

Nacionalidad de las sociedades (*)

SUMARIO: *Introducción.—Derecho comparado (Países anglosajones, Derecho francés).—Código Civil (Italia).—Sistema jurídico de Derecho español.—El control de las sociedades y su nacionalidad.—Conflictos de nacionalidad en materia de sociedades.—Cambio de nacionalidad de sociedades. Adquisición por una sociedad extranjera de la nacionalidad española.—Adquisición por una sociedad española de la nacionalidad extranjera.*

INTRODUCCIÓN

El tema de este discurso es el criterio o los criterios para la calificación de lo que son sociedades españolas y sociedades extranjeras. Dentro de este tema, la sociedad que se va a considerar es la sociedad anónima. La sociedad anónima tiene una superior capacidad de financiación y no sólo respecto a su capital monetario destinado a la industria o al comercio, sino de su capital financiero que permite la gestión y participación en otras sociedades. Es un tipo de sociedad que por estas razones tiene la máxima posibilidad de ser operativa en el extranjero y plantea así con exclusividad el problema jurídico de las sociedades extranjeras.

GARRIGUES-URÍA, en sus comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, señala cómo no es propio del texto de esta Ley determinar cuándo una sociedad anónima es española o extranjera. En el artículo 15 del Código de Comercio y artículo 28 del Código Civil, se encuentran los preceptos básicos en materia de nacionalidad de sociedades y la doctrina española los ha tomado como base para su trabajo. Ahora bien, además de los textos citados, artículo 15 del Código de Comercio y artículo 28 del Código Civil, el problema de las sociedades extranjeras ha de ser tratado en relación con los artículos 84-2.º, 87, 88 y 89 del Reglamento

(*) Constituye el presente trabajo el discurso de recepción, leído el 26 de junio de 1984, como Académico de número de la de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, que se publica con el beneplácito del Presidente de la misma.

del Registro Mercantil (RRM), que no han sido utilizados hasta ahora, a nuestro juicio, en su debida forma, y esto es parte de este trabajo.

Hay que tener en cuenta la ausencia de manuales de Derecho mercantil internacional en el Derecho español, salvo el antiguo de GUAL VILLALBÍ: *Tratado de Derecho mercantil internacional*, publicado en 1913. El Derecho mercantil internacional ha tenido una exposición parcial en el *Derecho internacional privado*, de MIAJA DE LA MUELA, parte especial, capítulo IV, y en el *Derecho internacional privado*, de VERPLAETSE, en la tercera parte, título II.

En el Derecho extranjero, el Derecho mercantil internacional aparece como un cuerpo total de doctrina en el libro de DIENA: *Trattato di Diritto commerciale internazionale*, publicado en 1900. CAVAGLIERE publica en 1936 su *Diritto internazionale commerciale*. En el Derecho francés, aparece en 1948 el *Precis de Droit international prive*, de ARMINJON, y la más reciente obra, a nuestro juicio, la más completa, que es el *Droit international de commerce*, de LOUSSOUARN y BREDIN, de 1969. No pretendo acumular en este punto la bibliografía, sino sólo exponer estos datos como ejemplo.

El tema de este discurso es un tema de Derecho internacional privado; toda referencia jurídica sobre otras normas no tiene más que una consideración instrumental para explicar de una manera más fácil los problemas que plantean el examen y la calificación de lo que sean sociedades españolas o extranjeras.

El Código Civil determina claramente quiénes son los españoles en los artículos 17 al 26 de este texto legal. Todas aquellas personas que no sean españolas son extranjeros, salvo los supuestos de apatridia y doble nacionalidad. En el tema de sociedades no hay una normativa de conjunto, como ocurre en el Código Civil con las personas naturales. El análisis y la diferencia de una sociedad española y una sociedad extranjera exige operar sobre la base de los artículos 15 del Código de Comercio, 28 del Código Civil y 84-2.º, 87, 88 y 89 del Reglamento del Registro Mercantil.

El Código Civil parte del supuesto de que la sociedad tiene una nacionalidad, y esto queda claro en el artículo 9-11 del Código Civil, cuando dice que la Ley personal que corresponde a una persona jurídica es determinada por su nacionalidad; así pues, toda persona jurídica y, por tanto, toda sociedad anónima, tiene una nacionalidad y, como consecuencia, ha de ser calificada como sociedad española o sociedad extranjera.

La expresión nacionalidad de la sociedad es admitida desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia; ahora bien, dice BATTIFOL que si la nacionalidad es la dependencia de una persona natural en relación

con un Estado, es necesario reconocer que el problema se complica cuando en vez de personas naturales aparecen personas jurídicas. Pero no es inexacto hablar de la nacionalidad de las personas jurídicas, ya que si el término nacionalidad tiene defectos en materia de sociedades, tiene la ventaja de poderse utilizar la analogía en la resolución de los problemas de las personas jurídicas.

Ahora bien, fijada la nacionalidad de una persona jurídica, han de determinarse dos cuestiones. Qué criterio sigue un sistema jurídico para decir si una sociedad es propia o es extranjera, es decir, qué criterio tiene el Derecho español para decidir que una sociedad es española o es extranjera. Pero fijado esto, considerado con arreglo al Derecho español que una sociedad es extranjera, hace falta determinar a qué Estado extranjero pertenece. Esto no puede resolverse con el empleo del Derecho nacional, sino con la aplicación del Derecho extranjero. El Derecho español sólo puede decidir con arreglo a su normativa que nos encontramos ante una sociedad española o, por el contrario, ante una sociedad extranjera. Por el Derecho español no puede calificar si esta sociedad es francesa o italiana. Por el contrario, hay que acudir al Derecho francés para determinar si la sociedad es francesa; al Derecho de Italia para saber si la sociedad es italiana. El Derecho extranjero es el único competente, en su caso, para atribuir a una sociedad extranjera su propia nacionalidad.

Para la mejor exposición de este discurso exponemos previamente los criterios fundamentales en orden a la determinación de la nacionalidad de las sociedades. Se sigue en esto la obra de LEFEBRE D'OVIDIO (1): *La nazionalita delle societa commerciale*. Estos criterios serán examinados con más detalle al tratar esta cuestión en materia de Derecho comparado, pero como introducción vamos a examinarlos previamente:

1. Teoría de la constitución o incorporación exclusiva de los derechos anglosajones (*incorporation*). Las sociedades tienen la nacionalidad del Estado en que se constituyen. La constitución en un Estado determinado lleva como consecuencia la sujeción de las Leyes de ese Estado. La nacionalidad de las sociedades se determina, por tanto, en razón del Estado donde han sido constituidas. Hay que tener en cuenta que en la doctrina anglosajona ésta es una teoría absolutamente dominante.

2. Teoría del domicilio social. Bajo este criterio se considera que la nacionalidad de una sociedad corresponde al Estado donde está situado su domicilio social. Este criterio, sin embargo, plantea los problemas derivados de que el domicilio social tiene en teoría y en la práctica una amplia interpretación. Se puede considerar que el domicilio social es el

(1) LEFEBRE D'OVIDIO: *La Nazionalita della Societa Commerciale*, 1939, pág. 4.

fijado en los Estatutos, o bien el lugar donde se reúne la Junta General o el sitio donde lo hace el Consejo de Administración de la sociedad; todo esto plantea problemas en las decisiones de los Tribunales.

3. El criterio económico. Este es un criterio más amplio y tiene por objeto determinar todo tipo de conexión político, económico o social de una sociedad mercantil en relación con un Estado; dentro de este criterio se considera el centro de explotación de la sociedad o bien dónde se realiza el objeto principal de ella. El criterio del control de la sociedad se funda sobre el dominio de una sociedad, bien por los accionistas o bien por los miembros del Consejo de Administración. Se trata de una sociedad cuya nacionalidad no ofrece duda, pero, sin embargo, la mayoría de los accionistas o los administradores de la sociedad están constituidos por personas de otra nacionalidad. La sociedad tiene una nacionalidad, pero el dominio económico de ella pertenece a personas extranjeras.

Estos son los criterios básicos que se usan para fijar la nacionalidad de una sociedad, y sobre la base de estos criterios vamos a hacer un examen del Derecho comparado para poder presentar mejor los criterios y la calificación dentro del Derecho español.

