

# TRASLADO DE LA SEDE SOCIAL (SEDE DE DIRECCION) EN EL AMBITO DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

(Comentario a la Sentencia del T. J. C. E. de 27 de septiembre de 1988— Reino Unido/Daily Mail and General Trust PLC—. Asunto 81/87)

Por NEMESIO VARA DE PAZ (\*)

## SUMARIO

1. SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES.—2. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN GENERAL.—3. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL ÁMBITO SOCIETARIO: LA TRANSMISIÓN DE LA SEDE SOCIAL O SEDE DE DIRECCIÓN.

### 1. SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES

Se nos presenta en la sentencia que pasamos a comentar un litigio, pendiente de resolución ante la «High Court of Justice Queen's Bench Division», entre la Sociedad Anónima «Daily Mail and General Trust PLC» y el Tesoro Público británico, en relación, fundamentalmente, con la interpretación y subsiguiente aplicación de los arts. 52 y 58 del TCEE (1). En concreto, la

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid.

(1) Art. 52: «En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro serán suprimidas de forma progresiva durante el período

cuestión planteada, por primera vez, era la de saber si esa sociedad anónima británica podía cambiar su «sede de dirección» a los Países Bajos sin necesidad de obtener una autorización previa del Gobierno del Reino Unido. La legislación británica parecía dar, a este respecto, una respuesta negativa, pues si bien, según el derecho de sociedades, una sociedad tal como la demandante, constituida conforme al derecho inglés y con sede estatutaria en el Reino Unido, podía establecer su sede de dirección y su administración central fuera de su país sin perder su personalidad jurídica o su cualidad de sociedad de derecho británico, por otro lado, sin embargo, una ley fiscal de 1970 relativa al impuesto sobre la renta y sobre las sociedades («Income and Corporation Taxes Act 1970»), prohíbe a las sociedades que tengan su residencia fiscal (considerada como lugar o sede donde la dirección está situada) en el Reino Unido cambiar esa residencia sin la autorización del Tesoro. La razón fundamental de tal prohibición se basaba, por lo que respecta a nuestro caso, en que las plusvalías generadas en el Reino Unido escapaban al impuesto británico una vez que la sociedad trasladase su sede de dirección a los Países Bajos.

Ante esta situación, la Sociedad Anónima «Daily and General Trust PLC» sostenía que los arts. 52 y 58 del TCEE, relativos a la libertad de establecimiento, le conferían el derecho a trasladar su sede de dirección a cualquier otro Estado miembro de la Comunidad sin necesidad de obtener ninguna autorización previa o el derecho de obtener una tal autorización sin condiciones, pues el traslado de la sede de dirección constituiría el esta-

---

transitorio. Dicha supresión progresiva se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo 2 del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales».

Art. 58: «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».

blecimiento en ese otro país comunitario, al corresponderse tal cambio con una actividad económica real y efectiva.

Por el contrario, el Gobierno del Reino Unido considera que la fijación de la sede de dirección en otro país comunitario no implica necesariamente una actividad económica real y efectiva sobre el territorio de ese otro Estado miembro y no podía, por consiguiente, considerarse como establecimiento en el sentido de los arts. 52 y 58 del TCEE.

Finalmente, en sus observaciones la Comisión señala que en el estado actual del derecho comunitario, las condiciones en base a las cuales una sociedad puede trasladar su sede de un Estado miembro a otro, dependen siempre del derecho nacional del Estado donde ha sido constituida y del derecho del Estado de acogida. De acuerdo con lo anterior, la Comisión considera que en el supuesto contemplado por la sentencia que comentamos, el traslado de la sede de dirección es un derecho protegido por el art. 52 del TCEE, ya que tanto el derecho inglés como el derecho neerlandés permiten el traslado de la sede de dirección de la sociedad sin que esta última pierda su personalidad jurídica como sociedad de derecho inglés.

En base a este supuesto de hecho, y después de haber tenido en cuenta las anteriores alegaciones, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resuelve la demanda a él dirigida, en aplicación del art. 177 del TCEE, por la «High Court of Justice, Queen's Bench Division», señalando que los arts. 52 y 58 del Tratado no confieren ningún derecho a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y en la cual tiene su sede estatutaria, para trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro. Considera el Tribunal que, contrariamente a las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un orden jurídico y, en el estado actual del derecho comunitario, de un orden jurídico nacional, no teniendo existencia más que a través de las diferentes legislaciones que determinan su constitución y funcionamiento.

