

El derecho de separación del accionista en los supuestos de traslado del domicilio social, con particular referencia a la Sociedad Anónima Europea.

BIB 2007\3493

Luisa María, Esteban Ramos. Profesora de Derecho Mercantil. Facultad de CC.EE.EE. de la Universidad de Valladolid

Publicación:

Revista de Derecho Mercantil num.266/2007
Editorial Civitas, SA

SUMARIO

-
- [1.El derecho de separación del accionista](#)
 - [2.El derecho de separación como consecuencia del traslado del domicilio social de una sociedad anónima española al extranjero](#)
 - [3.El derecho de separación del accionista en los supuestos de traslado del domicilio de una sociedad anónima europea de un estado miembro a otro](#)
-

El trabajo pretende poner de manifiesto las dudas que se suscitan en torno a la conveniencia de mantener o no el derecho de separación del accionista, cuando se afronta una operación de traslado de domicilio social a otro Estado miembro por parte de una Sociedad Anónima Europea cuyo domicilio se encuentre en España. Esta disyuntiva se plantea a raíz de la promulgación de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, que ha venido a modificar el TRLSA con la incorporación de un nuevo Capítulo, el XII, dedicado a la regulación de la Sociedad Anónima Europea, donde, por lo que a nosotros respecta, se reconoce el derecho de separación a los accionistas que voten en contra del acuerdo que decida el traslado del domicilio de una Sociedad Anónima Europea domiciliada en España a un Estado miembro diferente.

Para ello, hemos estimado imprescindible realizar una previa referencia al derecho de separación y al supuesto de traslado de domicilio al extranjero como presupuesto necesario para analizar su aplicación en el marco de la Sociedad Anónima Europea.

I. El derecho de separación del accionista

El derecho de separación del accionista¹, concedido para tutelar el interés de la minoría frente a la mayoría, se concreta en la facultad concedida al socio minoritario de abandonar voluntariamente la sociedad cuando se adopten determinadas decisiones, recibiendo a cambio la parte que le corresponda en el patrimonio social². La concesión del derecho de separación permite la conciliación³ de estos dos intereses que, en ocasiones, se presentan contrapuestos: el de la mayoría a adoptar determinados acuerdos con trascendencia para la vida social y que resultan necesarios para adaptarse a la realidad, y el de ciertos socios, que se encuentran en minoría y que disienten de esa decisión, a no verse obligados por ella.

¹ MOTOS GUIRAO, M. «La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español», *RDN*, 1965, pág. 81. Para hablar de separación, hay que partir de un doble supuesto: la subsistencia de la sociedad y la extinción del puesto de socio de los que se separen de la sociedad.

² Para la determinación de la cuota de patrimonio correspondiente al accionista que ejercita el derecho de separación, ha de tenerse presente el art. 147.2 TRLSA, donde se diferencia en función de que la sociedad cotice o no en Bolsa. Para el caso de que no coticen, se establece, en primer lugar, la posibilidad de que el valor se fije por acuerdo entre la sociedad y el socio, en su defecto, será un auditor el que deberá fijar el valor correspondiente. Vid. sobre este tema RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «El cambio de objeto social. En particular, el derecho de separación del socio», *Derecho de Sociedades Anónimas*, III, *Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*. Vol. 1, Madrid, 1994, págs. 181 y sigs. Quien incluso para el supuesto de acciones que cotizan en bolsa, admite la existencia de pactos para fijar su valor siempre, eso sí, que los criterios que se pactaran fueran más favorables para los accionistas; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. «Derecho de separación del accionista. El acuerdo de valoración de las acciones entre la sociedad y los interesados», *RDM*, 245, 2002, págs. 1240 y sigs.; MARTÍNEZ SANZ, F. «Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *RdS*, 1996, 6, pág. 29.

³ MOTOS GUIRAO, M. *op. cit.*, págs. 109 y sigs. Con la intención de conciliar estos intereses, es con la que nace este derecho en las sociedades anónimas, por obra del legislador italiano de 1882; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *op. cit.*, pág. 171. En sentido diferente, MARTÍNEZ SANZ, F. *op. cit.*,

págs. 35-36. Para quien plantear el problema del fundamento del derecho de separación en términos de conflicto entre intereses contrapuestos de la sociedad y del socio, significa ofrecer una visión parcial del problema. Es necesario, también, tener en cuenta a los acreedores sociales frente a quienes el capital social, como cifra de retención de bienes en el pasivo, supone una garantía fundamental.

El derecho de separación es uno de los derechos individuales del accionista. Se trata de un derecho inderogable e irrenunciable de forma anticipada⁴.

⁴ MOTOS GUIRAO, M. *op. cit.*, págs. 163 y sigs.

El ser un derecho inderogable implica que no se puede privar de él al accionista por voluntad de la mayoría. No se puede suprimir el derecho, ni en los Estatutos de la sociedad, ni a través de un acuerdo posterior de reforma de los mismos.

Tampoco es admisible su renuncia previa por parte del accionista. Una vez que concurren las circunstancias que dan lugar a su nacimiento, los accionistas legitimados pueden optar por su no ejercicio.

Se ha dicho⁵ que nos encontramos ante un derecho íntimamente ligado a los derechos de asistencia y voto y al derecho de participación en el patrimonio resultante de la liquidación. Así, sólo puede ejercitarse cuando no se ha votado o se ha votado en contra de los acuerdos que originan su nacimiento. Una vez ejercitado, el socio recibirá el valor de reembolso de sus acciones.

⁵ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. *op. cit.*, pág. 1235, sitúa al derecho de separación dentro de los derechos de contenido económico con un componente político.

