

# 03

2018-2019

# Cuadernos de Gibraltar

## Gibraltar Reports



424.—Vista general del Peñón de Gibraltar.

Revista Académica sobre la Controversia de Gibraltar  
Academic Journal about the Gibraltar Dispute

[http://doi.org/10.25267/Cuad\\_Gibraltar](http://doi.org/10.25267/Cuad_Gibraltar)

**Citation:** BALLESTEROS BARROS, A. M., «El Brexit y la libertad de establecimiento de sociedades en la UE: el caso de Gibraltar», *Cuadernos de Gibraltar–Gibraltar Reports*, num. 3, 2018-2019.

**Received:** 1 February 2020.

**Accepted:** 12 April 2020.

## EL BREXIT Y LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES EN LA UE: EL CASO DE GIBRALTAR

Ángel María BALLESTEROS BARROS<sup>1</sup>

I. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LEX SOCIETATIS. II. INCIDENCIA DEL BREXIT EN EL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES. III. INCIDENCIA DEL BREXIT EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA. IV. BREXIT Y SOCIEDADES CON SEDE EN GIBRALTAR. V. REFLEXIONES FINALES

**RESUMEN.** En el presente estudio se abordan las consecuencias que la salida del Reino Unido de la Unión Europea tiene en la libertad de establecimiento de las sociedades con sede en Gibraltar, tanto en el ámbito del Derecho societario como del Derecho concursal. El Brexit presenta igualmente una incidencia directa en el marco de la libre prestación de servicios por parte de sociedades constituidas conforme al Derecho inglés o de Gibraltar, en sectores tales como el financiero o la industria del juego de apuestas, afectando de una manera especial a las sociedades domiciliadas en Gibraltar.

**PALABRAS CLAVE.** Brexit, libertad de establecimiento de sociedades, Gibraltar.

### BREXIT AND FREEDOM OF ESTABLISHMENT FOR COMPANIES IN THE EU: THE CASE OF GIBRALTAR

**ABSTRACT.** This study addresses the consequences of the United Kingdom leaving the European Union on the freedom of establishment of companies based in Gibraltar, both in the field of corporate law and bankruptcy law. Brexit has a direct impact in the framework of the free provision of services by companies incorporated under English law or that of Gibraltar, in sectors such as the financial or gambling industry, affecting in a special way companies domiciled in Gibraltar.

**KEY WORDS:** Brexit, Freedom of Establishment for Companies, Gibraltar.

<sup>1</sup> Profesor Ayudante Doctor (*Lecturer*) de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Cádiz (angel.ballesteros@uca.es). Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D «La incidencia del “Brexit” en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar-Campo de Gibraltar y Andalucía», PRY2015/19, IP Inmaculada González García, Proyecto seleccionado en la XI Convocatoria de Proyectos de Investigación de 2019 del Centro de Estudios Andaluces.

## **I. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y *LEX SOCIETATIS***

### **1. Planteamiento de la cuestión**

El artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TFUE)<sup>2</sup>, al igual que previamente el artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo TCE)<sup>3</sup>, consagran la libertad de establecimiento de las sociedades en la Unión Europea (en adelante UE), reconociendo que «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 Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros»<sup>4</sup>. De esta forma, se extiende a las personas jurídicas la libertad de establecimiento reconocida a las personas físicas, en una equiparación por analogía no exenta de crítica<sup>5</sup>.

En cuanto al contenido de lo que ha de considerarse incluido dentro de la libertad de establecimiento, el artículo 49 TFUE señala que comprenderá (i) la constitución y gestión de sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (*establecimiento primario*) y (ii) la apertura de agencias, sucursales o filiales en otro Estado miembro (*establecimiento secundario*).

La mayoría de la doctrina entiende que para el ejercicio de esta libertad no se requiere que la sociedad ejerza alguna actividad económica en el territorio del Estado miembro donde tenga fijado su domicilio social<sup>6</sup>. En cambio,

<sup>2</sup> DO C 83 de 30.03.2010.

<sup>3</sup> DO C 325 de 24.12.2002.

<sup>4</sup> Sobre la libertad de establecimiento de las sociedades en la Unión Europea, *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 28, 2007, pp. 59-100; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 252, 2006, pp. 131-142.

<sup>5</sup> Por todos, *vid.* ARENAS GARCÍA, R., «Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia», Górriz López, C. y Arenas García, R. (Coords.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 15-43.

<sup>6</sup> Entre otros, *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea...» *cit.*, pp. 63-68;

otros autores entienden que una sociedad no podría invocar la libertad de establecimiento para desarrollar, a través de un establecimiento secundario, toda su actividad económica en el territorio de un Estado miembro donde no tenga fijado su domicilio social, puesto que se hace necesario un «vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro»<sup>7</sup>.

La falta de unanimidad en la doctrina se entiende por la ausencia de una definición de «establecimiento» en el Derecho originario. Sin embargo, podemos obtener un concepto de establecimiento en el Derecho derivado y en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en lo sucesivo TJUE).

El Reglamento 2015/848 de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (en lo sucesivo R 2015/848)<sup>8</sup> define «establecimiento» en su artículo 2.10 como «todo lugar de operaciones en el que un deudor ejerza o haya ejercido, en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento principal de insolvencia, de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y materiales». En sentido similar, el artículo 4.5 de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre de 2006, sobre servicios en el mercado interior<sup>9</sup>, define establecimiento como el «ejercicio efectivo de una actividad económica (...) por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios».

En la jurisprudencia del TJUE, la Sentencia de 25 de julio de 1991, asunto C-221/89, *Factortame*, señaló que «el concepto de establecimiento, en el sentido del artículo 52 y siguientes del Tratado, implica el ejercicio efectivo de

---

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232, 1999, pp. 645-686; Íd., «La sentencia Überseering y el reconocimiento de sociedades extranjeras. Se podrá decir más alto, pero no más claro», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 248, 2003, pp. 663-682.

<sup>7</sup> Suscriben esta tesis SÁNCHEZ LORENZO, S., «El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario», en AA. VV., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje al Prof. Sánchez Calero*, vol. I, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 451-480; y SANCHO VILLA, D., «La Teoría de la Sede y el Derecho Comunitario: A propósito de la Sentencia Centros», *REEL*, núm. 2, 2001. En términos similares, GARDEÑES SANTIAGO, M., «Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea», en *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades*, *op. cit.*, pp. 45-71.

<sup>8</sup> DO L 141 de 05.06.2015.

<sup>9</sup> DO L 376 de 27.12.2006.

una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada»<sup>10</sup>.

En consecuencia, para la existencia de establecimiento se requieren tres condiciones: (i) el ejercicio efectivo de una actividad económica (ii) por medio de una instalación permanente y (iii) por una duración indeterminada. Desde este punto de vista, la definición de establecimiento no debería confundirse con los conceptos de sede social, administración central o centro de actividad principal, que son los criterios utilizados por el artículo 54 TFUE para que una sociedad sea beneficiaria de la libertad de establecimiento. No obstante, el traslado de sede (estatutaria o real) se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio de la libertad de establecimiento. Y ello por cuanto los criterios escogidos en el artículo 54 TFUE reflejan los distintos modos de determinación de la ley aplicable a las sociedades (*lex societatis*) que coexisten en los diferentes Estados miembros.