## 2. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN GENERAL

De la exposición que hemos realizado del supuesto de hecho, alegaciones y decisión del Tribunal, se deriva la conveniencia, antes de comentar más detenidamente la sentencia, de presentar un cuadro introductorio y genérico sobre la libertad de establecimiento y también sobre la libre prestación de

servicios, con objeto de poder encajar en él, sin estridencias, las piezas sueltas que vayamos encontrando al resolver este supuesto de la práctica.

En este sentido, creemos conveniente volver a recordar algunas cuestiones que, aun siendo muy generales, tienen interés en este contexto. Podríamos comenzar diciendo que el «programa máximo» que se pretende realizar, dentro del ámbito comunitario, es la unión europea en todos los campos. Las dificultades, de todo orden, que tal tarea conlleva, han limitado, momentáneamente, las aspiraciones a la consecución de un «programa mínimo», cuyo fin es crear una infraestructura económica unitaria, dejando vía libre, dentro de las fronteras comunitarias, a los distintos factores de la producción. El logro de este último objetivo no significa renunciar al primero.

Como también es sabido, la unión económica se cimenta bajo el principio de la libre circulación, que se concreta en la libre circulación de mercancías (arts. 9 a 37 del TCEE), libre circulación de trabajadores (arts. 48 a 51 del TCEE) y libre circulación de capitales (arts. 67 a 73 del TCEE). Todas estas libertades son necesarias para el adecuado funcionamiento de la libertad de establecimiento (arts. 52 a 58 del TCEE) y de la libre prestación de servicios (arts. 59 a 66 del TCEE).

Hay que partir de que el núcleo central de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, está en la equiparación de tratamiento entre los nacionales de los distintos países comunitarios y los ciudadanos del Estado miembro donde tales libertades se hacen efectivas, en relación al ejercicio de actividades económicas no asalariadas (2). Con ello se propende a poner más el acento en la igualdad de trato que el Estado destinatario del establecimiento o de la libre prestación de servicios debe dar tanto a sus propios nacionales como a los nacionales de los demás Estados miembros. A primera vista, parecería que el Estado originario de la persona física o jurídica quedaría al margen de cualquier obligación. Sin embargo, esto no es así, sino que, por el contrario, se debe partir de que la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios no solamente suponen que el Estado destinatario da un trato de igualdad para todas las personas de cualquier país comunitario en relación con sus propios nacionales, sino que

---

(2) En este sentido, el derecho de establecimiento no es más que una aplicación del principio general establecido por el art. 7 del TCEE, en base al cual se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad. Vid. G. VEZZOSO: «Commento al programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento negli Stati membri della CEE», en *Riv. Soc.*, 1976 pág. 709.

también obliga al Estado originario a suprimir cualquier obstáculo que impida a sus propios nacionales establecerse o prestar sus servicios en cualquier otro Estado miembro de la Comunidad.

Por otra parte, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios así configurada podría ser, en muchas ocasiones, mucho más teórica que efectiva y real, si tenemos en cuenta que ese tratamiento igual que es la esencia de tales libertades, presupone igualdad de condiciones entre los nacionales del Estado destinatario y de los demás países comunitarios, que no siempre se da. Por eso, para hacer realmente efectivos esos derechos, el de establecimiento y la libre prestación de servicios, junto a las Directivas que han tenido por objeto la supresión directa de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (arts. 54-2 y 63-2 del TCEE) (3), existen otras Directivas que tienden a hacer realmente efectivas la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Dentro de estas últimas, existen Directivas que tienen por objeto erradicar las desigualdades de partida entre los nacionales del Estado destinatario y de los demás Estados miembros, lo que impide, de hecho, como sabemos, un tratamiento igual entre unos y otros. Con este fin se han dado las Directivas relativas a la coordinación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de cada uno de los Estados miembros de la Comunidad (arts. 56-2 y 57-2 y 3 del TCEE). Otro segundo grupo de Directivas tienden a hacer reales la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, dando un tratamiento igual a condiciones, en principio, desiguales. Entre ellas se encuentran las Directivas que tienen por objeto el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos (art. 57-1 del TCEE). Finalmente, podemos citar a un tercer grupo de Directivos que sólo tienen sentido en defecto de las anteriores y, por ello, establecen una serie de medidas transitorias cuya validez termina en el momento en que se produce el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos y la coordinación de disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas de los distintos Estados miembros (artículo V del Programa General para la supresión de restriccio-

---

(3) Este tipo de Directivas ha dejado de ser realmente necesario a partir del 31 de diciembre de 1969, fecha en que finaliza la llamada etapa transitoria (art. 8-1 del TCEE). Esta interpretación es corroborada por la jurisprudencia comunitaria y también por la actuación de la Comisión al retirar numerosas Propuestas de Directivas tendentes a la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

nes a la libertad de establecimiento y artículo VI del Programa General para la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios) (4).

