. basado en un acuerdo de elección de foro. Esto podría suceder, por ejemplo, en la situación en la que el acuerdo no cumple con los requisitos formales del Convenio de La Paz (“por escrito”) pero sí con un requisito formal del futuro Convenio de La Haya, por ejemplo, cuando se concluyó electrónicamente. En cuanto a la forma, el anteproyecto de Convención sobre Acuerdos Exclusivos de Elección de Foro es ligeramente más generoso que el Convenio de La Paz. Con respecto a la validez material, aún está por verse si la futura Convención sobre Acuerdos Exclusivos de Elección de Foro incluye requisitos o dejará este aspecto en manos del derecho interno. El Convenio de La Paz exige, a los efectos de su reconocimiento y ejecución, que la competencia del tribunal designado por una cláusula de elección de foro no haya sido establecida de forma abusiva y que haya existido una relación razonable entre éste y el sujeto del proceso.

33 Estos instrumentos, en ambos protocolos, establecen un sistema de Autoridades Centrales y prevén la cooperación en la obtención de pruebas y otras cuestiones procesales. El Acuerdo Complementario de 1997 aprueba los formularios que se utilizarán a efectos de cooperación y asistencia jurídica. Aunque el Protocolo no aborda la competencia directa, su disposición sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias es la siguiente:

“Artículo 20 Las sentencias y laudos arbitrales a que se refiere el artículo anterior tienen efectos extraterritoriales en los Estados partícipes, si cumplen las siguientes condiciones:

(...)

(c) que dichas sentencias y laudos arbitrales emanan de una autoridad judicial o arbitral competente de conformidad con el derecho del Estado requerido en materia de jurisdicción internacional;

(...)

(f) que las sentencias y laudos arbitrales no sean manifiestamente contrarios a los principios de orden público del Estado donde se solicita el reconocimiento y/o la ejecución”.

También cabe destacar que este conjunto normativo no incluye ninguna cláusula relativa a las relaciones con tratados posteriores. Además, se establece un estándar de forma independiente (por escrito). En este sentido, el anteproyecto de Convenio sobre acuerdos exclusivos de elección de foro es actualmente más generoso que el Protocolo. Por lo tanto, podría surgir un caso en el que el acuerdo no cumpla con el requisito formal del Protocolo de Buenos Aires (por escrito), pero sí con un requisito formal del futuro Convenio de La Haya, en particular cuando se concluyó electrónicamente. No está claro si la regla de *favor validitatis* contenida en el art. 5.3 del Protocolo de Buenos Aires también se refiere a la forma, o si se

Por último, señalaremos, desde una óptica cooperativa regional, las interesantes iniciativas de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC), entidad que inspirada por el éxito mundialmente reconocido del proceso de la OHADA para unificar el Derecho empresarial en el África subsahariana iniciado a principios de los años 1990, OHADAC es un proyecto sin precedentes de cooperación e integración regional que, al reunir a los Estados del Caribe y a sus pueblos, sirve al desarrollo económico. y el empleo contribuyendo al desarrollo del comercio. Se pretende que sea común a todos los Estados de CARICOM/ CARIFORUM, desde Cuba hasta Surinam y Guyana. Su objetivo es normalizar una ambiciosa pluralidad de ámbitos jurídicos, tales como los Derechos de sociedades, de arbitraje, de sistemas contables, los procedimientos de ejecución, la recuperación de deudas, así como los ordenamientos mercantil general o laboral. Esta organización elaboró en 2014 un muy interesante Anteproyecto de Ley tipo de DIPr, cuyos arts. 27 y 28 concretamente vienen dirigidos a dos cuestiones societarias de primer nivel, diríamos que a un nivel ni siquiera planteado con esa especificidad en Europa, y que vienen dedicados respectivamente. Hay que entender que el enfoque seguido no es pues el de un instrumento integrado o compartido, sino de una base articular para que sean luego los Estados partícipes los que incorporen su articulado a los ordenamientos internos (diríamos que recuerda un tanto al enfoque de las Directivas de la UE, sólo que desde una perspectiva propia de la cooperación y no propiamente de la integración<sup>34</sup>).