## **2. *Lex societatis* y traslado de sede**

En ausencia de una regulación material y una armonización de las normas de conflicto sobre la *lex societatis* en la UE, es necesario recurrir al método indirecto de atribución configurado por las normas de conflicto internas para determinar en cada caso qué ley va a regir la sociedad. En este sentido, cada Estado tiene libertad para determinar la conexión que va a servir para concretar la *lex societatis*<sup>11</sup>. Ello evidencia diferencias en la atribución de la ley aplicable a las sociedades y en las materias que han de incluirse en su ámbito, provocando conflictos de leyes y restricciones injustificadas a la libertad de establecimiento en caso de traslado de sociedades.

Si bien existen otros modelos, la doctrina moderna reduce a dos los criterios de determinación de la *lex societatis*, acogidos de una manera u otra en los ordenamientos nacionales, que a veces escogen soluciones mixtas: (i) modelo de constitución (en lo sucesivo MC), según el cual la sociedad se rige por la Ley del Estado con arreglo a cuyo Derecho se constituye; y (ii) modelo de

<sup>10</sup> STJCE de 25.07.1991, *Factortame*, asunto C-221/89 [ECLI:EU:C:1991:320], apartado 20.

<sup>11</sup> CALVO CARAVACA, A.-L., «Comentario al artículo 9.11 del Código Civil», en Albaladejo M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 479-525. En Derecho comparado, *vid.* SCHOLES, E. F. y HAY, P., *Conflicts of Laws*, Minnesota, St. Paul, 1992, pp. 911-926.

sede real (en lo sucesivo MS), según el cual la sociedad se rige por la Ley del Estado donde tiene su sede de dirección o sede de administración.

La elección del modelo de determinación de la *lex societatis* incide en el régimen de reconocimiento de las sociedades extranjeras<sup>12</sup>. La principal diferencia en la forma de enfocar estos dos problemas de DIPr. es que en los Estados donde impera el MC se reconocen las sociedades extranjeras válidamente constituidas en su país de origen, mientras que en los Estados en los que rige el MS en principio solo se reconocerá la personalidad jurídica de las sociedades que hayan sido constituidas de acuerdo con lo establecido en el país donde tienen su sede real<sup>13</sup>.

Esta falta de unificación o armonización de soluciones al conflicto de leyes en materia societaria se pone aún más de manifiesto cuando se produce un conflicto móvil consistente en el traslado del domicilio social o real a otro Estado miembro. Conviene señalar que la libertad de trasladar un establecimiento primario no está incluida como tal en el contenido del artículo 54 TFUE, habiendo desaparecido tras el Tratado de Lisboa la remisión al Derecho derivado prevista en el anterior art. 293 TCE, que dejaba en manos de los Estados miembros la negociación de acuerdos que permitiesen la posibilidad de trasladar el establecimiento primario de la sociedad a otro Estado de la Unión a efectos de mantener su personalidad jurídica<sup>14</sup>. En este marco se negoció el Convenio de Bruselas de reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas de 29 de febrero de 1968<sup>15</sup>, cuyo artículo 3 facultaba a los Estados contratantes a no aplicar el Convenio a las sociedades constituidas en un Estado contratante que carecieran de vínculo real con la economía de

<sup>12</sup> ARENAS GARCÍA, R., «Lex societatis y derecho de establecimiento», en Arenas García, R., Górriz López, C. y Miquel Rodríguez J. (Coords.), *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el Derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 127-169, en especial p. 129.

<sup>13</sup> ARENAS GARCÍA, R., «El Derecho internacional privado de sociedades como reflejo del Derecho material de sociedades», en Forner Delaygua, J.J. y otros (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegria Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 133-146.

<sup>14</sup> *Vid.* RODAS PAREDES, P., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, 2010, pp. 13-14.

<sup>15</sup> *Boletín de las Comunidades Europeas*, Suplemento núm. 2-1969, pp. 7-14. Dicho Convenio no fue ratificado por los Estados miembros de la Unión Europea y nunca entró en vigor.

un Estado miembro, en el caso de localización de la sede real en un Estado no contratante.

En ausencia de acuerdos vinculantes en esta materia, el traslado del establecimiento primario de sociedades a otro Estado miembro diferente del lugar de constitución ha motivado el desarrollo por parte del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de una jurisprudencia en materia de DIPr. de sociedades que ha distinguido los supuestos de traslado de sede real de los de sede estatutaria<sup>16</sup>.

#### A) Traslado de sede real

En su Sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *Daily Mail*<sup>17</sup>, el TJCE no reconoció a la sociedad Daily Mail de Derecho inglés con domicilio social en el Reino Unido, el derecho a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedad del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fue constituida.

En su Sentencia de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering*<sup>18</sup>, el TJCE defendió el derecho de una sociedad (Überseering BV) constituida conforme al Derecho holandés a trasladar su sede de administración a Düsseldorf sin que por ello se le pudiera negar la personalidad jurídica ni la capacidad procesal para litigar.

Por su parte, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10, *National Grid*<sup>19</sup>, el TJUE concluyó que una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro que traslada su sede

<sup>16</sup> STJCE de 16.12.2008, asunto 210/2006, *Cartesio* [ECLI:EU:C:2008:723]; STJUE de 12.07.2012, asunto C-378/2010, *Vale* [ECLI:EU:C:2012:440]; y STJUE de 25.10.2017, asunto C-106/16, *Polbud* [ECLI:EU:C:2017:804]

<sup>17</sup> STJCE de 27.09.1988, asunto C-81/87, *Daily Mail* [ECLI:EU:C:1988:456].

<sup>18</sup> STJCE de 05.11.2002, asunto C-208/00, *Überseering* [ECLI:EU:C:2002:632]. *Vid.* GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La sentencia Überseering y el reconocimiento de sociedades extranjeras. Se podrá decir más alto, pero no más claro»... *cit.*; LAGARDE, P., «Note sur Überseering», *Rivue Critique de Droit International Privé*, núm. 92, 2003, pp. 524 y ss.; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002. As. C-208/00: Überseering», *REDI*, núm. 2, 2002, pp. 927-930.

<sup>19</sup> STJUE de 29.11.2011, asunto C-371/10, *National Grid* [ECLI:EU:C:2011:785] *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., «Transferencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa, derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento: comentario a la STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, Asunto C-371/10, National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam», *Diario La Ley*, núm. 7848, 2012.

de dirección efectiva a otro Estado miembro, sin que dicho traslado de sede afecte a su condición de sociedad del primer Estado miembro, puede invocar el artículo 49 TFUE con el fin de impugnar la legalidad de un gravamen que dicho Estado miembro le impone con motivo de dicho traslado de sede.

#### B) Traslado de sede estatutaria

En la Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/2006, *Cartesio*<sup>20</sup>, el TJCE consideró que no era posible que una sociedad húngara cambiase su domicilio social a Italia sin modificar su *lex societatis*. Sin embargo, *obiter dicta* el TJCE estableció que el supuesto hubiera sido distinto si hubiera pretendido, además de cambiar su domicilio social, transformarse al mismo tiempo en una sociedad italiana, pues eso sí que hubiera debido ser admitido.

Con posterioridad, en su Sentencia de 12 de julio de 2012, asunto C-378/2010, *Vale*<sup>21</sup>, el TJUE tuvo la oportunidad de reforzar esta interpretación, al señalar que una sociedad italiana tenía derecho a trasladar su domicilio social a Hungría con transformación de la sociedad y, en consecuencia, con cambio en la *lex societatis*.

Esta jurisprudencia se ha completado recientemente con la Sentencia de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud*<sup>22</sup>, en que se le plantea al

<sup>20</sup> STJCE de 16.12.2008, asunto 210/2006, *Cartesio* [ECLI:EU:C:2008:723] *Vid.* ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, pp. 197-222; y RODAS PAREDES, P., «Alcance del derecho de establecimiento primario en la Unión Europea (Comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, *Cartesio*)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 271, 2009, pp. 261-281.

