

NACIONALIDAD Y DOMICILIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA (*)

CONFERENCIA Pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 30 de noviembre de 1989

POR D. JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Abogado del Estado, Registrador de la Propiedad y Notario. Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil

INTRODUCCIÓN

El tema de la nacionalidad de las sociedades ha suscitado en tiempos pasados una importantísima literatura jurídica. La explicación puede encontrarse, tanto en los numerosos intereses prácticos que se centran en esta cuestión como en las dificultades de orden jurídico que inmediatamente surgen (1).

Admitida la sociedad anónima con personalidad propia e independiente de los socios (2) es necesario determinar su nacionalidad para saber la ley que ha de regir su estatuto jurídico. Los principales problemas se encuentran en el punto de partida, puesto que el concepto de nacionalidad ha sido elaborado para las personas físicas y es necesario realizar su adaptación a las personas jurídicas.

Elreconocimiento de una nacionalidad a las sociedades se halla explícita e implícitamente admitido por la generalidad de los ordenamientos, pero nos encontramos lejos de un tratamiento uniforme puesto que la solución jurídica viene de la mano de otros criterios previos, ya que el tema puede ser utilizado para facilitar la expansión económica de un Estado, pero sirve también (cuando se niega una nacionalidad) para defenderse de las injerencias de los demás (3). El concepto de nacionalidad (y también el más amplio de persona jurídica) se ha encontrado frecuentemente en medio de una lucha de intereses entre países importadores y exportadores de capitales, entre países desarrollados y subdesarrollados, entre los que quieren asegurar las inversiones de capital en la protección de las Potencias de donde ellos provienen y de quienes temen el abuso de un intervencionismo que puede convertirse en instrumento de colonialismo económico (4).

Llevar a cabo el estudio de la nacionalidad de una sociedad implica una multiplicidad de temas a tratar, puesto que: 1.º Se ha de averiguar cuáles son los criterios que el Derecho establece para considerarla como nacional o extranjera. 2.º Presupuesto que sea extranjera, ha de localizarse el Ordenamiento al que queda sometida. 3.º En uno y otro caso es posible que se hayan de analizar los conflictos de leyes en cuanto que exista un elemento de extranjería, bien en la constitución, bien en el desarrollo posterior de la vida de la sociedad.

Nosotros nos vamos a limitar al primer aspecto, si bien ha de hacerse una matización: la incorporación de España a la C.E.E. hará que sea indispensable (a pesar de darse al tema una visión interna) distinguir en muchas ocasiones entre sociedades de un Estado miembro de la C.E.E. y sociedades de un tercer Estado (5).

II LA IDEA DE NACIONALIDAD APLICADA A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Respecto de las personas físicas la nacionalidad sigue siendo un concepto básico. A pesar de que se ha sustituido la nacionalidad como punto de conexión a la hora de los conflictos de leyes por otros criterios (principalmente por el de residencia habitual) y a pesar de que existe un debilitamiento del vínculo individuo-Estado que surge de la nacionalidad (lo que es especialmente llamativo en el fenómeno de integración europea), lo cierto es que la nacionalidad sigue siendo un auténtico estado civil (incluso, el estado civil por antonomasia) determinante, nada menos, que del ordenamiento jurídico aplicable en la generalidad de los supuestos que constituyen el desenvolvimiento propio de la persona humana (cfr. art. 9.1 del C. Civil).

Respecto de las personas jurídicas, el vínculo que supone la nacionalidad se dice (6) que es, «en cierto modo, análogo al de nacionalidad de las personas físicas». Por ello, al hablar de nacionalidad de las personas jurídicas no se está utilizando el término en sentido propio; no hay más españoles porque aumente el número de personas jurídicas con nacionalidad española. Las personas jurídicas «que sólo de un modo traslaticio son personas», también sólo de un modo traslaticio son nacionales (7).

En cuanto al aspecto civil de este vínculo, que supone la nacionalidad (8) ha de destacarse que no llega a ser un estado civil (no se inscribe en el Registro Civil que sólo es para las personas físicas), aunque llega a ser un quasi status por la trascendencia que supone (cfr. artículo 9.11 del C. Civil). La especial trascendencia de la nacionalidad determina, entre otros efectos, según M. Peña (9): 1.º Su régimen no permite otro juego a la autonomía de la voluntad que el legalmente previsto. 2.º El instrumento de constancia oficial de las personas jurídicas será también instrumento de publicidad de la correspondiente nacionalidad: la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil es «la única prueba de su existencia y de su verdadero estado civil» (Exposición de Motivos del Proyecto del Código de Comercio vigente). No obstante, esta última afirmación no siempre es exacta, puesto que la nacionalidad de las personas jurídicas (y especialmente de las sociedades) se caracteriza también por una nota fundamental: su relatividad (10), en cuanto que una misma persona jurídica a veces será calificada como nacional y otras como extranjera (11).

Una última precisión: acabamos de decir que una sociedad puede ser a la vez nacional y extranjera, pero lo que no es posible es la apatridia originaria, ya que toda persona jurídica para nacer a la vida habrá necesitado de un ordenamiento jurídico que la haya creado y reconocido.

III LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

1. Ya hemos dicho que hoy día los ordenamientos jurídicos admiten la utilización del concepto de nacionalidad respecto de las sociedades como instrumento válido de determinar la ley aplicable a su estatuto jurídico. El carácter pacífico con el que se afronta el tema no siempre ha sido así, puesto que en tiempos relativamente recientes se ha cuestionado si existía o no una verdadera nacionalidad de la sociedad. El problema, como es conocido, se planteó con toda su crudeza durante la Primera Guerra Mundial (1914-1918) al comprobarse que determinadas sociedades podían escapar a las normas dictadas sobre secuestro de bienes invocando su nacionalidad, a pesar de que económicamente eran empresas adscritas a una potencia enemiga. Consecuencia inmediata de ello fue el nacimiento de la llamada «teoría del control» y, con posterioridad, se llegará a negar que pueda hablarse de nacionalidad de una sociedad (12).

En cualquier caso, la controversia hoy tiene escaso interés práctico, «ya que la generalidad de las legislaciones distinguen entre sociedades nacionales y extranjeras, y tal distinción es en sí misma una realidad jurídica ineludible» (13). La redacción del artículo 9.11 del Código civil «al expresar directamente el criterio de la nacionalidad de las personas jurídicas debe situarse, en consecuencia, en una línea superadora de la vieja polémica» (14).

Admitida la necesidad de un vínculo jurídico entre la sociedad y un ordenamiento al que se somete será necesario determinar cuál es el criterio que nos lleva a uno u otro ordenamiento. La pluralidad de los existentes es debido a la complejidad del concepto de sociedad (es a la vez un contrato y una persona moral) y a las controversias sobre la naturaleza jurídica de la misma; por otro lado, es posible tener en cuenta, no sólo un criterio, sino varios y que a su vez respondan, los unos o los otros, tanto a razones objetivas como subjetivas. No vamos a realizar una exposición exhaustiva de la materia, sino tan sólo en la medida imprescindible en que han de servirnos para la explicación de los textos positivos españoles.

2. Desde un punto de vista teórico sería posible sostener que la nacionalidad de la sociedad va a depender de la voluntad de los socios: ellos son los que crean una persona jurídica y a ellos les corresponderá, en principio, determinar su nacionalidad. Frente a esta afirmación hay que sostener que a los particulares puede reconocérseles la posibilidad de elegir los factores que de modo mediato determinarán la nacionalidad de la sociedad (fijación del domicilio, inscripción

en un Registro concreto, etc.), pero será el ordenamiento de cada país el que reconozca o no la sociedad como suya, pues no puede imponerse una sociedad a un Estado, a pesar que éste no la considerase como propia (15). La sociedad mercantil no es sólo un contrato (16) sino el resultado del mismo y no puede establecerse un tratamiento igual a la relación contractual que al hecho que supone para el Estado reconocer a una organización humana la posibilidad de actuar como miembro activo de su comunidad jurídica; la trascendencia general que supone la nacionalidad (cfr. art. 9.11 del C.C.) hace que no se permita el juego de la autonomía de la voluntad nada más que en lo legalmente previsto (17).

También es rechazable el criterio de la nacionalidad de los socios; si la sociedad tiene un patrimonio propio y un domicilio distinto del de sus socios, no hay ninguna razón que obligue a que su nacionalidad venga determinada por la de éstos (18); además, 'qué nacionalidad existirá cuando los socios la tengan distinta entre sí?; sumado a estas objeciones ha de tenerse en cuenta que en las sociedades anónimas se desconoce, en la mayoría de los casos, el nombre y condición de los accionistas, y aun siendo conocidos, pueden variar con la transmisión de las acciones (18 bis).

3. Los criterios predominantes en este punto son los del domicilio y los del lugar de constitución.

a) El sistema del domicilio social fue establecido en las últimas décadas del siglo pasado y es el dominante en la mayoría de los países de Derecho continental. La idea fundamental de éste criterio es la de estimar el domicilio como el elemento que establece una relación fundamental entre la sociedad y el Estado en cuyo territorio se encuentra; ahora bien, si en las sociedades personalistas, dada su simple estructuración, la determinación de la nacionalidad a través del domicilio no plantea especiales problemas, no ocurre igual con sociedades capitalistas de cierta entidad en las que los elementos que constituyen su dirección no coinciden en un mismo lugar; en este caso, será necesario fijar previamente cuál de los distintos lugares ha de considerarse como preponderante respecto de la nacionalidad. A esta primera dificultad viene a añadirse el que el domicilio (entendiendo como tal el lugar donde se halla establecida la representación legal -cfr. artículo 41 del C.C.-) puede no coincidir con el «lugar de explotación» y, además, pueden existir varios centros de explotación en distintos países y todos ellos de una importancia similar.

Hoy algunos prefieren hablar de «sede social», la cual es entendida en un doble aspecto: como el lugar en el que se ejerce la dirección de la sociedad, es decir, donde residen los órganos jurídicos de la sociedad, administradores, asambleas generales y donde se debaten los asuntos de la marcha de la empresa; también se considera como un concepto integrado por diferentes tipos de factores: el domicilio social (sería el estatutario), el lugar donde reside la efectiva dirección de la empresa y el lugar donde se ejerce la actividad (19). No obstante, ello no resuelve totalmente el problema, porque en el supuesto en el que no exista coincidencia, los factores «lugar de efectiva dirección» y «lugar de ejercicio de la actividad» son circunstancias de hecho que en última instancia han de ser resueltas por los Tribunales.

b) El criterio del lugar de constitución es el propio de los países anglosajones. Supone, en esencia, que la sociedad tiene la nacionalidad del Estado donde se ha constituido. No es necesario que se haya constituido precisamente en el territorio de ese Estado, sino que lo haya hecho sometiéndose a su legislación; si se han inscrito en el Registro Mercantil o especial para sociedades se habla de «incorporación», en otro caso, simplemente de «constitución». Todo ello es con independencia de donde se encuentre el domicilio social (real o estatutario).

A esta doctrina se le puede reprochar el que puede llevar a que se escojan países de conveniencia para someterse a su normativa, con los que la sociedad no tendrá relación real alguna a pesar de ostentar su nacionalidad (20).

4. A todos estos criterios ha de superponerse el de control. Consiste en acudir a la averiguación de quién o quiénes ejercen auténticamente el control de la sociedad, de tal modo que puede llegar a considerarse como extranjera a una sociedad que, en otro caso, no ofrecería duda alguna su nacionalidad. Este criterio, como hemos dicho, surgió en la Primera

Guerra Mundial, sobre todo por obra de la jurisprudencia francesa, que vio cómo con los criterios de la sede social no podía aplicar la legislación especial de secuestro de bienes pertenecientes a nacionales de países enemigos; por ello, apoyándose en la teoría de la «interposición de personas» consideró extranjeras a las sociedades controladas por los extranjeros. Abandonado este criterio durante el período de entreguerras, resurgió con ocasión de la II Guerra Mundial (21). Una vez que desaparecieron las causas que lo justificaron su utilización ha sido enfocada desde puntos de vista distintos.

Así, se ha dicho que cuando una sociedad está reivindicando los derechos que la ley reconoce a las personas físicas como consecuencia del vínculo de la nacionalidad, es lógico que, en contraposición, exista un previo control; así se rechazará el que gocen de los derechos reconocidos a los nacionales aquellas sociedades que, aunque tengan su domicilio en un país, están en realidad controladas por extranjeros (22). Pero la idea de «control» no deja de ser vaga, mudable, o por lo menos relativa, por lo que no ha llegado a ser acogida con carácter general, pero sí es utilizada con fines muy concretos, tanto por la jurisprudencia (aunque la orientación de la de nuestro país es, en cierto modo, contraria a ello) como por el legislador. Sobre este punto se ha dicho (23) que sería deseable que las excepciones al sistema que haya sido establecido como general (domicilio, incorporación) fuesen enunciadas legislativamente, puesto que el legislador está mejor calificado que los Tribunales para decidir si los intereses de la colectividad quieren que se rehuse un derecho a un extranjero persona física, su intervención debe ser también requerida para rehusar el mismo derecho a una sociedad que esté sometida a control extranjero.

A esta postura se le puede objetar (24) que resulta un tanto utópico imaginar que el legislador sea capaz de determinar exhaustivamente los casos en los que, en beneficio de la comunidad nacional, procede desestimar la personalidad jurídica de la sociedad para descalificarla, ante un caso concreto, como sociedad nacional. Sobre esta problemática hemos de volver.

IV LA NACIONALIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA ANTES DE LA LEY DE REFORMA DE 1989

1. Criterio general

Se dice que España ha sido tradicionalmente liberal y generosa en cuanto al trato que debe ser dispensado al extranjero. Así, el Real

Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 estableció que el extranjero podía adquirir y poseer bienes inmuebles, ejercer la industria y tomar parte en las empresas que no estén reservadas por las leyes y disposiciones especiales a los subditos españoles (25).

En esta línea pueden considerarse inspirados los artículos 15 del Código de comercio y 27 y 28 del Código civil. El Código de comercio establece la distinción entre capacidad para contratar de las compañías extranjeras, en cuyo caso se estará a las leyes de su país, y creación de establecimientos en España, operaciones mercantiles y jurisdicción de los Tribunales de la nación, en cuyo caso se estará a la Ley española (26). El Código civil, por su parte, después de establecer la equiparación entre nacionales y extranjeros en el artículo 27 (a salvo lo dispuesto en tratados y leyes especiales), en el artículo 28 (redacción que permanece inalterada desde 1889) establece que tendrán la nacionalidad española aquellas personas jurídicas que, siempre y cuando puedan considerarse como tales según el propio Código civil, estén reconocidas por la ley y domiciliadas en España (27).

Los escasos preceptos que el Código de comercio dedicó a la Sociedad Anónima (y casi todos ellos de carácter dispositivo) no contemplaron directamente el tema e hicieron que la cuestión no resultara clara. La jurisprudencia tampoco fue decisiva en ningún sentido, ya que la cuestión fue contemplada desde el punto de vista de la competencia de los Tribunales españoles. La más significativa es la Sentencia de 17 de enero de 1912, que declara la competencia de la Justicia española para la declaración de quiebra de una Sociedad Anónima constituida en Bruselas y con domicilio en Bruselas por las siguientes razones: que la propia sociedad con anterioridad solicitó y obtuvo de los Tribunales españoles la declaración de suspensión de

pagos, que los bienes inmuebles aportados se encuentran situados en territorio español, que son españoles la mayoría de los acreedores y que España ha sido el centro de sus operaciones mercantiles, y, por último, no constaba que los acreedores extranjeros hubieran promovido la quiebra en Bruselas y, en su consecuencia, que existiese pluralidad de juicios (considerando 3.º) (28).

La mayoría de los autores (29) consideraron que el domicilio era el vínculo distintivo de la nacionalidad. Pero de esta opinión mayoritaria se apartó Giménez Artigues (30) que por la interpretación conjunta de los artículos 15 y 21 del Código de comercio (éste en cuanto exige a las sociedades extranjeras que quieran establecerse en España certificación de estar constituidas con arreglo a las leyes de su país respectivo) y 28 del Código civil sostuvo el criterio bipolar «domicilio-constitución».

Dejando de momento a un lado el criterio de «control» (Ley de Protección y Fomento a la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939) hay que significar que esta cuestión se vio claramente afectada por el Decreto Ley de 17 de julio de 1947 de regulación parcial de sociedades españolas, que considerando «...de especial urgencia solucionar algunos problemas que afectan a la vida de tales entes jurídicos, en defensa de nuestra economía, del signo monetario del país y aun de los mismos intereses fiscales...» (Exposición de Motivos) estableció la obligatoriedad de que las sociedades españolas tuviesen su domicilio en España (cfr. art. 1.º) (31). Ahora bien, esta disposición no aborda directamente la calificación de una sociedad como nacional o extranjera, por lo que la cuestión no queda totalmente resuelta. En esta misma línea se encuentra con posterioridad la Ley de 17 de julio de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas.

Con una manifestación sobre el tema muy tangencial por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 25 de marzo de 1950) (32) llegamos a la citada Ley de 1951. El precepto fundamental es el artículo 5, en donde, sin prejuzgarse cuándo se tiene la nacionalidad española o extranjera, se impone obligatoriamente que la sociedad de nacionalidad española tenga su domicilio en territorio español (33).

Este precepto tiene su reflejo en el artículo 4.º, párrafo 1, de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que también impone la obligatoriedad de tener el domicilio en territorio español a la sociedad de responsabilidad limitada que tenga la nacionalidad española (34).

En este momento hay que señalar la manifestación jurisprudencial que hubo sobre el tema: Resolución de la D.G.R.N. de 17 de abril de 1953. Esta resolución consideró que no tenía efectos retroactivos la Ley de Protección y Fomento a la Industria Nacional y, por tanto, para una sociedad constituida antes de dicha Ley habría que estar a la normativa anterior, respecto de la cual dice literal y escuetamente: «Considerando que la nacionalidad de las sociedades en general se determina en nuestro derecho, conforme a la norma fundamental del artículo 28 del Código civil, por el criterio del domicilio-constitución...» No realiza ninguna argumentación más sobre este punto ni se preocupa en justificar tal rotunda afirmación.

El criterio de doble requisito puede ser válido para determinar la nacionalidad española o extranjera de una sociedad pero se dice que no resuelve todos los problemas (35).