---

limita únicamente a la validez material. Si bien la redacción (validez) parece abarcar ambas, la ubicación de la norma en el art. 5 (que trata de la validez sustantiva, mientras que la forma cae dentro del art. 4) parece indicar que se limita a la validez material. Sin embargo, el contexto general que favorece la autonomía de las partes y la validez de las cláusulas de elección de foro aboga por extender la regla del favor validitatis a la forma. En este caso, los requisitos formales más generosos del anteproyecto de Convención sobre Acuerdos Exclusivos de Elección de Foro serían consistentes con el Protocolo de Buenos Aires.

34 Son los arts.27 y 28 los que específicamente se dedican a las cuestiones societarias. El primero de dichos preceptos el mencionado documento de trabajo de la OHADAC destaca que “se ocupa de dos cuestiones esenciales para el DIPr de sociedades: por una parte, la determinación de la ley personal de la sociedad (su *lex societatis*) y, por otra, del alcance de dicha ley; esto es, de la concreción de las materias que se regirán por esta *lex societatis*. Se trata, sin duda, de una cuestión en la que no es fácil encontrar un adecuado punto de equilibrio entre los intereses de los distintos intervinientes en el tráfico y en el que las soluciones que se adopten en el marco de una organización internacional como es la OHADAC. En lo que se refiere a la determinación de la *lex societatis* se opta por la ley del Estado de constitución. Esta ley coincidirá en la mayoría de los supuestos con la de la sede social, entendida dicha sede social como sede formal o estatutaria; esto es la que consta en la escritura de constitución de la sociedad o en sus estatutos, dependiendo del Derecho del país de constitución”. Por su parte el art. 28 aborda la compleja cuestión de los traslados de sede (cuestión ésta de gran interés en la UE con la aprobación de una Directiva en la materia que ha provocado algunas controversias, caso del traslado de sede de una importante empresa española, cual es Ferrovial, a los Países Bajos). En la literatura de dicho precepto proyectado leemos: “El traslado de la sede estatutaria de una sociedad comercial o de una empresa individual de responsabilidad limitada de un Estado a otro únicamente afectará a la personalidad en los términos permitidos por los Derechos de dichos Estados. En caso de traslado de sede estatutaria al territorio de otro Estado, la sociedad se rige por el Derecho

## **5. CONCLUSIONES**

Haciendonuestras, con las debidas puntualizaciones, las consideraciones expuestas por cierta doctrina, en el sentido de que resulta una ausencia clamorosa la ausencia de un tratamiento privatista en materia societaria directamente asumido por la UE mediante el oportuno Reglamento, y que ello no resulta claramente contrarrestado por las interpretaciones sesgadas que podrían extraerse de la conocida jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento y armonización del Derecho de Sociedades, lo cierto es que únicamente consta como un DIPr legislado en la materia, cual es el de los Estados miembros. No existiría por tanto a nivel del territorio de la UE ni uniformidad de acerca de la pertinencia o no del mismo concepto de nacionalidad de las compañías mercantiles. La solución definitiva (si tan categórica acepción resulta alguna vez pertinente en los azarosos procesos de la integración europea), consistiría en la aprobación de un Reglamento, con las actuales bases legales propiciadas desde el vigente TFUE sobre la aproximación y cooperación judicial entre los Estados miembros en materia civil, enmarcada en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia (ELSJ), en dos lugares concretos, uno en el art. 67.4, y otro en el Capítulo 3 del Título V de la Parte Tercera con un único precepto, el art. 81. En su ausencia, deberemos ir sacando conclusiones de la jurisprudencia del TJUE basada en la interpretación, principalmente por vía de la cuestión prejudicial tanto de las cláusulas habilitantes del Derecho originario relativas a la libertad de establecimiento de las sociedades mercantiles, como de los preceptos de las Directivas que desarrollan tales preceptos, a la vez que armonizan el Derecho de sociedades. Por otro lado, hemos advertido que en el contexto latinoamericano las mismas carencias quedan pendientes, al menos en su fase de realización, pues ciertas iniciativas, estando en vigor, carecen necesaria especificidad dedicada al tema societario, mientras que aquellas que sí