<sup>21</sup> STJUE de 12.07.2012, asunto C-378/2010, *Vale* [ECLI:EU:C:2012:440] *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El cambio de la *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. *Vale* Épitési Kft)», *La Ley*, núm. 7992, 2012.

<sup>22</sup> STJUE de 25.10.2017, asunto C-106/16, *Polbud* [ECLI:EU:C:2017:804] *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso *Polbud*», *La Ley mercantil*, núm. 41, 2017; HO DAC, M., «L'affirmation d'un droit au transfert intra-européen du siège statutaire avec changement de loi applicable: une nouvelle donne pour la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union? CJUE, gde ch., 25 octobre 2017, *Polbud / wykonawstwo*, aff. C-106/16», *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 2017, pp. 727-737; y RAMMELOO, S., «Cross-border company migration in the EU: Transfer of registered office (conversion) – the last piece of the puzzle? Case C-106/16 *Polbud*, EU:C:2017:804», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 25, núm. 1, 2018, pp. 87-107.

TJUE la posibilidad de traslado de domicilio estatutario sin cambio del centro de dirección efectiva o sede real. El TJUE consideró que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida en Polonia al territorio de Luxemburgo, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, sin necesidad de desplazamiento de la sede real.

## **II. INCIDENCIA DEL BREXIT EN EL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES**

### **1. Planteamiento del problema**

El Acuerdo de Retirada sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea (*Withdrawal Agreement*)<sup>23</sup> tiene efectos desde el 31 enero de 2020, fecha en que comienza un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020, salvo que se acuerde una ampliación que podrá ser decidida antes del 1 de julio de 2020 y que podrá extender el periodo transitorio hasta un máximo de uno o dos años adicionales. Durante este periodo seguirá siendo de aplicación el Derecho de la UE (artículo 127.3 del Acuerdo de retirada). Con el Brexit ha comenzado la negociación del nuevo modelo bilateral entre la UE y el Reino Unido, a partir de las bases sentadas en la Declaración Política en la que la UE y el Reino Unido exponen el marco de sus relaciones futuras<sup>24</sup>.

El Brexit va a tener una enorme incidencia en la elección del Derecho de constitución y del domicilio social (*sede estatutaria*) y en el establecimiento del centro de administración o lugar de desarrollo de la actividad económica (*sede real*), tanto de las sociedades británicas como de las constituidas en un Estado miembro y que operen en el Reino Unido.

La elección del modelo normativo de determinación de la ley aplicable a las sociedades está fuertemente vinculada al creciente fenómeno de la competencia entre sistemas jurídicos y ordenamientos desde una perspectiva económica. En este sentido, se afirma que el *Common Law* se adapta mejor al principio de eficiencia económica, y ello ha provocado el incremento de la tendencia hacia el MC, con el consiguiente aumento de constitución de

<sup>23</sup> Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30.01.2020 (DO L 29, de 31.01.2020).

<sup>24</sup> DO C 34, de 31.01.2020.

sociedades conforme al Derecho inglés, generando una especie de *síndrome Delaware*, que a su vez provoca una competencia entre ordenamientos a la baja (*race to the bottom*).

En este sentido, el Brexit va a situar en un nuevo escenario la clásica preferencia por el MC para la determinación de la *lex societatis*. La salida del Reino Unido de la UE significará el fin del ejercicio de la libertad de establecimiento en ese territorio por parte de las sociedades de los Estados miembros, al igual que para las empresas del Reino Unido en la UE. Esto provocará la falta de reconocimiento de sociedades británicas en los Estados miembros, y a la inversa.

El impacto del Brexit en cuanto a la libertad de establecimiento será mayor en cuanto a la implantación de sociedades británicas en países donde impera el modelo de sede real, por cuanto podrán obligar a las mismas a «nacionalizarse» para poder operar en ese mercado<sup>25</sup>.

No obstante, cuando una sociedad haya sido constituida en el Reino Unido, pero su administración central o su centro de actividad principal se encuentra localizado en un Estado miembro, cabe preguntarse si esta sociedad podrá seguir disfrutando de la libertad de establecimiento prevista en el art. 54 TFUE. La propia Comisión Europea considera que

los Estados miembros no estarán obligados a reconocer la personalidad jurídica (...) de las sociedades mercantiles que estén constituidas en el Reino Unido pero cuya administración central o cuyo centro principal de operaciones se halle en los Estados miembros de la UE-27. Las sociedades mercantiles constituidas en el Reino Unido podrán ser reconocidas en virtud del Derecho nacional de cada Estado miembro (normas de Derecho internacional privado en materia de sociedades y Derecho sustantivo de sociedades de subsiguiente aplicación) o de los tratados internacionales.<sup>26</sup>

En consecuencia, la consideración del Reino Unido como un Estado tercero significará que a las sociedades constituidas en ese territorio se les aplicarán las normas materiales de los Estados miembros, incluidas las dispo-

<sup>25</sup> *Vid.* ARMOUR, J., FLEISCHER, H., KNAPP, V., y WINNER, M., «Brexit and Corporate Citizenship», *ECGI*, Law Working Paper, núm. 340/2017, p. 21, recuperado de <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2897419](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2897419)>.

<sup>26</sup> *Vid.* Comunicación de 11.07.2019 sobre la retirada del Reino Unido y normas de la UE en el ámbito del Derecho de sociedades, p. 2. Se puede consultar en <<https://ec.europa.eu/info/files/company-law>>.

siciones previstas para las «falsas sociedades extranjeras» (*Pseudo-Foreign Corporations*).

En el caso español, resultan de aplicación los artículos 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo LSC). Así, en el caso de sociedades constituidas con arreglo a un Derecho extranjero o que tengan fijado su domicilio estatutario en terceros Estados no comunitarios, pero cuyos elementos están objetivamente conectados con España, dado que se dirigen, se administran, operan y sus explotaciones económicas se encuentran en España, el artículo 9.2 LSC ha establecido una norma de excepción al criterio de constitución, al señalar que «las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España». Dicha disposición es una consecuencia de la aplicación al caso del *principio de la apariencia jurídica*: a estas sociedades se las considera como sociedades españolas, aplicándose la ley española.

El Brexit tiene también una incidencia directa en el marco de la libre prestación de servicios por parte de sociedades constituidas conforme al Derecho inglés o de Gibraltar en la Unión Europea, en sectores tales como el financiero, seguros o de apuestas, cuestión esta que plantea una especial incidencia en las sociedades domiciliadas en Gibraltar.

## **2. Posibles escenarios tras el Brexit**

### **A) Acuerdo de Retirada y negociaciones futuras**

Los problemas planteados respecto a la incidencia del Brexit en cuanto a la libertad de establecimiento no quedan resueltos en el Acuerdo de Retirada acordado entre el Reino Unido de la Gran Bretaña y la Unión Europea. Así las cosas, la solución a estas cuestiones pasaría por un tratamiento en el marco de las negociaciones sobre el régimen futuro de relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido, proceso con un resultado imprevisible. De hecho, no se alude a esta cuestión ni en las Directrices para la negociación que han sido presentadas por la Comisión el 3 de febrero de 2020 para su aprobación por el Consejo<sup>27</sup> ni tampoco en las propuestas iniciales del Reino Unido<sup>28</sup>.