El Reglamento del Registro Mercantil (en redacción dada por el Decreto de 14 de diciembre de 1956) incide directamente sobre el tema en alguno de sus artículos. Es fundamental el artículo 87, que afirma que todos los actos inscribibles relativos a las sociedades domiciliadas en territorio español «serán calificados con arreglo a la legislación española, cualquiera que sea la intervención o participación que en ellos tengan personas naturales o jurídicas extranjeras» (36). Este artículo está complementado por otros como el 88, que se refiere a la inscripción de sociedades extranjeras que establezcan sucursales en territorio español: en el párrafo 1 se habla de cómo justificará su constitución o autorización con arreglo a las leyes del país respectivo, pero en el párrafo 2 de este precepto se dice que en la inscripción primera de estas sociedades se harán constar las circunstancias exigidas para las españolas, según su clase. Igualmente han de tenerse en cuenta los artículos 89 del R.R.M. (inscripción de una sociedad

extranjera cuando adquiriera la nacionalidad española) y otros más genéricos como los artículos 7 (se presupone que la sociedad tiene su domicilio en España), 9 (justificación de la capacidad civil de los extranjeros) y 84 (que se refiere al supuesto ya expuesto del artículo 89).

La D.G.R.N. nuevamente se manifiesta sobre el tema en «Informe-Resolución» de 23 de marzo de 1966 (37); la cuestión se refiere directamente a si era aplicable a una sociedad española controlada por extranjeros la legislación sobre limitaciones de adquisición de fincas rústicas; es, por tanto, una cuestión sobre el criterio de «control» (y como tal se examinará con posterioridad), pero también se hacen manifestaciones que en este momento nos interesan. En el número 2.º de sus razonamientos jurídicos se vuelve a decir que el criterio generalmente admitido para distinguir entre sociedades nacionales y extranjeras es el del «domicilio-constitución», tal como resulta de conjugar lo dispuesto en el artículo 28 del Código civil, con el 15 del Código de comercio, «por lo que se entiende que sólo las sociedades constituidas con arreglo al Derecho español y domiciliadas en España son sociedades españolas, debiendo considerarse extranjeras las que no reúnan estas circunstancias» (38).

A pesar de tales pronunciamientos, numerosos autores, partiendo del artículo 28 del Código civil, se han manifestado en el sentido de considerar que el criterio que ha de tenerse en cuenta es exclusivamente el del domicilio (Albadalejo, Castán, Cossío, García Valdecasas) (39). Tampoco faltan destacados defensores del doble criterio «domicilio-constitución» en los términos que ya han quedado expresados (40).

Pero de entre todas las opiniones que podrían ser citadas con gran autoridad, merecen destacarse dos, puesto que desde el momento en que fueron formuladas se convirtieron en punto de referencia obligado por todos los autores posteriores: son las opiniones sustentadas por M. de la Cámara y por M. Peña.

De la Cámara, en sus Estudios de Derecho Mercantil (41), con la brillantez que le caracteriza, realiza un riguroso razonamiento en los siguientes términos (42): deben considerarse como españolas las sociedades constituidas en España. Puesto que el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947 y las leyes sobre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada imponen a las sociedades españolas la obligación de tener su domicilio en España, ello significa que la determinación de la nacionalidad española es un prius lógico respecto a la determinación del domicilio. Si la nacionalidad española de una sociedad se determinase por el criterio del domicilio, habría que concluir que una sociedad constituida en España, de acuerdo con las normas de la legislación española, pero que tuviese su domicilio fuera de España, sería una sociedad válida, pero extranjera. Si se parte del supuesto contrario, la sociedad es española por haberse constituido en España, y, por tanto, debe tener su domicilio en territorio español. Consecuentemente, el domicilio en España no es un dato para concluir que la sociedad es española, sino un requisito cuyo incumplimiento afectará a la validez de la sociedad, aunque tal vez se trate de una nulidad subsanable.

M. Peña (43), por su parte, diferencia entre adquisición originaria y derivativa de la nacionalidad española. Centrándonos sólo en la primera, nos dice que el único requisito necesario es que la sociedad se haya constituido con arreglo al Derecho español («no tiene sentido que el ordenamiento español pueda dar vida a una persona jurídica que no sea la española»); lo que ocurre es que nuestro ordenamiento es fiel al criterio territorialista (la ley sólo tiene autoridad para crear personas jurídicas dentro de los límites del territorio sobre el que el poder soberano se ejerce). Ello supone: 1.º El ordenamiento español no reconoce personalidad (ni, por tanto, nacionalidad extranjera) a las personas jurídicas constituidas conforme a una Ley extranjera, pero que hayan de estar inicialmente domiciliadas en España (art. 87 del R.R.M.). 2.º El ordenamiento español sólo atribuirá (44) nacionalidad española a organizaciones que estén domiciliadas en España. En conclusión, «la nacionalidad española la atribuye el ordenamiento español cuando con arreglo a él se constituyen, y coincide con la constitución en España y el domicilio en España».

2. Criterio de control

Junto a estas normas generales siempre ha estado presente entre nosotros el criterio de control. Mientras que a mediados y a finales del siglo XIX (45) se adoptó un sistema de total liberalización económica respecto del capital extranjero, por la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, se llegaba al sistema contrario de la autarquía (46). Este estado de cosas se prolongará hasta el año 1959 (Decreto-Ley de 27 de julio de 1959) (47) que establece la posibilidad de que la participación extranjera en empresas españolas alcance hasta el 50 por 100 (pudiendo rebasarse este porcentaje con autorización del Consejo de Ministros). El Decreto de 18 de abril de 1963 permitió a ciertas sociedades (por razón del objeto) tener una participación superior al 50 por 100 (derogado el 11 de octubre de 1973). La reorganización de la materia (muy compleja y demandadora de una auténtica especialización sobre este punto) se realizó por el Texto Refundido sobre Inversiones Extranjeras (aprobado con fuerza de Ley por Decreto 3021/74, de 31 de octubre, Reglamento de la misma fecha). No es momento de analizar este tema (48), puesto que nos interesa sólo en forma incidental.

La legislación se modificó por el Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, por el que se aprueba con fuerza de Ley el Texto articulado de la Ley de Inversiones Extranjeras completado por el Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento (49). Por lo que aquí toca destacar, hay que significar que esta normativa va más allá de las exigencias de la C.E.E. (introduce un régimen de liberalización también para nacionales de terceros países), pero sigue manteniendo una discriminación, en algunos puntos, por razón de nacionalidad. En el artículo 1.º de la Ley se considera inversiones extranjeras «las realizadas en España por las personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, cualquiera que sea su residencia...»; también lo serán las que realicen las «sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital, mediante la constitución de otras sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones de las mismas» (art. 1.º.3). En este punto vemos un ejemplo paradigmático del «levantamiento del velo de la persona jurídica», por aplicación directa del principio de control. Ha de señalarse que averiguar en un momento específico cuál es la composición del capital de una S.A. (especialmente si son acciones al portador de grandes sociedades) puede resultar tarea imposible (50). Pero existe en esta legislación otro claro ejemplo: el artículo 5, tanto de la Ley como del Reglamento de Inversiones Extranjeras, al regular el ámbito de aplicación de las inversiones directas, considera como tales la participación en una sociedad española que permita al inversor extranjero la influencia efectiva en la gestión o control de dicha sociedad. Se entiende que existe control de una sociedad dominada por otra dominante cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el número 6 del artículo 4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (redacción dada por la Ley de 24/ 1988, de 28 de julio del Mercado de Valores) (51). También ha de tenerse en cuenta que a los efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en una sociedad se computará como tal la efectuada en ella por otra sociedad española en la que, a su vez, exista participación extranjera (sobre este tema, cfr. art. 7 de la Ley y 8 del Reglamento de Inversiones Extranjeras).

No sólo en este punto existen manifestaciones del criterio de control de la nacionalidad de las sociedades: Ya hemos señalado con anterioridad una orientación jurisprudencial que, sobre criterios excesivamente formalistas, no consideraba aplicables las restricciones establecidas para la adquisición de inmuebles a las sociedades que siendo de nacionalidad española estaban, no obstante, controladas por extranjeros. Así la Resolución-Informe de la D.G.R.N. de 23 de marzo de 1966 estimó que las restricciones establecidas por el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 sobre adquisición de fincas rústicas por extranjeros no son aplicables a las personas jurídicas de nacionalidad españolas sujetas a control total o parcial de personas extranjeras y ello, a pesar de que en su fundamento jurídico número 3.º, se recoge la «teoría de control» como criterio válido en nuestro ordenamiento y amparable en los artículos 27 y 28 del Código civil (52).

El Tribunal Supremo fue más allá en la Sentencia de 3 de noviembre de 1967, no estimando aplicables a una sociedad mercantil española, con mayoría de capital extranjero, las restricciones impuestas a la adquisición de inmuebles a los extranjeros, por motivos estratégicos o de defensa nacional (53).

Estos criterios formalistas fueron superados por la Ley de 12 de marzo de 1975 (Reglamento de 10 de febrero de 1978) que considera extranjera a la sociedad española con capital extranjero mayoritario (artículo 19 de la Ley y 39 del Reglamento). Hay que destacar que esta legislación está establecida en interés de la defensa nacional y, por tanto, no tiene por qué verse afectada por nuestra incorporación a la C.E.E. Así pareció entenderse por la citada Ley de 27 de diciembre de 1985 de Delegación Legislativa al Gobierno para realizar las adaptaciones pertinentes, puesto que no fue incluida esta materia en la relación de leyes que debían ser adaptadas. Por ello, la legislación sobre inversiones extranjeras de 1986 deja subsistente estas disposiciones (art. 12 de la Ley y 13 del Reglamento); no obstante, nuestras autoridades militares en escrito de la Dirección General de Política de Defensa han entendido que los nacionales comunitarios, igual que los españoles, no necesitan previa autorización para la adquisición de inmuebles en zonas de acceso restringido a la propiedad (se exceptúan Ceuta y Melilla y las disposiciones particulares sobre «zonas de seguridad» y «zonas de interés para la Defensa Nacional») (54). La interpretación de este escrito (dejando a un lado el problema de su legalidad) no soluciona la cuestión de si cuando se trata de personas jurídicas se levantan también las limitaciones o si, por el contrario, también deben de considerarse subsistentes para las sociedades extranjeras no comunitarias, o incluso para las sociedades españolas dominadas por extranjeros no comunitarios; la cuestión ofrece poca claridad, pues, si ya de por sí el levantamiento del velo en la sociedad anónima para averiguar si esa sociedad está controlada por extranjeros es dificultosa, mucho más es averiguar si esos extranjeros (personas físicas o jurídicas a su vez) ostentan la nacionalidad de algún país comunitario o de terceros países (la materia ha sido entendida en forma dispar por las distintas capitánías generales) (55).

No sólo en estos campos tiene manifestación el criterio de control.

En la actualidad, aunque pudiera parecer que como consecuencia del Tratado de Roma se ha producido una mayor liberalización (por lo menos en el ámbito comunitario) lo cierto es que a través de mecanismos indirectos se está estableciendo una legislación específica para casi cada imaginable tipo social (56) en donde so pretexto de ser requisito para gozar de ciertos beneficios fiscales o de obtener autorizaciones administrativas se establecen concretos requisitos que desvirtúan en gran parte el régimen general sobre sociedades anónimas. La propia legislación de inversiones extranjeras considera sectores con regulación específica los de juego, actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, televisión, radio y transporte aéreo (art. 26 del Reglamento de LE.). Nuestro legislador, en determinadas ocasiones, lo que impone es la nacionalidad española de la sociedad y su domicilio en España para poder obtener la correspondiente autorización administrativa (la nacionalidad española y el domicilio en España puede ser una cierta reiteración con arreglo a la actual normativa) (57); en otras ocasiones las exigencias son superiores, como ocurre en materia de armamento (58) y en entidades de crédito extranjeras (59); y, en fin, en ciertos sectores concretos se impone un total control del capital que ha de ser en todo o en parte español: así, en la legislación de hidrocarburos (60), sobre minería especialmente cuando se trate de minerales de interés estratégico (61) y sobre actividades navieras (62).

EL ENTORNO LEGISLATIVO DE LA REFORMA Y EL SENTIDO GENERAL DE LA MISMA

Este sistema general de nuestro ordenamiento, hasta aquí expuesto, ha sido alterado, en los términos que examinaremos, por la Ley de Reforma de 1989. En cuanto que viene dentro de lo que el legislador llama «adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea», en materia de sociedades, es necesario que veamos, aunque sea muy brevemente, cuál es la situación en el Derecho comunitario y en los países que integran la C.E.E. por si existieren razones que justifican el cambio operado.

1. El Derecho comunitario y los convenios internacionales

Por lo que se refiere al Derecho comunitario es de destacar, ante todo, el artículo 58 del Tratado de Roma, que establece que las sociedades (entendidas en términos muy amplios con la única excepción de las que no persigan un fin lucrativo) constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de

actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, quedarán equiparadas a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. El entendimiento de este precepto ha de hacerse en relación con los artículos 7 del mismo Tratado (prohibición de discriminación por nacionalidad) y 220 (necesidad de que los Estados miembros entablen negociaciones entre sí a fin de asegurar en favor de sus nacionales el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el artículo 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 (63).

De los preceptos citados se infiere que nos encontramos ante un sistema de «incorporación» (si bien, de ámbito supranacional) y que dos son los requisitos para que una sociedad pueda establecerse en un Estado miembro de la Comunidad y sea reconocida por los demás: 1.º. Debe estar constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro. 2.º Que tenga dentro de la Comunidad la sede social, su administración central o su centro de actividad principal.

Estos requisitos se han entendido excesivamente bondadosos, e incluso dotados de relativa ingenuidad, puesto que cuando se trata de sociedad que tenga su administración central o su centro de actividad en la C.E.E. el criterio puede ser correcto, pero no lo es tanto cuando la única conexión con cualquier país comunitario es la sede social, pues en este caso puede producirse la paradoja de que una sociedad con su centro de actividad fuera de la C.E.E. pueda beneficiarse de la libertad de establecimiento que se establece para las sociedades comunitarias con el solo requisito de fijar su sede estatutaria en alguno de sus países y constituirse de acuerdo con sus normas. Por ello, los Programas Generales de 1961 para el libre establecimiento y la libre prestación de servicios han establecido unos requisitos adicionales: es necesario que la actividad de la sociedad presente «una vinculación efectiva y continuada con la economía de un Estado miembro, excluyéndose en todo caso que dicha vinculación dependa de la nacionalidad de los socios o de los miembros de los órganos de gestión o de vigilancia o de las personas que posean el capital social» (64).

Con ello, nos encontraríamos (65) con un intento de conjugar la libertad de fijar sedes estatutarias con el contrapeso de ese vínculo efectivo y continuo. Ahora bien, siempre y cuando estemos dentro de la C.E.E., sede estatutaria y sede social real no tienen por qué coincidir; así, dado que el artículo 58 del Tratado no exige que la ley de incorporación sea la del Estado en la que se localiza la sede social, ni que ésta tenga que coincidir con la sede real siempre que se encuentre dentro de un Estado miembro, resultará posible que una sociedad constituida con arreglo a la ley de un primer Estado miembro, tenga su sede estatutaria en un segundo Estado miembro y presente un vínculo efectivo y continuo con la economía de un tercer Estado, también miembro (66). La complejidad de la trama jurídica resulta palpable, pero lo que no será posible (desde la perspectiva del Derecho comunitario) es que queden inefectivas las libertades reconocidas.

Dentro de esta línea de «matizar la aplicación de los sistemas que atienden a criterios meramente extrínsecos o formales» (67) se encuentra el Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968 (68). No vamos a realizar un estudio detenido de dicho Convenio (entre otras razones, por la fundamental de que no se encuentra en vigor (69), pero sí podemos destacar algunos puntos que nos interesan: El artículo I.p establece que son reconocidas de pleno derecho las sociedades de Derecho civil o mercantil (comprendiendo a las cooperativas) constituidas de conformidad con la Ley de un Estado contratante que tengan capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, siempre y cuando tengan su sede estatutaria en el territorio en el que se aplique el Convenio. En este punto aparece claro el desarrollo del artículo 58 del Tratado de Roma, pero se introduce una clara corrección en los artículos 3.º y 4.º, según los cuales cualquier Estado contratante puede declarar que no aplicará el Convenio a las sociedades cuya sede real se encuentre fuera de los territorios en los que se aplica el Convenio, si dichas sociedades no tienen un vínculo serio con la economía de estos territorios; igualmente, todo Estado contratante puede declarar que él aplicará las disposiciones de su propia ley que considere como imperativas a las sociedades cuya principal actividad se encuentre en su territorio, aun cuando hayan sido constituidas con arreglo a la ley de otro Estado contratante, pero no sólo las normas imperativas, sino también las dispositivas, siempre y cuando no hayan sido «derogadas» expresamente por los Estatutos (lo que es posible precisamente porque son dispositivas) o que la sociedad no demuestre que ha ejercido su

actividad «un tiempo razonable» de acuerdo con la ley del Estado según la cual se ha constituido. Los efectos del reconocimiento son el admitir capacidad conforme a la ley según la cual ha sido constituida (cfr. art. 6), pero pueden no reconocerse derechos o facultades que no se reconozcan por el Estado a sus propias sociedades (cfr. art. 7).

Fuera del marco comunitario se encuentra el Convenio de la Haya sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras (de 1 de junio de 1956); este Convenio tampoco ha llegado a entrar en vigor en lo que a España se refiere (70); en cuanto al sistema que introduce, intenta ser una conjugación entre los de incorporación y sede real, pues después de afirmarse el reconocimiento de toda sociedad extranjera constituida según la ley que la rige, se afirma que podrá no ser reconocida por otro Estado cuya ley tome en consideración la sede real, si esta sede se considera que se encuentra en su territorio; se entiende que la sede real es el lugar donde está establecida su administración central (cfr. arts. 1 y 2).

2. La legislación en los países comunitarios

Por lo expuesto, puede extraerse una conclusión con claridad: nos encontramos ante normas que se plantean la cuestión del reconocimiento de una sociedad extranjera, pero no el tema de la nacionalidad de las mismas. Las materias son distintas; cuando se está hablando del reconocimiento de una sociedad extranjera existe un doble aspecto: la aceptación o no de la sociedad extranjera (en cuanto realidad jurídica) y los requisitos para que la sociedad reconocida pueda ejercitar en otro Estado actividades mercantiles (71).