DERECHO COMPARADO

Países anglosajones

La nacionalidad de las sociedades en el sistema jurídico anglosajón está unida a la incorporación a un Registro público. Para explicar mejor esta cuestión vamos a seguir el procedimiento. Para obtener el Registro, hay que presentar el memorándum de la sociedad. Como consecuencia de esto, la sociedad obtiene un certificado de incorporación; incorporación al Registro público, y desde esta fecha la compañía aparece como una persona jurídica, puesto que puede acreditar que ha cumplido todos los requisitos legales. El certificado de incorporación (*incorporation*) demuestra que la compañía es una persona jurídica separada y distinta de los socios. CHARLESWORT y CAIN.

Este sistema jurídico anglosajón, y, por tanto, del Reino Unido, sigue el criterio de que la sociedad tiene la nacionalidad del Estado donde ha quedado registrada o incorporada. Las sociedades creadas o registradas en Inglaterra son inglesas; las sociedades creadas o registradas en el extranjero son sociedades extranjeras. CHESIRE reconoce que en el Derecho inglés una sociedad ha de ser examinada en relación a sus efectos jurídicos, viendo los vínculos que le unen con un Estado, que son presencia,

residencia, domicilio y nacionalidad como datos o conceptos jurídicos distintos. Pero pese a eso la nacionalidad en el Derecho inglés está determinada por su inscripción en un Registro de Inglaterra. PALMER dice que la Ley determina que la nacionalidad depende del Estado donde la sociedad ha sido registrada o incorporada, teniendo en cuenta que de su incorporación al Registro depende su personalidad jurídica. Si en todo lo relativo al Derecho, toda traducción jurídica es dada por aproximación, ello es más relevante en los Derechos anglosajones debido a su lenguaje y a sus instituciones peculiares (2).

DERECHO FRANCÉS

El Derecho francés ha puesto de relieve que la teoría de la nacionalidad ha sido aplicada a las personas físicas y a las personas jurídicas. La regulación de las sociedades aparece en Francia en la Ley de 24 de julio de 1966. El artículo 3.º de esta Ley dice textualmente que las sociedades cuya sede social está situada en territorio francés están sometidas a la Ley francesa. Este criterio tenía sus antecedentes en la jurisprudencia francesa anterior a 1966. Dicha jurisprudencia había declarado que las sociedades cuyo domicilio social estaba en Francia eran francesas, con la condición de que dicho domicilio fuera real y no ficticio. RIPERT señala cómo la Ley de 1962 ha seguido el criterio de esta jurisprudencia. En el Derecho francés hay un criterio claro: hay sociedades francesas y sociedades extranjeras.

El texto básico sobre el derecho de sociedades lo constituye la citada Ley de 24 de julio de 1966; el artículo 3.º-1.º declara sometida a la Ley francesa toda sociedad que tenga su domicilio social en Francia, pero esto resuelve sólo una parte de la cuestión, puesto que hay que ver, en primer lugar, qué se considera como domicilio social y si además de este criterio, la doctrina o jurisprudencia ha admitido otro.

BATIFFOL expone que el mejor criterio para determinar la nacionalidad de una sociedad en el Derecho francés es la de considerar el domicilio social de esta sociedad. La jurisprudencia ha ido aceptando con más firmeza este criterio. Es la solución mantenida por el Tribunal permanente de Arbitraje Internacional y, además, la que recoge el texto citado de la Ley de 1966.

(2) PALMER's: *Company Law*, 1959, pág. 70.

PENNIGTON: *Company Law*, 1969, págs. 32 y 37.

CHARLESWORTH and CAIN: *Company Law*, 1983, pág. 20.

WOLFF: *Derecho internacional privado*, traducido por MARÍN LÓPEZ, 1948, página 286.

CHESIRE: *Private International Law*, 1965, pág. 182.

NORTHEY and LEIG's: *Introduction Company Law*, 1981, pág. 18.

Pero el domicilio social de una sociedad requiere una mayor precisión; se puede definir, según SAVATIER, como domicilio social el lugar donde radica el principal órgano de la sociedad y constituye el centro de su vida jurídica; en el domicilio social de una sociedad está la dirección jurídica, administrativa, financiera y técnica de ella.

Esta doctrina de que la nacionalidad de la sociedad está vinculada al domicilio social no resuelve en la práctica todas las conexiones o relaciones de la sociedad con el Estado. Bajo un aspecto liberal, se puede considerar domicilio social el que se designa en los Estatutos, pero también es válido el criterio que considera como sede social el establecimiento principal de la sociedad. Sobre la base del artículo 3.º-2.º de la Ley de 24 de julio de 1966, la jurisprudencia francesa, como indican LOUSSAOUAN y BREDIN, ha exigido que el domicilio social tenga los siguientes requisitos:

A) Carácter real de domicilio social. El domicilio de una sociedad se basa sobre realidades y cuestiones de hecho. La determinación de la realidad del domicilio social es una apreciación de los Tribunales sobre las pruebas que se pueden presentar sobre estos hechos. Una simple agencia no es suficiente para considerarla como domicilio de la sociedad.

B) El domicilio de la sociedad ha de ser un domicilio que responda a la existencia de la sociedad, es decir, que no exista fraude; la Ley de 1966, ya citada, reguladora del sistema jurídico, no dice nada sobre este punto, pero la jurisprudencia determina que siempre que exista simulación en el domicilio de una sociedad se ha de considerar que no existe domicilio social. o puede haber ningún tipo de fraude o simulación en el domicilio de una sociedad domiciliada en territorio francés.

BATIFFOL y LAGARDE, en su fundamental obra *El Droit international prive*, dicen que el criterio de la sede social parecía un sistema jurídico ya establecido, cuando surgieron las dificultades sobre el control de las sociedades durante la guerra 1914-1918 y apareció, como consecuencia, la doctrina de considerar la nacionalidad de una sociedad anómala en virtud de su control económico. Bajo este aspecto aparece un nuevo concepto. Para determinar la nacionalidad de la sociedad aparece un nuevo concepto. Para determinar la nacionalidad de la sociedad hay que ver los agentes económicos o personales que tienen el control de dicha sociedad, ya sean accionistas o ya se trate de personas que ocupen el Consejo de Administración. El control de la sociedad queda determinado por la naturaleza o procedencia de los capitales extranjeros invertidos o por la nacionalidad de las personas que ocupan el Consejo de Administración de una sociedad.

Ambos criterios se combinan en el sistema jurídico del Derecho francés, aunque el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia de considerar como regla general el domicilio social para determinar la nacionalidad es la regla general. Aparece como una excepción, pero, por supuesto, aplicable en determinados tiempos y en determinadas situaciones la teoría del control social (3).

CÓDIGO CIVIL

Italia

El Código Civil italiano regula la nacionalidad de las sociedades en los artículos 2.505 a 2.510. El título de este texto legal se refiere a las sociedades constituidas en el extranjero o que operan en el extranjero. Sobre esta cuestión, CAPOTTORTI señala que el Código Civil elude el hablar sobre nacionalidad de sociedades, es decir, no establece un criterio para determinar cuándo una sociedad es italiana o es extranjera. Por otra parte, a pesar de la técnica jurídica que representa el Código Civil italiano de 1942, BALLADORE PALLIERE, en su *Diritto internazionale privato*, ha reconocido la desafortunada redacción y la dificultad de interpretación que presentan los artículos 2.505 a 2.510. De todas formas, el Código Civil italiano tiene ya una regulación jurídica sobre este tema, de la que carece el Derecho español.

Sobre la base del Código Civil italiano, FERRARA concreta la situación de las sociedades bajo el siguiente criterio:

Se consideran sociedades extranjeras aquellas que reúnan las siguientes condiciones: 1. Que estén constituidas en el extranjero. 2. Que la sociedad tenga en el extranjero su domicilio social. Y 3. Que tenga en el extranjero el objeto principal de la sociedad.

Considera este autor como sociedades italianas: 1. Las sociedades constituidas en el territorio del Estado cuya actividad se realiza en el extranjero. 2. Las sociedades constituidas en el extranjero, pero que tienen dentro del territorio del Estado su domicilio social. 3. Las sociedades constituidas en el extranjero que realizan en el territorio del Estado el objeto principal de la sociedad.

(3) RIPERT y ROBLOT: *Traite D. Commercial*, tomo I, 1980, pág. 698.

MAYER: *D. International Prive*, 1977, pág. 700.

BATIFFOL y LAGARDE: *D. International Prive*, tomo I, 1981, pág. 802.