La inminencia de una posible salida sin acuerdo (*Hard Brexit*) provocó la adopción por la Comisión Europea del Plan de acción de contingencia de 13

<sup>27</sup> COM (2020) 35 final.

<sup>28</sup> Contenidas en el Documento presentado al Parlamento por el Primer Ministro del Reino Unido titulado *The Future Relationship with the EU: the UK's approach to negotiations*, de 27.02.2020.

de noviembre de 2018<sup>29</sup> y de medidas de urgencia por parte de los Estados miembros para afrontar este posible escenario con el mayor grado de seguridad jurídica. Sin embargo, el modelo normativo para el ejercicio de la libertad de establecimiento no ha sido abordado en estos instrumentos, sino que será objeto de tratamiento en la negociación de las relaciones futuras con el Reino Unido.

#### B) Mantenimiento del Reino Unido en el Espacio Económico Europeo

Entre las opciones que el Parlamento británico ha debatido se encuentra la posibilidad de que el Reino Unido escoja la vía del *modelo noruego*, esto es, de lo que se ha denominado como *Common Market 2.0*, es decir, su integración en el Espacio Económico Europeo<sup>30</sup>. No obstante, esta vía no gozó de la mayoría suficiente en la Cámara de los Comunes<sup>31</sup> y plantea problemas de incompatibilidad con las propuestas mantenidas hasta ahora por el Reino Unido en cuanto a la libre circulación de personas, sin que el territorio británico sea parte del *Espacio Schengen*.

Esta opción contaría con la ventaja de garantizar a las sociedades británicas el ejercicio de la libertad de establecimiento en el territorio del Espacio Económico Europeo. Por ejemplo, en cuanto al traslado de domicilio social a España, el artículo 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, reconoce que «el traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad (...».

#### C) Incorporación por referencia al Derecho interno

La solución a este vacío normativo podría venir de la incorporación por referencia al Derecho interno del Reino Unido del contenido de la libertad

<sup>29</sup> COM (2018) 880 final.

<sup>30</sup> *Vid.* ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup> D., «El fenómeno Brexit en el ámbito societario: libre establecimiento de personas jurídicas y el procedimiento de insolvencia transfronterizo», en Selma Penalva V., y Ortiz Vidal, M<sup>a</sup> D. (Coords.), *Estudio jurídico del fenómeno Brexit*, Dykinson, 2017, pp. 111-134, esp. p. 112.

<sup>31</sup> La propuesta había sido impulsada por un grupo de conservadores moderados, liderado por el diputado NICK BOLES. Proponía que el Reino Unido se incorporara, junto a Noruega, Liechtenstein e Islandia, a la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA). El Parlamento rechazó el 01.04.2019 esta moción por 282 votos frente a 261.

de establecimiento derivado del Derecho europeo originario, a través de la *European Union (Withdrawal) Act*<sup>32</sup>. De forma complementaria, el Reino Unido tiene prevista legislación secundaria (*statutory instruments, EU Exit Regulations*) para el caso de una salida sin acuerdo al final del período transitorio. Algunos autores ya han manifestado las dudas jurídicas que esta fórmula plantea por su falta de concreción en el momento actual, admitiendo como argumento lógico que la libertad de establecimiento de las sociedades británicas en los Estados miembros esté condicionada a reglas de reciprocidad<sup>33</sup>.

#### D) Modificaciones estructurales y traslado de sede

En ausencia de acuerdo y para evitar estas consecuencias negativas, en la actualidad ya se están llevando a cabo modificaciones estructurales societarias (escisiones o fusiones) y, sobre todo, numerosos traslados de sede social de las sociedades británicas hacia los Estados miembros, con el objetivo de seguir disfrutando de la libertad de establecimiento y de las ventajas que plantea mantenerse dentro del mercado interior comunitario.

### **III. INCIDENCIA DEL BREXIT EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA**

#### **1. El COMI y el Brexit**

El Brexit incide también en otro aspecto derivado de la libertad de establecimiento como es la concreción del *centro de intereses principales del deudor* (en lo sucesivo *COMI*), lo cual condiciona indirectamente la determinación de la competencia judicial internacional para el conocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia.

El establecimiento del COMI en un Estado miembro implica la aplicación del R 2015/848. De conformidad con su artículo 3.1, «tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor. El centro de intereses principales será el lugar en el que el deudor

<sup>32</sup> Ley denominada inicialmente como «*Great Repeal Bill*», que conserva la legislación europea a través de una ley interna. La última versión de la *European Union (Withdrawal) Act* de 23.01.2020 puede consultarse en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/1/enacted/data.htm>>.

<sup>33</sup> *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., «Brexit y derecho de sociedades», *AEDIPr.*, t. XVII, 2017, pp. 163-164.

lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses».

Se trata de un concepto *autónomo* del R 2015/848, que no debe ser importado desde ningún Derecho nacional<sup>34</sup>. De acuerdo con esta definición, dos son los elementos relevantes para la determinación del *centro de intereses principales* del deudor<sup>35</sup>: (i) el lugar de administración de los intereses del deudor, desde donde se ejerce la dirección y la gestión de estos (conexión administrativa-real de carácter interno); y (ii) la forma en la que el deudor se manifiesta de manera habitual en el mercado (conexión organizativa de carácter externo).

Para facilitar la aplicación de la regla y la concreción del COMI, el artículo 3 R 2015/848 establece tres presunciones *iuris tantum*, que operan salvo prueba en contrario. En primer lugar, respecto de las sociedades y personas jurídicas, «se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social». Se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario: la divergencia entre la conexión formal (domicilio social, centro principal de actividad o residencia habitual) y la conexión real (lugar de administración y gestión de los intereses principales del deudor) se resolverá a favor de esta última, siempre que se demuestre que el COMI se encuentra en un Estado distinto de aquél donde el deudor tenga su sede estatutaria, en caso de una persona jurídica.

En lo que respecta a la presunción a favor del domicilio social de la persona jurídica, el Considerando núm. 30 R 2015/848 prevé que «debe ser posible destruir esa presunción cuando el lugar de la administración central de la sociedad esté situado en un Estado miembro distinto de aquel en el que esté su domicilio social, y cuando de una valoración conjunta de todas las circunstancias pertinentes se establezca, de forma que pueda ser reconocible por terceros, que el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad y de la gestión de sus intereses está situado en ese otro Estado miembro». Conviene retener que el Considerando núm. 30 R 2015/848 se refiere al COMI de la persona jurídica como el «centro efectivo de dirección y control de dicha

<sup>34</sup> En este sentido, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de insolvencia*, Civitas, 2003, p. 45.

<sup>35</sup> En este sentido, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, M<sup>a</sup> C., «El centro de intereses principales del deudor en los grupos de sociedades, una reflexión a la luz de la doctrina del TJCE en el asunto Eurofood», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2007, núm. 6, pp. 169-177, p. 171.

sociedad y de la gestión de sus intereses». Cabría defender, por aproximación de conceptos, que el texto comunitario parece inspirarse en su concepto de COMI en el criterio de la *sede real* (*Sitztheorie*) utilizado en el Derecho de sociedades alemán<sup>36</sup>.

La salida del Reino Unido significa que después del período transitorio dejará de aplicarse el R 2015/848 a los procedimientos de insolvencia de los deudores cuyo COMI se encuentre en el Reino Unido. Ello afectará seriamente al mecanismo de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales sobre procesos de insolvencia abiertos en el Reino Unido respecto de sociedades con activos o establecimientos en otros Estados miembros. En estos supuestos (piénsese en grupos de sociedades internacionales) dejará de ser atractivo que el COMI se encuentre en Londres, puesto que no serán de aplicación las reglas del R 2015/848.