El número de supuestos en que procede su ejercicio es limitado. No hay que olvidar, por un lado, que el derecho de separación va contra el principio mayoritario, en la medida en que con su reconocimiento se está permitiendo que no todos los socios resulten vinculados por un acuerdo social. El derecho de separación implica una excepción al principio general contenido en el art. 93.2 TRLSA, por virtud del cual, todos los socios quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General, incluidos los ausentes y los disidentes.

Por otro, su ejercicio afecta a la integridad del capital social, lo que pudiera llevar, en un caso extremo, a originar la descapitalización de la sociedad⁶. Una vez hecho efectivo el derecho de separación, se ha de proceder al reembolso de las acciones. Para ello, lo normal será llevar a cabo una reducción del capital social. De hecho, el art. 161 RRM señala que en el acuerdo de la Junta General de sustitución del objeto social o de transferencia del domicilio social al extranjero, se entiende comprendido el de reducción del capital social en la cuantía necesaria para hacer frente a los reembolsos correspondientes. Como se trata de un supuesto de reducción del capital con restitución de aportaciones, procede el derecho de oposición⁷ de los acreedores sociales a la reducción del capital, al que se refiere el art. 166 TRLSA. Por tanto, si algún acreedor se opone a la reducción, no podrá procederse al reembolso a los accionistas que pretendan separarse de la sociedad, hasta tanto no se les haya garantizado en alguna de las formas legalmente previstas.

⁶ MARTÍNEZ SANZ, F., *op. cit.*, pág. 33. La necesidad de garantizar la integridad del capital social, en

tanto medio de tutela de los acreedores, aconseja reducir el número de salidas de socios que implique una agresión a la integridad del patrimonio social.

7 MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.* , págs. 134 y sigs.

No obstante, y aunque la reducción del capital social se contemple como el supuesto más normal, nada impide que el reembolso a los accionistas que se separan se realice acudiendo a otras vías siempre que no hagan necesaria dicha reducción y que así lo decida la Junta General⁸. Una de esas posibilidades se concreta en la adquisición, por los demás socios, de las acciones del socio que se separa⁹.

8 MUÑOZ MARTÍN, N., «Artículo 147. Sustitución del objeto social», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* , coor. I. Arroyo y J. M. Embid Irujo, Vol. II, Madrid, 2001, págs. 1574-1575.

9 MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.* , pág. 131. Este supuesto era practicado ya en el derecho estatutario anterior a la vigencia de la LSA de 1951. En este caso, no hay reducción del capital social porque no hay propiamente separación al no haber extinción de los puestos de socio sino una sustitución de los titulares jurídicos de los mismos, lo que no afecta a la cifra de garantía de la sociedad ni a su capital de explotación; RODRÍGUEZ ÁRTIGAS, F., *op. cit.* , págs. 187-189. Hace referencia a esta posibilidad, para la cual señala como imprescindible que se respete el principio de igualdad para todos los socios implicados en la operación. Así, todos los socios que permanezcan en la sociedad, han de tener la posibilidad de adquirir acciones de los socios que se separan y, en su caso, debería procederse al reparto proporcional, en función del número de acciones poseídas.

Los supuestos legalmente establecidos en que procede este derecho son los siguientes¹⁰: sustitución del objeto social (art. 147 TRLSA); traslado del domicilio social al extranjero (Art. 149.2 TRLSA) y transformación de una sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria (art. 225 TRLSA).

10 Hasta la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, no nos encontramos con una formulación legal expresa del derecho de separación en relación con las sociedades anónimas. Sobre la evolución del derecho de separación en nuestro ordenamiento, vid. BRENES CORTÉS, J. «La recepción legal del derecho de separación del accionista», *RdS* , 14, 2000-1, págs. 351 y sigs.

Se trata de un derecho excepcional por los importantes perjuicios¹¹ que su ejercicio puede ocasionar a la sociedad, como hemos visto, y porque en las sociedades anónimas el socio puede, en principio, transmitir sus acciones en cualquier momento sin necesidad de acudir a esta solución. En consecuencia, estamos ante un derecho que podría considerarse no estrictamente necesario para que el accionista estuviera protegido de forma adecuada, ya que éste puede abandonar la sociedad mediante la venta de sus acciones, en particular cuando se trate de sociedades cotizadas. Otra cosa es la facilidad que pueda tener o no para llevar a cabo la enajenación en condiciones aceptables para él. Puede ocurrir que incluso el propio acuerdo que da lugar al nacimiento del derecho de separación, altere de forma negativa las posibilidades de obtener un precio adecuado por las acciones.

11 ECHEVARRÍA SÁENZ, J., «El derecho de separación del socio en la SRL», *RdS* , 1997, 9, pág. 393. Además de los peligros de disgregación y descapitalización, añade el del riesgo de chantaje por parte de la minoría significativa cuyo abandono puede comprometer seriamente a la sociedad.

Dado su carácter de excepcionalidad no cabe, por analogía, su extensión a otros supuestos¹². Por otra parte, también parece lo más adecuado entender que no es posible su ampliación a otros casos distintos por vía estatutaria¹³. Un argumento a favor de esta solución lo encontramos en la LSRL, que en su artículo 96, reconoce la posibilidad de que los Estatutos sociales puedan establecer otras causas de separación distintas a las previstas en la Ley. Si el legislador lo hubiera estimado conveniente, habría incluido una norma semejante en el TRLSA.

¹² MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.*, págs. 115-116.