LOUSSOUARN y BOUREL: *D. International Prive*, 1980, pág. 801.

LOUSSOUARN y BREDIN: *Droit de Commerce International*, 1969, pág. 253.

ARMINJON: *Precis de Droit I. Prive Commerciale*, 1948, pág. 55.

HAMEL y LAGARDE: *Droit Commercial*, tomo II, 1980, pág. 69.

Pero este criterio no es compartido. Para BALLADORE PALLIERI el Código Civil italiano parte de la base de que lo decisivo para calificar la nacionalidad de una sociedad es el lugar de su constitución. Este es el criterio más seguro y no el del domicilio social, que aparece más difuso y en muchos aspectos de difícil localización. En el Derecho italiano es irrelevante la nacionalidad de los socios según el artículo 2.510 del Código Civil. Es irrelevante el objeto social, artículo 2.509, y es irrelevante el domicilio social, artículos 2.505 y 2.506 del Código Civil.

BALLADORE PALLIERI clasifica la situación jurídica de las sociedades en el Derecho italiano en dos categorías:

A) Sociedad constituida en el extranjero que tiene en Italia su sede social o el objeto principal de la empresa. El artículo 2.505 del Código Civil de Italia dice que la sociedad extranjera que tiene en el territorio del Estado el domicilio social o el objeto principal de la empresa está sujeta, en cuanto a los requisitos de la validez del acto constitutivo, a las disposiciones de la Ley italiana.

Para FERRI, en esta hipótesis de una sociedad constituida en el extranjero, la Ley nacional italiana se aplica en todo lo relativo al acto constitutivo, a la materia de publicidad del Registro y en todo lo relativo al ejercicio del objeto social, es decir, a la actividad de la empresa. Para FERRI la sociedad constituida en el extranjero, cuyo domicilio social y cuyo objeto están en Italia, no tiene por qué disolverse y volverse a constituir nuevamente; la sociedad deberá inscribirse en los Registros que el Derecho italiano requiera, pero FERRI dice que pese a los textos legales no se aclara en este supuesto si la sociedad es extranjera o se convierte en italiana al cumplir todos los requisitos del artículo 2.505 del Código Civil.

En cambio para BALLADORE PALLIERI la sociedad que cumpla los requisitos del artículo 2.505 del Código Civil italiano es una sociedad extranjera. Se trata de una sociedad constituida en el extranjero que tiene su domicilio y su objeto principal en Italia, pero sigue siendo una sociedad extranjera a la que se aplica en casi todo la normativa jurídica del Derecho italiano. Pero las normas sobre disolución y liquidación se rigen por su Ley nacional y no se les puede aplicar el Derecho de Italia. La sociedad ha de sujetarse a todas las normas imperativas del Código Civil italiano, pero sigue siendo para este autor una sociedad extranjera.

La interpretación del artículo 2.505 del Código Civil ha resultado difícil de asimilar para la doctrina, y otro autor, MONACO, dice que el artículo 2.505 lo que hace es nacionalizar la sociedad extranjera; se trata de una sociedad extranjera pero que queda sometida a la Ley italiana en cuanto a la validez del acto constitutivo y a las formas de publicidad.

Con esto se termina la exposición de esta parte del Derecho italiano, de interpretación difícil para su propia doctrina, y que no se encuentra nada parecido en el Derecho español. Con sus inconvenientes, el Código Civil italiano tiene una regulación sobre esta materia.

B) La sociedad extranjera puede encontrarse dentro de la normativa italiana en una segunda situación, la que determina el artículo 2.506 del Código Civil. Se trata de una sociedad extranjera pero con una sede secundaria en el territorio del Estado italiano. Esta sociedad tiene la cualidad jurídica de extranjera, se le aplica su Ley nacional, pero en las actividades que ejercen en Italia a través de sus sedes secundarias o sucursales se les aplica la Ley italiana. Esta situación sí tiene relación con el Derecho español, dado que las sociedades extranjeras pueden crear sucursales en España según el artículo 84, 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil (4).

Esta introducción de Derecho comparado tiene como objeto la preparación del análisis que se ha de hacer sobre el Derecho español. Como dice RODIÈRE, *Introduction au droit comparé*, el Derecho comparado es ajeno a la materia del Derecho internacional privado, pero el Derecho comparado tiene dos funciones: primero es una fuente de interrogación y de crítica de nuestro propio Derecho y a la vez nos facilita la comprensión del Derecho nacional porque nos permite la adquisición de unos niveles intelectuales parecidos (5).

SISTEMA JURÍDICO DE DERECHO ESPAÑOL

El examen del Derecho español lo vamos a hacer sobre los textos y las obras jurídicas de la materia que han tratado el tema de la nacionalidad de la persona jurídica, el Derecho mercantil en materia de sociedades anónimas y el Derecho internacional privado, también en materia de nacionalidad de personas y sociedades.

En Derecho civil, la base de los argumentos, como vamos a ver, son los artículos 15 del Código de Comercio y el 28 del Código Civil, pero

(4) BALLADORE-PALLIERI: *Diritto Internazionale Privato*, 1974, pág. 145.

BALLARINO: *Diritto Internazionale Privato*, 1982, pág. 599.

FERRARA: *Gli Impreditore e la Società*, 1971, pág. 625.

AULETTA y SELANITRO: *Diritto Commerciale*, 1977, pág. 233.

FERRI: *La Società*, 1971, pág. 49.

CAPOTORTI: *La Nazionalità della Società*, 1957, pág. 190.

SANTA MARÍA: *La società nel Diritto Internazionale Privato*, 1970, pág. 145.

DIENA: *Trattato di D. Commerciale Internazionale*, tomo I, 1900, pág. 271.

CAVAGLIERI: *Il Diritto Internazionale Commerciale*, 1936, pág. 145.

(5) RODIÈRE: *Introduction au Droit Compare*, 1979, pág. 64.

hacemos notar aquí que la doctrina española ha tratado, a nuestro juicio, de una manera incompleta una reglamentación parcial de las sociedades extranjeras que aparece en el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 84, 2.º, sobre creación de sucursales de sociedades extranjeras, artículo 87 del Reglamento del Registro Mercantil sobre sociedades españolas con intervención o participación de personas naturales y jurídicas extranjeras, el artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil, que regula los requisitos de la inscripción de las sucursales de las sociedades extranjeras en España, y el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, que trata de la adquisición de la nacionalidad española por una sociedad extranjera.

Dentro de la teoría del Derecho civil, DÍEZ PICAZO expone cómo es un hecho ineludible que las personas jurídicas tienen una nacionalidad, artículo 9.º, 11, del Código Civil, y su importancia radica en que la Ley personal de una persona jurídica queda determinada por su nacionalidad y rige todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, transformación, disolución y extinción de la persona jurídica.

Sin embargo, este autor reconoce que el criterio de atribución de la nacionalidad a una persona jurídica es dudoso en nuestro Derecho. El artículo 15 del Código de Comercio sigue el criterio de la constitución de la sociedad; según este artículo, son extranjeras las sociedades constituidas en el extranjero. Por otra parte, el artículo 28 del Código Civil, las asociaciones reconocidas en la Ley y domiciliadas en España gozan de la nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados y leyes especiales.

De los artículos 15 del Código de Comercio y del 28 del Código Civil, DÍEZ PICAZO considera que para que una sociedad tenga la nacionalidad española es necesario que se constituya con arreglo a la Ley española, es decir, constituida en España, y tenga su domicilio dentro del territorio nacional.

Pero este criterio de constitución y domicilio en el territorio nacional para calificar una sociedad como española no es admitido por otros autores dentro del Derecho civil.

GARCÍA AMIGO, en sus *Instituciones de Derecho civil*, dice que la nacionalidad es un vínculo que une a una persona con la organización del Estado. El sistema de la nacionalidad de la persona jurídica tiene dos aspectos.

La nacionalidad formal de la persona jurídica. Después de decir que hay un sector doctrinal, URÍA y DÍEZ PICAZO, los cuales atribuyen la na-

cionalidad española a una sociedad cuando se den los dos requisitos ya citados: que constituya con arreglo al ordenamiento jurídico español y cuando tenga su domicilio en España, considerando que cuando falte cualquiera de estos requisitos nos encontramos ante una sociedad extranjera, GARCÍA AMIGO dice que la Ley sólo exige que el domicilio esté en España para que una sociedad tenga el carácter de española. El requisito de la constitución en territorio español no puede considerarse como tal requisito del examen de los textos legales.