Pero cuando se trata de la nacionalidad todavía no hemos llegado a calificar a la sociedad como nacional o extranjera, sino que precisamente vamos a aplicar los criterios vigentes para llegar a saber este extremo. Y, sobre este punto, es sobre el que no existen normas con un contenido uniforme; al contrario, la legislación comparada es muy diversa. En forma muy breve podemos recordarla (72):

a) Los países anglosajones siguen el «principio de incorporación de tal manera que no importará que se tenga el domicilio real fuera del país donde se ha establecido una simple sede estatutaria. Es el sistema seguido en Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca y, desde la Ley de 25 de julio de 1959, también por Holanda.

b) En el resto de los países tiene prevalencia el criterio del domicilio real. En Francia la Ley de 24 de julio de 1966 establece que las sociedades cuya sede social está situada en territorio francés están sometidas a la Ley francesa (cfr. art. 3). En Bélgica, según el artículo 197 de la Ley de Sociedades Comerciales, la sociedad será belga cuando el principal establecimiento está en la citada Bélgica, aunque el acto constitutivo se haya hecho en el extranjero. Este mismo criterio se siguen en Luxemburgo (art. 159 de la Ley de 10 de agosto de 1915). En Alemania es constante la orientación jurisprudencial que considera que la nacionalidad de las sociedades está determinada por su domicilio; en Portugal se consideran como nacionales a todos los efectos las que tengan su sede dentro del país o ejerzan en él su principal comercio (73).

c) Una relativa particularidad representan Italia y Grecia. En Italia los artículos 2505 a 2510 de su Código de 1942 han sido interpretados en forma dispar, pero parece prevalecer la opinión de que ostenta la nacionalidad italiana, tanto la sociedad que tiene su sede real dentro de Italia (independientemente de donde se haya constituido) como la sociedad constituida en Italia («incorporada») que el centro de sus operaciones se encuentra en el extranjero. Existe, por tanto, una cierta concepción expansiva de la atribución de la nacionalidad que también la encontramos en Grecia, aunque circunscrita a un solo sector de la actividad mercantil. En efecto, se consideran de nacionalidad griega a las sociedades de navegación marítima, en cuyo caso se utiliza el criterio de «incorporación».

Nos encontramos, por tanto, ante una gran variedad legislativa en nuestro entorno y con un Derecho comunitario (e internacional) que parte de la existencia de esa pluralidad de normas.

Una postrera referencia podemos hacer en este punto: la relativa a la propuesta de Reglamento de la Sociedad Anónima Europea. En la última versión de 1989 (74) en el artículo 5 se establece obligatoriamente que el domicilio esté situado dentro de la comunidad y que coincida el señalado estatutariamente con la sede de la administración central. En la explicación del articulado se justifica la adopción del criterio del «domicilio real» porque con ello se refleja la concepción dominante en los Estados miembros y porque con ello se facilita la aplicación que deba hacerse, en su caso, del Derecho interno de cada Estado.

Presupuesto, por tanto, que el criterio establecido por nuestro legislador (oscuro y dificultoso de interpretar, como se ha visto) no era obligatorio modificarlo a la hora de realizar la adaptación de la Ley de Sociedades Anónimas a la normativa comunitaria, es el momento de entrar en el análisis de los nuevos preceptos, para averiguar su alcance y significado.

3. El sentido general de la reforma

Según la redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, al artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas tiene la siguiente redacción:

«1. Serán españoles y se regirán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido.

2. Deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio.»

Este precepto se completa con el artículo 6, a cuyo tenor:

«1. La sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en que radique su principal establecimiento o explotación.

2. En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería conforme al párrafo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos» (75).

Una primera lectura de estos artículos sugiere tres comentarios: 1.º Se pretende una regulación autónoma para las sociedades anónimas, de manera que, aunque se presupone el concepto de nacionalidad, se establece directamente una norma propia independientemente, en principio, de lo que señala el Código civil en el artículo 28. 2.º Sin ningún tipo de ambigüedad se señala al domicilio como el criterio atributivo de la nacionalidad (con el significado que después veremos). 3.º Se quiere lograr la efectividad de la norma mediante la restricción a la libertad de señalamiento del domicilio, estableciendo para ello una regulación imperativa y las consecuencias en caso de no ser respetada.

El que se acuda al criterio del domicilio (y precisamente del domicilio «real» como se desprende de la expresión «principal establecimiento o explotación») supone que antes de seguir adelante, habrá de examinarse (desde la perspectiva de la nacionalidad) el régimen que para el domicilio se establece en la nueva ley (76).

VI EL DOMICILIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Limitaciones a la libertad de fijación del domicilio

No vamos a realizar un exhaustivo análisis del tema del domicilio, sino sólo en lo que importa para la nacionalidad (como ya se ha dicho); pero sí es imprescindible ver, en primer lugar, en el ámbito exclusivamente interno, cuál es su régimen jurídico. El domicilio social es una de las menciones obligatorias que han de figurar en los estatutos de la sociedad (77). El artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas, en la redacción del año 1951 establece que el domicilio de la

sociedad ha de estar en el lugar «en que se halle establecida su representación legal o donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto».

El nuevo artículo 6 dice que la sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación.

El antiguo y el nuevo precepto lo que hacen es limitar la libertad a la hora de fijar el domicilio estatutario. La anterior expresión de «representación legal» (coincidente con el artículo 41 del Código civil) ha sido sustituida por la de «efectiva administración y dirección» y la de lugar donde «radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto» por la de «principal establecimiento o explotación» (78).

Estas nuevas expresiones no tienen otro sentido (al margen de lo que después se dirá a propósito de la nacionalidad) que lograr la coincidencia entre domicilio estatutario y domicilio real; en todo caso, ha de tenerse en cuenta que son conceptos más fácticos que jurídicos y que no representan una modificación fundamental; al criterio de «centro de explotación» se le puede reprochar el que es posible tener varios sin que se pueda determinar cuál es el principal y que puede ocurrir que cambie en el tiempo al cambiar la actividad concreta de la sociedad (por ejemplo, una empresa constructora que realiza obras de infraestructura de carreteras); en este caso, no será suficiente, a la hora de fijar el domicilio estatutario (o de cambiarlo) que se haga coincidir con una explotación si ésta tiene una ubicación transitoria, pues se produciría una discordancia sobrevenida con las repercusiones que luego veremos.

2. Infracción de las normas sobre el domicilio

Nos ha dicho De la Cámara (79) que las normas que regulan la obligatoriedad de señalar un domicilio y además hacerlo dentro de los límites legales pueden ser infringidas de dos formas: directa o indirectamente. Directamente cuando no se designa ningún domicilio, cuando la designación es plural, si se señala en el extranjero o expresamente se desprende que se escoge un lugar distinto del fijado por la Ley. Indirectamente cuando (sin que ello resulte explícitamente) no coincide el domicilio con ninguno de los lugares en que ha de establecerse. Ahora bien, este supuesto es una cuestión de hecho que no va a impedir que se inscriba la sociedad (sólo después de que empiece a desarrollar su actividad podrá saberse si existe coincidencia o no) y que, cuando nos encontramos entre una discordancia dentro del territorio español, basta con cambiar los estatutos para lograr la coincidencia del domicilio formal con el real; si ello no se hiciera voluntariamente es posible que se condene a la sociedad a que señale estatutariamente el domicilio que corresponda, debiendo concederse prioridad (por aplicación del artículo 41 del C. civil) al lugar en que esté establecida la representación de la sociedad (80).

Gran parte de estas consideraciones pueden mantenerse en la actualidad con ligeras matizaciones.

a) Es posible seguir hablando de infracción directa de los supuestos antes expresados, aunque alguno de ellos (concretamente, el que expresamente se manifieste una discordancia en los estatutos) sea más hipotético que real; es más factible que lo sea en una forma no totalmente expresa (81). En todos esos casos no será posible que la sociedad pueda inscribirse (cfr. arts. 18.2 del C. de comercio -redacción de 1989- y 58 y ss. y 120 del nuevo Reglamento), pero si, a pesar de ello, se produjera la inscripción poniéndose de manifiesto la infracción cometida hay que recordar que no es una de las causas de nulidad que pueden ser ejercitadas una vez inscrita la sociedad, según la Ley de Reforma (82), de tal manera que, en principio (83), no van a existir más consecuencias que las que establece el nuevo artículo 6 en su número 2 para el caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería con arreglo al número 1 del mismo artículo.

Esta es la misma solución que ha de mantenerse cuando lo que ocurra es que (a pesar del filtro calificador de Notarios y Registradores) se han inscrito los estatutos de una sociedad sin indicarse domicilio alguno; la jurisprudencia tiene señalado que el domicilio es esencial en toda

sociedad, de tal manera que cuando no se ha hecho en los estatutos es la ley la que lo determina mediante el artículo 41 del Código civil (84); por tanto, en estos supuestos el domicilio que ha de considerarse es el del lugar donde se encuentre la «representación legal», que puede entenderse como equivalente, según se dijo, al lugar de la «efectiva administración y dirección»; dado que no está señalado dicho lugar en el Registro, de cara al tercero al que alude el artículo 6 se tratará de un simple supuesto de discordancia.

b) Más interesante resultan los supuestos denominados de infracción indirecta; es decir, cuando el domicilio designado no coincide con ninguno de los lugares dentro de los cuales la ley permite la elección. Para estos casos la jurisprudencia siempre ha venido entendiendo como domicilio el real, por encima del estatutario, aunque con algunas desviaciones por influencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dentro de cuyo ámbito se han producido la mayoría de los pronunciamientos. Es de destacar: que el domicilio real es elemento que puede determinar la competencia de los Tribunales (85); que para entender que un domicilio señalado como tal en los estatutos es un verdadero domicilio real es suficiente que exista la finalidad de establecer la sede jurídica y real, para lo cual puede ser suficiente el que se lleve a cabo la recepción de la correspondencia y las comunicaciones oficiales (no obstante, esta afirmación del Tribunal Supremo aparece contradicha en parte por una sentencia posterior; en uno y otro caso el fallo del Tribunal está influido por el resultado que se perseguía en una relación arrendaticia) (86); que cuando una sociedad señala en sus estatutos un domicilio, ello responde a una realidad y no constituye una ficción (esto es importante, pues supone presumir que domicilio registral y domicilio estatutario coinciden) (87); también ha de destacarse que el Tribunal Supremo, en caso de discordancia entre domicilio real y estatutario no permite que sea la propia sociedad la que se sirva de aquélla utilizando a su conveniencia el domicilio de hecho (por ello, no es posible celebrar la Junta General en localidad distinta de la estatutaria, a pesar que de hecho se ejercieran en otro lugar las principales funciones) (88); igualmente, es de señalar que para que el domicilio sea considerado como la sede real de la sociedad, han de radicar en el mismo sus órganos de representación y dirección y éstos han de ejercer las funciones mercantiles que les estén encomendadas para el logro de los fines perseguidos por la entidad, para lo que puede que no sea suficiente el simple hecho de recibir correspondencia y celebrar mensualmente las Juntas de los Consejeros (tan escasa actividad se considera que equivale a tener cerrado el local y, por tanto, puede considerarse como causa de resolución del contrato de arrendamiento) (89); y, en fin, también ha entendido el Tribunal Supremo que cuando el domicilio de la sociedad es ficticio (no es localizada en la dirección que como domicilio constaba en el Registro Mercantil) es posible que sea notificada y localizada a través de su apoderado (en ese caso el apoderado firmante de unas letras de cambio) (90).

3. El número 2 del artículo 6 de la L.S.A.

Esta orientación jurisprudencial puede considerarse como el precedente (90 bis) del número 2 del artículo 6, que permite al tercero, en caso de discordancia entre el domicilio registral y el domicilio real, considerar como domicilio cualquiera de ellos. La norma que fue introducida en la última fase de tramitación parlamentario puede considerarse como bienintencionada (91), pero de difícil aplicación en la práctica cuando se lleva a alguno de sus extremos.

a) La primera cuestión que surge es quién es tercero para este artículo. En términos generales tercero es quién no es parte en un determinado acto o contrato (cfr. art. 1257 del C. civil); aquí la expresión quiere abarcar, en términos muy amplios, a todo aquel que tiene una relación jurídica con la sociedad, aunque sea parte en un contrato; es decir, tercero es todo aquel que no sea la propia sociedad. La cuestión puede surgir respecto de los socios y su posible consideración como tercero. Se ha dicho en este punto que la relativa sustantividad del grupo frente a sus miembros lleva implícita la posibilidad de que los socios traten con la sociedad como si fueran extraños y la posición del socio respecto de la sociedad puede ser como la de un contratante cualquiera; ahora bien, como quiera que la independencia del grupo respecto de sus miembros no es absoluta, no siempre el socio puede ser considerado como tercero extraño a la sociedad (92). Este es el punto de referencia que ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver la cuestión, de tal manera que el socio puede ser considerado como tercero en la generalidad de los supuestos, bien se trate de hipótesis en las que entra en relación contractual (una compraventa con la sociedad, por ejemplo) o extracontractual, bien se trate de supuestos en los que, precisamente por ser socio puede dirigirse a la sociedad para

una actuación concreta (por ejemplo, en la posición acreedora que ostenta a la hora de reclamar dividendos); ahora bien, cuando no puede considerarse como tercero es cuando entra en relación con la sociedad como tal socio y además formando parte de los órganos de la misma; es decir, no puede ser tercero cuando nos encontremos dentro de actuaciones que se circunscriben en el ámbito de participación del socio en la vida social a través de la Junta General, pues aquí el socio no es extraño a la sociedad, sino que es la sociedad misma; por ello, no podrá, por ejemplo, impugnar la convocatoria y celebración de la Junta General ni los acuerdos sociales que se adopten cuando ésta se haya hecho en el domicilio estatutario, so pretexto de que el domicilio real está en otra localidad (93).

En todo caso, entendemos que ha de tratarse de un tercero de buena fe, situación que no queda desvirtuada por la publicidad del domicilio registral (la buena fe se presume -art. 7 del C. civil-) (94). Obsérvese que aquí estamos ante un supuesto de buena fe en sentido subjetivo e independiente del contenido tabular, puesto que el tercero al actuar puede escoger el domicilio real aun sabiendo que es distinto del estatutario, pero siempre y cuando con ello no persiga un ejercicio abusivo de su derecho (94 bis).

b) El segundo problema que ha de considerarse es el del ámbito de aplicación; éste ha de entenderse en sentido amplio, tanto para actuaciones procesales como extraprocesales y con ello no se está produciendo ninguna alteración de las normas de competencia de los Tribunales señaladas en la L.E.C., pues es una Ley la que considera como domicilio de la sociedad el domicilio real; lo único que ocurre es que ello obligará a una previa necesidad de justificar por el tercero que existe la discordancia que este artículo señala. Por otro lado, cuando se trate de notificaciones o requerimientos judiciales (si son notariales su propia mecánica de realización elude en gran parte la cuestión -cfr. artículos 202 y ss. del Reglamento Notarial-) ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto, de tal manera que lo que ha de procurarse es que se llegue a un efectivo conocimiento, independientemente del cumplimiento meramente formal de los requisitos para las notificaciones, lo que puede resultar problemático si tenemos en cuenta que el conocimiento de la sociedad existirá cuando el mismo se haya producido en los órganos encargados de la gestión y representación de los asuntos sociales; por tanto, a veces no habrá otra posibilidad que la de acudir al domicilio registral (95) o al lugar donde esté la efectiva administración y dirección, olvidándonos del principal establecimiento o explotación.

c) Esto nos lleva a la tercera cuestión (que puede decirse que está planeando sobre las demás desde un primer momento); nos encontramos ante una situación registral que hay que presumir exacta y válida pero que puede ser desconocida por un particular; supone una excepción al principio de legitimación registral hoy tan claramente proclamado por el Código de comercio (96); en cuanto que supone tal excepción ha de ser el tercero el que, en caso de controversia, justifique esa discordancia. Dado que se trata de puras situaciones de hecho es aquí donde radica el peligro de la norma, ya que en muchas ocasiones será difícil determinar cuándo una explotación es más importante que otra, o cuál es el lugar exacto de la efectiva administración y dirección; en definitiva, será una resolución judicial la que decida (97). Si en el ámbito extrajudicial puede ser de gran utilidad (pagos, notificaciones, requerimientos) (98), en el judicial no nos parece tan útil, pues, en definitiva, se tratará de una cuestión de prueba (99).

d) Un último tema nos queda en pie: 'demostrada la inexactitud del registro, es necesario que se lleve a cabo su rectificación, o por lo menos que se solicite la misma para la efectividad de la elección hecha por el tercero? Debe observarse que los esquemas hipotecarios no son miméticamente trasladables al Registro Mercantil, de tal manera que cuando el tercero acuda a un órgano judicial competente por razón del domicilio real y demuestre dicho extremo, no ha de solicitar también que se lleve a cabo la rectificación del Registro Mercantil para que su pretensión sea admitida, puesto que ya hemos dicho que el párrafo 2 del artículo 6 debe entenderse como una excepción al principio de legitimación (100); por otro lado, en cuanto a la legitimación para solicitar de la autoridad judicial la rectificación del Registro, no siempre ese tercero, que puede prescindir de lo que éste proclama podrá instar la rectificación, pues para ello hay que estar a lo establecido en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y sólo ante el sufrimiento de un perjuicio por el asiento inexacto podrá pedirse la dicha rectificación (101).

VII LA NACIONALIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA TRAS LA LEY DE REFORMA

1. Criterio del domicilio

Hemos dicho anteriormente que uno de los caracteres básicos que presenta la nueva regulación de la materia es la proclamación sin ambigüedad del criterio del domicilio como el atributivo de la nacionalidad a la Sociedad Anónima. Se hace necesario estudiar brevemente qué significa este criterio en un planteamiento general para después examinar si en verdad ha sido adoptado en todas sus consecuencias por el legislador español. Nuevamente encontramos en M. de la Cámara una acertada síntesis del tema (102). Siguiendo a este autor podemos destacar las tres principales consecuencias que comporta el sistema del domicilio: 1) Las sociedades deben constituirse cumpliendo todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por el Derecho del país en que van a tener su sede real, quedando sometidas (en general) a la legislación de dicho país. 2) En el supuesto de que una sociedad nacional traslade su domicilio (sede real) al extranjero, pierde la nacionalidad que originariamente le correspondía. 3) Si una sociedad extranjera traslada su sede real al territorio de otro Estado adquiere la nacionalidad de éste y debe modificarse (o reconstituirse) conforme a la legislación de la nación receptora.