Pues bien, con todas estas técnicas legislativas tendentes a facilitar y a hacer más real el derecho de establecimiento, sucede también que no sólo deben hacerse efectivas en el Estado destinatario del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, sino también en el Estado de origen al que pertenecen las personas que pretenden ejercitar esos derechos, removiendo en él también los obstáculos que impiden su puesta en práctica. En efecto, lo mismo que, como vimos, puede existir libertad de establecimiento y libre prestación de servicios formales pero, quizás, no reales, aun cuando en el Estado destinatario se dé el mismo tratamiento a los extranjeros que a los propios nacionales, por las condiciones de desigualdad de las que parten unos y otros, de la misma forma *puede existir libertad de establecimiento y libre prestación de servicios formales pero no reales cuando el Estado de origen, basándose en su régimen de nacionalidad o constitución, no permite el establecimiento o prestación de servicios en otros Estados miembros de la Comunidad, conservando al mismo tiempo la nacionalidad de origen.*

Otro punto a destacar en este apartado introductorio, en el que ahora nos movemos, es que el concepto de libertad de establecimiento se vincula a la permanencia de la persona, que ejercita tal derecho, en el país comunitario donde se realiza la actividad económica no asalariada, constitutiva del derecho de establecimiento. Precisamente, aun cuando se realice una actividad económica no asalariada no estamos frente al temario de la libertad de establecimiento, sino ante una cuestión relativa a la libre prestación de servicios (arts. 59 a 66 del TCEE) si el prestatario del servicio se traslada al territorio del destinatario, residiendo en él durante un cierto tiempo, siempre que se excluya toda instalación estable y permanente en el país del destinatario de la prestación (5).

Finalmente, antes de concluir este cuadro general e introductorio, es preciso también destacar las excepciones más importantes que pueden darse a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. En primer

---

(4) Ambos Programas fueron aprobados por el Consejo el 18 de diciembre de 1961 (JO, 2, 15 de enero de 1962, págs. 32 y 36).

(5) Para una mayor matización de esta cuestión, vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA-CALVO CARAVACA: *Libertad de Establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1988, pág. 14.

lugar, hay actividades exceptuadas por motivos de orden público, seguridad pública y salud pública (arts. 56 y 66 del TCEE). En segundo lugar, existen actividades exceptuadas por participar en el ejercicio de la autoridad pública (arts. 55 y 66 del TCEE). Finalmente, existen otras excepciones basadas en el incumplimiento de ciertas condiciones previstas en el Tratado y en los Programas Generales para suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Así, por ejemplo, el art. 57-3 del TCEE subordina la supresión de las restricciones en materia de establecimiento de las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas a la coordinación de las condiciones del ejercicio de la profesión en los diferentes Estados miembros. De la misma forma, en el Programa General para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento, se señala que en materia de seguros directos, salvo el seguro de vida, el levantamiento de las restricciones para la creación de agencias o de sucursales se subordina a la coordinación de las condiciones de acceso y de ejercicio (tít. V, C). A la misma coordinación se subordina el levantamiento de restricciones para la creación de agencias o sucursales en el seguro de vida (tít. IV, D) y la supresión de restricciones en materia de transportes (tít. IV, G).

### 3. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES: LA TRANSMISIÓN DE LA SEDE SOCIAL O SEDE DE DIRECCIÓN

La decisión que da Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la cuestión prejudicial que le presenta la «High Court of Justice Queen's Bench Division» es, a los efectos que ahora interesa, la siguiente: «Los artículos 52 y 58 del tratado deben ser interpretados en el sentido de que ellos no confieren ningún derecho, en el estado actual del derecho comunitario, a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, en el que tiene su sede estatutaria, para trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro». Esta decisión, a nuestro juicio, no contesta adecuadamente a la cuestión prejudicial que se le plantea que, en sustancia, no es otra sino la de saber si los arts. 52 y 58 del TCEE prohíben la aplicación de la legislación fiscal británica, que somete el traslado de la sede de dirección de la sociedad «Doily Mail and General Trust PLC» a los Países Bajos, a una autorización por parte del Tesoro Público británico. Pues bien, de la exposición seguida por la «Cour», si bien el Tribunal no descende lo necesario al supuesto de hecho, parece que da a tal cuestión una respuesta

negativa, de tal forma que la sociedad «Daily Mail and General Trust PLC» no tendría derecho, en base a los arts. 52 y 58 del TCEE, a trasladar su sede de dirección a los Países Bajos sin la autorización del Tesoro Público británico.