La nacionalidad formal de las personas jurídicas, con independencia de las personas que las componen o de los capitales invertidos en ellas, es un principio general dentro de la teoría jurídica de las sociedades españolas. Pero hay excepciones que sin romper el dato formal de la persona jurídica pasan a considerar los elementos personales o el capital invertido en las sociedades, y en este sentido cita el Decreto de 31 de octubre de 1974 sobre inversiones de capital extranjero en España y la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre zonas de interés para la defensa nacional. GARCÍA AMIGO no hace en su obra un análisis pero ya plantea el problema de la adquisición derivativa de la nacionalidad española por una sociedad extranjera conforme al artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, y que es uno de los aspectos a tratar en este discurso.

Y en este mismo criterio de identificar nacionalidad con domicilio, es decir, que son personas jurídicas españolas las domiciliadas en España, es el que sigue COSSÍO en sus *Instituciones de Derecho civil* y ALBALADEJO. CASTÁN dice que el régimen legal de la nacionalidad de las personas jurídicas se basa sobre el texto del artículo 28 del Código Civil, y sobre este texto son personas extranjeras las domiciliadas en el extranjero y personas jurídicas españolas las domiciliadas en España; y este mismo criterio es el mantenido por GARCÍA VALDECASAS en su *Derecho civil, parte general* (6).

Derecho mercantil.—En esta materia la doctrina sigue un criterio más uniforme que la teoría del Derecho civil. URÍA, en *Derecho mercantil*, deduce del artículo 28 del Código Civil los datos fundamentales para considerar que una sociedad es española cuando está constituida en España y está domiciliada en el territorio nacional. El artículo 28 reúne los requisitos legales para llegar a esta calificación de sociedades españolas.

(6) GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho civil*, 1979, pág. 501.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, tomo I, 1982, pág. 656.

PEÑA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, 1978, página 780.

COSSÍO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, 1977, pág. 128.

ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo I, 1983, pág. 422.

CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, tomos I-II, 1982, pág. 450.

GARCÍA VALDECASAS: *Parte general de Derecho civil*, 1983, pág. 263.

Y como consecuencia de esto, para URÍA son sociedades extranjeras: primero, las sociedades domiciliadas en el extranjero, cualquiera que sea el lugar de su constitución, es decir, aunque se haya constituido en España, y por aplicación del artículo 28 del Código Civil, y segundo, las sociedades constituidas en el extranjero, cualquiera que sea su domicilio, es decir, aunque su domicilio esté en España, por aplicación de los artículos 15 y 21 del Código de Comercio.

SÁNCHEZ CALERO, otro autor que en sus *Instituciones de Derecho mercantil* sigue el mismo criterio. El discutido sistema de determinar la nacionalidad de las sociedades se resuelve en el Derecho español sobre la base de que una sociedad es española cuando está constituida en España, artículo 15 del Código de Comercio, y está domiciliada en España, artículo 28 del Código Civil.

Como consecuencia, son sociedades extranjeras: primero, las sociedades que se hayan constituido fuera de España, artículo 15 del Código de Comercio; segundo, las sociedades que se hayan constituido en España pero tengan su domicilio en el extranjero, artículo 28 del Código Civil, y tercero, por otra parte, una sociedad extranjera puede adquirir la nacionalidad española conforme al artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil.

CÁMARA, en sus *Estudios de Derecho mercantil*, dice que los preceptos de la Ley respecto al reconocimiento de la nacionalidad de las sociedades no son precisamente diáfanos dentro de nuestro sistema legal, aun reconociendo que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de agosto de 1953 en materia de nacionalidad aceptó el sistema de los dos requisitos, es decir, de constitución en España y domicilio en España, para decir que una sociedad es española cuando está constituida en España según el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas; lo que ocurre es que una sociedad constituida en España y que tiene la nacionalidad española tiene a su vez la obligación de que su domicilio esté sito dentro del territorio nacional, artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas (7).

Derecho internacional privado.—Dentro de este tema era donde debía estar situada la teoría general de la nacionalidad de la persona jurídica y, como consecuencia, de las sociedades mercantiles. Pero el razonamiento en los libros de Derecho internacional privado viene a ser parecido a los que hemos expuesto; E. PÉREZ VERA parte de la base de que la ge-

(7) URÍA: *Derecho mercantil*, 1982, pág. 131.

SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, 1981, pág. 149.

GARRIGUES-URÍA: *Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., revisada por MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo I, pág. 141.

CÁMARA: *Estudio de Derecho mercantil*, tomo I, 1977, pág. 692.

neralidad de las legislaciones distinguen entre sociedades nacionales y sociedades extranjeras, y tal distinción aparece como una realidad jurídica ineludible. Ahora bien, las disposiciones fundamentales sobre este tema siguen siendo los artículos 15 del Código de Comercio y 28 y 41 del Código Civil, tan citados a lo largo de este tema. El artículo 15, al decir que son extranjeras las compañías creadas en el extranjero, parece adoptar como criterio para determinar la nacionalidad el sistema anglosajón de la constitución o incorporación de la sociedad. Por otra parte, según el artículo 28 del Código Civil, aparece como criterio decisivo el del domicilio en España, pero pese a la redacción del artículo 28, hay que considerar que la nacionalidad española de una sociedad se encuentra condicionada por su constitución con arreglo al Derecho español. MARÍN LÓPEZ considera que sobre la base del artículo 28 del Código Civil, se puede decir que para que una sociedad tenga la nacionalidad española es necesario que esté constituida y que tenga su domicilio en España. GONZÁLEZ CAMPOS considera que la nacionalidad española está determinada por su constitución en España; lo que ocurre es que toda sociedad constituida en España tiene como obligación, y esto se ve claro en el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, tener su domicilio dentro del territorio español. Se puede considerar que para este autor son sociedades españolas las constituidas y domiciliadas en España (8).

Todo este conjunto de doctrina obtenida sobre la base de los textos de Derecho civil, Derecho mercantil y Derecho internacional privado tiene, a nuestro juicio, una limitación: que la aportación doctrinal se hace fundamentalmente sobre los datos legislativos de los artículos 15 del Código de Comercio y 28 del Código Civil. El examen de estos textos jurídicos y además de los artículos 84, 2.º, 87, 88 y 89 del Reglamento del Registro Mercantil permiten un examen más completo y resolver con más claridad una serie de cuestiones que afectan, como vamos a ver, a las sociedades españolas y a las sociedades extranjeras.

Primero, no hay duda de que son sociedades españolas las constituidas en España y domiciliadas en España, y que son sociedades extranjeras las constituidas en el extranjero y domiciliadas en el extranjero. Pero el esquema legal no se agota aquí. Vamos a examinar los supuestos más controvertidos, y el primero es el caso de una sociedad extranjera constituida en el extranjero y domiciliada en España.

(8) PÉREZ VERA: *Derecho internacional privado*, 1980, pág. 275.

MARÍN LÓPEZ: *Derecho internacional privado*, tomo I, 1984, pág. 104.

GONZÁLEZ CAMPOS: *Derecho internacional privado*, 1984, pág. 149.

AGUILAR NAVARRO: *Lecciones de Derecho civil internacional español*, 1982, página 92.

MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado*, 1982, pág. 98.

En 1947 publicaba GARRIGUES su *Tratado de Derecho mercantil*, y después de decir que son sociedades españolas las constituidas en España y domiciliadas en territorio nacional, se hacía la primera pregunta de si una sociedad extranjera, es decir, constituida en el extranjero, podía tener su domicilio en España. Para GARRIGUES esto era posible si no había Ley en contra o tratado internacional opuesto a ello, pero decía este autor que una sociedad extranjera y con domicilio en España seguía teniendo la nacionalidad extranjera.

Este problema tiene su solución cuando se publica el 14 de diciembre de 1956 el Reglamento del Registro Mercantil; a partir de este momento aparece a nuestro juicio claro que una sociedad constituida en el extranjero no puede tener su domicilio en España, sino que sólo puede crear sucursales.

Esta doctrina ya tenía su antecedente en el artículo 21, 12, del Código de Comercio, cuando dice que las sociedades extranjeras que quieran establecer sucursales en España deberán presentar los documentos requeridos para las españolas junto a un certificado del cónsul de que están constituidas con arreglo a las leyes de su país respectivo.

