CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 7 de junio de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El litigio principal está en la confluencia del Derecho de sociedades y del Derecho fiscal. En el Reino Unido no hay coincidencia necesaria entre los puntos de conexión de una persona jurídica con estas dos ramas del ordenamiento. El concepto de constitución, en la forma en que se entiende en ese país, permite disociar, por una parte, el domicilio, cuya expresión es el domicilio social, y la nacionalidad de una sociedad, por otra parte, de su residencia, que determina su régimen fiscal en lo esencial. De la posibilidad de tal disociación ha nacido el litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente.

2. A este respecto, la legislación de los Estados miembros presenta una gran diversidad, agudizada por la diferencia de contenido de los conceptos de que se trata. Para superar las dificultades resultantes, habría de recurrirse a la armonización en el plano comunitario y a convenios celebrados entre los Estados miembros. Sea como sea, este Tribunal interpreta el Derecho comunitario en su estado actual. Por otra parte, el contexto del asunto, según se desprende de las actuaciones, con ocasión del cual la Queen's Bench Division de la High Court ha planteado las cuestiones prejudiciales, requiere algunas observaciones de orden general a fin de intentar responder a las cuestiones planteadas. Éstas suscitan problemas delicados, relativos a la interpretación de las disposiciones comunitarias en materia de derecho de establecimiento, que hasta la fecha no han sido tratados por este Tribunal. En efecto, se plantea la pretensión por una sociedad de ejercitar el derecho de establecimiento, y en especial, los requisitos a los que puede condicionarse en el Estado de origen, donde se mantiene el domicilio social, el traslado de la sede de su administración central a otro Estado miembro.

3. Dicha operación ¿está incluida en el ámbito del derecho de establecimiento garantizado por el Tratado? Establecerse «es integrarse en una economía nacional». [1] De esta manera, está fuera de discusión que el establecimiento en el sentido del Tratado supone dos elementos: el asentamiento físico y el ejercicio de una actividad económica, ambos con carácter si no permanente, cuando menos duradero. [2]

4. Recordemos que el derecho de establecimiento, tal como está regulado por los artículos 52 a 58 del Tratado, se aplica a 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». [3] El derecho de establecimiento se puede poner en práctica de dos maneras diferentes. [4] Puede tratarse, por una parte, de la creación de filiales, de sucursales o de agencias. En este caso, se hablará de establecimiento secundario. La sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1986, Comisión contra Repú-

* Traducido del francés.

1 — J. Schapira, G. le Tallec, J. B. Blaise: *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis, 1984, p. 534.

2 — Véase, por ejemplo, J. Renauld: *Droit européen des sociétés*, Bruxelles, Bruylant y Vander, 1969, p. 208; M. Colomès: *Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE*, Paris, J. Delmas, 1971, p. 78; F. Burrows: *Free Movement in European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 187.

3 — Artículo 58, párrafo 1.

4 — Véase, por ejemplo, J. Temple Lang: «The right of establishment of companies and free movement of capital in the European Economic Community», en W. R. Lafave y P. Hey (ed.): *International Trade, Investment and Organization*, University of Illinois Press, 1967, pp. 302 y ss., especialmente p. 303.

blica Federal de Alemania,[5] precisa que hay establecimiento siempre que existe una presencia permanente, incluso si ésta se manifiesta a través de

«una simple oficina, a cuyo cargo está el propio personal de la empresa, o de una persona independiente, pero apoderada para obrar con carácter permanente en nombre de aquélla de igual modo que lo haría una agencia».[6]

Por otra parte, puede tratarse de la constitución de una nueva sociedad o del traslado de la sede de la administración central, asimilada con frecuencia al domicilio social real. Habrá, en este caso, establecimiento con carácter principal. A este respecto, se ha escrito que «la administración central es un concepto no jurídico sino económico»,[7] y que la misma «se encuentra allí donde los órganos de la sociedad toman las decisiones esenciales para las actividades de ésta».[8]