## **2. Escenarios tras el Brexit en los procedimientos de insolvencia**

A partir de que se haga efectivo el Brexit, el R 2015/848 dejará de aplicarse a los procedimientos de insolvencia de los deudores cuyo COMI se encuentre en el Reino Unido. Ello planteará un conflicto de jurisdicción que será resuelto, en defecto de la aplicación de este instrumento comunitario, por las normas convencionales o internas aplicables.

### A) Aplicación del R 2015/848

El Brexit no afectará a los concursos declarados antes de la fecha de desconexión, a los que les serán de aplicación las reglas del R 2015/848, incluso las relativas al reconocimiento de decisiones dictadas con carácter previo a la salida, aun cuando dicho reconocimiento haya sido instado con posterioridad<sup>37</sup>.

Una vez producido el Brexit, el R 2015/848 seguirá siendo de aplicación al caso de sociedades constituidas en el Reino Unido que hayan trasladado su COMI a un Estado miembro. La presunción *iuris tantum* que establece el artículo 3.1 R 2015/848 en favor del domicilio social de dicha sociedad «sólo

<sup>36</sup> *Vid.* LAUTERFELD, M., «Centres and the EC Regulation on Insolvency Proceedings: The End of the Real Seat Approach towards Pseudo- -foreign Companies in German International Company and Insolvency Law?», *European Business Law Review*, 2001, pp. 79-88.

<sup>37</sup> *Vid.* Documento de la Comisión *Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters*, TF50 (2017) 9/2, 12 de julio de 2017, disponible en <[https://ec.europa.eu/commission/sites/betalpolitical/files/essential-principles-civil-commercial-matters\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/betalpolitical/files/essential-principles-civil-commercial-matters_en_0.pdf)>.

puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social»<sup>38</sup>. En consecuencia, el Reglamento se aplicará en los casos en que, pese a mantener el *registered office* en el Reino Unido o Gibraltar, una sociedad británica sea administrada de forma habitual y reconocible por terceros desde un Estado miembro<sup>39</sup>. Por el mismo razonamiento, no resultará de aplicación el R 2015/848 cuando la sociedad tenga sede estatutaria en España, pero cuyo COMI se encuentre en el Reino Unido<sup>40</sup>.

Conviene tener en cuenta que el traslado del COMI desde el Reino Unido a un Estado miembro, o a la inversa, no tendrá efecto si se produce en el *periodo de sospecha*, esto es, en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia (artículo 3.1 R 2015/848). A partir del Brexit, este precepto del R 2015/848 en puridad no debería resultar de aplicación a los supuestos de traslados de COMI desde el Reino Unido a un Estado miembro, dada su consideración como Estado tercero, si bien es una cuestión sujeta a la interpretación del juez nacional competente para la apertura del procedimiento de insolvencia<sup>41</sup>.

En lo que respecta a los grupos de sociedades, será de aplicación el R 2015/848 al concurso de sociedades filiales con domicilio en España cuya matriz se encuentre en el Reino Unido. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, el hecho de que las decisiones económicas de la sociedad filial sean controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento<sup>42</sup>. Por el mismo argumento, el R 2015/848 será de aplicación al concurso de la sociedad matriz con domicilio social en España, sin que en principio quepa extender la competencia del juez español a los concursos de sociedades filiales del Reino Unido.

<sup>38</sup> *Vid. STJCE* de 02.05.2006, asunto C-341/04, *Eurofood* [ECLI:EU:C:2006:281], apartado 34.

<sup>39</sup> *Vid. ESPINIELLA MENÉNDEZ*, Á., «Brexit e insolvencia transfronteriza», *AEDIPr.*, t. XVII, 2017, pp. 91-123, p. 96.

<sup>40</sup> *V. gr.* Sentencia de 04.07.2002 de la *High Court* (Ch.D), asunto *Enron Directo* (EIRD, núm. 9). *Vid.* G. Moss, «Summary of decision of Lightman J. in Re Enron Directo Sociedad Limitada», *Restructuring and insolvency Bulletin*, 2002.

<sup>41</sup> *Vid. ESPINIELLA MENÉNDEZ*, Á., «Brexit e insolvencia transfronteriza»... *cit.*, pp. 100-101.

<sup>42</sup> *Vid. STJCE* de 02.05.2006, asunto C-341/04, *Eurofood* [ECLI:EU:C:2006:281], apartado 36.

Sin embargo, hemos de excepcionar dos situaciones en las cuales el R 2015/848 podrá ser de aplicación: (i) el supuesto de *sociedades fantasma*s, esto es, sin actividad real, pero con *registered office* en el Reino Unido, y (ii) el supuesto de *sociedades dominadas* que, aun teniendo una actividad real y un domicilio en el Reino Unido, sean efectivamente gestionadas por sus administradores de derecho desde el Estado miembro de la sociedad matriz de forma reconocible por terceros, en cuyo caso podríamos considerar a la sociedad dominante como administradora de hecho del grupo<sup>43</sup>. En tales supuestos, podría interpretarse que el COMI de la sociedad filial domiciliada en el Reino Unido coincidiría con el COMI de la sociedad dominante con sede en un Estado miembro, resultando competente ex art. 3.1 R 2015/848. Ello resulta compatible con la existencia de un procedimiento territorial abierto en el Reino Unido por la existencia de un establecimiento de la filial en ese territorio, el cual quedaría sujeto a la normativa interna británica.

#### B) Aplicación de normas convencionales

Dado que el Convenio de Lugano de 2007 excluye la insolvencia de su ámbito de aplicación material, una posibilidad para continuar aplicando reglas similares a las del R 2015/848 sería la ratificación de un convenio internacional en materia de insolvencia, que podría pasar por una extensión de la aplicación del R 2015/848 al territorio del Reino Unido, o bien negociar un nuevo tratado con un contenido similar al propuesto como Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 sobre procedimientos de insolvencia<sup>44</sup>. Sin embargo, la firma de un tratado en materia de insolvencia por parte de los Estados miembros plantea problemas derivados de la competencia compartida con la UE<sup>45</sup>, amén de que el R 2015/848 es un instrumento de «segunda generación» que mantiene diferencias importantes con el Convenio de 1995<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* BALLESTEROS BARROS, Á. M<sup>a</sup>, *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2018.

<sup>44</sup> Posición mantenida por el Gobierno británico en su documento “*Guidance Handling civil legal cases that involve EU countries if there's no Brexit deal*”, publicado el 13.09.2018. Puede consultarse en: <[https://www.gov.uk/government/publications/handling-civil-legal-cases-that-involve-eu-countries-if-theres-no-brexit-deal#cross-border-insolvency-cooperation](https://www.gov.uk/government/publications/handling-civil-legal-cases-that-involve-eu-countries-if-theres-no-brexit-deal/handling-civil-legal-cases-that-involve-eu-countries-if-theres-no-brexit-deal#cross-border-insolvency-cooperation)>.

<sup>45</sup> En este sentido, *vid.* Declaración del Consejo 2000/C 183/02 (DOCE C 183 de 30.06.2000).

<sup>46</sup> *Vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., «Brexit e insolvencia transfronteriza...» *cit.*, p. 93.

