

**LIBERTAD DE
ESTABLECIMIENTO
Y DERECHO EUROPEO
DE SOCIEDADES**

**CUESTIONES FISCALES, MERCANTILES
E INTERNACIONALES**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

**CUESTIONES FISCALES, MERCANTILES
E INTERNACIONALES**

Carles Górriz López

Profesor titular de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona

Rafael Arenas García

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Barcelona

(Coordinadores)

Colección: Atelier Internacional

Director: Sixto Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2017 Rafael Arenas García y Carlos Górriz López (coordinadores).

© 2017 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-1665-249-5

Depósito legal: B-7402-2017

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS EN LA UE: RAZONES PARA UNA DIFERENCIA	15
Dr. Rafael Arenas García	
1. Introducción	16
2. Origen y evolución de la libertad de establecimiento.	18
2.1. Personas físicas	18
2.1.1. La progresiva extensión de la libre circulación de personas	18
2.1.2. Titularidad y ejercicio de la libertad de establecimiento	22
2.2. Personas jurídicas	25
3. Relación entre la libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas.	28
3.1. El art. 54 TFUE.	28
3.2. La libertad de establecimiento de las sociedades como reflejo de la libertad de establecimiento de las personas físicas	31
4. Tribunal de Luxemburgo y libertad de establecimiento de las personas jurídicas	33
4.1. La jurisprudencia del Tribunal.	33
4.2. Diferenciación entre libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas.	36
4.3. La posibilidad de una aproximación diferente.	39
5. Conclusión	43
OBSERVACIONES ACERCA DEL ESTABLECIMIENTO TRANSFRONTERIZO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA	45
<i>Miguel Gardeñes Santiago</i>	
I. Introducción	46
II. Un error dogmático en la sentencia fundacional.	49

III. La obligación de reconocer la personalidad jurídica de las sociedades constituidas de conformidad con la ley de otro Estado miembro y las <i>pseudo-foreign corporations</i>	50
IV. La posibilidad de prevenir o sancionar el fraude	56
V. La aparente preferencia del TJUE por el modelo de constitución.	58
VI. La reconciliación del TJUE con el modelo de la «sede real» y la jurisprudencia sobre transferencia de sede	62
VII. La necesidad de una interpretación restrictiva del alcance de la doctrina <i>Centros</i>	65
VIII. Consideraciones finales	68
PYMES Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: FRACASO DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES	73
Carlos Górriz López	
1. Las Pymes en la Unión Europea.	75
1.1. Definición e importancia económica	75
1.2. Políticas europeas sobre PYMEs: necesidades y acciones	77
2. Las Pymes y el derecho europeo de sociedades.	79
2.1. Armonización (1968-1989)	80
2.2. Crisis (1990-2001)	83
2.3. Renacimiento (2003-2012)	84
2.4. Continuidad: Plan de Acción 2012.	90
3. Sociedad privada europea.	95
3.1. Introducción	95
3.2. Características	98
3.3. Constitución.	100
3.4. Participaciones.	101
3.5. Capital	103
3.6. Organización	104
3.7. Otros: participación de los trabajadores, traslado de domicilio social, cambios estructurales y disolución	106
4. Sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada	107
4.1. Introducción	107
4.2. Fundamento jurídico	111
4.3. Sociedad unipersonal.	113
4.4. Creación	114
4.4.1. Requisitos del fundador.	115
4.4.2. Estatutos	117
4.4.3. Registro	117
4.5. Capital social.	119
4.6. Organización	122
5. Conclusiones	124
6. Bibliografía	127
FUSIONES TRANSPROVINCIALES Y COMPETENCIAS REGISTRALES.	131
Jorge Miquel Rodríguez	
1. Planteamiento	132
2. Control registral en las fusiones provinciales	132
3. Apunte sobre las fusiones intracomunitarias	138

LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO COMO MARCO DE LA REGULACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES	141
Dr. José Antonio Fernández Amor	
1. Introducción	142
2. El papel compensatorio del TJUE ante la parquedad legislativa en materia de imposición sobre sociedades.	145
3. La influencia del derecho de establecimiento sobre la regulación nacional del impuesto sobre sociedades según el TJUE.	149
3.1. Alcance del derecho de establecimiento.	149
3.2. El derecho de establecimiento y la competencia nacional en la imposición sobre sociedades: entre el «interés general» y la «proporcionalidad»	154
3.2.1. El derecho de establecimiento y la lucha contra el fraude fiscal.	158
3.2.2. El derecho de establecimiento y la coherencia del sistema tributario	159
3.2.3. El derecho de establecimiento y el reparto negociado entre Estados miembros de la carga tributaria.	163
4. Reflexiones finales	164
 PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA. MÁS ALLÁ DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO	 167
Miguel Ángel Sánchez Huete	
1. Introducción	168
2. La planificación fiscal agresiva	170
2.1. El contexto en que se origina.	170
2.2. La cláusula contra la planificación fiscal agresiva	176
2.2.1. Fraude de ley o abuso de la norma	178
2.2.2. Formulación y consecuencias.	180
3. La sanción del fraude de ley: el caso español	184
3.1. El tipo infractor.	186
3.2. El bien jurídico y las características	188
3.3. Objeciones a la sanción.	191
 EL NUEVO ARTÍCULO 115 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA: LA POTESTAD DE COMPROBACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, LA PRESCRIPCIÓN Y LA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS ENTRE MATRIZ Y FILIAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.	 197
M ^a Dolores Arias Abellán	
1. Introducción	198
2. La reforma del artículo 115	199
2.1. La potestad de comprobación	200
2.2. La cuantificación de las bases y las cuotas tributarias.	205
3. La compensación de pérdidas	210
3.1. La compensación de pérdidas entre sociedad matriz y sociedad filial en el ámbito de la Unión Europea	211
3.2. Delimitación subjetiva de la potestad de comprobación e investigación.	218

PRESENTACIÓN

Este libro se enmarca en el Proyecto de Investigación «Desarrollo del derecho de sociedades en la Unión Europea: libertad de establecimiento, fiscalidad e interacción con los ordenamientos nacionales». Nuestro propósito en 2013, cuando solicitamos el Proyecto, era analizar la evolución del Derecho de sociedades en la UE teniendo muy presentes los logros del Plan de Acción 2012 («Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo —un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas», Estrasburgo 12.12.2012, COM(2012) 740 final). Desde entonces, a lo largo de estos cuatro años, hemos ido publicando artículos, comentarios jurisprudenciales y entradas en nuestro blog (<http://blogs.uab.cat/sociedadesue/>) que dan cuenta de esta evolución.

En 2013 preveíamos que en los años siguientes nuestros esfuerzos deberían centrarse en el análisis y comentario de los sucesivos resultados del Plan de Acción del 2012; pero, como es sabido, este Plan de Acción ha sido parco en resultados normativos, habiéndose aprobado en cuatro años tan solo una norma de *soft law*, que está a caballo entre el Derecho de sociedades y el mercado de valores: la Recomendación sobre la calidad de la información presentada en relación con la gobernanza empresarial (DOUE L 109, de 12.4.2014). Es cierto que existen dos proyectos que tienen gran interés: las propuestas de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada (*Societas Unius Personae* o SUP) y de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos del Derecho de sociedades. Sin embargo, existen serias dudas sobre el éxito de la primera, dadas las enmiendas presentadas por el Parlamento europeo y el Consejo. En cuanto a la segunda, se limita a refundir las Directivas 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE y 2012/30/UE, sin corregir los defectos, aclarar las dudas o introducir novedad alguna.

Lo anterior no quiere decir que estos últimos años hayan sido «tranquilos» desde la perspectiva societaria. Al contrario, hemos sido testigos de no pocas evoluciones relevantes; pero que encuentran su base en decisiones judiciales,

especialmente del Tribunal de Luxemburgo, y también de la reacción del legislador nacional al activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la inacción del legislador europeo. En este escenario la tensión entre libertad de establecimiento, Derechos nacionales y Derecho derivado europeo recobra todo su protagonismo y explica la opción elegida para el hilo conductor de este libro. De esta forma, se analiza el papel de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la configuración de la libertad de establecimiento en los trabajos de Rafael Arenas y Miquel Gardeñes para, a partir de ahí examinar la proyección de las exigencias del mercado integrado en diferentes sectores: el Derecho substancial societario en relación a las pequeñas y medianas empresas (Carlos Górriz), las operaciones de fusión societaria (Jorge Miquel), el Derecho fiscal (José Antonio Fernández Amor y Miguel Ángel Sánchez Huete). Concluye la obra con un estudio de Dolores Arias sobre la potestad de la administración tributaria para la investigación de la compensación de pérdidas entre matrices y filiales europeas; potestad de investigación que constituye un elemento esencial para dotar de realidad a la posibilidad de evitar que las facilidades que ofrece la libertad de establecimiento no se conviertan en una herramienta para el fraude.

De acuerdo con lo que hemos visto, el libro comienza con el estudio de las diferencias entre la libertad de establecimiento de las personas físicas y de las jurídicas que constituye el objeto de la aportación de Rafael Arenas. Inicia su investigación exponiendo el régimen básico de esta materia. A la luz de su evolución, señala las diferencias que se han ido produciendo, que han sido producto de la labor exegética del Tribunal de Justicia. A su entender, su evolución inicial parte de un error doctrinal por lo que la situación actual no es satisfactoria. Consecuentemente, propone aproximar de nuevo sus regímenes jurídicos. A partir de la equiparación entre el Estado de nacional de la persona física y el de constitución para la jurídica, hay que buscar las equivalencias entre el papel de ambos ordenamientos en la libertad de establecimiento.