2. El criterio bipolar de domicilio-constitución

A grandes rasgos pueden defenderse estas consecuencias en el sistema adoptado por nuestro legislador. No obstante, han de realizarse algunas consideraciones de principio. La primera de ellas es que los conceptos de «constitución», «domicilio» y «nacionalidad» no son susceptibles de un tratamiento totalmente independiente, sino que se encuentran íntimamente unidos, de tal manera que, como señala Peña (103), es necesario cuando se trata de adquisición originaria de la nacionalidad española que la sociedad haya adquirido su personalidad con arreglo a las determinaciones del ordenamiento español, pues no tiene sentido que nuestro ordenamiento pueda dar vida a una persona jurídica que no sea la española, lo cual estaría en contradicción con lo dispuesto en el artículo 9.11. Esta idea sigue siendo perfectamente asumible, pues se encuentra presente en la nueva regulación cuando en el artículo 5.º se afirma que «serán españolas y se regirán por la presente Ley, todas las Sociedades Anónimas que tengan su domicilio en territorio español». Ello no aparece desvirtuado por la subsiguiente afirmación que impone la nacionalidad española «cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido», porque siempre será necesario que esa constitución sea en forma tal que se acomode a la Ley de Sociedades Anónimas. Ahora bien, el número 2 de este precepto establece, como ya hemos visto, que deberán tener su domicilio en España las Sociedades Anónimas cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio. Resulta obvio que es un precepto que puede estar dictado solamente para sociedades españolas, pues nada puede ordenarse acerca de donde debe estar situado el domicilio de una sociedad que tiene una nacionalidad extranjera y se regirá en este punto por su ley personal (cfr. art. 9.11 del Código civil); el entendimiento de este segundo párrafo debe hacerse en adecuada relación con el primero, de tal manera que su significado sea el siguiente: a las Sociedades Anónimas cuyo principal establecimiento o explotación se encuentre en España se les aplicará el ordenamiento jurídico español y si, además, están constituidas cumpliendo los requisitos de la Ley española, serán Sociedades Anónimas a las que se les atribuirá nuestra nacionalidad (104).

Con ello se llega a una solución bastante parecida a la establecida en el Derecho italiano, según el cual las sociedades constituidas en el extranjero que tengan en Italia la sede de su administración o el objeto principal de la empresa quedan sujetas a la Ley italiana, no sólo en lo que afecta al desenvolvimiento de sus actividades sociales y a la forma de publicidad que debe observarse, sino también en lo que atañe a los requisitos de validez del acto constitutivo (105) (105 bis).

Se evita con esta interpretación que pueda considerarse únicamente como elemento determinante de la nacionalidad española el del centro de explotación, ya que, como se ha dicho anteriormente, presenta los inconvenientes propios de ser una pura cuestión de hecho el señalar en cada momento donde se encuentra la explotación principal (106).

Esta forma de entender el precepto supone mantener el tradicional criterio bipolar de «domicilio-constitución», pero plantea el problema del régimen jurídico de las sociedades cuyo principal centro de explotación está en España pero no se han constituido según el Derecho español (posteriormente defenderemos para ellas la aplicación del régimen de la sociedad irregular).

3. El sistema español y la legislación comunitaria

La siguiente cuestión que ha de ser inmediatamente precisada es la de hasta qué punto la Ley española (en el sentido que la hemos interpretado) es respetuosa con la normativa de la C.E.E. (107). Recordemos que la legislación comunitaria obliga a que las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de algún Estado miembro y con una vinculación efectiva con alguno de ellos (108) sean asimiladas a las personas físicas y, por tanto, ha de reconocérseles la misma libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Pues bien, también se ha indicado con anterioridad que la legislación comunitaria no impone ninguna restricción a los criterios que han de regir la nacionalidad de las sociedades (109), de tal manera que si cuando una sociedad ha sido constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado comunitario y tiene un vínculo real con alguno de ellos ha de entenderse asimilada a las personas físicas comunitarias, nada impide que cuando esa conexión real y efectiva sea con el ordenamiento español la atribución de su personalidad jurídica (paso previo para el reconocimiento por los demás Estados) se haga de la mano de nuestro Derecho y la consideremos, en su caso, española. Con ello no se está vulnerando ningún principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad, ni tampoco estamos imponiendo obligatoriamente la nacionalidad española en todo caso, puesto que siempre es posible que una sociedad extranjera realice actos aislados en nuestro país (cfr. art. 15 del C. de comercio) y además es posible que realice la apertura de sucursales en los términos que veremos después. La discriminación existiría si fueran tratadas como extranjeras y ese trato condicionara su posibilidad de desenvolvimiento (110).

4. El territorio español como marco geográfico

Otra cuestión que debe resolverse es que entendemos por España o por territorio español desde la perspectiva en que se contempla en la Ley de Anónimas, esto es, como marco geográfico donde ha de establecer su domicilio la Sociedad Anónima. En la Constitución española se habla de España y nación española pero sin concretar su delimitación geográfica (111) con una única excepción, la Disposición Transitoria 5.a donde expresamente se citan las ciudades de Ceuta y Melilla.

Si no es la Constitución española la que nos da el marco geográfico, sí lo dan los distintos Estatutos de las Comunidades Autónomas que se preocupan de determinar su ámbito de aplicación, por lo que, mediante su adición se llega a determinar cuál es el territorio español (112). La cuestión no tiene hoy los tintes de dificultad que en otro tiempo presentó cuando no se había llevado a cabo el proceso descolonizador, ni tampoco plantea la misma importancia que el tema tiene cuando se trata de personas físicas y han de solventarse problemas como «nacer en España» o «residir en España» (113).

Los únicos problemas que para las sociedades pueden plantearse (114) son respecto de si es posible fijar el domicilio social en Gibraltar y que se pretenda por alguna sociedad ahí domiciliada eludir la normativa española para sociedades extranjeras o, en la medida en que se pueda entender constituida con arreglo a la Ley española, pudiera alegarse que se cumple con el requisito del domicilio, pues en dicho territorio se encuentra el centro de la efectiva administración (cfr. art. 6.1 de la L.S.A.) (114 bis). Pues bien, Gibraltar es territorio español, pero no territorio sometido a la soberanía de España (cfr. Disposición Adicional 1.a al Estatuto de la Comunidad Autónoma Andaluza), por lo que (al margen del art. 6.2 de la L.S.A. para los supuestos de discordancia entre domicilio registral y domicilio real, ya examinados) no se cumple el requisito de domiciliación en España con la fijación del domicilio estatutario en Gibraltar independientemente de que, para las personas físicas pueda tener especiales consecuencias el nacer o residir en Gibraltar (115).

VIII ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS

Establecidos estos planteamientos generales podemos pasar a examinar los distintos supuestos. Si acabamos de defender que ha de tenerse en cuenta, tanto el domicilio como la constitución de acuerdo con nuestro ordenamiento para que pueda adquirirse la nacionalidad española, estos dos elementos nos pueden llevar a los siguientes supuestos: a) sociedad constituida con arreglo a la Ley española y con domicilio registral y efectivo en España; b) sociedad constituida con arreglo a la Ley española y con su domicilio estatutario en España (116), pero con su principal establecimiento o explotación fuera de nuestro país; c) sociedad con domicilio en España, pero constituida de acuerdo con un ordenamiento extranjero, hipótesis en la que a su vez ha de distinguirse según que se pretenda tener el domicilio registral o se trate solamente de la existencia en nuestro país del principal centro de explotación.

1. Sociedad constituida con arreglo a la Ley española y con domicilio registral y efectivo en España

Es el supuesto típico de atribución de la nacionalidad española cuando se den los citados presupuestos. No obstante, es preciso realizar alguna puntualización. El artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas considera españolas a estas sociedades «cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido»; pues bien, aunque el precepto pueda hacernos pensar en una sociedad constituida con arreglo a la legislación española en el extranjero se trata tan sólo de una expresión que está refiriéndose al hecho de que el contrato de sociedad se hubiere celebrado en el extranjero, pues la constitución de una Sociedad Anónima española fuera de España no es posible; en efecto, al margen del problema del significado del otorgamiento de la escritura pública respecto de este punto (cfr. art. 7 de la Ley), aspecto sobre el que ya se han manifestado los autores (117), sólo la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil atribuye personalidad jurídica y, por tanto, sólo de la Sociedad Anónima inscrita en el Registro puede decirse que es española. Por tanto, la expresión «cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido» cuando se circunscriba a la sociedad española ha de entenderse limitado al otorgamiento y autorización de la escritura pública.

Sobre este otorgamiento y autorización ha de decirse que caben, en principio, dos posibilidades cuando sea fuera de España: que se haga ante Cónsul español en el extranjero o ante autoridad o funcionario extranjero. Prescindimos del primero de los supuestos, pues se tratará de un documento consular que no plantea especiales problemas en cuanto que va a producir efectos en España (118), por lo que se refiere al segundo, ha de tenerse en cuenta que no es suficiente que se hayan cumplido las formas exigidas por la ley del lugar de celebración (cfr. art. 11 del C. civil), sino que ha de llenarse una forma que cumpla las exigencias de la escritura pública (cfr. art. 11.2 del Código civil y 7 de la Ley de Sociedades Anónimas); como se ha dicho, es necesario para que consideremos que el documento autorizado en un país extranjero es equivalente a la escritura pública que a dicho documento se le atribuya por la Ley extranjera a que esté sujeto el autorizante el mismo valor que nuestro ordenamiento atribuye a la escritura pública en cuanto a fe de ciencia, presunción de legalidad, eficacia traditoria, fuerza ejecutiva y valor probatorio (119).

Tanto si se ha constituido la sociedad (en el sentido que acabamos de expresar) en España o fuera de España, a la hora de su inscripción en el Registro Mercantil español se va a calificar de acuerdo con la

Ley española. Así lo proclamaba el artículo 87 del Reglamento del Registro Mercantil. En el nuevo Reglamento no existe un precepto similar, de tal manera que la actuación del Registrador viene determinada por las normas generales sobre calificación (cfr. art. 18.2 del C. de comercio en su redacción dada en 1989 y art. 6 del Reglamento); ahora bien, el que no exista un artículo específico en este sentido en nada cambia el tema, pues es directamente la Ley de Anónimas la que determina que a las sociedades con domicilio en España ha de aplicárseles la Ley española (cfr. art. 5), con lo que lo que la expresión «serán españolas y se regirán por la presente ley» encuentra significado y hace innecesario una norma reglamentaria (120).

Para terminar el análisis de este supuesto ha de extraerse una conclusión: una vez que la sociedad es española los casos en los que como consecuencia del sistema de control deje de considerarse como tal han de estar amparados en una norma de rango legal; a esta afirmación puede objetársele, como ya se ha dicho (121), que resulta un tanto utópico imaginar que el legislador sea capaz de determinar exhaustivamente los casos en los que, en beneficio de la comunidad nacional, procede descalificar a una sociedad como nacional; pero no resulta tan utópico el supuesto si la tarea legislativa se realiza con los requisitos de abstracción y generalidad que le deben ser propios (122).

2. Sociedad constituida con arreglo a la Ley española con domicilio registral en España,

PERO CON SU PRINCIPAL ESTABLECIMIENTO O EXPLOTACIÓN FUERA DE ESPAÑA

Consideramos que la sociedad ha sido debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Hay que entender que la sociedad aparecerá a todos los efectos como una sociedad española. Ahora bien, ya hemos dicho que el domicilio registral ha de coincidir con el domicilio real o efectivo y para ello el legislador ha establecido los mecanismos que ha entendido que lograrían la eficacia de su norma (art. 6.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). Por tanto, cuando el domicilio ha sido señalado en España y no se encuentra en ella su sede real nos encontramos ante el supuesto de discordancia registral que en el aspecto interno ya hemos examinado; pero qué consecuencias tendrá para la nacionalidad?

Ante todo, han de hacerse algunas precisiones. El artículo 5.2 de la Ley que comentamos obliga, como ya sabemos, a que tenga el domicilio en España la Sociedad Anónima que en nuestro país tenga su principal establecimiento o explotación; pero el artículo 6.1 ofrece a la sociedad la posibilidad de fijar su domicilio también donde se encuentre el centro de su efectiva administración y dirección. Ello supone que se puedan extraer las siguientes consecuencias:

a) Cuando el principal centro de explotación se encuentra en el extranjero pero el centro de administración está en España, la sociedad se constituye en forma correcta si es ahí donde fija su domicilio social y no va a dejar de ser española para nuestro ordenamiento (otra cosa es que a su vez el país donde realiza la explotación la considere eventualmente también como nacional suya); con ello se evita que sociedades anónimas españolas dejen de ser calificadas como tal por el hecho de que ocasionalmente su principal actividad está en el extranjero (123).

b) Solamente cuando tanto el centro de administración y el principal establecimiento o explotación estén fuera de nuestro país, nos encontramos ante una sociedad que ha señalado su domicilio registral en España sin tener con nosotros ningún tipo de conexión real. En este caso la sociedad es aparentemente española, pero está incumpliendo las normas sobre fijación del domicilio, 'quiere decir ello que deja de ser española? Ya hemos expuesto con anterioridad el juego del artículo 6.2 de la Ley (124) y este precepto por sí solo no es suficiente para que se produzca la pérdida de la nacionalidad española. Como dice Jesús Díez del Corral, el artículo 5.2 contiene una norma imperfecta sin posible sanción, que no irá más allá de la posibilidad de opción a favor del tercero respecto del domicilio real (125); pero en cuanto a la nacionalidad, está sustraída a la autonomía de la voluntad, de tal manera que el domicilio señalado en el Registro seguirá produciendo sus efectos en este punto (126).

Para que se pierda la nacionalidad española será necesario, por tanto, que se rectifique el Registro; sobre este tema y su insuficiente regulación en el Registro Mercantil ya nos hemos manifestado con anterioridad, aquí sólo añadiremos una nueva cuestión: 'quién está legitimado para sostener, en su caso, que es cierto que la sociedad tiene una conexión efectiva con nuestro país? Evidentemente no lo será el Registrador Mercantil (127) y sí la Sociedad Anónima en cuestión; pero también puede serlo la Administración a través del Abogado del Estado (128). La legitimación del Ministerio Fiscal ha de admitirse también para instar la rectificación del Registro Mercantil, más allá de lo que preceptúa el artículo 40 de la Ley Hipotecaria (128 bis).

3. Sociedad constituida con arreglo a un ordenamiento

EXTRANJERO CON DOMICILIO ESTATUTARIO FUERA DE ESPAÑA, PERO CUYO PRINCIPAL ESTABLECIMIENTO O EXPLOTACIÓN RADICA EN TERRITORIO ESPAÑOL

Sin duda alguna, este es el supuesto más difícil de analizar para intentar llegar a soluciones que puedan considerarse razonables (sin dejar de ser, por ello, discutibles).

Ya hemos dicho que para que se atribuya la nacionalidad española es necesario, como requisito fundamental, que la sociedad haya quedado constituida con arreglo al Derecho español, lo que supone su inscripción en el Registro Mercantil; si no ocurre así y el principal establecimiento o explotación está en España se le aplicará la Ley española pero no será una Sociedad Anónima de nacionalidad española; o más exactamente, para que la Sociedad Anónima sea española habrá de estar constituida con arreglo a la Ley española, en otro caso, no estará regularmente constituida pero se le aplicará la legislación española, hipótesis en la que (sin polemizar en este punto) cierto sector doctrinal seguirá hablando de nacionalidad española en cuanto que defiende que la sociedad irregular tiene personalidad jurídica (129). Con ello queremos significar que la explotación principal en España supone: a) la aplicación del artículo 6.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, con el alcance que ya conocemos; b) pero, también algo más: la aplicación del ordenamiento español por imperativo del artículo 5 pasando a ser la sociedad extranjera una sociedad irregular española (con lo que ello supone de cara al artículo 9.11 del C. civil).

Tan drásticas afirmaciones, sin duda alguna, que necesitan de precisiones:

a) Ante todo, ha de tenerse en cuenta que la sociedad extranjera (sin llegar a tener su explotación principal en España) puede realizar actos aislados de comercio, en cuyo supuesto se tendrá en cuenta su ley personal en los términos que resultan de los artículos 9.11 del Código civil y 15 del C. de comercio. Estos actos aislados pueden llegar a convertirse en una actividad permanente de la sociedad con lo que podemos llegar a encontrarnos con una sucursal en España de una sociedad extranjera. Pero (sin perjuicio de volver después sobre este punto) siempre que la sucursal (130) no llegue a convertirse en el principal establecimiento o explotación no existirá el presupuesto para atribuir la nacionalidad española.

La cuestión en este punto será única y exclusivamente de reconocimiento de la sociedad extranjera. No es éste un tema que nos corresponda analizar en este punto; solamente plantearemos la cuestión de si es necesario que la expresada sociedad extranjera se inscriba en el Registro Mercantil; frente a opiniones que así lo exigen (131) parece más lógico entender (132) que ello es sólo necesario para cuando se vaya a producir el establecimiento en nuestro país a través de sucursales, pero no para la realización de actos aislados; esta postura es la más adecuada, pues en otro caso (exigir la inscripción) estaríamos nacionalizando a toda sociedad extranjera y no reconociéndole posibilidad de actuar como tal entidad extranjera (133).

b) El problema está en resolver cuándo el establecimiento principal está en España. Nuevamente nos encontramos ante una cuestión de hecho que no puede determinarse a priori; además, la valoración ha de ser siempre en términos relativos, pues lo que para una sociedad puede ser lo principal, para otra puede no serlo. No obstante, ha de hacerse alguna particularización cuando se trata de explotación de inmuebles que se encuentran en nuestro país; la cuestión ha preocupado especialmente a la hora de analizar la llamada «multipropiedad» por los graves problemas de elusión fiscal que puede plantear (134). El tema fue visto con toda su crudeza por Lora Tamayo (135), considerando este autor que cuando una sociedad tiene por objeto principal la explotación en España de bienes inmuebles, aunque la sociedad se revista como extranjera estaremos por lo menos ante una sucursal (que deberá inscribirse en el Registro Mercantil); pero todavía ha de irse más allá -según la opinión de este autor- de tal manera que no sólo ha de hablarse de sucursal sino que cuando el único objeto de la sociedad extranjera es la realización de actividades en España «estamos en presencia de una sociedad española». Esta opinión es perfectamente asumible hoy en día a la vista de los actuales textos legales y es compartible en su integridad. Los trabajos preparatorios que se están llevando a cabo en el Ministerio de Justicia sobre los llamados «Conjuntos Inmobiliarios» inciden en este mismo aspecto (136).