### C) Aplicación de normas internas

En defecto de un convenio internacional, resultarían de aplicación las reglas del Derecho interno. El Gobierno británico<sup>47</sup> considera que sus normas internas ya han incorporado el contenido de la Ley modelo de UNCITRAL de 30 de mayo de 1997 sobre insolvencia transfronteriza a través de la *Cross-Border Insolvency Regulations* de 3 de abril de 2006<sup>48</sup>. Sin embargo, estas disposiciones se limitan a establecer reglas de cooperación y coordinación de procedimientos de insolvencia, pero no normas sobre competencia judicial internacional o derecho aplicable<sup>49</sup>. Tendremos que comprobar en qué grado la *European Union (Withdrawal) Act* o las reformas del Derecho británico de la insolvencia incluyan disposiciones para los procedimientos de insolvencia que mantenga el contenido de lo previsto actualmente en el Reglamento comunitario<sup>50</sup>.

En el caso de España, se aplicarían las normas de Derecho internacional privado previstas en los artículos 220-226 Ley Concursal, incluida la exigencia de reciprocidad para el reconocimiento de las decisiones anglosajonas en materia de insolvencia.

Esta solución condiciona la viabilidad práctica de los mecanismos de cooperación y coordinación entre los procedimientos paralelos de insolvencia. La falta de soluciones uniformes plantea, entre estas cuestiones, una problemática especial en el tratamiento de las reestructuraciones societarias o en los institutos preconcursales, con especial incidencia en el mecanismo del *scheme of arrangement* anglosajón, cuya naturaleza no puede ser calificada como concursal sino societaria. Dada su exclusión del anexo A del R 2015/848,

<sup>47</sup> *Vid.* el documento del Gobierno del RU de 22.08.2017, «Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership paper», p. 9, recuperado de <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/639271/Providing\\_a\\_cross-border\\_civil\\_judicial\\_cooperation\\_framework.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/639271/Providing_a_cross-border_civil_judicial_cooperation_framework.pdf)>.

<sup>48</sup> Puede consultarse en <[http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/1030/pdfs/uksi\\_20061030\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/1030/pdfs/uksi_20061030_en.pdf)>.

<sup>49</sup> *Vid.* ESPINELLA MENÉNDEZ, Á., «Brexit e insolvencia transfronteriza...» *cit.*, p. 94; McCORMACK, A. G., y ANDERSON, H., «Brexit and its implication for restructuring and corporate insolvency in the UK», *Journal of Business Law*, 2017, pp. 533-556.

<sup>50</sup> Al respecto, *vid.* WINDSOR, J., «El potencial impacto del Brexit en el mercado de las reestructuraciones y la insolvencia», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2019, núm. 31, pp. 387-396.

el reconocimiento de este tipo de procedimientos de reestructuración de deuda sujetos al Derecho británico parece quedar sometido al Reglamento 1215/2012<sup>51</sup>. No obstante, algunos autores apuntan que, a partir del Brexit, el reconocimiento del *scheme of arrangement* estará condicionado a la calificación y al cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación concursal interna de los Estados miembros<sup>52</sup>.

## **IV. BREXIT Y SOCIEDADES CON SEDE EN GIBRALTAR**

### **1. Efectos del Brexit en Gibraltar en materia societaria**

De conformidad con el Acta de adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas de 1972, Gibraltar está excluido de la aplicabilidad de determinados ámbitos del Derecho de la UE<sup>53</sup>. Sin embargo, dichas exclusiones no afectan a la libertad de circulación de personas, capitales y prestación de servicios. El artículo 355.3 TFUE prevé que las disposiciones de los Tratados «se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro», cual es el caso de Gibraltar al asumir el Reino Unido sus relaciones exteriores. Esta interpretación ha quedado consolidada en la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2017, asunto C-591/15, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited vs The Queen*<sup>54</sup>, en la cual el Tribunal de Luxemburgo ha señalado que la prestación de servicios por parte de operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la UE, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro.

Como ya hemos expuesto (*supra apartado II*), el Brexit va a tener una enorme incidencia en la elección del Derecho de constitución y del domicilio social (*sede estatutaria*) y en el establecimiento del centro de administración o lugar de desarrollo de la actividad económica (*sede real*), tanto de las socieda-

<sup>51</sup> *Vid.* PAYNE, J., «Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping», *European Business Organization Law Review*, núm. 14, vol. 4, 2013, pp. 563-589.

<sup>52</sup> Sobre esta problemática, *vid.* CARBALLO PIÑEIRO, L., «La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 27, 2017, pp. 493-511, p. 509.

<sup>53</sup> DO L 73 de 27.03.1972.

<sup>54</sup> STJUE de 13.06.2017, asunto C-591/15, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited vs The Queen* [ECLI:EU:C:2017:449].

des británicas como de las constituidas en un Estado miembro y que operen en el Reino Unido. En el concreto caso de Gibraltar, el Brexit significará el fin del ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las empresas con sede en Gibraltar en todo el territorio de la Unión Europea debido a la falta de reconocimiento de sociedades británicas en los Estados miembros.

En consecuencia, a las sociedades constituidas y con sede en Gibraltar se les aplicarán las normas materiales de los Estados miembros, incluidas las disposiciones previstas para las «falsas sociedades extranjeras» (*Pseudo-Foreign Corporations*). En el caso español, ello significa que podrían resultar de aplicación los artículos 8 y 9 LSC. Así, en el caso de sociedades constituidas con arreglo a un Derecho extranjero o que tengan fijado su domicilio estatutario en terceros Estados no comunitarios, pero cuyos elementos están objetivamente conectados con España, dado que se dirigen, se administran, operan y sus explotaciones económicas se encuentran en España, el artículo 9.2 LSC ha establecido una norma de excepción al criterio de constitución, al señalar que «las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España». De este modo, las sociedades con sede en Gibraltar (Estado tercero no comunitario) cuyo principal establecimiento o explotación radique en España podrían resultar obligadas a tener su domicilio en nuestro territorio, lo cual implicaría indirectamente la aplicación al supuesto de las normas materiales societarias españolas.

Como ya se expuso, el *Brexit* tendrá también una incidencia directa en el marco de la libre prestación de servicios por parte de sociedades constituidas conforme al Derecho inglés en la Unión Europea, en sectores tales como el financiero, seguros o de apuestas, cuestión esta que plantea una especial incidencia en las sociedades domiciliadas en Gibraltar sometidas a la legislación gibraltareña, que quedarán desprovistas de la titularidad del derecho o libertad de prestación de servicios (artículo 62 TFUE).

Para evitar estas consecuencias negativas, se están llevando a cabo modificaciones estructurales societarias (escisiones o fusiones). Cabe señalar que el Brexit afectará de una manera directa a las operaciones de reestructuración de sociedades mercantiles británicas y de Gibraltar que pretendan acogerse a una modificación estructural. La pérdida de la libertad de establecimiento implicará la necesidad de solicitar autorizaciones de los Estados en los que

se encuentran las sociedades que se deseen adquirir o fusionar, por lo que el proceso de reestructuración es previsible que se alargue en el tiempo<sup>55</sup>.

El mecanismo más utilizado en la práctica para salvaguardar el objetivo de seguir disfrutando de la libertad de establecimiento y de las ventajas que plantea mantenerse dentro del mercado interior comunitario está siendo el traslado de sede social de las sociedades domiciliadas en Gibraltar hacia Estados miembros. El ejemplo más claro de esta tendencia podemos encontrarlo en el sector del juego *online*. Algunas de las principales sociedades británicas dedicadas a la industria de las apuestas deportivas tenían su sede en Gibraltar y la han trasladado a Malta para seguir beneficiándose de las ventajas de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en los Estados miembros<sup>56</sup>. En relación con la regulación de este sector, en España se aprobó la remisión a las Cortes Generales de un Proyecto de Ley de Regulación del Juego, que establece el marco regulador de las actividades de juego desarrolladas en el ámbito estatal a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, pero que no ha sido aún aprobado. A este respecto, intentando atraer inversión extranjera, algunos Estados miembros se encuentran en proceso de aprobación de una normativa que regule el otorgamiento de las licencias para las apuestas *online*<sup>57</sup>.