5. El concepto mismo de establecimiento, ¿es esencialmente económico?[9] Supone, siempre, un vínculo económico efectivo.[10] El traslado de la sede de la administración central, entendida «con referencia a criterios económicos más que jurídicos»[11] forma parte del derecho de establecimiento, si se trata de situar concretamente «el centro de gravedad económica de la empresa».[12] De esta forma, «el concepto de administración central [...] corresponde [...] no sólo a la implantación de los servicios administrativos principales, sino también, y quizá sobre todo, al lugar desde donde la sociedad es efectivamente dirigida».[13] El domicilio social real es habitualmente el lugar de la administración central de la sociedad, que es «el lugar donde se toman las decisiones relativas a la actividad de carácter independiente, y desde donde ésta recibe su impulso; en otros términos, es el centro de ejercicio de esta actividad [...]».[14]

6. Las partes en el litigio principal están en total oposición acerca de si el traslado de la sede de dirección de una sociedad constituye «establecimiento» en el sentido del Tratado. Para la sociedad Daily Mail and General Trust, dicho traslado entra en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento. Apoyada en los artículos 52 a 58 del Tratado y en el programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento,[15] la demandante en el litigio principal considera que situar su sede de dirección en un Estado miembro es suficiente para presumir la existencia de «una vinculación efectiva y continua»[16] con la economía de dicho Estado, lo que constituye «establecimiento» en el sentido del Tratado. Por el contrario, según el Gobierno del Reino Unido, el cambio de residencia de una sociedad no lleva consigo dicho establecimiento. Ese cambio no supone necesariamente una modificación de la actividad económica, dado que una sociedad que desee emprender tal actividad puede hacerlo a través de establecimientos secundarios. Finalmente, según la Comisión, corresponde al Derecho nacional determinar si una sociedad puede trasladar su residencia sin su disolución. La Comisión considera que el artículo 52 se aplica al supuesto de que una legislación nacional permita trasla-

5 — Asunto 205/84, Rec. 1986, p. 3755.

6 — Apartado 21.

7 — M. Schwartz: *Le droit d'établissement des sociétés commerciales dans le traité instituant la Communauté économique européenne*, Ginebra, Ediciones Medicina e Higiene, 1963, p. 61.

8 — U. Everling: *The Right of Establishment in the Common Market*, Commerce Clearing House, 1964, p. 75.

9 — J. Renauld, *op. cit.*, pp. 2.19 y 2.35.

10 — R. W. Harding: «Freedom of establishment and the rights of companies», *Current legal problems*, 1963, pp. 162 y ss., especialmente p. 163.

11 — J. Renauld, *op. cit.*, p. 2.43.

12 — *Ibid.*, p. 2.44.

13 — *Ibid.*, p. 2.31.

14 — B. Goldman y A. Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, 4 edición, Dalloz, 1983, p. 357.

15 — DO de 15.1.1962, pp. 36 y ss., especialmente p. 62.

16 — Terminología tomada del programa general antes citado, título I.

dar la residencia de una sociedad sin que ésta pierda su nacionalidad.

7. A nuestro entender, el problema se plantea en términos diferentes. El concepto de administración central es difícil de perfilar. Incluso cuando el mismo designa el lugar de reunión del Consejo de administración, no basta para proporcionar un criterio de conexión satisfactorio. Como se ha observado, «con los progresos de los medios de comunicación, ya no es necesario organizar reuniones formales del Consejo de administración. El teléfono, el télex y el telecopiador permiten que cada administrador exponga su parecer y participe en la toma de decisiones sin su presencia física en un lugar dado. Las reuniones del Consejo en las que cada administrador participará por televisión van a penetrar en la vida cotidiana de las sociedades. Por lo demás, el Consejo de administración puede reunirse en un lugar elegido a su arbitrio, sin ninguna relación real con el centro de decisiones de la sociedad».[17] El lugar de reunión del Consejo de administración no puede, pues, por sí solo, constituir el criterio que permite en cada caso identificar con total seguridad la sede de la administración central. Esa identificación no puede resultar de una apreciación jurídicamente formal que no contemple una pluralidad de elementos de hecho determinantes cuyo respectivo alcance puede variar según el tipo de sociedad de que se trate.