Por el contrario, a nuestro juicio, el traslado de la sede social, en este caso, está protegido por el derecho comunitario sobre libertad de establecimiento, por encima de la legislación fiscal británica. No hay que olvidar que la libertad de establecimiento supone, en esencia, igualdad de trato entre los nacionales de los distintos Estados miembros y los ciudadanos del Estado destinatario donde tal libertad de establecimiento se hace efectiva. Si esto es así, no cabe duda que la persona beneficiaria del derecho a la libertad de establecimiento debe ser nacional, pertenecer a uno de los Estados miembros de la Comunidad, sin dejar de perder tal condición por el hecho de establecerse en otro país comunitario (6). En este sentido, no existe problemática alguna cuando quien pretende beneficiarse de la libertad de establecimiento es una persona física, pues su desplazamiento no acarrea, en principio, la pérdida de la nacionalidad y, además, se permite expresamente por la Directiva 73/148 del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la residencia de los ciudadanos de los Estados miembros en el interior de la Comunidad, en materia de establecimiento y de prestación de servicios (*JOL* 172, pág. 14). Esto es, cuando se trata de personas físicas, la propia normativa comunitaria se ha encargado de impedir

---

(6) Existe una idea muy generalizada según la cual el TCEE abandona el concepto de nacionalidad cuando de personas jurídicas se trata. A nuestro juicio, sin embargo, el concepto de nacionalidad juega también en el sector de las personas jurídicas en materia de libertad de establecimiento, pues el derecho de establecimiento se concede a una persona jurídica de un país miembro, en definitiva, a un *nacional*. Cuestión distinta es que el art. 58 del TCEE requiera para ser beneficiario del derecho de establecimiento que la sociedad se haya constituido de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentren dentro de la Comunidad. Con ello, el TCEE no abandona el concepto de nacionalidad (en realidad, puede tratarse de una cuestión nominalista, de un mero juego de palabras), y por eso se refiere a la constitución de acuerdo con la legislación de un Estado miembro. Lo que sucede es que junto a este requisito se requieren suplementariamente otros puntos de contacto (sede social, administración central o centro de actividad principal) dentro de la Comunidad y no ya necesariamente dentro del Estado de acuerdo con cuyo ordenamiento la sociedad se constituyó. En cualquier caso, como hemos dicho, el TCEE sigue contemplando el concepto de nacionalidad, por cuanto sólo son beneficiarios del derecho de establecimiento las sociedades pertenecientes a uno de los países miembros de la Comunidad.



al Estado de origen, al que pertenecen tales personas, que ponga cualquier tipo de obstáculo a sus propios nacionales en relación con el ejercicio del derecho comunitario sobre la libertad de establecimiento. Por el contrario, cuando, como sucede en este caso concreto, quien pretende beneficiarse de la libertad de establecimiento es una sociedad, persona jurídica, los ordenamientos internos de los distintos Estados miembros pueden, de hecho, conculcar el derecho comunitario relativo a la libertad de establecimiento cuando el ejercicio de tal derecho conlleva la pérdida de la nacionalidad, personalidad jurídica, pertenencia o vinculación al ordenamiento interno del Estado de origen. No olvidemos que, como señala el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia que comentamos, las sociedades no tienen existencia más que a través de las diferentes legislaciones que determinan su constitución y funcionamiento. En este sentido, cuando la existencia de la sociedad se condiciona, como sucede en la práctica totalidad de las legislaciones europeas (7) a la localización de la sede de dirección en el Estado conforme a cuya legislación la sociedad se constituye, el traslado de la sede de dirección a cualquier otro Estado miembro de la Comunidad no se vería protegido por la normativa comunitaria sobre libertad de establecimiento, al haber perdido la sociedad su personalidad jurídica originaria, cuya conservación, como vimos, forma parte del concepto comunitario relativo a la libertad de establecimiento (8). Con esta solución, vemos cómo en la mayoría

