

## **LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ELECCIÓN DE LA LEY SOCIETARIA DESARROLLOS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA \***

Gerald SPINDLER \*\*

SUMARIO: I. Introducción. II. Libertad de establecimiento: cuestiones básicas. III. Libre establecimiento de sociedades. 1. *Inspire Art* y cía. 2. Decisiones recientes: A) Liquidación de sociedades *v. obligaciones tributarias (National Grid Indus)*; B) Transformaciones transfronterizas (*Vale*). IV. *Golden Shares*—Obstáculos a la libre circulación de capitales. 1. Efecto paralizante en los inversores: primera decisión. 2. Decisiones recientes: A) Consentimiento previo a las inversiones extranjeras (*Grecia*); B) Capital mínimo requerido (*Doumo GPA*). V. Conclusiones.

RESUMEN: La jurisprudencia del TJ en materia de libertad de establecimiento ha comportado una modificación sustancial de las regulaciones societarias estatales. Se ha establecido cierta competencia entre ordenamientos a través de la creación de una suerte de teoría de la constitución europea, y de la demolición de barreras estatales para sus mercados de capital. Además, las decisiones del TJ han comportado que la discusión sobre qué herramientas son más aptas para responder a las necesidades de los acreedores se haya zanjado a favor de las normas sobre insolvencia y las normas de responsabilidad extracontractual, de forma que cuestiones antes societarias antes se resuelven con arreglo a estas últimas, generando importantes problemas calificatorios. En este marco, cobran un especial interés la directiva general societaria prevista y la revisión del Reglamento de la UE sobre insolvencia.

PALABRAS CLAVE: LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO – LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES – DERECHO SOCIETARIO DE LA UE – JURISPRUDENCIA DEL TJ – INCIDENCIA EN LAS NORMATIVAS ESTATALES.

ABSTRACT: The ECJ's case law in the field of freedom of establishment has contributed to a substantial modification of state company laws. A legal framework for a competition between jurisdictions has been established, by means of the creation of a kind of European incorporation theory, and the demolition of national barriers for their capital markets. Moreover, the ECJ's decisions have entailed that the intense discussion about what legal tools are more apt to suit

\* Traducido del inglés por Patricia Orejudo Prieto de los Mozos (Universidad Complutense de Madrid).

\*\* Catedrático de la Universidad de Göttingen (Alemania)

*creditor's needs has been settled in favor of insolvency law and tort law. Thus, this shift from corporate law to tort law or insolvency law also resulted in intense qualification problems. In this context, both the envisaged general corporate law directive and the review of the European insolvency regulation gain a special interest.*

**KEYWORDS:** FREEDOM OF ESTABLISHMENT – FREE MOVEMENT OF CAPITAL – EU CORPORATE LAW – ECJ CASE LAW – INCIDENCE IN STATE LAWS.

## I. Introducción

Las últimas décadas del Derecho de sociedades de la UE se han caracterizado por una alteración considerable de las normas estatales societarias existentes. Por una parte, se ha establecido un marco de competencia entre ordenamientos a través de la creación de una suerte de teoría de la constitución europea; por la otra, se han demolido las barreras estatales para sus mercados de capital. Ambos desarrollos se basan en las libertades fundamentales europeas, tal y como se recogen en los tratados originarios, disponiendo y fomentando un mercado único europeo para capitales y sociedades.

El presente trabajo define y revisa los últimos desarrollos en ambas materias: las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE (TJ) conocidas como *Golden-share*, y el impacto de las libertades fundamentales en las normas de conflicto en materia societaria, derivadas de la jurisprudencia del TJ.

## II. Libertad de establecimiento: cuestiones básicas

El art. 63 TFUE<sup>1</sup> establece el derecho fundamental a la libre circulación de capitales, mientras el art. 49 se refiere al libre establecimiento de personas. Desde tiempo atrás, el TJ ha venido asimilando el tratamiento de las personas jurídicas a las personas físicas. Ambas se benefician del mismo derecho fundamental a la libertad de circulación<sup>2</sup>. Por esta razón, a las personas jurídicas no se les puede imponer ninguna barrera estatal en sus inversiones en EEMM de la UE. Además, las personas jurídicas pueden elegir en qué EM desean establecer su sede y desarrollar su negocio. Los EEMM pueden establecer límites a estas libertades sólo si se basan en intereses públicos esenciales y en las medidas necesarias para garantizar tales intereses<sup>3</sup>. El TJ ha reconocido a este respecto moti-

<sup>1</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tercera Parte: Políticas y Acciones Internas de la Unión. Título VI: Libre circulación de personas, servicios y capitales. Capítulo 4: Capital y pagos.

<sup>2</sup> Vid. STJ 29 de noviembre de 2011, as. C-371/10: *National Grid Indus BV* (ap. 25), en [www.curia.eu](http://www.curia.eu) (no publicada aún en *Rec.*).

<sup>3</sup> STJ 5 de mayo de 2002, Asuntos C-515/99, C-519/99, C-524/99, C-526/99 a 540/99: *Reisch*; 2002, *Rec.*, p. 2002, I-02157; STJCE 14 de diciembre de 1995, Asuntos C-163/94, C-165/94, C-