---

de dicho Estado a partir de dicho traslado”. Según el documento de trabajo de la OHADAC, “el traslado de la sede estatutaria no podrá realizarse sin la transformación de la sociedad, que dejará de regirse a través del traslado por el Derecho del Estado de origen para pasar a regirse por el Derecho del Estado al que traslada su sede estatutaria. Esta operación de transformación de la sede estatutaria ha de ser objeto de una detallada regulación material que permita, además, la coordinación entre los Derechos de origen y de destino de la sociedad. Es por ello que en el art. 28 se establece que la forma en la que el traslado afecte a la personalidad jurídica de las sociedades será la prevista por el Derecho de los Estados de origen y de destino. Esto es, el traslado solamente será posible si lo permiten tanto el Estado de origen como el de destino. Si alguno de los dos no autoriza la emigración o la inmigración de la sociedad por medio del traslado de su sede estatutaria tal transformación no será posible. En este punto no se entra en la regulación en la que deberá hacerse el traslado que, como ya se ha indicado, no tiene carácter conflictual sino material. Esta regulación habrá de incluir tanto los trámites que han de realizarse en el Estado de origen para decidir el cambio de la sede estatutaria y la transformación de la sociedad como los precisos en el Estado de destino y también los mecanismos de cooperación entre las autoridades de uno y otro Estado”.

presentan un adecuado carácter específico no pasan actualmente del estado de proyecto, lo que a nivel nacional queda compensado en gran medida por las iniciativas unilaterales llevadas en el terreno de la internacionalidad de las sociedades mercantiles respecto al DIPr en sendos Estados miembros de MERCOSUR cuales son Brasil y Paraguay.

### **CONFLICTO DE INTERES**

Por la presente los autores declaran que el trabajo de su autoría no presenta conflicto de interés, y se realiza para la revista del TPR como un aporte más en la condición que dichos autores comparten de profesores universitarios y expertos de los sistemas de integración europea y latinoamericana.

### **FINANCIAMIENTO**

En el mismo sentido antes mencionado los autores declaran que el manuscrito presentado no cuenta con financiamiento institucional.

### **CONTRIBUCIONES DE AUTORES**

Los autores declaran que la redacción del artículo, estuvo elaborada con un aporte equitativo en cada punto planteado en la investigación y por lo tanto la versión final cuenta con aceptación y revisión de ambos autores.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AA. VV. Documento de base “Les instruments americains du droit international privé une note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d’élection de for”, préparé par Andrea Schulz, premier secrétaire, Arnau Muriá Tuñón et Rita Villanueva Meza, juristes stagiaires, Doc. prel. Núm. 31 juin 2005. Conference de La Haye de Droit International Privé. Disponible en <<https://assets.hcch.net/docs/2abc7625-62a5-401a-849d-e2d3c4d214d1.pdf>>

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer, 2011, (Cap. IV La persona, Subsección 11ª, el domicilio).

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. “Interpretation of Article 25 (2) (b) of the ICSID Convention”, en LILLICH, R.B., BROWER (eds.), C.N., *International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity?*, Nueva York: Irvington, 1996, pp. 223 y sigs.

BARIATTI, Stefania. “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”. *Rivista di Diritto Privato e Processuale (DIPP)*, 2003, pp. 671 y sigs.

BLANCO FERNÁNDEZ, José María. “La nacionalidad de la sociedad en la ley de sociedades anónimas”. *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, Madrid, 1992, Núm. 203-204, pp. 245-276.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *La transferencia internacional de la sede social*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”. *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, Bilbao, enero-junio 2007, pp. 49-121.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aspectos filosóficos del régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales”. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario (Argentina), nº 20, 1995, pp. 23-33.

COTIGA-RACCAH, Andra. “Introduction générale - La compétition entre systèmes juridiques ou la concurrence institutionnelle”. *Le droit européen des sociétés*. Bruselas: Larcier, 2013, pp. 13-36.

EGEA IBÁÑEZ, Ricardo. “La nacionalidad de las sociedades». Discurso con motivo del ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Murcia en 1984. Disponible en: <<http://www.ralyjmurcia.es/sites/default/files/N%C3%BAmero%207.%201984.Don%20%20Ricardo%20Egea%20Iban%CC%83ez.pdf>>

ESPLUGES-MOTA, Carlos. “Aspectos de derecho internacional privado de la nueva ley de enjuiciamiento civil, de 7 de enero de 2000”. *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia*. Disponible en: <<https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/cespluges.pdf>>

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. “El traslado del domicilio social al extranjero, una visión facilitadora”. *Revista de derecho de sociedades*. Madrid 2001, pp. 125 y sigs.

GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco José. “La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ”. Disponible en: <<https://almacenederecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj>>

GARDENES SANTIAGO, Miguel, SANCHO VILLA, Diana y UPEGUI VILLEGAS, Carolina. “La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho internacional privado de sociedades”. *Anuario español de derecho internacional privado*. Madrid, nº9, 2009, pp. 595-625.

GOLDSCHMIDT, Werner. “El nuevo Derecho Internacional Privado de la República Dominicana”. *Anales de la Real Academia de Doctores*. vol.3,nº 2, Madrid, 2018,pp.250-277.

HOFFMAN, Herwig. “Double Tax Agreements: Between EU Law and Public International Law”. En: Alexander Rust (ed.). *Double Taxation within the European Union*, pp. 75–86, Ámsterdam: Kluwer Law International BV, 2011. Disponible en:<[https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/14008/1/Rust\\_Ch%20%205\\_Herwig%20Hofmann.pdf](https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/14008/1/Rust_Ch%20%205_Herwig%20Hofmann.pdf)>

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado -Caráter Universal da Lei Aplicável e outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte(Brasil): Juruá Editora, 2012.

KOVAR, Robert. “La mobilité des sociétés dans l’espace européen”.Paris: *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 485 y sigs.

MASTRULLO, Thomas. *Le droit international des sociétés dans l’espace régional européen*. Presse Universitaire d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009,pp. 21 y sigs.

PAILLUSSEAU, Jean. “Globalisation et droit de sociétés, commentaire”. *Revue Internationale de Droit Économique*, 2002/2-3, Bruselas.

PRETEL SERRANO, Juan José. “Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Madrid, 1991, Vol. XXX, pp. 187-190.

PRUJINER, Alain. “La personnalité morale et son rattachement en droit international privé”. *Les Cahiers de Droit*. vol. 31 nº 4, décembre 1990, pp. 1049-1073. Disponible en: <<https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1990-v31-n4-cd3785/043054ar.pdf>>

RAMELOO, Stephan. “The Long and Winding Road towards freedom of Establishment for Legal Persons in Europe: ECJ Case C-208/00 Überseering Bv v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH”. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 2003, pp. 169 y sigs.

ROQUE VITOLO, Daniel. “El derecho de Sociedades en un marco supranacional, Unión Europea y Mercosur”. *Actas del III Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*. Granada: Comares, 2007, pp. 17 y sigs.

RUIZ DIAZ-LABRANO, Roberto. “Actuación internacional de las Sociedades Internacionales en la Legislación Paraguaya”. *Revista Jurídica de Derecho Civil*

y Comercial. Asunción (Paraguay) 2001. Disponible en: <<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Roberto-Ruiz-Diaz-Actuaci%C3%B3n-Internacional.pdf>>

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “La nacionalidad de la sociedad anónima”. *Revista de Derecho de Sociedades*. Madrid, 1993, Vol. I, pp. 15-60.

SANCHO VILLA, Diana. *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*. Madrid: Centro de Estudios Comerciales Eurolex, 2001.

SOTO, Alfredo Mario, “El Derecho Internacional Privado del Mercosur”. *Derecho de la Integración*, nº4, Rosario, Facultad de Derecho UNR, 1996.

SOTO, Alfredo Mario. “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”. *Investigación y docencia*, nº 31, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pp.65 y ss.

SOTO DÍAZ, David José. *El Estatuto jurídico de los árbitros en el sistema CIADI*. Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de la Coruña, 2019.

TIBURCIO, Carmen. “La personne morale selon le Droit international privé brésilien actuel”. *Panorama Brazilian Law*, año 4, nº 5 and 6, 2016 - pp. 11 – 35. Disponible en: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/pbl/article/view/34418>>

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

Carlos Francisco Molina del Pozo .Prof. Dr. Dr. H. C. (mult.) : Catedrático de Derecho Administrativo y Catedrático Jean Monnet “ad personam” de Derecho de la Unión Europea Universidad de Alcalá de Henares (España). Presidente del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI).

e-mail: [carlosf.molina@uah.es](mailto:carlosf.molina@uah.es)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5074-8322>

**Enrique Manuel Puerta Domínguez**. Prof. Dr. de Derecho Internacional y de la UE, Universidad Fernando III C.E.U. de Sevilla (España). Profesor Asociado del Departamento de Derecho Público y del Trabajo, Universidad de Huelva (España). Miembro del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI).

e-mail: [enrique.puerta@dam.uhu.es](mailto:enrique.puerta@dam.uhu.es)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1816-5703>