2.º Además de esta calificación general hay otra más especial que supone el reconocimiento de la S. Ex. Para inscribir un acto o contrario referente a un bien inmueble a nombre de una S. Ex. se requiere una condición previa: Reconocer la existencia, la nacionalidad, los estatutos y la capacidad de las personas que por ellas intervienen, además de su objeto y otras circunstancias que se consideren necesarias. El reconocimiento de una S. Ex. con los requisitos que hemos visto supone que esta sociedad es parte en un contrato de adquisición de bienes inmuebles o derechos reales en España; el reconocimiento lleva implícito su existencia jurídica, es decir, su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Este reconocimiento se hace en base de los siguientes documentos, que son los que señala el artículo 88 del R.R.M.

El artículo 88 del R.R.M. dice que para la inscripción de sucursales de una S. Ex. deberán presentarse debidamente legalizados los actos de constitución social, los estatutos y el certificado expedido por el Cónsul español de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo. El reconocimiento justifica la existencia jurídica de la sociedad, la nacionalidad, los estatutos y su representación orgánica o por medio de poderes. Es necesario hacer constar en la inscripción la nacionalidad a los efectos de poder aplicar el artículo 9.11 del Código civil, ya que la nacionalidad se aplicará en todo lo relativo a la capacidad y constitución de dicha S. Ex.»

c) Afirmar que estas sociedades son para la Ley española sociedades irregulares plantea a su vez numerosos problemas, pues ya de por sí la sociedad irregular los presenta sin necesidad de añadir ningún elemento de extranjería.

Hemos de preguntarnos si se puede considerar una sociedad en formación (cfr. art. 15 de la L.S.A.); no parece que ello sea así, pues la existencia de un establecimiento principal en España (se supone que en explotación) puede entenderse como una «verificación de la voluntad de no inscribir (cfr. art. 16 de la misma Ley).

Ahora bien, presupuesto que sea una sociedad irregular y se apliquen, tal y como ordena la nueva Ley las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, ha de señalarse que muchos de ellas serán (incluso para la sociedad irregular «exclusivamente española») de difícil o imposible aplicación; por ejemplo, lo más probable es que no se cumpla con las exigencias de la razón social del artículo 126 del Código (nombre colectivo), que la administración tampoco sea la que dicho Código establece, o que sea imposible ni tan siquiera intentar aplicar las normas sobre incompatibilidades de los socios. Pero, sobre todo, ha de preocupar la afirmación de que cualquier socio puede instar la disolución de la sociedad; para este caso ha de intentarse conjugar el que la sociedad pretenda regirse por su ley personal extranjera (cfr. art. 9.11 del C. civil) y que no deje de ser efectiva la norma del artículo 5 de nuestra ley. No parece que por el solo hecho de que se instale en España la explotación principal se alteren las normas sobre extinción y liquidación de la sociedad en cuestión; lo más prudente es que ese plazo de un año que el nuevo artículo 16 del Texto Refundido de la L.S.A. establece para que la sociedad en formación pase a ser sociedad irregular sea tenido aquí también en cuenta y no se pueda, por cualquiera socio, antes de que haya transcurrido un año, en principio (137), solicitar la aludida liquidación, que, por otro lado, quedará limitada exclusivamente al patrimonio situado en España (cfr. art. 10.1 del C. civil) (138) y no extinguirá la personalidad de la Sociedad Anónima en cuanto Sociedad extranjera.

4. Apertura de sucursales en España por sociedades de nacionalidad extranjera

Entre la realización de actos aislados de comercio y la radicación en territorio español del establecimiento principal se encuentra la posibilidad de la apertura de Sucursales. Respecto del concepto de Sucursal (139) han de destacarse las notas de ser un establecimiento relativamente autónomo y serlo accesorio porque en él no radica la alta dirección del negocio. Su apertura (entendida en términos amplios de «constitución, ampliación o adquisición») se considera un supuesto de inversión directa a los efectos de la legislación sobre inversiones extranjeras (140), según la cual, en todo caso será necesario que se cumpla lo establecido en los antiguos artículos 88 y 97 del Reglamento del Registro Mercantil. Por lo que aquí nos interesa (prescindiendo de la problemática de las inversiones extranjeras) ha de destacarse que tales preceptos suponían de hecho el que se estuvieran exigiendo los requisitos que se

exigirían para constituir una sociedad española en lo que se refiere a titulación auténtica y régimen de publicidad, sobre todo en el ámbito de la C.E.E., pues no existe ningún país integrante de la misma que no exija una documentación especial (con distintas variantes) e inscripción en un Registro público (lo que resulta lógico si se tienen en cuenta las Directivas sobre sociedades) (141). Estas mismas exigencias se mantienen en el nuevo texto del Reglamento del Registro Mercantil, un tanto suavizadas, pues no es necesario que se presentecertificación consular española de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo, sino que es bastante presentar debidamente legalizados (142) los documentos que acrediten la existencia de la sociedad, sus estatutos vigentes y sus administradores, así como el documento por el que se establezca la Sucursal (143).

Desde el punto de vista de la nacionalidad, es necesario tener en cuenta si la Sucursal llega a convertirse en establecimiento principal y, también, si a pesar de que no se ha constituido una sucursal, sino una sociedad formalmente independiente y con distinta nacionalidad, no obstante en sentido económico y material es una Sucursal.

a) Respecto del primer punto, cuando el establecimiento que es sucursal llegue a ser el principal, es evidente que ya no estamos ante una Sucursal (el establecimiento ya no es secundario -cfr. artículo 259 del Reglamento del Registro Mercantil-), por lo que con arreglo al artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas ha de fijarse el domicilio en España y constituirse la sociedad con arreglo a la Ley española. Pero la apreciación de que la Sucursal es el establecimiento principal nuevamente es una cuestión de hecho que será necesario justificar debidamente frente a la proclamación que está realizando el Registro Mercantil de que el establecimiento principal está en el extranjero (144). Es decir, la cuestión hace tránsito al supuesto que ya hemos analizado de domicilio principal en España y domicilio registral en el extranjero, pero con las siguientes particularidades: 1.º Una vez que la Sucursal deje de considerarse como representación de una sociedad extranjera para regirse por la Ley española de Sociedades Anónimas, no siempre va a considerarse que no está regularmente constituida, pues existe inscripción en el Registro Mercantil español y además es posible que la forma documental que sirvió para su inscripción en el Registro extranjero se considere suficiente de cara a la legislación española (145). Ahora bien, será bastante probable que sea necesario, so pena de estar expuesta al ejercicio de una acción nulidad, que se realice la adaptación a la Ley española en algunos aspectos (por ejemplo, denominación de la sociedad (146) o la cuantía del capital (146 bis) (cfr. art. 31 de la Ley de Reforma de 27 de julio de 1989; art. 34 del Texto Refundido). Se produce, por tanto, un cambio de nacionalidad, cuyas consecuencias, sobre todo en lo relativo a si es necesario o no liquidar previamente la sociedad extranjera, lo veremos posteriormente.

Respecto de la legislación sobre inversiones extranjeras el hecho de que la Sucursal pase a ser sociedad española, no afectará a la catalogación como inversión extranjera directa, pues como tal se considera también la creación de sociedades españolas con un porcentaje de participación igual o superior a lo previsto legalmente (cfr. art. 5 de la Ley y Reglamento de Inversiones Extranjeras (147).

b) El segundo aspecto que nos interesa, respecto de las sucursales, es el del caso de una Sociedad Anónima constituida independientemente de la sociedad matriz (y con distinta nacionalidad), pero que en sentido económico, empero, es una Sucursal (en sentido jurídico lo será de acuerdo con el artículo 259 del Reglamento). La cuestión puede tener trascendencia dentro del ámbito de la Comunidad Económica Europea en lo que se refiere a la creación de un espacio verdaderamente supranacional respecto de la prestación de servicios y la libertad de establecimiento. Por ello, es necesario resaltar la importancia que del concepto de sucursal tiene el Tribunal de Justicia de las C.E.E. (148). El tema ha sido abordado desde el punto de vista de la competencia del citado Tribunal y la interpretación que se hace en este punto del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (149) y en concreto de su artículo 5.5. (150). El Tribunal Comunitario desde un primer momento abogó por un concepto autónomo y auténticamente comunitario de «sucursal» (151) llegando a formularlo en la conocida sentencia «Somafer» (152) que, desde una perspectiva realista, supera las diferencias entre «sucursal», agencia o cualquier otro establecimiento» y frente a particularismos internos considera que las notas que los configuran como tales son: 1. Existencia de un centro de operaciones estable. 2. Que se manifiesta hacia el exterior con locales propios. 3. Es prolongación de la «casa madre».

Y 4. Ello no impide una cierta autonomía; es decir, una dirección y una dotación material que le permitan llevar a cabo negocios con terceros, de tal forma que «éstos, sabiendo que un eventual vínculo jurídico se establecerá con la casa madre cuya sede está en el extranjero, están dispensados de dirigirse directamente a ésta y pueden concluir negocios en el centro de operaciones que constituye su prolongación». Con posterioridad se precisarán estas afirmaciones a la hora de diferenciar el concepto de sucursal del de «representante comercial» y «distribuidor exclusivo» (Asunto «Troost») (153).

Pero, sobre todo, nos interesa la Sentencia de 9 de diciembre de 1987 (Asunto SAR Schotte GmbH/Parfums Rotschild Starl), según la cual el artículo 5.5 del Convenio de Bruselas se aplica a un caso o a una persona jurídica establecida en un Estado contratante, que no explote una sucursal, agencia o establecimiento sin autonomía, en otro Estado contratante, donde, sin embargo, ejerce sus actividades mediante una sociedad independiente que lleva el mismo nombre y que tiene la misma dirección, que actúa y contrata negocios con su nombre y de la que se sirve como una prolongación.

IX CAMBIOS DE DOMICILIO Y DE NACIONALIDAD

El cambio de nacionalidad de una Sociedad Anónima puede producirse por diversas causas; así, por ejemplo, sin que la sociedad deje de estar constituida con arreglo al Derecho español y sin que haya cambiado su domicilio puede considerarse extranjera en lo que se refiere a la legislación sobre inversiones si pasa a ser controlada por extranjeros o se superan los porcentajes de participación extranjera previstos (cfr. Ley y Reglamento de LE.). Junto a esta posibilidad derivada del «sistema de control» existe también un posible cambio derivado de los sistemas de «incorporación» y de «domicilio». En el primero de los supuestos, por propia definición, para que se pierda una nacionalidad y se gane otra es necesario que la sociedad se extinga y se constituya nuevamente en el nuevo Estado donde va a operar jurídicamente (154). Cuando se trata del sistema del domicilio la cuestión es más compleja (155); en principio parecería suficiente que el cambio de domicilio se realizara al extranjero (o desde el extranjero) para que se produjera el cambio de nacionalidad, pero para ello ha de distinguirse según se trate de un simple cambio de hecho, o se adopte un acuerdo social en ese sentido, y, en todo caso, queda el interrogante de si la sociedad conservará su personalidad jurídica o si se extingue para constituirse nuevamente. Forzosamente nos limitaremos en la exposición al Derecho español, distinguiendo (como hacen los autores que antes se han ocupado del tema) (156) entre adquisición de la nacionalidad española por una sociedad extranjera y adquisición de la nacionalidad extranjera por una sociedad española.

1. Adquisición de nacionalidad española por una sociedad extranjera

No es suficiente que se haya producido un cambio a nuestro país del domicilio de hecho, pues como ya se ha expuesto, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas, se le aplicará la legislación española si su explotación principal está en España, pero para que sea una Sociedad Anónima española ha de constituirse con arreglo a la Ley española. Teniendo en cuenta que mientras que la sociedad sea extranjera ha de atenderse también a su ley personal, se han señalado (antes de la reforma legislativa) los siguientes requisitos para que el cambio se produzca: 1.º Que en el acuerdo de adquisición de la nacionalidad española y de traslado del domicilio a España se cumplan los requisitos que exige la correspondiente Ley extranjera (artículo 9.11 del C. civil); 2.º, que la sociedad sea homologable con cualquiera de los tipos previstos en el sistema español, pues ha de tener el concepto de persona jurídica según nuestro ordenamiento (artículo 28 del C. civil y 87 del R.R.M.), y que se produzca la inscripción en el Registro Mercantil cumpliéndose los requisitos y demás circunstancias que exige una primera inscripción de sociedad (art. 89 del R.R.M.) (157).

El antiguo artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil (158) daba por hecho la posibilidad que se adquiriera la nacionalidad española y expresamente habla de «acuerdo de cambio de nacionalidad», pero no resuelve la cuestión de si la sociedad que se hace española conserva o no su personalidad jurídica. En términos generales, puede sostenerse, tanto el que no es posible el cambio de nacionalidad sin que se disuelva la sociedad y se constituya nuevamente, como el que la sociedad ha cambiado de nacionalidad conservando su

personalidad jurídica (159). En opinión de De la Cámara (160) el artículo 89 del R.R.M. aceptaba implícitamente que la sociedad conserva su personalidad jurídica; así lo prueban las referencias al «acuerdo de cambio de nacionalidad», al balance cerrado el día anterior a dicho acuerdo y al «valor del patrimonio líquido que resulta del balance», lo que aproxima a las normas sobre transformación de sociedades (arts. 136 y 140 de la Ley de S.A. en su anterior redacción), por lo que no es necesaria la liquidación.

La nueva redacción de la Ley de Sociedad Anónimas no regula este supuesto, pero el sistema que establece permite mantener las afirmaciones que respecto de la anterior normativa se han hecho. Así lo da por hecho el nuevo Reglamento (161) en donde al contemplar la materia se manifiesta en términos parecidos al antiguo artículo 89 en un doble sentido: por un lado, exige que la entidad extranjera sea inscribible con arreglo a la Ley española (es decir, se constituya con arreglo a la Ley española); por otro, sin afirmar ni negar la subsistencia de la personalidad jurídica vuelve a sobreentender que subsiste cuando se apoya en el Registro extranjero para la transcripción de datos que obren en el mismo y allí se «hallen vigentes» y, además, se exige el depósito en el Registro español de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado.

Por último, en este punto, hay que tener en cuenta que la adquisición de la nacionalidad española puede considerarse, en su caso, como un supuesto de inversión extranjera; así lo defendía De la Cámara (162) en relación con la anterior normativa al considerar que el supuesto puede entenderse comprendido en la expresión de constitución, ampliación o adquisición descurcualas o establecimientos de sociedades extranjeras o explotaciones que realicen personas físicas no residentes (163). Estas afirmaciones pueden sustentarse también con arreglo a la actual legislación (cfr. art. 5 de la Ley y del Reglamento de Inversiones Extranjeras).

2. Traslado por una sociedad española de su domicilio al extranjero

El segundo supuesto no estaba previsto en nuestra legislación. A pesar de ello, se ha entendido que dicha posibilidad existía; De la Cámara (164) consideró en su momento que para que el cambio de nacionalidad se produjera sería necesario: 1. Adopción de un acuerdo de cambio de nacionalidad. 2. Adaptación de la sociedad a la Ley del país cuya nacionalidad vaya a adoptarse. 3. Traslado del domicilio fuera de España. Para la válida adopción del acuerdo defiende este autor la aplicación de las normas sobre transformación de sociedades y que se obtuviera la pertinente autorización administrativa exigida por la legislación sobre inversiones extranjeras (sobre la argumentación de que la propiedad de una «empresa» radicada en España pasa a ser de extranjeros); respecto de la cuestión sobre la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad, a pesar del cambio de nacionalidad, la aplicación del régimen jurídico de la transformación supone la contestación positiva; también Peña (165) consideraba probable el cambio de nacionalidad quedando subsistente la personalidad jurídica, pues se trataría de un supuesto similar a la modificación de Estatutos (argumentando sobre la Disposición Transitoria 13.ª de la Ley de 1951), aunque a veces se trataría de un supuesto de auténtica transformación por las consecuencias que se producen. De estas opiniones, se apartó Egea (166), entendiéndolo que el cambio de nacionalidad no es asimilable a la transformación de sociedades, puesto que desde el momento en que por acuerdo social no existe nacionalidad española ni domicilio en España no existen los presupuestos para la existencia de una sociedad española y se produce la extinción de la sociedad que ha de entrar en período de liquidación.

En la nueva Ley ha de tenerse en cuenta la obligación de la Sociedad Anónima de tener su domicilio en España (arts. 5 y 6); además, si es precisamente este domicilio el que atribuye la nacionalidad (junto a su regular constitución) no cabe para el ordenamiento español que el domicilio estatutario pueda ser trasladado al extranjero (sobre el domicilio de hecho ya hemos hablado anteriormente) (166 bis). El acuerdo de fijar la sede social fuera de España (pretendiendo mantener la personalidad jurídica y la nacionalidad española mientras esté aquí el principal establecimiento o explotación) no es posible entendido en términos de un acuerdo autónomo e independiente (cosa distinta es dentro de un proceso de fusión de sociedades de distinta nacionalidad -art. 9.11 del C. civil); tampoco es posible adoptar un acuerdo de cambio

de nacionalidad sin cambiar el domicilio, porque no hay más camino para cambiar la nacionalidad que el de cambiar el domicilio. Ello lo corrobora el que haya una única posibilidad de llevarse a cabo: cuando exista un Convenio Internacional vigente en España, que lo permita con el mantenimiento de su personalidad jurídica (art. 149.2 del Texto Refundido de la L. de S.A.) (167).