¹³ En sentido diferente, MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.*, pág. 116; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *op. cit.*, págs. 174-175; MUÑOZ MARTÍN, N., «Artículo 147...», *cit.*, pág. 1571. Nada parece oponerse a que los Estatutos extiendan la aplicación del derecho de separación a otros supuestos siempre que ello no contrarie el interés ni el orden público, ni perjudique a terceros.

La legitimación para ejercitar el derecho de separación se extiende a quienes no hayan dado su consentimiento al acuerdo adoptado por la Junta General, del que se deriva este derecho. En los supuestos de cambio del objeto social y de traslado de domicilio social al extranjero, están legitimados los accionistas que no hayan votado a favor (dentro de los cuales se incluyen, tanto los que hayan votado en contra del acuerdo, como los que lo hayan hecho en blanco o se hayan abstenido y los ausentes¹⁴ y los accionistas sin voto¹⁵). En los supuestos de transformación, la legitimación abarca únicamente a los disidentes y ausentes.

¹⁴ MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.*, págs. 121; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *op. cit.*, págs. 175-176; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *op. cit.*, pág. 1254. Aunque no se exige que se haga constar en acta la oposición al acuerdo, parece razonable que el socio que vota en contra de tan trascendente asunto, deje constancia de su oposición.

¹⁵ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *op. cit.*, págs. 1255-1256. Véanse las interesantes reflexiones que realiza en relación a los accionistas sin voto.

El derecho ha de ejercitarse necesariamente por escrito¹⁶, donde conste claramente la voluntad de dejar de formar parte de la sociedad.

¹⁶ La exigencia de forma escrita pone de manifiesto la importancia que tiene dejar constancia del ejercicio del derecho de separación. Por ello, aunque se deja libertad en la elección de la forma, es conveniente optar por aquella que facilita la prueba de su realización. Vid. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *op. cit.*, pág. 1270.

En principio, una actitud pasiva de los sujetos legitimados para separarse se debe entender como una renuncia al derecho. En el supuesto de transformación, sin embargo, para que los socios ausentes y disidentes no queden separados se les exige, conforme al art. 225 TRLSA, que se adhieran por escrito al acuerdo de transformación¹⁷.

¹⁷ Esta solución puede presentar importantes perjuicios tanto para la sociedad como para los socios. Las sociedades se pueden ver obligadas a realizar importantes desembolsos. Los socios, en particular los ausentes cuando no tengan especial interés en tomar parte en la marcha de la sociedad, se pueden encontrar separados por no haber estado debidamente atentos. Situación que puede ser relativamente frecuente en las grandes sociedades, donde el socio no suele tomar parte activamente en las reuniones de la Junta General. Vid., además, MARTÍNEZ SANZ, F., *op. cit.*, pág. 45. Para este supuesto habla de

derecho de separación impropio o derecho de adhesión.

El derecho de separación debe ejercitarse dentro del plazo¹⁸ de un mes desde que se publica el acuerdo en el BORM. Se trata de un plazo de caducidad, transcurrido el cual decae el derecho. El plazo no comienza a computar en tanto no se hayan realizado las actuaciones publicitarias correspondientes. No obstante, parece que nada impide que el derecho de separación pueda ejercitarse antes de dicha publicidad¹⁹.

¹⁸ Sobre el plazo, véase PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *op. cit.*, págs. 1268 y sigs.

¹⁹ MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.*, pág. 126.

El ejercicio del derecho no supone la separación automática y el reembolso del accionista, ya que ésta sólo se producirá cuando se consume la situación originadora del mismo, es decir, cuando el acuerdo social que dio lugar al derecho sea efectivo²⁰. Si la separación se produjera de forma inmediata, se podrían ocasionar irreparables perjuicios a la sociedad cuando el número de accionistas que lo ejercita es muy elevado, o lo es el importe de sus participaciones. Para evitar este tipo de situaciones, lo más adecuado es admitir la posibilidad de que la sociedad, una vez conocido el alcance del derecho de separación, pueda revocar el acuerdo y, en consecuencia, dejar sin eficacia el derecho de separación²¹.

²⁰ MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.*, págs. 123-124.

²¹ MOTOS GUIRAO, M., *op. cit.*, pág. 128; RODRÍGUEZ ÁRTIGAS, F., *op. cit.*, pág. 181. En base a ello, se puede afirmar que la obligación de la sociedad de llevar a cabo el reembolso, no es exigible por lo menos, hasta que no haya transcurrido el plazo que se concede a los socios para oponerse.

El hecho de que el ejercicio del derecho de separación pueda ocasionar importantes perjuicios a la sociedad, no excluye toda posible justificación a su reconocimiento. Así, si se observan los supuestos en que procede, se aprecia claramente como en todos ellos está presente un cambio fundamental de las condiciones en las que el socio prestó su consentimiento²². Por todo ello, se puede concluir que dadas sus implicaciones, lo más adecuado es restringir su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en que resulte necesario, o al menos oportuno, para evitar mayores perjuicios a los accionistas minoritarios.

²² ECHEVARRÍA SÁENZ, J., *op. cit.*, pág. 394. Todos los supuestos tienen en común la idea de que el comportamiento de la mayoría resulta razonablemente intolerable en el contexto del pacto social original o el que el acuerdo impide al socio cumplir los fines que pretendía realizar al incorporarse a la sociedad.

II. El derecho de separación como consecuencia del traslado del domicilio social de una sociedad anónima española al extranjero

Conforme al art. 6 TRLSA, las sociedades anónimas fijarán su domicilio dentro del territorio español, en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o donde radique su principal establecimiento o explotación.