El artículo 84, 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil establece claramente que en los libros de sociedades se inscriben las sociedades extranjeras que establezcan sucursales en España conforme a los artículos 15 y 21 del Código de Comercio; aparece, pues, claramente que lo único que puede hacer una sociedad extranjera en España es el establecimiento de una sucursal.

El artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil regula la inscripción de las sucursales de sociedades extranjeras. Se hace constar en la inscripción la sede de la sucursal, es decir, el domicilio social de la sucursal, que evidentemente no puede ser el domicilio social de la sociedad constituida en el extranjero. Una cosa es el domicilio social de una sociedad extranjera constituida en el extranjero y otra cosa es el domicilio de la sucursal de esta sociedad en España. El modelo XV del Reglamento del Registro Mercantil sobre inscripción de sucursal de sociedad extranjera está redactado en este sentido. La sociedad constituida en el extranjero tiene su domicilio social en el extranjero. No hay normativa jurídica en que se pueda apoyar que esta sociedad puede tener su domicilio social en España.

Y este razonamiento queda completado por el texto del artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil. Así como una sociedad extranjera sí puede crear sucursales en España, lo que puede hacer también dicha sociedad extranjera es adquirir la nacionalidad española cumpliendo los requisitos que determina el artículo 89 del Reglamento del Registro Mer-

cantil, y uno de estos requisitos es que la sociedad extranjera que adquiera la nacionalidad española ha de tener su domicilio en España. El artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil demuestra claramente que para que una sociedad extranjera pueda tener su domicilio en España es necesario que adquiera la nacionalidad española. Sólo las sociedades españolas tienen su domicilio en España. Las sociedades extranjeras sólo pueden crear o establecer sucursales.

Segundo, las sociedades constituidas en España y con domicilio en España tienen la nacionalidad española, pero no parece posible que una sociedad constituida en España pueda tener su domicilio en el extranjero. El Decreto-ley de 17 de julio de 1947, en su artículo 1.º, dice que las sociedades españolas, cualesquiera que sean sus componentes, la situación física y jurídica de los bienes que integran su activo social y el lugar donde desempeñan sus actividades, deberán tener su domicilio en territorio de soberanía española. Posteriormente se publica en 1951 la Ley de Sociedades Anónimas, que dice que las sociedades de nacionalidad española tendrán su domicilio dentro del territorio español, y el año 1953 se publica la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que dice que las sociedades de nacionalidad española tendrán su domicilio necesariamente en territorio español.

No se puede constituir en España una sociedad cuyo domicilio esté en el extranjero. Una sociedad constituida en España y con domicilio en el extranjero no podría inscribirse en el Registro Mercantil. Los artículos 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 4.º de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antes citados, lo dicen expresamente.

En la escritura de constitución de una sociedad anónima, y dentro de sus estatutos, artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, se hace constar el domicilio social, y este domicilio social se inscribe en el Registro Mercantil, artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Consecuencia de esto es una sociedad anónima constituida en España y con domicilio en el extranjero; no puede ser inscrita en el Registro Mercantil según los artículos 1.º y 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 102 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y así la escritura pública de constitución de una sociedad anónima no se inscribe en el Registro Mercantil y carece de personalidad jurídica, artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas; sólo desde el momento de la inscripción la sociedad anónima tiene personalidad jurídica, y si no está inscrita y carece por tanto de personalidad jurídica, la sociedad no tiene nacionalidad, ya que la nacionalidad en el Derecho español se da con relación a las personas naturales y a las personas jurídicas, artículo 9.º, 11, del Código Civil.

La doctrina italiana, sobre la base del artículo 2.509 de su Código Civil, se encuentra en un supuesto parecido que nos permite explicar mejor la anterior situación jurídica. El artículo 2.509 del Código Civil italiano habla de sociedades constituidas en Italia, pero el objeto fundamental o principal de la sociedad está situado en el extranjero. El Código Civil italiano regula una sociedad constituida en Italia cuyo objeto principal está en el extranjero, pero no se aplica a una sociedad constituida en Italia y cuyo domicilio social está en el extranjero. Un autor, BALLADORE PALLIERI, dice que esta hipótesis no puede darse en el Derecho italiano; no se puede constituir una sociedad anónima en Italia cuyo domicilio social esté en el extranjero.

El examen de ahora es sobre si las sociedades españolas con domicilio en España pueden tener sucursales en el extranjero. El Reglamento del Registro Mercantil regula las sucursales de las sociedades extranjeras en España, artículo 88, pero reconoce la posibilidad de que una sociedad española establezca sucursales en el extranjero.

Aunque el artículo 11, 3.º, de la Ley de Sociedades Anónimas dice que se hace constar en los estatutos el domicilio social y los lugares donde se vayan a establecer sucursales, agencias o delegaciones, y no se habla para nada de las sucursales en el extranjero, el artículo 102, e), del Reglamento del Registro Mercantil amplía esta cuestión y señala que se hará constar en dicho Registro el domicilio social y el lugar fuera o dentro de España en que vaya a establecer sucursales o agencias. El artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil reconoce la posibilidad de que una sociedad anónima constituida en España y con domicilio social dentro del territorio español inscriba los lugares o territorios de dentro o fuera de España donde puede establecerse una sucursal.

Por otra parte, la existencia de sucursales de sociedades españolas en el extranjero están vinculadas a las necesidades de la inversión de capital español fuera de España, y reguladas actualmente por el Decreto de 14 de septiembre de 1979 y Ordenes de 15 de octubre de 1979 y de 23 de enero de 1981. Estos textos legales reconocen que las inversiones españolas en el extranjero pueden hacerse: 1.º A través de participación en sociedades extranjeras; y 2.º En el ejercicio de una actividad empresarial mediante la creación de agencias y sucursales.

Esto demuestra que es válida la constitución de la sociedad anónima en España con domicilio social en España pero con sucursales en el extranjero sobre la base de la normativa legal de los artículos 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 102 del Reglamento del Registro Mercantil.

EL CONTROL DE LAS SOCIEDADES Y SU NACIONALIDAD

Toda la doctrina de Derecho internacional privado en materia de nacionalidad de sociedades ha tenido en cuenta que una cosa es la nacionalidad de una sociedad en su aspecto jurídico formal y otra es el control económico a que puede ser sometida una sociedad. Vamos a ver hasta qué punto el Derecho español utiliza el control de una sociedad como determinante de su nacionalidad.

El tema del control económico y nacionalidad de las sociedades tuvo su origen en la Primera Guerra Mundial (1914-1918). BATIFFOL dice que la determinación de nacionalidad de las sociedades por razón de su domicilio social parecía como un sistema claramente establecido cuando nacen las dificultades de la guerra de 1914-1918. La noción de control desaparece cuando termina esta situación de conflicto y aparece nuevamente como criterio determinante de la nacionalidad de la sociedad el domicilio social. Pero la teoría del control se impone nuevamente a causa de la Segunda Guerra Mundial. Se consideran como sociedades extranjeras y se le secuestran los bienes a aquellas sociedades cuya nacionalidad aparece como francesa, pero que notoriamente el capital de ella pertenece a naciones en estado de guerra con Francia. BATIFFOL señala respecto a esta teoría del control la incertidumbre que lleva su aplicación por las dificultades que plantea la prueba del origen de los capitales y la influencia de las personas que administran las sociedades.

La jurisprudencia anglosajona también ha admitido la teoría del control en la fundamental decisión *Daimler Corporation Ltd.* La Cámara de los Lores considera como enemiga una sociedad constituida en Inglaterra, y por tanto que tiene la nacionalidad inglesa, pero los directores de dicha sociedad y el capital son alemanes. La *Trading With the Enemy Act* inglesa en 1939 considera como enemigas dentro de la Ley aquellas personas que por supuesto tienen la nacionalidad inglesa pero están controladas por personas que pueden considerarse como enemigas.

AGUILAR NAVARRO dice que la teoría del control en el Derecho español tiene la misma finalidad que acabamos de ver: desvelar una nacionalidad aparente y proceder a revelar las personas o los bienes que controlan dicha sociedad. En el Derecho español podemos examinar los siguientes textos: el Decreto-ley de 5 de mayo de 1945 y la Ley de Minas de 1973, pero sobre todo la Ley y el Reglamento de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974 y el Reglamento de 10 de febrero de 1978 para la ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional.