---

(7) Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA-CALVO CARAVACA: *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades...*, cit., pág. 99. Vid. también QUADRI-MONACO-TRABUCCHI: «Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea», *Commentario*, vol. III, arts. 137-248, Milán, 1965, pág. 1597. La mayoría de los Estados vinculan la sociedad a su ordenamiento sobre la base del sistema de la sede social real, que no tiene en cuenta el lugar donde la sociedad se ha constituido. Por el contrario, otros países, como el Reino Unido, realizan tal vinculación sobre la base del sistema de incorporación, esto es, la sociedad pertenece al país a quien corresponde el ordenamiento bajo el que se ha constituido, cualquiera que sea el lugar de la sede real. Vid. M.-F. SCHMIDT: «Etablissement et services», *Commentaire*, en GIDE-LOYRETTE-NOUËL: *Dictionnaire du Marché Commun*, pág. 54.

(8) En definitiva, esto es lo que viene a decirnos F. CAPOTORTI: «La società nella Comunità Europea. Il diritto di stabilimento», en *Il Diritto delle Società nella Comunità Economica Europea*, Padova, 1975, pág. 15, cuando señala que para que la transmisión de sede se pueda enumerar entre las formas de ejercicio del derecho de establecimiento, son necesarios dos requisitos: en primer lugar, que la personalidad de la sociedad se mantenga a pesar de la transmisión de un Estado a otro y que el ligamen con la ley de origen se conserve, es decir, que la sociedad continúe vinculada a la ley de origen y no se considere ligada en adelante, prevalentemente, con la ley del país donde se ha trasladado.

de las legislaciones europeas se da el contrasentido de que mientras un empresario, persona física, puede localizar la dirección de la empresa en cualquier Estado miembro de la Comunidad, una sociedad se vería impedida a hacer lo mismo por la normativa interna de acuerdo con la cual la sociedad fue constituida. Sin duda esto último es lo que está presente en el art. 220 del TCEE cuando señala que los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar en favor de sus nacionales el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 y el mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades en caso de traslado de su sede de un país a otro.

Sin embargo, en el supuesto concreto que analizamos, no se dan las circunstancias anteriores. Por el contrario, la Sociedad Anónima «Daily Mail and General Trust PLC», puede trasladar su sede de dirección a los Países Bajos sin perder su personalidad jurídica, o, si se quiere, su nacionalidad de derecho inglés. Lo anterior se deduce, sobre todo, del material adjunto a la sentencia que comentamos. En él se nos dice que según la legislación británica en materia de derecho de sociedades, hay una distinción entre sede estatutaria y sede de dirección. La nacionalidad de la sociedad depende de la sede estatutaria, su residencia, de la localización de la sede de dirección, y esta última sede de dirección podría trasladarse a otro país sin que ello influya sobre la nacionalidad de la sociedad. Esto es así, además, porque aun cuando la legislación fiscal impide, sin autorización, el traslado de la sede de dirección, el incumplimiento de tal normativa no se sanciona con la pérdida de la nacionalidad o extinción de la personalidad jurídica, lo que, por otra parte, no podría hacerse, pues se violentaría la normativa societaria de derecho sustantivo. En consecuencia, como, en este caso concreto, el traslado de la sede social no conlleva la pérdida de la nacionalidad o personalidad jurídica originaria, ha de aplicarse la normativa comunitaria sobre derecho de establecimiento, permitiendo a la sociedad inglesa «Daily Mail and General Trust PLC» trasladar su sede de dirección a los Países Bajos sin autorización del Tesoro Público británico. La legislación fiscal británica no puede prevalecer sobre el derecho de establecimiento comunitario, al ser, como vimos, un derecho directamente aplicable una vez transcurrida la etapa transitoria. La solución contraria que parece defender el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sin duda quiere evitar los perjuicios fiscales que, en otro caso, se ocasionarían al Gobierno del Reino Unido. Ahora bien, no está justificado, en ningún caso, basarse en una falta de armonización fiscal para cercenar la normativa comunitaria sobre libertad de establecimiento. Por

otra parte, si el legislador británico quiere evitar tal perjuicio fiscal, podría modificar para lo sucesivo la normativa sobre la conservación de la nacionalidad o personalidad jurídica de las sociedades, vinculándolas a la localización de la sede de dirección en su propio país o bien modificar su propia legislación fiscal gravando, por ejemplo, en el caso de traslado de la sede de dirección a otro país comunitario, las plusvalías hasta entonces generadas.