Este precepto despeja algunas de las cuestiones que los autores se habían planteado con anterioridad, pero no todas las que serían deseables. Claramente se afirma el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, se establece un derecho de separación de los socios idéntico al supuesto de cambio de objeto y se es respetuoso con el principio de territorialidad, pues se supedita todo ello a la previsión que exista en el Convenio Internacional. Pero queda en el aire el interrogante de si en todo caso se perderá la nacionalidad española. El reflejo reglamentario de este artículo (168) daba por supuesto que la nacionalidad española se perdía, pues se exigía imperativamente que se pusiera nota de cierre una vez que se hubiera realizado la constancia registral del traslado del domicilio al extranjero. Pero lo cierto es que el Reglamento estaba realizando una interpretación anticipada de lo que fuera a disponerse en los convenios futuros; en efecto, de acuerdo con el nuevo artículo 5 si no existe el domicilio en España no existe un elemento de conexión suficiente para atribuir la nacionalidad española y, por tanto, es correcto lo que se establecía en el Reglamento. Pero el Convenio Internacional (bilateral o multilateral, dentro del marco comunitario o fuera de él) tiene el rango normativo suficiente para introducir una excepción al citado artículo y establecer el mantenimiento de la nacionalidad española, a pesar de que no exista domicilio en España; para este caso, si el Convenio Internacional sigue entendiendo que la sociedad es española (169) no habrá más remedio que mantener su historial registral; así es como se ha entendido definitivamente. El sistema introducido es, en cierto modo, similar al que existe en el Registro Civil Central (art. 18 de la Ley de Registro Civil), pues se ha encomendado al Registro Mercantil Central (art. 343 del Reglamento) la llevanza del Registro relativo a las sociedades que hubieren trasladado su domicilio al extranjero sin pérdida de la nacionalidad española y se ordena en el artículo 20.2 que si en el Convenio se previese el mantenimiento de la nacionalidad española de la sociedad que cambia su domicilio al extranjero, el traslado de su historial debe hacerse al Registro Mercantil Central. Con esta misión encomendada este Registro funcionará en forma similar a cualquier Registro Mercantil, por lo que a las sociedades domiciliadas fuera de España se refiere (170).

(*) El texto que ahora se expone sirvió de base para la conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 30 de noviembre de 1989. Se ha procurado mantener en su integridad, aunque ha resultado obligatorio realizar algunas modificaciones como consecuencia de la publicación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y, sobre todo, del Reglamento del Registro Mercantil, en el cual se han recogido las sugerencias que en su día hicimos acerca de la necesidad de prever la posibilidad de existencia de sociedades españolas con domicilio en el extranjero. El examen de la materia lo es en su planteamiento general, prescindiéndose de concretas cuestiones como fusión de sociedades de distinta nacionalidad, nacionalidad de los grupos de sociedades (impropiamente llamados multinacionales) o la nacionalidad de las sociedades internacionales constituidas con arreglo a una norma supranacional.

(1) Yvon Loussouarn y Jean-Denis Bredin: Droit du Commerce International París, 1969, pág. 251.

(2) Artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas según la Ley 19/1989, de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) en materia de Sociedades (Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989).

(3) F. Giménez Artigues: La nacionalidad de las Sociedades Mercantiles, Barcelona, 1949, pág. 38.

- (4) F. de Castro : Formación y deformación del concepto de persona jurídica (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica). Centenario de la Ley del Notariado. Volumen I (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España), Madrid, 1964. También puede encontrarse en la recopilación que de distintos trabajos del autor sobre este tema se hace en La persona jurídica, Madrid, 1981, pág. 252.
- (5) Cfr. artículo 58 del Tratado de Roma.
- (6) Manuel Peña Bernaldo de Quirós: Comentarios al Código civil, Edersa, artículo 28, págs. 776 y ss.
- (7) Peña, ib.
- (8) Existe también un «significado público» que va desde una acusada manifestación en las personas jurídicas de Derecho público hasta una presencia mucho más tenue en las sociedades mercantiles, pero visible, al menos, en lo que se refiere a la protección diplomática (Peña, ib.).
- (9) Ob. cit. págs. 777, 778.
- (10) Recogida también por M. Peña.
- (11) Artículo 1.3, a), Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, sobre inversiones extranjeras en España en relación con el artículo 8 del Reglamento de Inversiones Extranjeras.
- (12) Obra fundamental en este punto es la de Niboyet: Existetil vraiment une nationalité des sociétés?, Rev. Dr. Int. Pr., 1927. De Castro (ob. cit., pág. 250) reconoce la eficacia que en un primer momento tuvo esta obra utilizando «argumentos de apariencia convincente y aptos para una fácil vulgarización». Considera Niboyet que es imposible concebir la posibilidad de un lazo político entre un Estado y una persona jurídica, que no es otra cosa que una simple entidad jurídica; la sociedades un contrato de Derecho privado del que no puede nacer el vínculo de la nacionalidad; no puede admitirse que Francia se componga de los franceses (personas físicas) más las sociedades francesas. Un relativo eco de la postura de Niboyet en la doctrina española lo encontramos en Galván : La nacionalidad de las sociedades mercantiles, Valencia, 1930, págs. 19 y ss.; en sentido crítico puede verse a Giménez Artigues, ob. cit.f págs. 47 y ss.
- (13) Elisa Pérez Vera: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo I, Edersa. Comentario al artículo 9.11.
- (14) J. Carlos Fernández Rozas: Derecho Internacional Privado. Parte especial, vol. 5, Oviedo, 1984, pág. 145.
- (15) Galván, ob. cit., pág. 53.
- (16) Vid. artículo 10.5. Título Preliminar del Código civil.
- (17) Manuel Peña Bernaldo de Quirós, ob. cit.f pág. 777.
- (18) F. Giménez Artigues, ob. cit., pág. 85.
- (18 bis) Otro criterio que se encuentra superado en la actualidad es el de la emisión, según el cual la nacionalidad de una sociedad la determina el lugar donde las acciones, en todo o en parte, han sido primitivamente suscritas. Este sistema adolece del defecto de desconocer las distintas posibilidades de fundación de una sociedad; además, los suscriptores pueden ser de distintas nacionalidades y, por otro lado (ello se ve claro en la fundación sucesiva de una sociedad anónima), por el solo hecho de la suscripción no adquiere la sociedad personalidad propia.

(19) En el primer aspecto puede examinarse la Jurisprudencia francesa (vid. Thaller, Batiffol, etc.); en el segundo se manifiesta Fernando Ximénez No res: «La nacionalidad de las empresas multinacionales», en Actualidad Civil, número 39, 1986.

(20) Este criterio se consolidó en Inglaterra (S. XVIII) precisamente como un instrumento válido al servicio del expansionismo económico del Imperio, a fin de lograr que la actividad ultramarina de las sociedades mercantiles se rigiese por las leyes inglesas y pudieran lograr protección diplomática.

(21) La aparición del criterio de control supone, igualmente, la utilización del principio del levantamiento del velo de la persona jurídica: una vez que se ha descubierto quién controla verdaderamente una sociedad y a qué intereses económicos o políticos responde, podrá considerarse como extranjera si se entiende que son contrarios a los intereses de ese Ordenamiento en cuestión. Una exposición completa e interesantemente sistematizada acerca de la evolución de la jurisprudencia francesa se puede encontrar en Loussouarn y Bredin, ob. cit., páginas 269 y ss.

(22) Esta postura es de origen galo y se encuentra inspirada en la distinción que autores como Niboyet realizan entre goce o ejercicio de los derechos y conflicto de leyes.

(23) Batiffol: Droit International Privé, pág. 231.

(24) Manuel de la Cámara Alvarez (en colaboración con José María de Prada González): Sociedades comerciales, ponencia presentada al XII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1973. Segunda Parte, III.

(25) Este trato «generoso» se sigue manteniendo en la actual L.O. de Extranjería (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España), si bien para ello es necesario que el extranjero se encuentre residiendo «legalmente» en España, para lo que es muy restrictivo (cfr. art. 13).

(26) Artículo 15 del Código de comercio: «Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España, con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar y a las disposiciones de este Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación.

Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias.»

(27) Artículo 28 del Código civil: «Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la Ley y domiciliadas en España, gozarán 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.»

(28) La sociedad en cuestión se denominaba Minera del Moncayo. El recurso ante el Tribunal Supremo fue sostenido por uno de los acreedores que se consideraba perjudicado por la aplicación de la ley española.

Es de destacar de los «Resultandos» que la sociedad se constituyó con arreglo a la ley belga y fijó su domicilio en Bélgica, pero también se encontraba inscrita en el Registro Mercantil de Soria y ya había acudido a los Tribunales españoles varias veces con anterioridad.

(29) Puede verse cita en Giménez Artigues, ob. cit., pág. 126.

(30) Ob. cit., págs. 125-131. Este autor, junto con Galván, ha sido durante mucho tiempo punto de referencia en la doctrina española a la hora de estudiar la cuestión.

(31) Artículo 1.º del D.-L. de 17 de julio de 1947: «Las sociedades españolas, cualquiera que sean sus componentes, la situación física y jurídica de los bienes que integran el activo social y el lugar donde desempeñen sus actividades, deberán tener siempre su domicilio en territorio sometido a la soberanía del Estado español, entendiéndose que este precepto limita la facultad de cambiarlo que los respectivos Estatutos u otros ordenamientos sociales otorguen a sus organismos de gestión, incluida entre éstos la Junta general de accionistas.»

(32) La Resolución de 1950 se refiere a un supuesto de inscripción de copia parcial del acta autorizada por Notario de Bruselas respecto de la modificación de Estatutos de una sociedad comanditaria belga con una sucursal de Torrelavega. Por lo que aquí nos interesa, es procedente transcribir los Considerandos 2.º y 4.º:

«Considerando que el documento presentado en el Registro Mercantil de Santander con objeto de inscribir la modificación de los Estatutos de la sociedad "Solvay et Cié.», domiciliada en Bruselas, con una sucursal en Torrelavega, plantea un interesante problema de colisión de leyes en el espacio, para cuya resolución se ha de tener presente que la ley nacional de la sociedad debe regular todo lo relativo a la capacidad, derechos y deberes de los socios entre sí y con la sociedad y la legislación española debe ser aplicable a la publicidad registral de dicha modificación estatutaria en territorio español, y también en cuanto a la protección de los intereses de terceros, determinación del capital y obligaciones, extensión de poderes y responsabilidad de quienes asuman la dirección y representación de la sucursal.»

«Considerando que de acuerdo con nuestro régimen mercantil, las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a lo dispuesto en nuestro Código, en todo lo relativo a la creación de establecimiento en territorio español, operaciones mercantiles y jurisdicción de los Tribunales de la nación, norma también recogida en el Tratado celebrado con la nación belga de 4 de mayo de 1878; y, además, según el párrafo final del artículo 21 del mismo Código, las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en España, presentarán inscripción en el Registro sus Estatutos y los documentos que se fijan para las españolas, acompañados de certificación del cónsul español de hallarse constituidas con arreglo a las leyes del país respectivo, y es indudable que a tales requisitos quedan sometidas las escrituras que de cualquier forma modifiquen el contrato primitivo, según preceptúa el párrafo 2.º del artículo 119 del repetido Código.»

(33) Artículo 5 de la L.S.A. (17 de julio de 1951): «La sociedad de nacionalidad española tendrá su domicilio dentro de territorio español y en el lugar en que se halle establecida su representación legal o en donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto.

(34) Artículo 4, párrafo 1, de la Ley de 17 de julio de 1953: «La sociedad de nacionalidad española tendrá necesariamente su domicilio en territorio español.» Este artículo no ha sido modificado por la Ley de Reforma de 1989.

(35) De la Cámara y De Prada, ob. cit., nota 328: «Este criterio mixto es difícilmente aceptable y colocará al Juez español en trances difíciles, especialmente si ha de decidir, para resolver un problema sujeto a su competencia, la nacionalidad de una sociedad constituida en un país extranjero y que tenga su domicilio en otro. Si el Juez debe aplicar su propia norma de conflicto, y, efectivamente, el Derecho español adopta este sistema mixto, la solución de proceder con lógica, es que no hay medios hábiles para determinar -ni siquiera para aplicar el Derecho español- cuál es la nacionalidad de esa sociedad.»

(36) Artículo 87 del Reglamento del Registro Mercantil, según la redacción de 1956: «La constitución, modificación o extinción de las sociedades domiciliadas en territorio español y, en general, todos los actos inscribibles relativos a las mismas serán calificados con arreglo a la legislación española cualquiera que sea la intervención o participación que en ellos tengan personas naturales o jurídicas extranjeras.

No obstante, la personalidad y la capacidad de los otorgantes extranjeros se regirá por su ley nacional respectiva.»

(37) Dicha forma (el «Informe») de manifestarse la D.G.R.N. no es frecuente en la misma. En este caso fue emitido a petición de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.(38) Sobre este mismo punto indicará la sentencia de 3 de noviembre de 1967 que no considerará aplicable a una sociedad española, con mayoría de capital extranjero, las restricciones impuestas a la adquisición de inmuebles a los extranjeros, por motivos estratégicos o de defensa nacional.

(39) Albaladejo: Derecho civil, I, 1983, pág. 422; Castán: Derecho civil español común y foral, I-II, 1982, pág. 128; García Valdecasas: Derecho civil, parte general, 1983, pág. 263. Más referencias en De la Cámara: Estudios de Derecho Mercantil, tomo I, 1977, pág. 698.

(40) Una enumeración de las posturas sostenidas por los distintos autores españoles puede encontrarse en Egea Ibáñez: Nacionalidad de las sociedades. Adquisición por una sociedadextranjera de la nacionalidad española, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Murcia, 1984.

(41) Tomo I, 1977, págs. 692 y ss.

(42) La exposición la hacemos siguiendo la síntesis que el propio autor realiza en De la Cámara y De Prada, ob. cit.

(43) M. Peña: Comentarios al Código civil..., ob. cit., págs. 779 y ss.

(44) Salvo que otra cosa disponga una ley especial o un Tratado.

(45) Cfr. Ley de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 y Ley de 4 de diciembre de 1855.

(46) Esta Ley supone, en términos generales, que la participación máxima del capital extranjero en una sociedad fuera del 25 por 100, con limitaciones en la repatriación de beneficios y prohibición de acceso de los extranjeros a puestos directivos.

Esta Ley de 1939, aunque introduce grandes limitaciones, no aborda directamente el problema de la nacionalidad; tampoco lo hace su Reglamento de 10 de febrero de 1940 (B.O.E. de 26 de febrero), que se limita a presuponer el tema al establecer que para adquirir los beneficios establecidos en la Ley es necesario ser persona natural o jurídica de nacionalidad española (art. 3.º).

(47) De la Cámara: Estudios..., pág. 711. Una exposición más detallada del tema se encuentra en dicho lugar.

(48) Obra fundamental para un adecuado entendimiento es la de Francisco Lucas Fernández: Inversiones extranjeras, Madrid, 1975. También Régimen general de las adquisiciones inmobiliarias por extranjeros, Libro homenaje a Roca Sastre, III, págs. 743 y ss. Igualmente, Francisco Núñez: Inversiones extranjeras. Régimen de adquisición y transmisión de bienes, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1984. Con posterioridad a la reforma de 1986, desde la perspectiva de la relación con la C.E.E., puede verse a José Antonio Miquel Calatayud: «Consideraciones generales sobre inversiones extranjeras», en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 585, págs. 389 y ss. Igualmente, Estudios sobre inversiones extranjeras en España, Barcelona, 1989.

(49) Fue dictado cumpliendo el mandato que se establecía en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de delegación al Gobierno para la adaptación de nuestro Derecho al de las Comunidades Europeas.

(50) La Dirección General de Transacciones Exteriores en diversas ocasiones ha publicado en el B.O.E. (última fecha el 9 de agosto de 1985) listas de sociedades con participación extranjera.

(51) Con arreglo al artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores (aplicable según la Disposición Adicional 6.a de esta misma Ley), «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás». A continuación se enumeran tres supuestos en los que en todo caso se entiende que existe control de una entidad dominada por otra dominante (en relación con el derecho de voto, el nombramiento de miembros de los órganos de gobierno y directivos que a su vez lo sean de otra sociedad).

(52) Resolución de 23 de marzo de 1966: «3.º Que la nacionalidad de las sociedades así entendida determina su sujeción a efectos normativos y de conflicto de leyes, pero no siempre su posición en Derecho de extranjería, pues, respecto a éste, a veces es acogida la "teoría del control" lo que ya se podría inducir del Código civil, artículo 28, II, en relación con el 27 ("Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinan los Tratados o leyes especiales"); esto es, que sin perjuicio de la noción admitida de la nacionalidad de la sociedad, determinada ésta por su sede social y constitución, es posible que leyes especiales tengan en cuenta la idea de control, dado el signo más o menos discriminatorio que es propio de la condición jurídica del extranjero; en este sentido, diversas leyes restringen ciertos beneficios a sociedades españolas en virtud del control total o parcial de personas extranjeras sobre ellas.»

(53) El Tribunal Supremo viene a decir: La legislación especial no es aplicable cuando la sociedad se ha constituido al amparo de la Ley de Sociedades Anónimas, tiene su domicilio en España y goza de personalidad distinta de la de sus asociados; las normas contrarias a la autonomía de la voluntad han de interpretarse con criterio restrictivo; la finalidad práctica perseguida por el legislador (velar por los intereses y seguridad de nuestro país) se consigue si la sociedad adquiere la nacionalidad española; una vez adquirida la nacionalidad española se le aplican todas nuestras normas vigentes, sin que a ello se oponga la circunstancia de que la mayor parte de su capital fuese extranjero.

(54) Cfr. escrito número 4.860 de 18 de septiembre de 1986 de la Dirección General de Política de Defensa del Ministerio de Defensa, previa consulta a la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas y previo dictamen de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa. El fenómeno no deja de ser curioso y es muy revelador del no respeto a la jerarquía normativa, ya que, como se ha dicho, al tratarse de una materia que no fue incluida por la Ley de 1985 entre las que se concedía la autorización pertinente al gobierno para que realizara la correspondiente adaptación por Decreto Legislativo, es necesario que sea mediante ley como se deba realizar la adaptación que se estime pertinente. Pero, en cambio, se ha realizado por un simple escrito de una Dirección General del Ministerio de Defensa (el escrito se dirigió al Jefe del Estado Mayor del Ejército; otros dos con numeración correlativa se dirigieron a los Jefes de Estado Mayor de la Armada y del Aire).

(55) La Capitanía General de Canarias entendió en escrito de 23 de enero de 1987 que las personas jurídicas extranjeras se equiparan a los nacionales españoles «siempre y cuando se trate de empresas o sociedades de los países comunitarios o españolas con capital extranjero procedente de dichos países». La Capitanía General de Baleares, en escrito de 26 de junio de 1987 considera que para las personas jurídicas extranjeras, cualquiera que sea la nacionalidad de sus componentes, comunitarios o no, subsisten las limitaciones establecidas en los artículos 37 y 46 del Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

Téngase en cuenta también la Ley de Presupuestos para 1989, Disposición Adicional decimoséptima. Esta Disposición modifica la Disposición Final segunda de la Ley 8/1975, de 12 de marzo.