8. Determinar si un traslado de la administración central constituye un establecimiento en el sentido del Tratado supone pues tomar en consideración un haz de factores. De éstos, en primera posición figuran, ciertamente, el lugar de reunión de los directivos de la sociedad, y el lugar, habitualmente idéntico, donde se decide la política general de la sociedad. Pero en determinados supuestos, esos factores no pueden ser exclusivos, ni siquiera decisivos. De esta forma, es posible que haya de tenerse en cuenta el domicilio de los directivos principales, el lugar de reunión de las Juntas de accionistas, el de llevanza de los documentos administrativos y contables, el de principal desenvolvimiento de las actividades financieras, en especial las bancarias. Esta enumeración no puede considerarse exhaustiva. Además, dichos elementos pueden tener distinta importancia, según se trate, por ejemplo, de una sociedad fabril o de inversión. En este último supuesto, puede ser perfectamente justo tener en cuenta el mercado en el que se efectúan principalmente las operaciones comerciales o bursátiles de la sociedad, así como la amplitud de las mismas.

9. A la luz de la sentencia Leclerc[18] de este Tribunal, se puede afirmar que el Derecho comunitario no ofrece ayuda alguna cuando «elementos objetivos» revelan que una determinada actividad se desarrolla «con el fin de eludir» una legislación nacional.[19] De esta forma, no puede excluirse tener en cuenta el hecho de que, en lo esencial, la actividad de una sociedad tiene lugar en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél al que dicha sociedad pretende trasladar su administración central. En su caso, esa circunstancia puede constituir un indicio de que no se trata entonces de verdadero establecimiento, en especial cuando el traslado de la administración central produciría el efecto de sustraer a dicha sociedad a la aplicación de una legislación que, de no ser así, le sería aplicable. Creemos que se puede extraer esa enseñanza de las sentencias Van Binsbergen[20] y Knoors[21] de este Tribunal. En general, mi parecer es que el Juez nacional puede apreciar si, en un caso dado y ha-

17 — J.-M. Rivier: «Informe general: La residencia fiscal de las sociedades», *Cuadernos de Derecho fiscal internacional*, volumen LXXIIa, p. 44.

18 — Sentencia de 19 de enero de 1985 (Asociación de los Centros de distribución Édouard Leclerc y otros/SARL «Au blé vert» y otros, 229/83, Rec. 1985, p. 1).

19 — Apartado 27 de la sentencia Leclerc.

20 — Asunto 33/74, Rec. 1974, p. 1299.

21 — Asunto 115/78, Rec. 1979, p. 399.

bida cuenta del contexto de que se trate, se roza o no el abuso de derecho o el fraude de ley y, de ser preciso, si es justo considerar que no es aplicable el Derecho comunitario.

10. Pero cuando se desprende de una justa apreciación del contexto fáctico que el traslado de la administración central constituye sin lugar a dudas establecimiento en el sentido del Tratado, entonces se plantea la cuestión de si dicho traslado puede ser sometido a la obtención de una autorización de las autoridades nacionales, y si éstas pueden oponerse a él por razones fiscales.