En el ámbito de los servicios financieros, la pérdida automática de la libre prestación de servicios tratará de ser reemplazada por parte del Reino Unido por un régimen de equivalencia, que solo sería factible si se previera una

<sup>55</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «Brexit y Gibraltar: la perspectiva de las personas jurídicas. Incidencia sobre la libertad de establecimiento y prestación de servicios», en Martín Martínez M. y Martín y Pérez de Nanclares J., (Coords.), *E/Brexit y Gibraltar. Un reto con oportunidades conjuntas*, Colección Escuela Diplomática, núm. 23, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2017, pp. 219-238, esp. pp. 229-230.

<sup>56</sup> Es el caso de Bet365, Bwin, Betfair o William Hill. A título de ejemplo, la sociedad Bet365 trasladó su sede en mayo de 2019 a Malta, lo cual ha supuesto el desplazamiento masivo de 500 de sus empleados, en Camilleri, I, «Bet365 relocation to Malta set to bring 500 employees. Brexit main reason behind move», *Times of Malta*, 8 de junio de 2019, recuperado de: <<https://timesofmalta.com/articles/view/bet365-relocation-to-malta-set-to-bring-500-employees.712207>>.

<sup>57</sup> A título de ejemplo, en Alemania algunos Länder (*v. gr.* Hesse) han decidido ofrecer a partir del 01.01.2020 licencias de juego online provisionales mientras se tramita una nueva Ley del Juego a nivel federal en el *Bundestag*. Fuente: <<https://www.infoplay.info/2020-01-07/estados-alemanes-empiezan-a-ofrecer-licencias-de-juego-online-provisionales-mientras-el-pais-espera-avanzar-en-una-legislacion-nacional-en-2020/10964/noticia>>.

armonización sustantiva de los estándares regulatorios y de supervisión británicos<sup>58</sup>. Por estos motivos, el Gobierno de Gibraltar trata de adelantarse a un escenario de *hard Brexit*, promulgando su propia *EU (Withdrawal) Act 2019* (EUWA), con el objetivo de asegurar que Gibraltar continúe contando con un régimen regulatorio de servicios financieros operativo. Para ello se prevé la conversión en legislación doméstica de Gibraltar el actual conjunto de leyes comunitarias directamente aplicables (“legislación retenida de la UE”), implementando las Directivas de la UE, incluida la de prestación de servicios financieros. No obstante, esta solución unilateral está condicionada al resultado final de la negociación de la salida del Reino Unido de la UE, pues no implica que los Estados de la UE otorguen a las sociedades británicas o gibraltareñas prestadoras de servicios financieros un trato como el dispensado actualmente por su pertenencia a la UE<sup>59</sup>.

## 2. Efectos del *Brexit* en Gibraltar en materia fiscal

En materia tributaria, según la *Constitution Order* de 14 de diciembre de 2006, Gibraltar posee autonomía fiscal respecto del Reino Unido, si bien este Estado es el responsable de las relaciones exteriores y, por tanto, el que actúa en nombre de Gibraltar frente a las instituciones de la UE<sup>60</sup>, la cual ha venido controlando indirectamente su política fiscal debido a su consideración como ayudas de Estado para atraer inversiones o capitales extranjeros contrarias a los artículos 107 y 108 TFUE<sup>61</sup>.

En las orientaciones del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017 se estableció que «ningún acuerdo entre la Unión y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido». En el Acuerdo de Retirada figura un Protocolo relativo a los acuerdos bilaterales concluidos entre ambos países que constituye, junto con los Memorandos de Entendimiento bilaterales entre España y el Reino Unido, un paquete rela-

<sup>58</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «Brexit y Gibraltar: la perspectiva de las personas jurídicas. Incidencia sobre la libertad de establecimiento y prestación de servicios...» *cit.*, p. 230.

<sup>59</sup> ÍDEM nota anterior, p. 231.

<sup>60</sup> *Vid.* MIRAS MARÍN, M., «Posibles consecuencias del Brexit en el sistema tributario de Gibraltar», en *Estudio Jurídico del fenómeno Brexit ... cit.*, pp. 161-173, p. 164.

<sup>61</sup> Sobre esta cuestión, la STJUE de 15.11.2011, asuntos C-106/09 y C-107/09, *Comisión vs Gibraltary Reino Unido*, el Tribunal de Luxemburgo calificó como selectivo un sistema impositivo de sociedades cuando introducía un tratamiento diferenciado a favor de las sociedades *offshore*.

tivo a las cuestiones referentes a Gibraltar y que incluye, entre otras cuestiones, un tratado bilateral sobre la fiscalidad y la protección de los intereses financieros. El Protocolo sienta las bases para la cooperación administrativa entre las autoridades competentes a fin de lograr la plena transparencia en materia fiscal, la lucha contra el fraude, el contrabando y el blanqueo de dinero.

El Reino Unido y Gibraltar han transpuesto en sus ordenamientos jurídicos internos los estándares internacionales de la OCDE sobre transparencia fiscal (CRS) y han celebrado una extensa red de acuerdos internacionales con múltiples jurisdicciones, de intercambio de información automática y de cooperación administrativa fiscal, que es previsible se mantengan en la era post-Brexit. Una vez fuera de la UE, el Reino Unido y Gibraltar deberían celebrar nuevos acuerdos bilaterales o multilaterales con los Estados miembros para suplir los mecanismos del Derecho de la UE sobre intercambio de información y cooperación administrativa fiscal<sup>62</sup>.

Los efectos que el Brexit puede producir en materia fiscal en el territorio de Gibraltar sobre todo incidirán en la tributación de los servicios financieros. Para algunos autores, podría producirse una regresión al sistema dual que diferencie el tratamiento tributario entre las sociedades residentes y las sociedades *offshore* (*Exempt* y *Qualifying Companies*), propio de los paraísos fiscales, con el fin de buscar ventajas fiscales que compensen la pérdida de las ayudas de Estado<sup>63</sup>. En todo caso, es evidente que el marco de referencia futuro depende del resultado de la negociación final entre la UE y el Reino Unido en esta materia, lo cual supone en definitiva una tensión entre la cooperación fiscal multilateral en materia de lucha contra el fraude fiscal internacional (auspiciada en el marco de la OCDE y la UE) y un retroceso hacia políticas unilaterales y bilaterales derivadas del proteccionismo nacionalista<sup>64</sup>.

Para paliar las consecuencias fiscales que el Brexit puede provocar en las sociedades con sede en Gibraltar, el Gobierno español ha remitido para su ratificación por el Congreso y el Senado el Acuerdo sobre fiscalidad y protección de los intereses financieros firmado *ad referendum* el 4 de marzo de 2019

<sup>62</sup> PASTOR PALOMAR, A., «Brexit, Gibraltar y fiscalidad internacional», en *El Brexit y Gibraltar. Un reto con oportunidades conjuntas...* *cit.*, pp. 261-275, esp. p. 274.

<sup>63</sup> *Vid.* MIRAS MARÍN, M., *op. cit.*, p. 172.