Respecto al Reglamento sobre Inversiones de Capital Extranjero, el

artículo 32 dice que la Dirección General de Transacciones Exteriores, atendiendo al criterio de la inversión extranjera, publicará en el *Boletín Oficial del Estado* mediante una resolución la lista de las sociedades españolas que tengan capital extranjero. A partir de la publicación de la citada resolución estas sociedades habrán de declarar en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio las inversiones que efectúen las sociedades españolas. Se trata, por supuesto, de sociedades constituidas en España y con domicilio en España y por tanto de nacionalidad española.

Respecto al Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, el artículo 37 dice que queda sujeta al requisito de la autorización militar la adquisición, cualquiera que sea el título jurídico, de fincas rústicas o urbanas por personas extranjeras o por personas jurídicas extranjeras. El control aparece perfectamente definido en el artículo 39, 1.º, del Reglamento citado, en cuanto se requiere la autorización militar en los casos de adquisición de fincas rústicas y urbanas por sociedades españolas pero cuyo capital pertenezca a personas físicas o jurídicas superior al 50 por 100.

El concepto de control económico es difícil de definir. Los conceptos económicos son mucho más amplios que los conceptos jurídicos; en éstos es más fácil fijar sus límites, sea a través de la dogmática jurídica, sea a través de los procedimientos judiciales.

La fisonomía del Derecho de control va naciendo de la confrontación jurídica de los conceptos del Derecho de bienes en relación con el poder económico. Se puede decir que el control económico de una sociedad es el derecho de disponer como un propietario sobre dicha sociedad, de tal forma que sea el dueño de la actividad económica de la empresa.

Pero el control no parece que pueda tener una naturaleza jurídica; se trata de actividades de hecho; se trata de datos o efectos económicos que se revelan al jurista por medio de indicios, y cuya apreciación corresponde, en definitiva, a los Tribunales.

La regulación más importante del control económico, tal y como la hemos definido, aparece en el artículo 7.º, 3.º, del Reglamento de Inversiones Extranjeras; en este artículo se dice: «Excepcionalmente se computará como participación extranjera al 100 por 100 la que efectúe una sociedad española con participación extranjera igual o inferior al 50 por 100 pero superior al 25 por 100 de su capital cuando los socios extranjeros tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de los socios extranjeros en la ges-

ción de la sociedad; dicha comprobación se efectuará de acuerdo con los trámites previstos de la Ley de Procedimiento Administrativo» (9).

CONFLICTOS DE NACIONALIDAD EN MATERIA DE SOCIEDADES

CAFLISCH, en su *Estudio sobre nacionalidad de sociedades*, publicado en el *Anuario suizo de Derecho internacional*, expone esta materia. Así como en las personas naturales aparece una normativa que determina claramente los conceptos de nacional y extranjero, además de los supuestos de doble nacionalidad y apatridia, en el Derecho de sociedades no se cuenta con preceptos de Derecho positivo sobre este tema. El tema de los conflictos de nacionalidad se puede examinar bajo el siguiente criterio:

Conflictos negativos de nacionalidad: Apatridia. En el supuesto de sociedades anónimas, estos conceptos no aparecen en la normativa legal; por otra parte, es poco frecuente que se dé el supuesto de apatridia en las sociedades anónimas. WOLFF, en su *Derecho internacional privado*, señala cómo se pueden dar casos de apatridia en relación con los distintos supuestos y criterios para determinar la nacionalidad de las sociedades. Una sociedad constituida en Francia y con domicilio social en Inglaterra es una sociedad que carece de nacionalidad, ya que no tiene la nacionalidad francesa, puesto que su domicilio social está en Inglaterra, y como hemos visto, en el Derecho francés la nacionalidad se determina por el lugar del domicilio social. Pero tampoco tiene la nacionalidad inglesa, ya que aunque tenga su domicilio en Inglaterra, no se puede considerar como sociedad inglesa, ya que con arreglo al Derecho de este Estado, no hay más nacionalidad que aquellas sociedades que han sido incorporadas o creadas en Inglaterra.

Conflictos positivos y doble nacionalidad o nacionalidades múltiples. La doctrina del Derecho internacional privado admite que una sociedad anónima puede tener doble nacionalidad. CAFLISCH considera que una sociedad anónima que haya sido creada en Inglaterra con arreglo a este estado tiene la nacionalidad inglesa bajo la teoría de la creación e incorporación. Pero si constituye su domicilio social en Francia, adquiere por este hecho la nacionalidad francesa, puesto que para el Derecho francés una sociedad tiene la nacionalidad de su domicilio social. Nos encontra-

(9) BATIFFOL y LAGARDE: *Obra citada*, tomo I, pág. 237.

MAYER: *Obra citada*, pág. 790.

LOUSSOUARN y BREDIN: *Obra citada*, pág. 267.

WOLFF: *Obra citada*, pág. 295.

CHESIRE: *Obra citada*, pág. 175.

CHAMPAUD: *La Pouvoir de Concentration de la Societe par Actions*, 1962.

mos, por tanto, ante una sociedad con doble nacionalidad: inglesa y francesa.

Para resolver los conflictos de doble nacionalidad se siguen los siguientes criterios: Un Estado puede siempre rechazar la nacionalidad extranjera de una sociedad cuando a su vez posee la de este Estado. Otro principio es que los Tribunales consideren como nacionalidad la del Estado donde tenga su domicilio social, su actividad financiera, industrial o comercial (10).

**CAMBIO DE NACIONALIDAD DE SOCIEDADES.
ADQUISICIÓN POR UNA SOCIEDAD EXTRANJERA
DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA**

El cambio de nacionalidad requiere en principio el examen de dos supuestos distintos cuyas consecuencias jurídicas son diferentes. El primer supuesto cuando ambos Estados siguen el criterio de que la incorporación determina la nacionalidad de las sociedades y el segundo caso cuando ambos Estados siguen el criterio de que el domicilio social determina la nacionalidad de las sociedades.

Si el criterio seguido por las dos legislaciones es el de la constitución o incorporación típico del Derecho anglosajón, la solución es la siguiente: No CABE para que una SOCIEDAD pierda la NACIONALIDAD de un ESTADO, y adquiera la de otro ESTADO, que la disolución de la sociedad, en su primer ESTADO, y la CONSTITUCION de nuevo en su segundo ESTADO. Bajo el sistema jurídico de la creación o incorporación no se pierde una nacionalidad y se gana otra, permaneciendo idéntica la misma sociedad, es decir, conservando su personalidad. Se extingue en el extranjero y se constituye nuevamente en el nuevo Estado donde va a operar jurídicamente.

Este criterio está expuesto por LEFÈBRE D'OVIDIO, el cual dice que si el sistema para determinar la nacionalidad de una sociedad es el acto de su constitución, no cabe cambio de nacionalidad; esto no es posible. No cabe más que la disolución de la sociedad primitiva y la nueva constitución de la sociedad, que queda sujeta a la Ley del Estado, donde está nuevamente constituida. El mismo criterio es el de CAVAGLIERI; en los supuestos de que la nacionalidad se determine por el sistema de incorporación no es posible la continuación de la misma sociedad; es necesario disolver la sociedad en su antiguo Estado y crear la sociedad en el nuevo Estado bajo las leyes de éste.

(10) CAFLISCH: *Le nationalite des Societes en Droit I. Prive.*
Anuaire Suisse de Droit International, 1967, pág. 142.

La cuestión aparece, pues, clara: en los sistemas donde la nacionalidad de las sociedades está vinculada a la teoría de la creación o incorporación, no es posible el cambio de nacionalidad de una sociedad permaneciendo idéntica, es decir, conservando su personalidad jurídica.

No hay más solución que la extinción de la sociedad con arreglo a las leyes del antiguo Estado y la creación de otra sociedad nueva bajo su nuevo ordenamiento legal.

Pero las dificultades y los problemas se dan cuando el cambio de nacionalidad se verifica entre dos Estados cuyo criterio para determinar la nacionalidad es el domicilio social. En este supuesto la sociedad anónima ha perdido una nacionalidad y ha adquirido otra pero la sociedad es la misma, porque su personalidad jurídica permanece idéntica. Para el estudio de esta cuestión vamos a seguir el esquema de la obra de LOUSSOUARN, que aparece, a nuestro juicio, como más completa.