11. En general, y ése es el caso en la mayoría de los Estados miembros, el traslado de la administración central, en el sentido de domicilio social real, sólo puede realizarse mediante la disolución de la sociedad y su constitución de nuevo en el Estado de acogida. Esta solución de «muerte civil» de la sociedad lleva consigo la liquidación de su situación fiscal, con efectos a la fecha de la disolución, tanto en lo que atañe a la deuda existente como a la materia fiscal respecto a la que no se haya producido aún el hecho imponible. De esta forma, son gravadas las plusvalías aun cuando no haya tenido lugar ninguna enajenación de bienes. Tratándose de los Estados miembros antes mencionados, el traslado de la administración central de la sociedad, sin pérdida de personalidad jurídica ni de nacionalidad, podría realizarse en virtud de convenios interestatales, previstos en el artículo 220 del Tratado.

12. No puede exigirse autorización previa alguna para el ejercicio de una libertad fundamental consagrada por el Tratado. Igualmente, un Estado miembro no puede impedir que una sociedad ejerza su derecho de establecimiento por el motivo de que tal operación originaría una pérdida fiscal en lo relativo a los impuestos que serían exigibles en razón de una futura actividad, si la sociedad continuara siendo sujeto pasivo en ese Estado.

13. Sin embargo, en su estado actual, el Derecho comunitario no se opone, a nuestro entender, a que un Estado miembro exija la liquidación de la situación fiscal de una sociedad con ocasión del traslado de la administración central de la misma, incluso cuando su disolución no es obligatoria. En efecto, se reconoce generalmente que la disolución impuesta por los ordenamientos nacionales, como condición previa para la emigración de la sociedad, no es contraria al Derecho comunitario.[22] Sería paradójico que un Estado que no exige la disolución se encontrara colocado por el Derecho comunitario en una situación fiscal desventajosa, cuando precisamente su legislación en materia de sociedades está más próxima a los objetivos comunitarios en materia de establecimiento. Una sociedad constituida bajo una legislación de un Estado miembro en el que la «sumisión fiscal»[23] se determina en relación con la sede de la administración central, mantiene su domicilio social y su nacionalidad en dicho Estado, incluso después de trasladar su residencia, más exactamente, la de su administración, a otro Estado. Sin embargo, por las razones antes indicadas, en el estado actual del Derecho comunitario, esta circunstancia no es a nuestro entender suficiente para excluir el derecho de las autoridades nacionales a deducir, en el plano fiscal, consecuencias comparables a las que, en otro país, produciría la disolución.

14. Las orientaciones que proponemos, si son aceptadas por este Tribunal, permitirán responder a la primera y a la tercera cuestión planteadas por la Queen's Bench Divi-

22 — J. Renauld, *op. cit.*, p. 2.47.

23 — La expresión es de J.-M. Rivier, *op. cit.*, p. 15.

sion de la High Court. Esas orientaciones hacen que carezca de objeto cualquier respuesta a la cuarta cuestión. En cuanto a la restante cuestión, la misma no requiere largos razonamientos. En efecto, si bien el párrafo 1 del artículo 58 prevé que las sociedades quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros, dicha equiparación no es evidentemente absoluta, y consideramos, al igual que el Gobierno del Reino Unido y que la Comisión, que la Directiva 73/148/CEE del Consejo no se aplica a las personas jurídicas.

15. En consecuencia, proponemos al Tribunal declarar que:

1) El traslado a otro Estado miembro de la administración central de una sociedad puede constituir una modalidad de ejercicio del derecho de establecimiento, sin perjuicio de la apreciación por el Juez nacional de los elementos de hecho que permitan comprobar que dicho traslado refleja la integración real de esa sociedad en la actividad económica del Estado de acogida.

2) La exigencia por un Estado miembro de una autorización previa a la que estaría sometido el establecimiento de una sociedad en otro Estado miembro, mediante el traslado de este último de su administración central, es contraria al Derecho comunitario.

3) Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro imponga a una sociedad establecida en él, a causa de su establecimiento en otro Estado miembro mediante el traslado a éste de su administración central, la liquidación de su situación fiscal en cuanto a la parte del patrimonio social afectada por dicho traslado y valorada en la fecha de éste.

4) La Directiva 73/148/CEE del Consejo es aplicable tan sólo a las personas físicas.