En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que corresponde de conformidad con el apartado primero, se permite que los terceros puedan considerar

como domicilio cualquiera de ellos. Con esto, el legislador está reconociendo la posibilidad de que los terceros puedan admitir como domicilio lo que propiamente no lo es²³.

²³ BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., «La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas», *RDM*, 1992, 203-204, pág. 266.

Por otra parte, el art. 5 del mismo texto legal, que alude a la nacionalidad²⁴ de las sociedades anónimas²⁵, dice que son españolas, y por tanto se les aplica esta ley, aquellas sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido²⁶. Conocer la nacionalidad de una sociedad, significa saber el ordenamiento jurídico a que la misma está sometida²⁷.

²⁴ La LSA de 1951 no resolvía la cuestión de la nacionalidad de las sociedades anónimas. Vid. CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Estudios de Derecho mercantil*, Primera Parte, I, 1997, pág. 702 y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea)», *RDM*, 250, 2003, pág. 1480.

²⁵ Vid. sobre la terminología utilizada por el legislador español, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El traslado internacional...», *cit.*, págs. 1485 y sigs.

²⁶ Se reconocen en Derecho comparado dos modelos básicos para determinar la nacionalidad de la sociedad: el modelo de sede real, conforme al cual la *lex societatis* es la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre la sede real de la sociedad, y el modelo de constitución o incorporación, para el que la ley aplicable es la del Estado conforme a cuyo derecho se haya constituido la sociedad, con independencia de donde tenga su sede. De los dos puntos de conexión, se sigue el de la sede real. Para determinar la nacionalidad hay que tener en cuenta el domicilio. En el primer sistema, un cambio de sede real implica también la de la normativa aplicable. En el segundo, es posible el cambio de sede real sin alterar la *lex societatis*. De esto deriva la circunstancia de que el segundo modelo es más favorable a la movilidad internacional de las empresas. Vid. BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 249 y sigs. Vid. BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La Transferencia Internacional de Sede Social*, Navarra, 1997, págs. 40 y sigs.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El traslado de domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora», *RdS*, 16, 2001-1, pág. 111; SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio Europeo*, Madrid, 2001, págs. 82 y sigs.

²⁷ BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 246. Hace referencia al ordenamiento a que está sometida en su ámbito interno, es decir, en relación a su constitución, organización y extinción. El hecho de que el artículo 5 fije como punto de conexión para determinar la nacionalidad el dato de hecho, que es la sede real, hace que el mismo pierda de vista el carácter abstracto que tiene la sociedad en cuanto categoría jurídica. Hoy día, sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina, ya que no toda está de acuerdo en incluir a España dentro de los países que siguen el criterio de sede real para la ley aplicable. Así, por ejemplo, PAZ ARES, C., *Curso de Derecho Mercantil*, I, URÍAYMENÉNDEZ, págs. 535 y sigs.

El domicilio social, instrumento de localización de la persona jurídica en el espacio²⁸, no tiene por qué permanecer el mismo a lo largo de la existencia de la sociedad. Su modificación implica la de los Estatutos Sociales²⁹, al ser el domicilio una de las menciones que obligatoriamente han de contenerse en los mismos, art. 9.e) TRLSA. En consecuencia, el acuerdo de modificación del domicilio social debería de ser adoptado respetando los requisitos establecidos en el art. 144 TRLSA. Ello implica, entre otros, la necesidad de que el acuerdo se adopte por la Junta General con los quorum y mayorías previstas en el art. 103 TRLSA y, conforme al art. 93 TRLSA,

ese acuerdo vinculará a todos los socios, incluidos ausentes y disidentes.

28 FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El traslado internacional...», *cit.* , pág. 1480 y en «Transferencia internacional de sede social», *RGD* , 591, 1993, pág. 11872. La fijación del domicilio es esencial, ya que el mismo determinará, por ejemplo, dónde demandarla, lugar de celebración de las juntas,...

29 MARTÍNEZ SANZ, F., *op. cit.* , pág. 49. La modificación que regula el artículo 149 TRLSA, es la estatutaria, consistente en alterar la mención relativa al domicilio social y no el cambio de sede real o de nacionalidad.

Sin embargo, y a la vista del art. 149 TRLSA, las cosas no son exactamente así en todas las modificaciones que afecten al domicilio social.

Por un lado, cuando el traslado de domicilio se produzca dentro del mismo término municipal, no es preciso que el acuerdo se adopte en Junta General. La decisión puede ser adoptada por los administradores, siempre que los Estatutos no contengan una disposición en contra. El reconocimiento de esta facultad a los administradores no debe de entenderse como una negativa a la Junta General, pudiendo adoptar la decisión tanto uno como otro órgano social³⁰. Esta posibilidad encuentra plena justificación en la escasa transcendencia que cabe reconocer a esta actuación, hasta el punto de que se ha dudado de si realmente se trata de una verdadera modificación de Estatutos³¹.

30 MUÑOZ MARTÍN, N., «Artículo 149. Cambio de domicilio», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* , coor. I. Arroyo y J.M. Embid Irujo, Vol. II, Madrid, 2001, págs. 1582-1583. Se trata de una facultad compartida por la Junta General y por los administradores. Si adopta el acuerdo la Junta General, no han de cumplirse los requisitos exigidos en el art. 144 TRLSA para la modificación de Estatutos. En caso de colisión, entiende que prevalece la soberanía de la Junta General.

31 Marina GARCÍA-TUÑÓN, A., «Supuestos especiales de modificación estatutaria: modificaciones perjudiciales a determinadas clases de acciones, restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y cambio de domicilio social», *Derecho de Sociedades Anónimas* , III, *Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones* , Vol. 1, Madrid, 1994, pág. 130. No se puede hablar, en este supuesto, de modificación estatutaria en sentido estricto.