El profesor Gardeñes, analiza los siguientes aspectos básicos de la evolución de la doctrina de la corte europea y su impacto en el Derecho internacional privado de sociedades: el error dogmático cometido en la sentencia *Centros*, el reconocimiento mutuo de sociedades en la Unión Europea, la posibilidad de prevenir el fraude o el abuso de derecho, la aparente preferencia de la corte europea por el modelo de constitución o de «incorporación», luego matizada en resoluciones posteriores, la necesidad de hacer una interpretación restrictiva de la doctrina *Centros* y, por último, las ventajas del llamado «método de reconocimiento» en lo que concierne a la válida constitución de la persona jurídica.

Carlos Górriz sitúa el foco en las pequeñas y medianas empresas para criticar el fracaso del Derecho europeo de sociedades en la satisfacción de sus necesidades. Inicia su artículo con datos que explican su importancia económica en los mercados europeo y español. A continuación pasa revista a la evolución del Derecho europeo de sociedades para confirmar que la atención

que se les dispensó fue mínima hasta 2003. En el primer Plan de Acción en materia societaria, la Comisión afirmó la necesidad de proporcionarles instrumentos normativos adecuados. De ahí que en 2008 propusiera crear un tipo societario supranacional a su medida: la Sociedad Privada Europea. Pero la iniciativa fracasó. En 2012 la Comisión reiteró su compromiso en el segundo Plan de Acción. Por eso en 2014 presentó la propuesta de Directiva de Sociedad Unipersonal Privada de Responsabilidad Limitada. Tras exponer el progreso del Derecho europeo de sociedades en relación con las PYMEs, comenta brevemente estas dos iniciativas.

El profesor Jorge Miquel analiza los principales problemas que la fusión entre empresas domiciliadas en diferentes Estados o provincias genera. A partir de tres Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado examina los obstáculos que se han planteado en orden al procedimiento y a la competencia de la autoridad de control.

Los siguientes tres artículos se ocupan de la problemática fiscal. En primer lugar, el profesor Fernández Amor examina como ha repercutido en el régimen del impuesto de sociedades en los Estados miembros. Primero nos recuerda que la competencia para disciplinar el impuesto de sociedades es de los Estados miembros. Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia comunitaria sobre la libertad de establecimiento, le permite afirmar que la Unión Europea ha incidido en gran medida en ese ámbito. Además de constatar esa realidad, sistematiza los pronunciamientos y traza el marco regulatorio al que han de ceñirse los Estados miembros cuando ejercen sus potestades normativas.

La planificación fiscal agresiva constituye el objeto del artículo de Miguel Ángel Sánchez Huete. Examina las medidas que existen para luchar contra el fraude fiscal, el cual muchas veces se comete amparándose en el principio de libertad de establecimiento. Así, analiza el punto 4.2 de la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) y su plasmación en el Derecho español.

Finalmente, la profesora Dolores Arias investiga un tema de gran actualidad: la potestad de la Administración tributaria de investigar la compensación de pérdidas entre matrices y filiales europeas. Y dentro de este ámbito, ciñe su cometido a la prescripción. La razón es que el artículo 115 de la Ley General Tributaria ha sido modificado por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Como es por todos sabido, por mandato legal, la Administración tiene que velar por el exacto cumplimiento del deber de contribuir que recae sobre los obligados tributarios. Para ello se le atribuyen potestades jurídicas para comprobar que la situación de esos obligados se adecua a la ley. Estas potestades están delimitadas en todos sus aspectos en el ordenamiento jurídico pudiendo concretarlas material, subjetiva y temporalmente, siempre dentro de los parámetros constitucionales que presiden el deber de contribuir. Y dentro de esas concreciones se halla la temporal, que da lugar a la prescripción, que es sinónimo de seguridad jurídica. De ahí la importancia de la enmienda experimentada por el artículo 115 LGT.

Con este libro esperamos ofrecer un panorama de la tensión entre libertad de establecimiento y regulación sustantiva en materia de Derecho de sociedades desde los planteamientos más genéricos hasta el detalle de los problemas concretos que pueden plantearse en los sectores elegidos. Probablemente en los próximos años asistiremos a nuevos desarrollos en este sector que padece desde sus inicios los desajustes que se derivan de una mal asumida relación entre legislador derivado y jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. El Plan de Acción de 2012 hubiera sido una buena oportunidad para articular uno y otra; pero será preciso esperar a otra oportunidad.

Rafael Arenas y Carlos Górriz
Bellaterra, 7 de diciembre de 2016