(56) La sola recopilación de estas disposiciones da lugar a un libro de no pequeño tamaño: Entidades mercantiles con regulación especial, Heliodoro Sánchez Rus, Colegio de

Registadores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989. Igualmente Antonio Ventura-Traveset : El papel del Notario en la constitución de las personas jurídicas, Ponencia presentada al XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Amsterdam, 1989, páginas 182 y ss.; también ha sido publicado en la R.D.. Notarial, abril-junio 1989, páginas 87 y ss.

(57) Así ocurre, por ejemplo, en la Ley 8/1972, de 1 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (arts. 8 y 16); igualmente con las sociedades explotadoras del juego de bingo (O.M. de 9 de enero de 1979), donde además la participación de inversión extranjera no podrá ser superior al 25 por 100 (art. 26 Reglamento de LE.); también las sociedades de crédito hipotecario (arts. 12 y 13 del Real Decreto 658/1982), entidades gestoras de fondos de pensiones (Ley 8/1987), sociedades de inversión mobiliaria (Ley 46/1984, de 26 de diciembre) y televisión privada (Ley 10/1988), donde además ha de tenerse en cuenta que la totalidad de las acciones de titularidad de extranjeros no podrá en ningún momento, ni directa ni indirectamente, superar el 25 por 100 del capital de una sociedad concesionaria.

(58) El Reglamento de Explosivos de 2 de marzo de 1978 (modificado el 24 de julio de 1981) exige que sus representantes legales y dos tercios de su Consejo de Administración sean españoles; el límite de participación de capital extranjero es el 40 por 100.

(59) Cuando se tenga participación mayoritaria de entidades de crédito extranjeras hay que estar a lo dispuesto en el Decreto 1114/1988.

(60) Según el artículo 6.3 de la Ley 21/1974, de 27 de junio, previa autorización del Consejo de Ministros, podrán ser titulares exclusivamente de permisos de investigación y concesiones de explotación las sociedades anónimas extranjeras cuyo objeto social comprenda las citadas actividades, mediante el establecimiento de una sucursal en España.

(61) Artículo 89 de la Ley 22/1973, de 21 de julio.

(62) Decreto 398/1966, de 10 de febrero.

(63) Artículo 58 del Tratado Constitutivo de la C.E.E. de 25 de marzo de 1957: «Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

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.»

(64) Aprobado por el Consejo de la C.E.E. el 18 de diciembre de 1961.

(65) Ignacio Borrajo Iniesta: La libertad de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma, Tratado de Derecho Comunitario Europeo, tomo II, Madrid, 1986, pág. 205.

(66) I. Borrajo Iniesta, ib.

(67) De la Cámara, ob. cit., pág. 696.

(68) Un estudio detenido del mismo lo realiza Ricardo Egea Ibáñez: «Reconocimiento de sociedades extranjeras. Reconocimiento de sociedades en la Comunidad Económica Europea. Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968. Convenio de la Haya de 1956», en Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre 1985, págs. 162 y ss.

(69) El Convenio fue firmado por todos los representantes de los Estados miembros, pero al no ser ratificado por todos ellos antes de la primera ampliación de 1972, el Convenio no entró en vigor y para su efectividad ha de ser negociado (si se desea que de verdad entre en vigor) con los nuevos Estados miembros.

(70) Fue firmado por España el 12 de abril de 1957, pero no ha sido ratificado.

(71) Elisa Pérez Vera: Derecho internacional privado. Parte especial, 1980, página 283.

(72) Sobre este punto puede verse a R. Egea: Nacionalidad de las sociedades, ob. cit., en lo que se refiere a Italia y Francia. Una exposición breve, pero muy clara respecto de los países comunitarios y de EE.UU. de América se realiza por Manuel Aguilar García: Forma de acreditar la existencia de sociedades extranjeras, publicado por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, junto con el resto de los trabajos presentados al III Congreso del Notariado Español.

(73) Artículos 3 y 4 del Código de sociedades comerciales de 2 de septiembre de 1986. Este nuevo Código (que está dictado también con la finalidad de una adaptación urgente a la normativa de la C.E.E. según su Exposición de Motivos) también supone un reforzamiento de la aplicación de la legislación nacional, pues según el artículo 3.º-I: «As sociedades comerciáis tem como lei pessoal a lei do Estado onde se encontré situada a sede principal a efectiva da sua administracao. A sociedade que tenha em Portugal a sede estatutaria nao pode, contudo, opor a terceiros a sea sujeicao a lei diferente da lei portuguesa.»

(74) Exactamente la fecha es de 25 de agosto. Se prevé un calendario de actuación para lograr la entrada en vigor el 1 de enero de 1992.

(75) La elaboración de estos artículos, como la de toda la Ley, ha sido dilatada en el tiempo y con «retoques» de última hora. Prescindiendo de textos más remotos, en la «Propuesta de Anteproyecto de la Ley de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de sociedades», publicada por el B.O. del Ministerio de Justicia el 5 de octubre de 1987 (núm. 1469), la redacción de estos artículos era la siguiente: Artículo 5.º Nacionalidad: 1. Serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido.

2. Deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuya explotación principal radique dentro de su territorio.»

Artículo 6.º «Domicilio: La sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva dirección y administración, o donde radique alguna de sus explotaciones principales.»

Esta redacción permaneció inalterada en lo que fue «Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades» publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el 22 de abril de 1988.

De este texto se pasó al aprobado por la Ley de reforma. No obstante, aún ha de señalarse una pequeña modificación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989: el artículo 5 no es alterado, pero el 6 sufre pequeñas modificaciones de estilo, quedando en la siguiente forma: «Artículo 6. Domicilio. 1. La sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación.

2. En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería conforme al apartado anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.»

(76) Parafraseando a De la Cámara, es el domicilio el que se nos ha convertido en un prius.

(77) Artículo 8.5.º, e), según Ley de reforma. Artículo 9, e), del Texto Refundido. Ambos preceptos establecen que en los Estatutos se hará constar «el domicilio social, así como el órgano competente para decidir o acordar la creación, la supresión o el traslado de las sucursales». Según el artículo 11.3.º, e), de la Ley de 17 de julio de 1951 en los Estatutos se hará constar: «El domicilio social y los lugares en que vaya a establecer sucursales, agencias o delegaciones.»

(78) Ya se ha dicho con anterioridad que la inclusión de la expresión «principal establecimiento o explotación» fue una reforma introducida en la tramitación legislativa, pues en el Proyecto de Ley sólo se habla de lugar donde radique alguna de sus explotaciones principales.

(79) Estudios..., ob. cit. t págs. 553-554.

(80) De la Cámara, ib.

(81) En la Resolución de la D.G.R.N. de 17 de julio de 1956 se dice en su segundo Considerando jurídico: «Considerando que, sin desconocer la posibilidad de establecer en lugares distintos del domicilio sucursales, agencias o delegaciones, y, menos aún, oficinas que incluso centralicen la dirección puramente técnica o industrial de la empresa, pero que, por lo mismo, desde el punto de vista jurídico, nunca merecerían tal calificativo de centrales, es evidente que, como quiera que el domicilio de las personas jurídicas -de acuerdo con las exigencias de su amplio significado jurídico respecto de los terceros, los socios y los órganos sociales y, en congruencia, con el carácter realista del domicilio de las personas físicas- no constituye una simple localización ficticia, sino el mismo centro administrativo y funcional de la sociedad el preverse en los Estatutos, después de fijado el domicilio en Bilbao que "la oficina central", sin más especificaciones, funcionará en Madrid, queda indeterminado el domicilio por ser ambas expresiones contradictorias e infringido, por tanto, el artículo 11, 3.º, letra c), de la Ley de Sociedades Anónimas.»

(82) Artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

(83) Salvo lo que después se dirá respecto de la nacionalidad.

(84) Sentencias de 7 de enero de 1954 (Considerando 2.º) y 10 de junio de 1958 (Considerando 1.º).

(85) Incluso de los Tribunales españoles respecto de una sociedad extranjera. Cfr. sentencia de 17 de enero de 1912, ya vista con anterioridad. Cfr. también artículos 65 y 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(86) Sentencia de 7 de enero de 1954. El Tribunal Supremo considera que la autorización concedida por el arrendatario para que en la escritura de constitución de una sociedad figurase como domicilio social el local arrendado (aunque sólo fuere a efectos de relacionarse con Bancos y Organismos oficiales) supone una cesión del contrato de arrendamiento y, por tanto, causa de resolución del contrato al no haberse producido con los requisitos legales.

Considerando 2.º «... hay que entender que dicho domicilio era real y efectivo y quienes constituyeran la sociedad lo designaron con la finalidad de establecer en él la sede jurídica y legal donde aquélla habría de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, ...y si a esto se agrega que la propia sentencia recurrida reconoce expresamente que la Sociedad Construcciones AMSA, S. A., autorizó a Carbonífera de la Espina de Tremor, S. A., para que diera como su domicilio el de aquélla para sus relaciones con el Ministerio y Bancos, hay que reconocer que estas relaciones habrían de manifestarse por lo menos en la recepción en tal domicilio de la correspondencia y las comunicaciones oficiales, implicando por lo mismo el uso y goce de dicho domicilio para estos efectos; por todo lo cual se impone declarar que la

Sociedad Carbonífera citada estableció real y efectivamente su domicilio en el local indicado desde su constitución hasta que acordó trasladarlo...»

Ver también sentenciade 30 de marzo de 1973, en parte en contra.

(87) Sentencia de 10 de junio de 1958. Considerando 1.º: «Considerando que como ha sido ya declarado por esta Sala las personas jurídicas para poder mantener su vida de relación, tanto con sus propios asociados como con los terceros que con ellos negocian tiene necesidad al comenzar su actividad de señalar su domicilio, y cuando no lo han hecho en sus Estatutos la Ley establece las normas que lo determinan como lo hace el artículo 41 del Código Civil, con lo que se demuestra el carácter esencial de tal requisito en la constitución y vida de dichas personas por lo que hay que presumir que cuando una sociedad al constituirse señala su domicilio o después de constituida modifica el primitivo el domicilio así señalado o modificado responde a una realidad y no constituye una ficción, y si fue designado por la sociedad lo fue con la finalidad de establecer en él de una manera efectiva la sede jurídica y legal donde desenvolver sus actividades, ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, presunción que solamente mediante una prueba concluyente contraria a la misma podría ser destruida.»

(88) Sentencias de 13 de octubre de 1961 y 25 de noviembre de 1967. En esta segunda se afirma: «Que el indicado domicilio social no puede ser dentro de los diversos que menciona el artículo 41 del Código civil -aquel donde la entidad societaria "ejerce las principales funciones de su instituto"-, sino el que determinen sus Estatutos, que obligatoriamente habrán de contener dicha determinación según se dice en el artículo 11.3.º, apartado letra e), de la citada Ley de Sociedades Anónimas, del que consiguientemente existe la necesaria constancia pública en el Registro Mercantil, al modo todo ello como sucedió en el caso a que se refiere el presente recurso con la sociedad que ahora figura como recurrida, cuyos Estatutos, debidamente inscritos en el mencionado Registro, fijaban el domicilio social en la avenida José Antonio, 59, de Madrid, frente al cual no es posible alegar la existencia de otros domicilios "de hecho" en localidades distintas del mismo modo que no puede convocarse en lugar diferente una Junta que no sea universal, ni está justificada por razones de fuerza mayor, que pueda estar en condiciones de adoptar acuerdos válidos, todo lo cual está demostrando el vicio de nulidad de los adoptados en la reunión de 10 de diciembre de 1964 convocada y celebrada en la ciudad de Barcelona.»

(89) Sentencia de 30 de marzo de 1973. «Considerando: Que (...) el domicilio social de las compañías anónimas lo constituye el que se haya designado en sus Estatutos, como sede jurídica de sus órganos de representación, administración, dirección y centro donde éstos deban ejercer las funciones mercantiles que les están encomendadas, para el logro de los fines perseguidos por la entidad de que se trate, haber que no se cumple a efectos del número 3.º del artículo 62 de la LAU. por el simple hecho de recibir en él la correspondencia, recogerla cada ocho días y celebrar mensualmente las Juntas de sus Consejeros, porque ello equivale a tener cerrado el local, ya que, según la Jurisprudencia de esta Sala, tal hecho se produce cuando, como aquí ha ocurrido, se trasladó a otro lugar el giro de las operaciones comerciales que con anterioridad se ejercían en el arrendado, cesando en éste el desenvolvimiento de dichas actividades (...), aun cuando continúen desarrollándose algunas accesorias, esporádicas o intermitentes (...) o se celebrara de vez en cuando entrevistas con algunos clientes ... por no suponer ello el mantenimiento de la comunicación con el público...»

Ver también sentencia de 7 de enero de 1954.

(90) Sentencia de 19 de diciembre de 1983.

(90 bis) Si nos circunscribimos al aspecto privado de la cuestión, porque desde el punto de vista fiscal siempre se han dado normas particulares sobre el tema. Por otro lado, la disposición no es totalmente novedosa, pues existe en otras legislaciones, como por ejemplo en la francesa.

(91) Joaquín Lanzas Galvache: «Disposiciones Generales de la Ley de Sociedades Anónimas según la Ley 19/1989, de 25 de julio. Fundación de la Sociedad Anónima», Conferencia

publicada dentro del tomo Ide Estudios sobre la reforma de la Legislación de Sociedades Anónimas, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990.

(92) De la Cámara y De Prada, ob. cit.

(93) La celebración de la Junta general ha de hacerse precisamente en la localidad que conste como sede social. Cfr. artículos 63 de la L.S.A. y 109 del Texto Refundido. Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1961 y 25 de noviembre de 1967.

(94) Cfr., por ejemplo, Resolución de la D.G.R.N. de 26 de octubre de 1989, de donde se desprende la posibilidad de la buena fe aún en contra de situaciones publicadas por el Registro Mercantil. En el caso concreto se rechaza esa buena fe porque se trata de una sola persona que tiene en prenda la totalidad de las acciones «y conoce indubitadamente la discordancia entre el contenido configurador del derecho real que ostenta y las previsiones estatutarias sobre el ejercicio de los derechos sociales en caso de pignoración de acciones».

(94 bis) Por tanto, no es el ámbito de actuación del actual artículo 21.4 del Código de comercio en la redacción dada por la Ley de 1989 cuando dice: «La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción.»

(95) No debe olvidarse la orientación jurisprudencial antes señalada, de donde se desprende la presunción de que domicilio estatutario o registral y domicilio real coinciden, pues el primero no se considera como ficticio.

En este punto ha de señalarse la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1988 (B.O.E. de 5 de mayo), según la cual cuando en el Registro aparece claramente el nombre y domicilio del titular debe citarse personalmente a juicio, no valiendo la citación por edictos. Esta sentencia corrobora la afirmación de que el tercero no puede, so pretexto de ampararse en una norma que le protege, producir ningún tipo de indefensión.

(96) Cfr. artículo 20.1 del Código de comercio, redacción de 1989. El principio de legitimación que consagra este precepto cubre, sin ningún género de dudas, los datos de hecho (como es el domicilio); así ocurre dentro del ámbito registral inmobiliario según entienden doctrina y jurisprudencia (cosa distinta es lo relativo a la fe pública) y con más razón puede sostenerse dentro del Registro Mercantil, cuyo contenido es más heterogéneo (cfr. art. 16 del Código de comercio).

(97) Lanzas Galvache, ob. cit.; según este autor ello quiere decir que, en definitiva, el párrafo en cuestión carece de valor; su supresión no alteraría para nada el régimen jurídico del domicilio de la sociedad anónima y su inclusión introduce un elemento de perturbación.

(98) Para la situación anterior a la reforma, vid. Peña, ob. cit., pág. 782.

(99) Una vez probada la discordancia podrán producirse otros efectos jurídicos, como, por ejemplo, la resolución del contrato de arrendamiento si el domicilio estatutario se considera como un local que está cerrado. Vid. supra sentencias de 7 de enero de 1954 y 30 de marzo de 1973.

(100) La aplicación del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria relativo al ejercicio de acciones contradictorias de dominio está bastante suavizado en la práctica (Sentencia de 5 de diciembre de 1983).

(101) La regulación sobre este punto no había existido en el Reglamento del Registro Mercantil. El Reglamento actual se remite sin más a las normas de la legislación hipotecaria: «Artículo 40. Rectificación de errores. La rectificación de errores en los asientos se realizará por los procedimientos y con los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria.» Esta remisión es totalmente insuficiente y debía haberse incluido una regulación propia de la

materia, ya que los tres supuestos de legitimación que existen para modificar el Registro de la Propiedad (están legitimados el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente que resulte lesionado por el asiento inexacto) no siempre son predicables respecto del Registro Mercantil; además, los distintos medios de rectificación (inmatriculación, reanudación del tracto sucesivo, rectificación de errores, resolución judicial) tampoco serán siempre utilizables. En la mayoría de los casos tendrá que ser la autoridad judicial (a falta de otros mecanismos) la que tenga que decidir sobre cuestiones mínimas, lo que tendría que haberse evitado mediante las oportunas previsiones.

(102) Estudios..., ob. cit.f págs. 686-688.

(103) Comentarios..., ob. cit., pág. 779.

(104) En términos parecidos se había manifestado con anterioridad, en relación con el Anteproyecto, Emiliano Cano Fernández: «Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad», en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 587, pág. 1283: «No tan acertada parece la regulación contenida en el párrafo segundo de dicho artículo cuando, con carácter imperativo, dispone que "deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuya explotación principal radique dentro de su territorio", y no la consideramos acertada porque el propio Anteproyecto prevé en el artículo 6 que la sociedad pueda tener varias explotaciones principales, lo que implica que cuando alguna de ellas se encuentra en país extranjero el precepto será imposible de aplicar, porque una cosa es decir que las sociedades que tengan su explotación principal en territorio español se regirán por la ley española, lo que constituirá una norma de Derecho internacional privado, y otra imponer que tengan domicilio en España sociedades que siendo extranjeras hayan trasladado su explotación principal, o alguna de ellas, a territorio español. Aquí el legislador se ha excedido, habida cuenta del criterio imperante en la actualidad de favorecer las inversiones extranjeras en nuestro país y de que al imponer el domicilio en España, de hecho, por aplicación del párrafo primero, les impone la nacionalidad española.»

(105) Artículo 2205 del Código civil italiano. Sobre este punto, con exposición de las distintas posturas de la doctrina italiana, Egea: Nacionalidad de las sociedades, ob. cit., págs. 14-17.

(105 bis) Sobre la nueva Ley portuguesa, cfr. nota 73.