Cuando se pretenda el traslado del domicilio social al extranjero, nos encontramos con otras particularidades, siendo este el supuesto que va a centrar nuestra atención en el presente epígrafe. Cuando se lleva a cabo este traslado, tiene lugar la pérdida de competencia legislativa del Estado de origen³².

32 SANCHO VILLA, D., *op. cit.* , pág. 219.

Por último, si el cambio de domicilio se realiza de una a otra localidad, pero dentro del territorio español, no se establecen exigencias específicas en relación con las disposiciones *generales* en materia de modificación de Estatutos.

Centrándonos en el supuesto del traslado de sede social al extranjero, ha de reconocerse que nos encontramos ante una situación cada vez más necesaria como consecuencia de la liberación de los mercados, de la ampliación del espacio de los intercambios económicos que traspasa las fronteras nacionales. Con esta operación se está facilitando la tan necesaria movilidad de las sociedades de un Estado a otro. Cosa diferente es que se siga este camino para conseguir el

resultado de domiciliar una sociedad en otro Estado diferente³³. Situación que se produce incluso dentro de la propia Comunidad Europea donde, como se ha dicho³⁴, nos encontramos con un desolador panorama legislativo³⁵ y jurisprudencial en relación a la movilidad de la sede estatutaria de sociedades en el interior Comunitario. No debemos olvidar que se ha producido el abandono de la Propuesta de Decimocuarta Directiva, sobre el traslado del domicilio social de las sociedades de un Estado miembro a otro con cambio de ley aplicable de 1997³⁶.

³³ MARTÍNEZ SANZ, F. *op. cit.* , pág. 49. Nos recuerda que, curiosamente, no se suele realizar esta operación, siendo preferida la vía de extinguir la sociedad y, posteriormente, reconstituirla en el país al que se pretende transmitir su sede.

³⁴ PALAO MORENO, G., «El domicilio de la Sociedad Anónima Europea y su traslado», en *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España* , Navarra, 2006, págs. 76-77.

³⁵ La Agrupación Europea de Interés Económico si tiene garantizado el cambio de sede en el interior de la Comunidad Europea (vid. artículos 13 y 14 del Reglamento 2137/85, relativo a la Agrupación Europea de Interés Económico).

³⁶ Sobre la Propuesta de Decimocuarta Directiva, vid. SANCHO VILLA, D., *op. cit.* , págs. 214 y sigs.

La posibilidad de realizar un traslado de domicilio social sin disolución de la sociedad³⁷, exige que así lo permita, tanto la normativa del Estado de origen como la del de destino.

³⁷ BLANCO-MORALES LINARES, P., *op. cit.* , pág.33. Para hablar de transferencia internacional de sede social en sentido propio, es necesario que se produzca un cambio de estatuto personal y que la sociedad conserve su personalidad jurídica.

Es común³⁸ diferenciar dos tipos de problemas: de naturaleza conflictual y de naturaleza material, cuando se aborda la cuestión del cambio de domicilio social al extranjero.

³⁸ Vid., entre otros, BLANCO-MORALES, *op. cit.* , pág. 25; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.* , págs. 108-109; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El traslado... », *cit.* , págs. 1480 y sigs.

En el nivel conflictual, se ha de tratar de determinar si el cambio de domicilio al extranjero conlleva o no también el de la *lex societatis* aplicable a la sociedad³⁹, es decir, de su nacionalidad. Si es así, habrá que determinar qué norma regula las condiciones de dicho cambio.

³⁹ El artículo 20.2 RRM alude a la posibilidad de que una sociedad española cambie su domicilio al extranjero conservando la nacionalidad española, posibilidad que tiene que aparecer recogida en un Convenio Internacional. Vid. al respecto. BLANCO-MORALES LINARES, P., *op. cit.* , págs. 129 y sigs.

En el nivel material, lo que se va a analizar son los presupuestos materiales y las consecuencias del traslado.

La determinación de la *lex societatis* es previa a la del domicilio social. Es la *lex societatis* la que determina los requisitos para la fijación del mismo.

Hechas estas referencias iniciales, es necesario ver el sistema español aplicable

a este supuesto. En este sentido, nos parece oportuno poner de manifiesto, como acertadamente hace GARCIMARTÍN⁴⁰, que el análisis de nuestro derecho positivo únicamente resuelve la mitad del problema, ya que habrá que consultar tanto el ordenamiento de origen como el de destino.

⁴⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pág. 125.

El cambio de domicilio social al extranjero representa un cambio fundamental, entre otros, para los socios que van a ver como la sociedad de la que forman parte va a resultar sometida a una legislación diferente. Este cambio va a afectar, no sólo al ámbito de sus relaciones internas, con los demás socios y la sociedad, sino también en su relación frente a terceros⁴¹. De esta alteración pueden derivar considerables perjuicios para los mismos, que el legislador ha de tratar de evitar en la medida de lo posible.

⁴¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pág. 116. Además de también afectar a las reglas de competencia judicial interna, al régimen de los actos sociales y al régimen fiscal.

La norma aplicable a los presupuestos sería la ley anterior, en nuestro caso, la ley española. Así, el art. 149 TRLSA condiciona a la existencia de un Convenio Internacional⁴² vigente en España la posibilidad de ese traslado manteniendo la personalidad jurídica. Por tanto, es preciso que un Convenio Internacional admita esta solución⁴³.