En segundo lugar, tampoco creemos que se pueda denegar a la Sociedad Anónima «Daily Mail and General Trust PLC» el traslado de su sede de dirección a los Países Bajos en base a las alegaciones que hace el Gobierno del Reino Unido relativas a que el traslado de la sede de dirección no implica necesariamente una actividad económica real y no podría, por consiguiente, considerarse como establecimiento en el sentido de los arts. 52 y 58 del TCEE. Es cierto que el derecho comunitario sobre libertad de establecimiento se circunscribe a la posibilidad que tienen los nacionales de los distintos Estados miembros para ejercer *una actividad económica independiente, no asalariada*, en cualquier otro país comunitario y en igualdad de condiciones con los ciudadanos de este último. Para el ejercicio de esa actividad económica independiente se le permite trasladar al país destinatario, bien el establecimiento principal o primario (art. 42, prf. 1. primera frase), o bien un establecimiento secundario —agencia, sucursal o filial— (art. 52, prf. 1, segunda frase). La duda es si se puede considerar como establecimiento principal, protegido por el derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento, el traslado de la sede de dirección a otro país comunitario, por cuanto el ejercicio de la actividad económica independiente se puede ejercitar sin el traslado de la sede de dirección y porque también se puede entender que la llevanza de la dirección no cae dentro del concepto de actividad económica independiente, al ponerse el acento más en las instancias decisorias que en la realización material de las operaciones. Sin embargo, parece claro y hasta generalizado que dentro del llamado establecimiento principal o primario cabe incluir el traslado de la sede de dirección por sí sólo. A nuestro juicio, que el cambio de dirección cae dentro del derecho de establecimiento (principal) parece evidente si tenemos en cuenta que dentro del establecimiento (secundario) se incluye la instalación de agencias («Bürobetriebe») cuya función consiste, fundamentalmente, en realizar trabajos de carácter administrativo, en definitiva, tareas de gestión menos cualificadas que las llevadas a cabo en la sede de dirección de las sociedades (9).

(9) No parece, por el contrario, que sea un argumento de peso para considerar el traslado de la sede de dirección como formando parte del derecho comunitario de

Cuestión distinta hubiera sido la posibilidad de impedir el cambio de sede de dirección alegando, lo que en términos de derecho interno se conoce como fraude a la ley, teniendo en cuenta que el fin principal, según se nos dice en la sentencia, del cambio de sede de dirección, era evitar, fundamentalmente, el impuesto sobre plusvalías británico. A esto se refiere el Gobierno del Reino Unido cuando dice que aun cuando el art. 52 del tratado confiriese a las personas jurídicas el derecho de trasladar su residencia —cosa que él niega—, este derecho debería sufrir una excepción cuando el único o el principal objetivo del traslado de residencia es permitir a la sociedad escapar de las disposiciones fiscales del Estado en el cual ella tenía anteriormente su residencia. En este sentido se señala que la «Cour» ha establecido en su jurisprudencia un principio en virtud del cual los particulares no pueden utilizar las libertades comunitarias con el fin de sustraerse a la aplicación de las reglas nacionales legítimas. El principio, sigue señalando el Gobierno del Reino Unido, significaría que no se puede hacer uso de estos derechos cuando se reivindican única o principalmente para sustraerse a la aplicación de las reglas nacionales legítimas (aquí, al impuesto británico). El principio precitado volvería, según el Gobierno del Reino Unido, legítima una disposición nacional que permita a las autoridades actuar sobre el traslado de residencia de las sociedades cuando este traslado tienda exclusivamente o principalmente a evitar la sujeción a la fiscalidad británica. En cualquier caso, puesto que la sentencia no camina en esta dirección, tenemos excusa para evitar ahora cualquier incursión en este sentido.

Finalmente, parece claro que la cuestión planteada en este supuesto queda lejos del capítulo de «excepciones a la libertad de establecimiento» (por motivos de orden público, seguridad pública, salud pública...) al que aludíamos en el anterior epígrafe al hablar de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en general.

---

establecimiento, el que el art. 52, párf. 2, señale que la libertad de establecimiento comprenderá la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades. No creemos que la gestión de empresas, a que hace referencia el precepto, pueda asimilarse al traslado de la propia sede de dirección, sino a la posibilidad que tiene, a los efectos que ahora interesa, una sociedad de un Estado miembro, para constituir y gestionar otras empresas (sociedades) en cualquier otro país comunitario. Vid. M. DE DOMINICIS, en QUADRI-MONACO-TRABUCCHI: «Tratatto Istitutivo de:a Comunità Economica Europea», *Commentario*, vol. I, arts. 1-84, Milán, 1965, págs. 412 y 463.

CRONICAS