A) *Condiciones de validez del acuerdo de transferencia de nacionalidad.*—Es un problema típico de Derecho internacional privado: El conflicto de leyes. Cual es la Ley competente que se aplica a la transferencia del domicilio social y como consecuencia al cambio de nacionalidad. LOUSSOUARN dice que no cabe aplicar exclusivamente la Ley del domicilio social nuevo. Para que se produzca el cambio de nacionalidad es necesario que se cumplan los requisitos de ambas leyes. Se aplica la Ley del domicilio social antiguo, que corresponde a la nacionalidad que se pierde, y también se aplica la Ley del domicilio social nuevo, que corresponde a la nacionalidad que se adquiere. Este cambio de domicilio social lleva consigo un cambio de nacionalidad; se pierde un domicilio social y una nacionalidad y se adquiere un nuevo domicilio social y, como consecuencia, una nueva nacionalidad.

Es por tanto necesario sobre la base de esta distinción señalar el dominio de aplicación de las dos leyes. No es dudoso que la Ley del domicilio social nuevo se aplica a la escritura y a los estatutos de la sociedad, que deberán estar de acuerdo con las leyes de su nuevo domicilio social, o sea, del nuevo Estado.

B) *La adaptación de los estatutos.*—La transferencia del domicilio social y, como consecuencia, el cambio de nacionalidad lleva consigo la necesidad de adaptar los estatutos de la sociedad a su nueva nacionalidad, es decir, están sujetos al nuevo Estado. Los estatutos de la sociedad que han cambiado de nacionalidad tienen necesidad de adaptarse a la nueva legislación, bajo la cual se encuentra sometida la sociedad. No se trata de constituir una nueva sociedad; se trata de reconocer la antigua sociedad, cuya personalidad jurídica permanece idéntica, pero esta misma sociedad

tiene la necesidad de poner de acuerdo su escritura y estatutos con su nueva Ley nacional.

La doctrina ha calificado el cambio de nacionalidad de una sociedad de diferente forma. Para STREIT el cambio de nacionalidad de una sociedad como consecuencia del cambio del domicilio social, permaneciendo idéntica la personalidad jurídica de la sociedad, requiere los siguientes requisitos: primero, que el cambio de nacionalidad sea permitido por las leyes del Estado antiguo; segundo, que se respeten las leyes de orden público del Estado originario y del nuevo, y tercero, que la sociedad cumpla todos los requisitos legales en el país donde adquiere la nueva nacionalidad. Para RUNDSTEIN el supuesto de cambio voluntario de nacionalidad es válido cuando entre ambas nacionalidades existen convenios o tratados sobre este tema.

Pero esta tesis no es admitida siempre aun en los supuestos de cambio de nacionalidad por cambio de domicilio social. Según ASSER, para que exista cambio de nacionalidad es necesario que la sociedad se extinga en su antigua nación y se cree una nueva en su nuevo país. FEDOZZI dice que cuando una sociedad cambia de nacionalidad lleva consigo su disolución inmediata. Y WEISS considera que no se puede hablar respecto a las sociedades de cambio de nacionalidad, sino de la sustitución de una sociedad extranjera por una nueva sociedad nacional. NUSSBAUM, como opinión prevalente, estima que todo cambio de nacionalidad de una sociedad lleva consigo la extinción de ésta y la creación de una nueva en su nuevo Estado.

Este criterio es el mantenido por RÜHLAND, que empieza por decir que la doctrina y la jurisprudencia alemana consideran que cuando una sociedad transfiere su domicilio social a un país extranjero tiene como consecuencia la pérdida de su nacionalidad y de su personalidad jurídica, y, por tanto, la sociedad aparece en la situación de una sociedad en liquidación; según este autor, en el momento que una sociedad ha decidido por medio de un acuerdo llevar su domicilio social al extranjero, la nacionalidad y la personalidad jurídica de la sociedad cesan al mismo tiempo. La sociedad no solamente pierde su nacionalidad, sino que como consecuencia se produce su extinción como tal sociedad, pues esta sociedad se sustrae al ordenamiento jurídico al cual debía su existencia (11).

La doctrina francesa aparece en este punto dividida. Para NIBOYET no es posible que una sociedad domiciliada en un Estado pueda transferir por medio de acuerdos sociales su domicilio a otro Estado y como consecuencia adquirir la nacionalidad de este nuevo Estado manteniendo su

(11) RÜHLAND: *Academie de Droit International Prive. Cours 1933*, III, página 431.

identidad, o sea, conservando su personalidad jurídica. En estos casos, para este autor no cabe más que una solución: disolver la sociedad en su antiguo país y volverla a crear de nuevo en su nueva nación, y este es el criterio de HAMEL y LAGARDE.

Pero este criterio no es mantenido por otra parte de la doctrina francesa; para BATIFFOL el cambio de nacionalidad por alteración de domicilio social no supone modificación de la sociedad, la cual permanece idéntica, es decir, continúa siendo la misma. LOUSSOUARN y BREDIN, en su importante obra del *Derecho comercial internacional*, estiman que la mayoría de la doctrina francesa es la de considerar que el cambio de nacionalidad de una sociedad por razón de cambio de su domicilio no altera la personalidad jurídica de ésta, ya que continúa siendo idéntica; considera que las sociedades existen antes de ser reconocidas por la Ley (12).

Derecho español.—El cambio de nacionalidad de una sociedad extranjera que adquiere la nacionalidad española lleva consigo el cambio de la competencia legislativa. La sociedad extranjera se ha convertido en sociedad española y se encuentra por tanto sujeta a las leyes del Estado español, y como consecuencia de esto, procede adaptar los estatutos y la escritura a su nueva normativa jurídica para que pueda ser inscrita en el Registro Mercantil y, como consecuencia, obtener la personalidad jurídica y adquirir la nacionalidad española. Hemos visto cómo el cambio de nacionalidad de una sociedad supone la aplicación de dos tipos de leyes: la Ley de su antigua nacionalidad y la Ley de su nueva nacionalidad. En el supuesto del Derecho español regulado en el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil se requiere una doble calificación: primero, si se han cumplido los requisitos de la Ley extranjera para acordar el cambio de nacionalidad y si se cumplen los requisitos que el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil requiere para adquirir la nacionalidad española. Como hemos visto antes, en el cambio de nacionalidad de sociedades se tienen que dar o cumplir todas las condiciones de las leyes del antiguo Estado, cuya nacionalidad se pierde, y de las leyes de su nuevo Estado, cuya nacionalidad se adquiere; cada una de estas leyes debe jugar su papel en los supuestos de alteración de la nacionalidad.

Cuando se acuerda el cambio de nacionalidad de una sociedad extran-

(12) LEFEBRE D'OVIDIO: *Obra citada*, pág. 118.

CAFLISCH: *Obra citada*, pág. 151.

CAVAGLIERI: *Obra citada*, pág. 134.

BATIFFOL y LAGARDE: *Obra citada*, tomo I, pág. 231.

ARMINJON: *Obra citada*, pág. 88.

MAYER: *Obra citada*, pág. 713.

ANZILOTTI: *Scritti D. Internazionale Privato. Il Mutamento di Nazionalita nella societa commerciale*, 1960, pág. 695.

V. ELST y WESSER: *Droit Prive Belge*, tomo I, 1983, pág. 253.

jera para adquirir la nacionalidad española, el acuerdo social debe adaptarse con arreglo a las leyes de su Estado originario, es decir, del Estado cuya nacionalidad se pierde, y a su vez la nueva sociedad ha de adaptarse a la normativa del Derecho español que recoge el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, y que podemos clasificar así:

Primero.—Acuerdo de cambio de nacionalidad. Se rige por la Ley del Estado cuya nacionalidad se pierde. GARCÍA AMIGO, en sus *Instituciones de Derecho civil*, dice que no cabe el supuesto de doble nacionalidad en materia de sociedades, y considera que además del acuerdo de cambio de nacionalidad de la sociedad extranjera, debe ir acompañado de la renuncia expresa de dicha sociedad extranjera a su nacionalidad de origen, sin cuyo requisito no procede la inscripción en el Registro Mercantil.

Segundo.—Se hará una primera inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad extranjera que ha adquirido la nacionalidad española, y, por tanto, la escritura y estatutos han de reunir todos los datos necesarios para la primera inscripción de una sociedad anónima en el Registro Mercantil, requisitos y condiciones que determinan los artículos 100, 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil.