⁴² BLANCO-MORALES LINARES, P., *op. cit.*, pág. 134. En contra de la opinión mayoritaria, cree que sí existe al menos un Convenio Internacional que garantiza el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad aunque ésta deba cambiar su nacionalidad. Así, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en particular su artículo 48, que permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad emigrante.

⁴³ Hay quien propone una interpretación restrictiva de esta norma, reduciendo la exigencia del Convenio Internacional al supuesto en que el cambio de domicilio social al extranjero no suponga, además, el cambio de nacionalidad. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, págs. 128 y sigs. Para ello aduce diversas razones, entre ellas, la de que sería una contradicción el que el artículo 9-11 CC reconociera la fusión internacional, que tiene consecuencias análogas al cambio del domicilio con cambio de nacionalidad y que no se reconociera éste; BLANCO-MORALES LINARES, P., *op. cit.*, pág. 133. Es dudosa la traslación a un Convenio de una decisión que puede resultar del propio derecho sin desatender al de acogida.

Dado que el acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero es una modificación estatutaria, quedará sometida al régimen general establecido para afrontar las mismas.

De las diversas implicaciones que surgen en torno a esta modificación social, hay que destacar en este momento como mecanismo de tutela del accionista minoritario, el reconocimiento del derecho de separación⁴⁴ a los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y a los accionistas sin voto. Derecho cuyo reconocimiento se justifica en la protección del interés que los accionistas pueden tener a no ver alterado el ordenamiento a que esté sometida la sociedad⁴⁵.

⁴⁴ Que no es el único mecanismo de tutela en la medida, así, por ejemplo, dispone de un amplio derecho

de información.

⁴⁵ MARTÍNEZ SANZ, F., *op. cit.*, pág. 49.

En relación con el derecho de separación, el artículo 149 TRLSA se limita a realizar una remisión al artículo 147 del mismo texto legal, donde se regula este derecho en los supuestos de cambio del objeto social. Por tanto, es aplicable ahora todo lo dicho con carácter general en cuanto a legitimación,...

Lo importante es resaltar que un accionista no puede verse obligado por un traslado del domicilio social a otro país. Es indudable la trascendencia que tiene ese acuerdo y las consecuencias negativas que puede llevar para los socios, que resultarían vinculados por una ley nacional diferente. Razones estas que parecen ser suficientes para justificar debidamente el reconocimiento del derecho de separación.

III. El derecho de separación del accionista en los supuestos de traslado del domicilio de una sociedad anónima europea de un estado miembro a otro

La Sociedad Anónima Europea, se ha dicho⁴⁶, constituye el último eslabón de un proceso legislativo que tuvo su origen en la creación de la Comunidad Económica Europea.

⁴⁶ VICIANO PASTOR, J., «La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España», en *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, dir. J. Boquera Matarredona, Navarra, 2006, págs. 29-30.

Implica un importante impulso en la consecución del mercado interior, en la medida en que elimina obstáculos a la cooperación y reestructuración de sociedades⁴⁷.

⁴⁷ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea*. Barcelona, 2004, pág. 52.

Cuando se trate de una Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, han de tenerse en cuenta las siguientes normas: en primer lugar, el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, modificado por el Reglamento (CE) n.º 885/2004 del Consejo, de 26 de abril de 2004, (en adelante RESE). Su artículo 1 reconoce la posibilidad de que en el territorio de la Comunidad se constituyan sociedades en forma de Sociedades Anónimas Europeas.

Por otra parte, el TRLSA, en la reforma operada en el mismo por Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, se ha visto ampliado por la inclusión del Capítulo XII, artículos 312 y ss., destinados a la regulación de la Sociedad Anónima Europea. El artículo 312⁴⁸ establece que cuando la Sociedad Anónima Europea tenga su domicilio en España, se registrará por lo previsto en el RESE y por las disposiciones del capítulo. También han de tenerse en cuenta las disposiciones que regulen la implicación de los trabajadores en las

Sociedades Anónimas Europeas. En particular, en el ámbito Comunitario, es de mencionar, la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

48 VICIANO PASTOR, J., *op. cit.* , pág. 40. Crítica al artículo 312 TRLSA de adolecer de una falta de técnica jurídica.

Cuando hablamos de la Sociedad Anónima Europea, nos encontramos en un ámbito donde, sin lugar a dudas, las cuestiones relacionadas con el domicilio y su traslado presentan una gran trascendencia⁴⁹.

49 PALAO MORENO, G., *op. cit.* , pág. 76. La naturaleza comunitaria de esta figura, así como su vocación transfronteriza, hace que sea más previsible la posibilidad de que esta sociedad realice su traslado de un Estado a otro.

En el RESE se prescinde del concepto de nacionalidad, entre otras razones, porque sería contradictorio con el carácter europeo de la nueva figura⁵⁰. No hay Sociedades Anónimas Europeas españolas, francesas,..., aunque éstas sí tienen su domicilio social en uno de los Estados miembros. Se trata de sociedades europeas.

50 AGUILÓ PIÑA, J. F., «La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos», *RDM* , 246, 2002, págs. 1799-1800. Menciona el artículo 10 del RESE, como base para justificar que las Sociedades Europeas no tienen la nacionalidad del Estado en que tengan su domicilio. Si ese artículo exige que se les dé el mismo trato en cada Estado que a los nacionales del mismo, es porque no lo son.

La Sociedad Anónima Europea no se regula únicamente por normas comunitarias, sino por una mezcla de éstas con el derecho nacional (armonizado y no armonizado) y la autonomía de la voluntad. Esto hace que el texto definitivo se aparte de las propuestas iniciales que pretendían la creación de una sociedad sometida al Derecho europeo.