(106) El criterio del «centro de explotación» o de «establecimiento principal» nació en la Jurisprudencia francesa de finales del siglo XIX. Posteriormente abandonado no está recogido en sentido estricto en la legislación actual. Vid. Loussouarn y Bredin, ob. cit.

(107) No debe olvidarse que al fin y al cabo es una ley de «adaptación» a la C.E.E.

(108) Programa General de 1961. Vid. supra.

(109) Ni parece posible que los impusiera, pues se trata de una cuestión que cae fuera del ámbito del Tratado de Roma. Cada país establece con libertad sus propios criterios, al igual que ocurre respecto de las personas físicas.

(110) Cfr. De la Cámara..., ob. cit., nota en págs. 686 y 687.

(111) Cfr. artículo 2.

(112) También puede sostenerse un concepto «apriorístico» de lo que es España.

(113) Cfr. artículos 17 y ss. del Código civil. Sobre esta cuestión, M. Peña: Comentarios..., págs. 562 y ss., en lo que se refiere a Gibraltar, 567 y ss. respecto de los territorios africanos, y 587 y ss. sobre el concepto de «nacer en España».

(114) También podría plantearse la hipotética cuestión de si es posible señalar como domicilio de una sociedad un navío o una aeronave militar, pues se consideran como parte del territorio citado a que pertenezcan (cfr. art. 11.1 del Código civil); el tema no puede llegar a surgir porque en la expresión del domicilio en los Estatutos ha de indicarse una localidad.

(114 bis) Hipótesis que sería bastante extraña, puesto que lo que se pretende es precisamente lo contrario: eludir la normativa española a pesar de realizar sus operaciones en territorio español (normalmente en la Costa del Sol).

(115) Cfr. Real Decreto-Ley de 31 de enero de 1985. También puede verse Real Decreto 122/1985, de 31 de enero, por el que se regula la concesión de autorizaciones de residencia en España a las personas originarias de la ciudad de Gibraltar; igualmente, Orden de 31 de enero de 1985 de la Presidencia del Gobierno por la que se regula el libre tránsito de personas, vehículos y mercancías entre Gibraltar y el territorio circunvecino.

(116) Si no es así no estaría constituida con arreglo al Derecho español.

(117) En este mismo ciclo de conferencias vid. Aurelio Menéndez y Antonio Rodríguez Adrados.

(118) Cfr. Anexo III del Reglamento Notarial. Téngase en cuenta el Convenio de Viena de 29 de abril de 1963, especialmente su artículo 5, f): «Las funciones consulares consistirán en: ...f) actuar en calidad de Notario, en la de funcionario del Registro Civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan a las leyes y reglamentos del Estado receptor.»

(119) Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros, Ponencia presentada al III Congreso Nacional del Notario español. Nos encontramos en presencia del llamado «principio de equivalencia de las formas» que tan exhaustivamente ha sido analizado por la doctrina notarial en general.

(120) La aplicación de la ley española plantea interrogantes que van más allá de una cuestión puramente formal. Especialmente puede resultar problemático el que la actual Ley de Anónimas establezca una serie de mecanismos que tienen como finalidad el lograr la realidad y veracidad tanto de aportaciones dineradas como no dinerarias (cfr. arts. 36 a 41 del Texto Refundido); si tales aportaciones se realizan en el extranjero el mecanismo de control que establece el legislador puede quedar en entredicho, pues el fedatario extranjero no se encuentra obligado por la normativa española. Por ello el control ha de venir a la hora de la calificación (como se ha dicho, de acuerdo con la ley española), siendo importante tener en cuenta que la legislación sobre inversiones extranjeras puede introducir en la práctica una importante desviación, puesto que, si es de aplicación, se exigirá la intervención de fedatario español (art. 16 del Real Decreto Legislativo de 1986 y 17 de su Reglamento).

(121) De la Cámara y De Prada, vid. supra, III.

(122) Ejemplos de la viabilidad del sistema nos lo brindan la legislación sobre inversiones extranjeras y sobre mercado de valores, ya expuestos.

(123) Construcción de una carretera, una presa u otra gran obra pública, por ejemplo.

(124) Vid. supra, VII

(125) Comentario al artículo 28 del Código civil, obra pendiente de publicación.

(126) Peña: Comentarios..., ob. cit., pág. 783.

(127) Cfr. artículo 40 de la Ley Hipotecaria; cfr. igualmente artículo 66, por analogía.

(128) Puede existir un interés legítimo en defender que una determinada autorización a una sociedad para realizar actividades en las que era necesaria la nacionalidad española estaba bien concedida.

Ha de tenerse en cuenta que en forma excepcional el Abogado del Estado ha asumido la defensa de una Resolución de la D.G.R.N. en vía judicial ordinaria en materia de nacionalidad (sentencia de la Sala Primera de 19 de septiembre de 1988).

Por otro lado, respecto de si es necesario que intervenga el Ministerio Fiscal (artículo 3.6 de su Estatuto Orgánico) por tratarse de materia relacionada con el quasi status civil de un sujeto de derecho (vid. supra, II) no parece que existan las mismas razones de interés público que cuando se trata de las personas físicas; además, el interés de la comunidad puede ser defendido por el Abogado del Estado, según se vio.

(128 bis) No cabe duda de la legitimación del Ministerio Fiscal para instar que la sociedad deje de considerarse como española en los supuestos de fraude a la hora de haberse fijado el domicilio (cfr. art. 24.1 del Código civil).

(129) Cfr. Garrigues: «Teoría general de las sociedades mercantiles», en *Revista de Derecho Mercantil*, 132-133, abril-septiembre 1974. A favor de la personalidad jurídica, Girón Tena: «Las sociedades irregulares», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, págs. 125 y ss.; también en *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid, 1955; en el mismo sentido, De la Cámara: *Estudios...*, ob. cit., páginas 176 y ss.

(130) Ya se trate de una sucursal «de hecho» o con las preceptivas autorizaciones y requisitos. Cfr. De la Cámara: *Estudios...*, ob. cit., pág. 836.

(131) Pérez Vera, Miaja de la Muela, Marín López. El argumento es el antiguo artículo 17 del Código de comercio (actuales 18 y 19), pues -se dice-no va a ser de mejor condición la sociedad extranjera que la española.

(132) Egea Ibáñez: *El reconocimiento de sociedades extranjeras*, ob. cit.

(133) Cuando se trata de una sociedad extranjera que realiza la adquisición de inmuebles o actos o contratos inscribibles respecto de los mismos no debe olvidarse que el artículo 383 del Reglamento Hipotecario exige que previamente la sociedad esté inscrita en el Registro Mercantil (incluso cuando son sociedades civiles con objeto mercantil -Resolución del a D.G.R.N. de 28 de junio de 1985-); a pesar de ello Egea Ibáñez no considera necesario que respecto de una sociedad extranjera se produzca esa previa inscripción, aunque entiende que el Registrador de la Propiedad ha de hacer una cuidadosa calificación tendente al reconocimiento de la sociedad que he hecho suponer exigir los mismos requisitos que si se fuera a realizar la apertura de una sucursal. Concretamente nos dice (R.D.N., ob. cit., págs. 172 y 173): «El Registrador de la Propiedad, en presencia de una S. Ex. que adquiere bienes inmuebles que se inscribe en dicho Registro, tiene que hacer una doble calificación:

1.º Una calificación de tipo general a la que se refiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando dice que el Registrador califica, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos, por lo que resulta de los documentos presentados y del contenido del Registro.

(134) El Notariado ha mostrado una gran preocupación sobre este punto; prueba de ello es la III Jornada Notarial Iberoamericana (Palma de Mallorca, 1987), cuyo tema II era «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido». Especialmente interesante (por suponer una adecuada exposición del Derecho comparado y de la situación doctrinal y legislativa) es la ponencia española presentada con ese mismo título por Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés (publicada por la *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1987).

(135) Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros, ob. cit., pág. 198. Incide este mismo autor en su trabajo «La multipropiedad», en R.D.N., 139, enero-marzo de 1988, en donde concluye (pág. 178) que a la multipropiedad debe aplicarse siempre el sistema inmobiliario español, sea cual fuere la forma bajo la que se organice (también la societaria) y sean cuales fueren los promotores y adquirentes de la multipropiedad. Esta aplicación de la legislación española deberá hacerse tanto desde un plano sustantivo, fiscal, como de control de cambios.

(136) Borrador de Anteproyecto de la Ley de Conjuntos Inmobiliarios (octubre de 1989). «Artículo 3.º Imperatividad de las normas. 1. Los actos y relaciones jurídicas sobre conjuntos inmobiliarios situados en España quedarán imperativamente sometidos a esta Ley y a los Tribunales españoles.

2. Son nulos los pactos que vinculen la titularidad de una propiedad separada o un derecho de goce a la cualidad de miembro de una sociedad o asociación, los pactos comunitarios que establezcan prohibiciones o restricciones sobre los terceros a quienes, a su vez, pueda transmitirse la propiedad o el goce, y los de sumisión o arbitraje, salvo si se conciertan una vez que haya surgido la cuestión disputada.»

Si tales previsiones legislativas llegan a buen término resulta obvio que, junto con el artículo 5 de la L.S.A., nos encontraremos con instrumentos legales suficientes para luchar contra la domiciliación de sociedades en el extranjero sin más finalidad que aludir la normativa española. Pero mientras tanto ¿cómo y quién va a impugnar una transmisión de acciones hecha en el extranjero, que encubre una transmisión de un inmueble en España? (cfr. arts. 9.11, 10.3 y 10.5 del Título Preliminar del Código civil). Ahora bien, desde el punto de vista fiscal no hay que olvidar que ya el actual artículo 108.1 de la Ley de Mercado de Valores establece que tributarán por concepto de «Transmisiones Patrimoniales onerosas» las transmisiones de valores que representen partes del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones u otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades.

(137) Siempre es posible que antes se realice si se descubre fraude (arts. 6.4 y 12.4 del Código civil).

(138) Solución similar se adopta en el Código de sociedades portugués de 1986, artículo 4.º; ahora bien, transcurrido un año desde que se ejerza actividad en el país, si no se ha creado un establecimiento permanente, es el Ministerio Público o cualquier interesado quienes están legitimados para pedir la liquidación del patrimonio situado en Portugal.

(139) Vid. De la Cámara, ob. cit., págs. 815 y ss.

(140) Cfr. artículo 5 de la Ley y del Reglamento de I.E. (141) Las particularidades que se apartan de lo dicho son las siguientes: en Dinamarca el documento escrito donde se prepara la inscripción registral puede ser autenticado por Notario, Abogado o dos testigos; en Gran Bretaña, «Memorándum» (correspondiente a nuestra escritura de constitución) sólo es necesario que lleve certificada cada firma por un testigo; en Grecia no es necesaria la inscripción en ningún Registro (pero sí su publicación en el Diario Oficial de las Sociedades); en Irlanda ocurre igual que en Gran Bretaña (con alguna otra particularidad, como el requisito de ser los Estatutos impresos y extendidos en papel timbrado); en Italia existe, además de la actuación notarial y registral, un control judicial; en Luxemburgo la actuación notarial se hace por acta; en Holanda también se procede notarialmente por acta.

(142) En ocasiones será suficiente la apostilla del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961.

(143) Sobre este punto hemos de destacar la existencia de la XI Directiva de 21 de diciembre de 1989, «relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado», notificada oficialmente a España en enero de 1990. De acuerdo con esta Directiva, ha de tenerse en cuenta que la creación de una sucursal y la constitución de una filial son posibilidades que en el momento actual tiene una sociedad para ejercer su derecho de establecimiento en otro Estado miembro; por otro lado, se destaca cómo el régimen jurídico (en particular en el ámbito de la publicidad) genera disparidad en cuanto a la protección de los socios y los terceros entre las sociedades que operan en otros Estados miembros creando sucursales y las que lo hacen constituyendo sociedades filiales; por ello (en cuanto una sucursal puede tener una influencia económica similar a la de una filial) se considera necesario armonizar el régimen de su publicidad, en forma tal que pueda aprovecharse ya existente respecto de las sociedades (cualquier información respecto de la sociedad puede obtenerse en su registro) y que se evite cualquier discriminación por causa del país de origen de las sociedades. La regulación se hace distinguiendo entre sucursales de sociedades de otros Estados miembros y sucursales de sociedades de terceros Estados.

Las orientaciones de esta XI Directiva han sido tenidas en cuenta por el nuevo Reglamento del Registro Mercantil (sin que aquí hagamos la crítica de en qué punto se ha realizado o no un reflejo adecuado). Por lo que nos interesa, podemos destacar los artículos 259, 264 y 268.

(144) Vid. supra, en VI.3.

(145) Vid. lo dicho a propósito de la sociedad anónima española cuya escritura ha sido otorgada en el extranjero.

(146) Será necesario solicitar una denominación que sea nueva y diferente en relación con las demás sociedades españolas. Sobre este punto cfr. los nuevos artículos 360 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil. La sucursal, que ha dejado de serlo, podrá adoptar la misma denominación que la antigua sociedad matriz, salvo que dicha denominación tuviere cierta «notoriedad». En efecto, dice el artículo 372 del Reglamento: «1. No se podrán inscribir en el Registro Mercantil las sociedades o entidades cuya denominación sea idéntica a alguna de las que figuren incluidas en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central.

2. Aun cuando la denominación no figure en el Registro Mercantil Central, el Notario no autorizará, ni el Registrador inscribirá, sociedades o entidades cuya denominación les contes por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española.» Mientras que la sucursal sea tal, no hay obstáculo a que utilice la misma denominación que una sociedad española (cfr. Resolución de la D.G.R.N. de 11 de septiembre de 1990).

(146 bis) Es de destacar que en la inscripción de la primera sucursal establecida por sociedad extranjera no tiene que reflejarse el capital de la sociedad extranjera, pero sí los datos registrales que permitan conocerlo acudiendo al Registro extranjero (lo que no será siempre viable fuera del ámbito de la C.E.E.). Vid. artículos 261 y 264 del Reglamento del Registro Mercantil.

(147) Pudiere ocurrir que la sucursal que pasa a ser sociedad anónima española lo hubiera sido de una sociedad fundada en el extranjero por españoles residentes en España (cfr. legislación sobre inversiones españolas en el exterior).

(148) Víctor Garrido Palma, en la obra colectiva Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación, Madrid, 1989, pág. 93.

(149) El reflejo en la legislación española de este Convenio se encuentra en el artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

(150) Sobre este punto, Manuel Desantes Real: La competencia judicial en la Comunidad Europea, Barcelona, 1986.

Artículo 5: «Las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: ... 5. Si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualesquiera otros establecimientos, ante el Juez del lugar donde se hallen.»

(151) Sentencia de 6 de octubre de 1976. Asunto «De Bloos». Vid. Desantes, ob. cit, págs. 320-321.

(152) Sentencia de 22 de noviembre de 1978.

(153) Sentencias del T.S.C.E. de 18 de marzo de 1981.

(154) Egea Ibáñez: Nacionalidad de las sociedades, ob. cit, pág. 28.

(155) Una exposición general de la problemática se encuentra en Loussouarn y Bredin, ob. cit, págs. 289 y ss.; junto al planteamiento general se hace también una exposición de las diversas posturas doctrinales. En España vid. Egea Ibáñez en la obra última citada, que sigue a estos autores para su exposición.

(156) De la Cámara, Peña y Egea.

(157) M. Peña: Comentarios..., ob. cit., pág. 782. En el mismo sentido, De la Cámara: Estudios..., ob. cit, pág. 708.

(158) Artículo 89: «Cuando una sociedad extranjera adquiera nacionalidad española, se hará constar necesariamente en la inscripción: su domicilio en España; el balance del día anterior al acuerdo de cambio de nacionalidad; el capital social y el valor del patrimonio líquido que resulte del balance, expresados en moneda española al tipo de cotización oficial, y las demás circunstancias precisas para la inscripción primera de la sociedad, según su clase, si no constaren en las inscripciones anteriores. En su caso se observará lo dispuesto en el artículo anterior.»

(159) Ello supone reconocer una cierta existencia de la sociedad por encima del reconocimiento que de ella hagan los Ordenamientos jurídicos.

(160) Estudios..., ob. cit., pág. 708.

(161) Artículo 273: «1. Cuando un empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española traslade su domicilio a territorio nacional, se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la Ley española y se hallen vigentes en el Registro extranjero.

Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero.

2. Será preciso, además, el depósito simultáneo en el Registro Mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado.»

(162) Estudios..., ob. cit., pág. 709.

(163) Incluso lo entiende el autor citado para el caso de que ya se hubieran cumplido las formalidades administrativas cuando se abrió una sucursal, pues hay «ampliación» del «establecimiento».

(164) En sus Estudios..., reiteradamente citados, págs. 706-708.

(165) Comentarios..., ob. cit., pág. 783.

(166) Nacionalidad de las sociedades, ob. cit, págs. 34-35.

(166 bis) Vid. supra, VII y 2.

(167) Artículo 149.2: «El acuerdo consistente en transferir al extranjero el domicilio de la sociedad sólo podrá adoptarse cuando exista un Convenio internacional vigente en España que lo permita, con mantenimiento de su misma personalidad jurídica.

Los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán derecho de separación en los mismos términos y con las mismas consecuencias establecidas en el artículo 147.»

En cuanto al Reglamento del Registro Mercantil, vid. artículo 160.1. El artículo 160.2 exige que en la inscripción del traslado del domicilio al extranjero se hagan constar (además de lo establecido para los casos de sustitución de objeto) los datos relativos al Convenio internacional en que se funda el acuerdo social y su justificación, con expresión de la fecha y número del Boletín Oficial del Estado en que se hubieran publicado el texto del Convenio y el instrumento de ratificación.

(168) En la redacción que se había dado en el Borrador del Reglamento del Registro Mercantil.

(169) Nada extraño que así ocurra en régimen de reciprocidad dentro de la C.E.E. y en desarrollo del mandato del artículo 220 del Tratado de Roma.

(170) No obstante, no hubiera habido ningún inconveniente en atribuirle una mayor competencia residual para convertirlo en una auténtica pieza de cierre total del sistema (no lo es en su integridad), como, por ejemplo, declarando su competencia para aquellos hechos o actos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales que impidan el funcionamiento del Registro correspondiente (art. 18 de la Ley de Registro Civil) o encomendándole la registración de las sociedades que presentan particularidades en su ubicación geográfica (Agrupaciones Europeas de Interés Económico -cfr. art. 233 del Reglamento del Registro Mercantil- o sociedades constituidas al amparo de una norma supranacional).