Tercero.—Se hará constar el domicilio de la sociedad que ha adquirido la nacionalidad española en España; este requisito se exige expresamente en los artículos 89 y 102, *e*), del Reglamento del Registro Mercantil.

Cuarto.—Se hace constar el capital social y el valor del patrimonio líquido que resulte del balance, expresándolo en moneda española al tipo de cotización oficial.

Quinto.—En su caso se aplica la normativa del artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil, es decir, que se han de presentar las escrituras o actos de constitución social y los estatutos con el certificado expedido por el Cónsul español de que la sociedad que ha cambiado de nacionalidad estaba autorizada y constituida con arreglo a las leyes de su país respectivo.

Para CÁMARA el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil acepta el criterio que cuando una sociedad extranjera pierde su nacionalidad y adquiere la española, la sociedad es la misma y conserva su personalidad jurídica. Esto se prueba, según CÁMARA, por las referencias que el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil hace respecto al balance cerrado el día antes del acuerdo de cambio de nacionalidad al capital social y el patrimonio líquido; todos estos conceptos se pueden asimilar a la transformación de sociedades, artículos 136 y 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. La transformación efectuada con arreglo a los

artículos citados no cambia la personalidad jurídica de la sociedad, que continúa subsistiendo bajo esta nueva forma.

Esta afirmación, como hemos visto antes, no es compartida por la doctrina, pues mientras NIBOYET sostiene que no es posible que mediante acuerdos sociales una sociedad pueda cambiar de nacionalidad si no es disolviendo la sociedad y volviéndola a crear de nuevo, nos encontramos con el criterio opuesto de BATIFFOL, que considera que cuando la nacionalidad de una sociedad está vinculada al domicilio social cabe por medio de acuerdos sociales que una sociedad traslade el domicilio social de un Estado a otro y, como consecuencia, pierda la nacionalidad de su nuevo Estado, y todo ello siendo la misma sociedad, o sea, conservando su personalidad jurídica.

ADQUISICIÓN POR UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE LA NACIONALIDAD EXTRANJERA

Así como en el supuesto de adquisición por una sociedad extranjera de la nacionalidad española está regulado en el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, el caso de que una sociedad española adquiera la nacionalidad extranjera carece de normativa legal concreta, y sobre esta base se intenta resolver esta cuestión.

Vamos a utilizar el Derecho comparado, que es un criterio para comprender y aplicar si es posible el Derecho español. En este aspecto volvemos a referirnos a la obra de LOUSSOUARN y BREDIN, y, por tanto, el examen se hace con relación al Derecho francés.

Cuando el legislador introduce en Francia la Ley de Responsabilidad Limitada de 7 de marzo de 1925, en su artículo 31 dice que los asociados no pueden cambiar de nacionalidad si no es por acuerdo unánime de todos los socios. El criterio jurídico no puede ser más riguroso, puesto que si se permite a las sociedades de responsabilidad limitada cambiar de nacionalidad, se requiere a su vez la unanimidad de todos los socios. La Ley de Sociedades Anónimas vigente de 1966 en Francia permite que la sociedad anónima cambie de nacionalidad, pero requiere para ello dos condiciones:

Primero.—Acuerdo de la Junta General Extraordinaria de cambio de nacionalidad.

Segundo.—Que el país que reciba esta sociedad anónima, que ha dejado de ser francesa, haya concluido con Francia un acuerdo en virtud del cual se permite la transferencia del domicilio social, que esto suponga

la adquisición de una nacionalidad extranjera y que la sociedad conserve su personalidad jurídica.

Para CÁMARA el cambio de nacionalidad española por una sociedad extranjera requiere los siguientes requisitos (13):

Primero.—Que la sociedad española deberá tomar el acuerdo de cambio de nacionalidad y a su vez renunciar a la nacionalidad española.

Segundo.—Esto lleva consigo adaptar la escritura y estatutos de la sociedad española a las leyes extranjeras cuya nacionalidad se adquiere y el traslado del domicilio social en España a la nación extranjera cuya nacionalidad ha sido adquirida.

Tercero.—Respecto a los requisitos que tiene que reunir el acuerdo de cambio de nacionalidad, para CÁMARA sirven los criterios señalados en la Ley de Sociedades Anónimas para transformación de sociedades. La transformación de una sociedad anónima deberá adoptarse en Junta General y con las mayorías que se señalan en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y este acuerdo sólo obliga a los accionistas que hayan votado a su favor; los accionistas disidentes, artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, tienen derecho a la separación, recibiendo la parte que les corresponda en el patrimonio social, artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas. El acuerdo de cambio de nacionalidad requiere, pues, para CÁMARA un acuerdo de transformación de sociedades para adquirir una nueva nacionalidad y un derecho de separación de los accionistas en la forma que hemos visto.

Para este autor, el cambio de nacionalidad de una sociedad española para adquirir la extranjera no comporta la extinción de la sociedad en España y su nueva creación en el extranjero. Se considera que la sociedad que cambia de nacionalidad de España al extranjero es idéntica y conserva su personalidad jurídica.

Pero no podemos aceptar en este punto la tesis de CÁMARA de que los acuerdos sociales para cambiar de nacionalidad, es decir, para que una sociedad española se convierta en extranjera, tengan una analogía con el tema de la transformación de sociedades.

Creemos que el acuerdo social de cambio de nacionalidad por una sociedad española y el acuerdo social de transformación de una sociedad anónima son dos cosas diferentes, como vamos a tratar de explicar.

La transformación de sociedades, en el caso de sociedades anónimas,

(13) CÁMARA: *Obra citada*, tomo II, pág. 708.

es una operación jurídica que consiste en que una sociedad anónima se pueda transformar en una sociedad regular colectiva, comanditaria o sociedad limitada. Esta transformación no altera la personalidad jurídica de la sociedad, que continúa subsistiendo bajo una nueva forma.

La transformación de la sociedad anónima regula un supuesto concreto: que una sociedad anónima se transforme en sociedad regular colectiva, en comanditaria o en sociedad de responsabilidad limitada, pero no parece que este supuesto tan concreto pueda aplicarse a un concepto de estructura radicalmente diversa como es el cambio de nacionalidad; una cosa es tomar un acuerdo de transformación y otra cosa es tomar un acuerdo de cambio de nacionalidad: La naturaleza de los acuerdos son diferentes y las consecuencias jurídicas son completamente distintas.

El acuerdo de una sociedad anónima de cambio de nacionalidad dejando de ser sociedad española y adquiriendo la nacionalidad extranjera y a su vez el traslado del domicilio social de España al extranjero no es nada parecido a un acuerdo de transformación de sociedades que tiene por objeto que una sociedad anónima se transforme en regular colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

Cuando una sociedad anónima española acuerda el cambio de nacionalidad no se produce una transformación, sino una extinción de la sociedad anónima. Para que exista una sociedad anónima es necesario, según el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, que esté constituida en España, que tenga nacionalidad española y su domicilio dentro del territorio nacional. El acuerdo de la sociedad anónima de adquirir la nacionalidad extranjera y de adquirir domicilio social en el extranjero suponen, a nuestro juicio, la extinción de la sociedad anónima y entrar en período de liquidación. Si es necesario para la existencia de una sociedad anónima la nacionalidad española y el domicilio en España desde el momento en que por acuerdo social no existe nacionalidad española por haber adquirido la extranjera y el domicilio se fija en el extranjero se dan los presupuestos contrarios a la existencia de la sociedad anónima española según el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, y por tanto se produce la extinción de la sociedad.

No cabe, por tanto, que por la vía de transformación, tal y como está regulada en la Ley de Sociedades Anónimas, una sociedad española se convierta en extranjera conservando su personalidad jurídica, o sea, manteniendo su identidad.

La sociedad anónima española que tome el acuerdo de adquisición de una nacionalidad extranjera y, como consecuencia, la pérdida de la nacionalidad española y que traslade su domicilio social al extranjero queda extinguida por aplicación del artículo 5.º de la Ley de Sociedades

Anónimas y se inicia su proceso de liquidación y de disolución; se cancelarán los asientos en el Registro Mercantil, artículo 168 del Reglamento del Registro Mercantil, y debe ser creada de nuevo bajo las leyes del Estado cuya nacionalidad ha decidido adquirir. Con esto se da por finalizado este discurso. Muchas gracias.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ
Registrador de la Propiedad