Para determinar el régimen jurídico aplicable a la Sociedad Europea, es imprescindible conocer el domicilio de la misma⁵¹. La consecuencia es que no estamos ante una única Sociedad Europea, sino ante tantas como regímenes nacionales existan⁵².

51 PALAO MORENO, G., *op. cit.* , pág. 69.

52 ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *op. cit.* , pág. 55.

Conforme al artículo 7 del RESE, el domicilio social de la Sociedad Anónima Europea debe situarse dentro de la Comunidad, en el Estado miembro donde tenga su administración central⁵³. Vemos, por tanto, como a la hora de determinar la ley aplicable a la Sociedad Anónima Europea, el RESE es muy restrictivo en tanto que aplica el modelo de sede real. Sede real que identifica con el lugar donde radica su administración central, es decir, donde se asienta la función directiva de la entidad⁵⁴. No obstante, reconoce cierta libertad a los Estados para fijar el domicilio de la sociedad dentro de su territorio, ya que no tiene porque situarse necesariamente en el mismo lugar donde se encuentre su sede real. Sin embargo, los Estados miembros sí pueden imponer a las Sociedades Europeas que se registren en su

territorio, la obligación de que el domicilio social y la administración central, se sitúen en el mismo lugar (cosa que no parece haber hecho el legislador español)⁵⁵.

⁵³ El artículo 69 del RESE prevé que a más tardar, dentro de los 5 años siguientes a la entrada en vigor del mismo, la Comisión debe presentar al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del Reglamento, junto a propuestas de modificación, si procede. En particular, se analizará la conveniencia, entre otras, de permitir radicar en Estados miembros diferentes la administración central y el domicilio social de una Sociedad Anónima Europea.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El traslado... », *cit .*, pág. 1484.

⁵⁵ PALAO MORENO, G., *op. cit .*, pág. 71. El juego combinado de los artículos 9.1 del Reglamento y 6.1 TRLSA, conduce a una respuesta contraria, al limitar la libertad en la materia.

De conformidad con el RESE, el artículo 312 TRLSA exige a la Sociedad Anónima Europea fijar su domicilio en España cuando en este territorio se halle su administración central. Es más, en el artículo 313 se exige que cuando la Sociedad Anónima Europea, que tenga su domicilio en España, deje de tener aquí su administración central, regularice su situación, bien trasladando su domicilio al Estado donde tenga su administración central, bien volviendo a implantar ésta en España. En caso contrario, debe disolverse la sociedad.

El RESE admite, en su artículo 8, que la Sociedad Anónima Europea traslade su domicilio de un Estado miembro a otro sin disolución y sin creación de una nueva persona jurídica⁵⁶. Esta posibilidad, que constituye una manifestación concreta de la libertad de establecimiento⁵⁷, es una de las grandes novedades introducidas por el Reglamento.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. «El traslado... », *cit .*, págs. 1514-1517. Nos recuerda que el traslado internacional de sede social se encuentra con obstáculos de diversa índole. Dentro de los de tipo jurídico, enumera básicamente tres: obstáculo conflictual, ocasionado por el insuficiente amparo, en derecho Comunitario, del traslado de sede social y por la existencia de diferentes modelos de atribución de *lex societatis* en los diversos estados miembros; obstáculos materiales, en relación con la protección de los intereses afectados por la operación y con la aparente necesidad de que ante el cambio de *lex societatis* se pierda la personalidad jurídica y, por último, los relativos a cuestiones registrales.

⁵⁷ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORHONSORO, C., *op. cit .*, pág. 139.

Este reconocimiento⁵⁸ implica que para las Sociedades Europeas no resulta restringida la posibilidad de trasladar su domicilio. Resultando este ser uno de los principales atractivos⁵⁹ de la figura a la hora de que los empresarios opten por ella para desarrollar su actividad. Sobre todo, si se tienen en cuenta las dificultades que hoy día existen para trasladar el domicilio en el espacio de la Comunidad sin previa disolución y liquidación.

⁵⁸ ESTEBAN VELASCO, G., «El Compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea», *RdS*, 2001-1, 16, pág. 143. El RESE se orienta, básicamente, a favorecer la realización de determinadas operaciones transfronterizas, entre ellas, la de traslado del domicilio social dentro de la Unión Europea.

⁵⁹ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *op. cit .*, pág. 139.

El traslado del domicilio lleva consigo un cambio de la ley aplicable⁶⁰ a la misma

que será, lógicamente, la de otro Estado miembro al que traslade la sede.

⁶⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El traslado internacional...», *cit.*., pág. 1527. En el Reglamento se está prohibiendo, implícitamente, el traslado de hecho de la sede social.

El traslado a que hace referencia el artículo 8 se refiere, únicamente, al que se produce entre Estados miembros, quedando excluido de su ámbito de aplicación el producido dentro del territorio de un Estado miembro o el que tiene lugar a Estados no comunitarios, los cuales habrán de regirse por la normativa correspondiente.

De las diversas implicaciones derivadas del traslado de domicilio de la Sociedad Europea nos interesa, en particular, la situación en que se encuentran los accionistas minoritarios. En este sentido, ha de señalarse que en el ya mencionado artículo 8, se articula un procedimiento donde se recogen diversas manifestaciones de tutela de los mismos⁶¹.

⁶¹ Al igual que de otros intereses que también resultan afectados, como son los de los acreedores, trabajadores y el propio interés general.

En primer lugar, se les reconoce un amplio derecho de información, tanto del proyecto de la operación de traslado, como del informe que ha de emitirse sobre el mismo. Documentos ambos, cuya elaboración se encomienda al órgano de administración o dirección de la sociedad. Los accionistas podrán examinar estos documentos en el domicilio social de la Sociedad Europea o, si lo solicitan, obtener copia de los mismos. La concesión de este derecho constituye una importante garantía de que los accionistas van a tener a su disposición los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión consciente en torno a la operación de traslado de la sede social.

Por otra parte, en el apartado quinto del artículo 8 se permite que los Estados adopten disposiciones encaminadas a garantizar una adecuada protección a los accionistas minoritarios que hayan votado en contra del traslado del domicilio de las Sociedades Europeas registradas en dichos Estados⁶².

⁶² Nos encontramos aquí, con una manifestación del carácter mixto del RESE, que no unifica la figura de la Sociedad Europea dado que contiene remisiones al Derecho de Sociedades de los Estados miembros.

También se puede considerar como mecanismo protector, el dato de que el apartado sexto del artículo imponga una mayoría reforzada (por remisión al artículo 59) para aprobar el acuerdo de traslado.

De los diversos mecanismos de protección mencionados, nos interesa de modo especial el aludido en segundo lugar, que es donde puede tener cabida el derecho de separación del accionista que no votó a favor del acuerdo.

Cuando sea una Sociedad Anónima Europea domiciliada en España la que acuerda el traslado de su domicilio a otro Estado miembro, el artículo 315.1.a) TRLSA reconoce a los accionistas que voten en contra el derecho de separarse en los mismos términos que ya hemos tenido ocasión de analizar.

El hecho de que se reconozca el derecho de separación al accionista disconforme, dadas las consecuencias que para la sociedad derivan de su ejercicio, supone reconocer ciertos obstáculos a la realización de la operación de traslado del domicilio de la Sociedad Europea⁶³. Aunque el reconocimiento del derecho de separación por parte del TRLSA respeta los dictados del Reglamento Comunitario, ello parece chocar con el objetivo del mismo de facilitar la realización de dichos traslados⁶⁴ y podría llevar, cuando menos, a cuestionarse si realmente es o no oportuno el reconocimiento de este derecho en una categoría social, como es la sociedad anónima, en la que en principio, los socios son libres para transmitir sus acciones⁶⁵.

⁶³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El traslado...», *cit.*., pág. 1570. Es partidario de que el derecho de separación se restrinja sólo cuando se trate de un traslado extracomunitario y cuando se trate de sociedades españolas no cotizadas; PALAO MORENO, G., *op. cit.*., pág. 89.

⁶⁴ El Considerando número 24 señala que debe contemplarse la posibilidad de que la Sociedad Europea traslade su domicilio social a otro Estado miembro.

⁶⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La transmisión de participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada. (Breve reflexión en torno al artículo 95.c LSRL)», *RdS*, 1996, 6, págs. 13-14. Aparece como indispensable el reconocimiento del derecho de separación del socio en aquellas situaciones en que lo justifique el alcance de las medidas restrictivas de la transmisibilidad; MARTÍNEZ SANZ, F., *op. cit.*., págs. 33-34.

Un argumento a favor del no reconocimiento del derecho de separación, se puede situar en la circunstancia de que nos hallamos ante una forma social de dimensión europea, con lo cual, la posibilidad de que en la misma se lleven a cabo operaciones de cambio de domicilio dentro del espacio Europeo es más elevada. Ello debería de ser tenido en cuenta por quien decida ser socio de una de estas sociedades. Si se admite esa alta probabilidad, este cambio no habría de considerarse como algo excepcional, con lo cual, no debiera de tener cabida un derecho, que como ya hemos dicho, se concede en situaciones excepcionales.

Otra de las razones a esgrimir es que, como ya se apuntó en otro momento, los socios tienen la posibilidad de desprenderse de sus acciones negociando en el mercado el valor de las mismas, con lo cual, el derecho de separación dejaría de ser imprescindible. No obstante, no puede desconocerse tampoco que no siempre se puede obtener el valor pretendido

Por otra parte, el reconocimiento o no del derecho de separación en estos supuestos, puede hacer que unos ordenamientos aparezcan más atractivos que otros a la hora de decidir la ubicación del domicilio de la Sociedad Europea.

Lo que no resulta admisible, en ningún caso, es que el reconocimiento del derecho de separación suponga una traba definitiva a la conclusión de la operación, ya que otra cosa impediría la movilidad de la Sociedad Europea dentro del ámbito Comunitario.

Tampoco hay que olvidar que el reconocimiento de este derecho al colectivo de los accionistas, puede engendrar un importante perjuicio a otro de los colectivos

afectados por la operación de traslado, los acreedores sociales, que pueden ver reducida, considerablemente, la cifra del capital social que sirve de garantía a sus derechos.

En conclusión, estimamos que el reconocimiento del derecho de separación ante la realización de este tipo de operaciones no parece casar bien con los objetivos del RESÉ y, por otra parte, como ya hemos dicho, no debe suponer para el socio un cambio excepcional debiendo de contar con ella como una operación relativamente normal. De ahí, que estimemos como más acertado el que el legislador español se replantee el reconocimiento de este derecho en estos supuestos.

En esta operación se encuentran en tensión dos intereses: el de los socios minoritarios a no resultar obligados por una decisión que implica un cambio en la ley aplicable a la sociedad, y el de la mayoría, a trasladar el domicilio social a otro Estado miembro diferente. Aunque ambos intereses merecen absoluto respeto, quizá debiera darse prioridad al interés social en la medida en que los socios, no sólo disponen de otros mecanismos de defensa sino que, también, han de tener en cuenta la vocación europea que caracteriza a este tipo de sociedades.