<sup>64</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* SÁNCHEZ-ARCHIDONA FIDALGO, G., «Multilateralismo y Brexit: reflexiones sobre una posible ruptura de la cooperación fiscal entre los Estados», en *Estudio Jurídico del fenómeno Brexit...* *cit.*, pp. 193-206.

entre España y el Reino Unido, que constituye una pieza esencial para que la salida de Gibraltar de la Unión Europea, con arreglo al Acuerdo de Retirada y a su Protocolo sobre Gibraltar, tenga lugar de manera ordenada y conforme a los intereses españoles en materia fiscal y de lucha contra el fraude y la evasión de impuestos.

El artículo 2 del Acuerdo sobre fiscalidad y protección de los intereses financieros establece que se considerará que las personas jurídicas constituidas en Gibraltar antes del 18 de noviembre de 2018 y gestionadas desde ese territorio tienen residencia fiscal en España cuando las mismas tengan una relación significativa con España, bien por la localización de la mayoría de sus activos o la obtención de la mayor parte de sus ingresos en nuestro país, o bien cuando la mayoría de sus propietarios o sus directivos son residentes fiscales en España.

## V. REFLEXIONES FINALES

El efecto del *Brexit* en la elección del Derecho de constitución y del domicilio social (sede estatutaria) y en el establecimiento del centro de administración o lugar de desarrollo de la actividad económica (sede real) sitúa en un nuevo escenario la clásica opción por el modelo de incorporación o de sede real para la determinación de la *lex societatis*. La preferencia por el modelo de constitución conforme al Derecho inglés puede verse puesta en discusión con la salida del Reino Unido, al no tener garantizado el ejercicio de la libertad de establecimiento en los Estados miembros de la Unión Europea ni el reconocimiento de su personalidad jurídica. En el concreto caso de Gibraltar, el Brexit significará el fin del ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las empresas con sede en Gibraltar en todo el territorio de la Unión Europea debido a la falta de reconocimiento de sociedades británicas en los Estados miembros.

En consecuencia, a las sociedades constituidas y con sede en Gibraltar se les aplicarán las normas materiales de los Estados miembros, incluidas las disposiciones previstas para las «falsas sociedades extranjeras» (*Pseudo-Foreign Corporations*). En el caso español, ello significa que podrían resultar de aplicación los artículos 8 y 9 LSC. De este modo, las sociedades con sede en Gibraltar cuyo principal establecimiento o explotación radique en España podrían resultar obligadas a tener su domicilio en nuestro territorio, lo cual

implicaría indirectamente la aplicación al supuesto de las normas materiales societarias españolas.

El *Brexit* tendrá también una incidencia directa en el marco de la libre prestación de servicios por parte de sociedades constituidas conforme al Derecho inglés en la Unión Europea, en sectores tales como el financiero, seguros o de apuestas, cuestión esta que plantea una especial incidencia en las sociedades domiciliadas en Gibraltar sometidas a la legislación gibraltareña, que quedarán desprovistas de la titularidad del derecho o libertad de prestación de servicios (artículo 62 TFUE).

Para evitar estas consecuencias negativas, se están llevando a cabo modificaciones estructurales societarias (escisiones o fusiones), y traslado de sede social de las sociedades domiciliadas en Gibraltar hacia Estados miembros. Respecto a las modificaciones societarias, conviene señalar que la pérdida de la libertad de establecimiento implicará la necesidad de solicitar autorizaciones de los Estados en los que se encuentran las sociedades que se deseen adquirir o fusionar, no pudiendo acogerse a los mecanismos de reestructuración previstos en la legislación comunitaria.

Respecto al traslado de sede social de las sociedades domiciliadas en Gibraltar hacia Estados miembros, conviene reflexionar sobre dos cuestiones vinculadas a este conflicto móvil. Por un lado, aunque para el ejercicio de esta libertad no se requiere que la sociedad ejerza alguna actividad económica en el territorio del Estado miembro donde tenga fijado su domicilio social, sin embargo una sociedad no podrá invocar la libertad de establecimiento para desarrollar, a través de un establecimiento secundario, toda su actividad económica en el territorio de un Estado miembro donde no tenga fijado su domicilio social, puesto que se hace necesario un «vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro». Por otro lado, la libertad de trasladar un establecimiento primario no está incluida como tal en el contenido del artículo 54 TFUE, de acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por el TJUE.

Por ello, el traslado de la sede social que conlleve simultáneamente el traslado del establecimiento primario exige como condición que se mantenga un «vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro» y, de otro, que no se trate de un establecimiento secundario de una sociedad con domicilio en un Estado tercero. Esto último resulta trascendente respecto

de las sociedades anteriormente domiciliadas en Gibraltar que hayan trasladado su sede a Malta o Irlanda para seguir beneficiándose de la libertad de establecimiento. En determinadas circunstancias, el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro por parte de una filial perteneciente a un grupo internacional cuya sede de dirección no se encuentre en otro Estado miembro (por ejemplo, una filial maltesa dependiente de su sociedad matriz con sede real en Londres) podría no tener la consideración de un establecimiento a los efectos de gozar de los beneficios que otorga la libertad de establecimiento del artículo 54 TFUE.

Estos problemas no quedan resueltos en el Acuerdo de retirada acordado entre el Reino Unido y la Unión Europea ni en los documentos de trabajo hechos públicos hasta el momento, sino que la solución a estas cuestiones pasa por un tratamiento en el marco de las negociaciones sobre el régimen futuro de relaciones, proceso de imprevisible resultado.



# Cuadernos de Gibraltar

## Gibraltar Reports

#03 | 2018-2019

Sumario

Table of Contents

### CONFERENCIAS DE EXCELENCIA

Luis Norberto GONZÁLEZ ALONSO, *El Brexit y la Unión Europea: panorama de problemáticas, 2016-2019*

### ESTUDIOS

Juan Antonio YÁÑEZ-BARNUEVO, *Foreign Minister Fernando Morán Addresses the Question of Gibraltar*

Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA; Miguel ACOSTA SÁNCHEZ, *The Consequences of Brexit for Gibraltar, an Overview*

Polly Ruth POLAK, *The Road to Brexit: Ten UK Procedures towards Leaving the EU*

Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, *Gibraltar, ¿costa española? Por una reformulación de la teoría de la 'Costa seca' sobre el puerto y las aguas en torno al Peñón*

Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, *Gibraltar, Land Reclamation, the Environment and Brexit*

Miguel CHECA MARTÍNEZ, *Brexit y Cooperación Judicial Civil Internacional: opciones para Gibraltar*

Fernando LOZANO CONTRERAS, *España, Gibraltar y el Reino Unido en la negociación del Brexit - Viejos problemas, nuevas soluciones?*  
Ángel BALLESTEROS BARROS, *El Brexit y la Libertad de Establecimiento de Sociedades en la UE: el caso de Gibraltar*

Álvaro CHECA RODRÍGUEZ, *The Bilateral Tax Treaty System between the United Kingdom and Spain Regarding Gibraltar: another Step in Gibraltar's Quest for De-Listing as a Tax Haven*

### ÁGORA

Antonio GARCÍA FERRER, *Las negociaciones sobre el Brexit y Gibraltar. Perspectiva del Ministerio de Asuntos Exteriores, UE y Cooperación de España*

Fabian PICARDO, *Cómo se ve hoy el Gibraltar de mañana*

Luis ROMERO BARTUMEUS, *El Consulado de España en Gibraltar. Una historia casi desconocida*

Antonio PÉREZ GIRÓN, *El exilio interior del pueblo de Gibraltar y el origen de la ciudad de San Roque*

Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ; Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA; Jesús VERDÚ BAEZA, *Claves sobre la singularidad de La Línea de la Concepción a la luz del Derecho Internacional y del Derecho Europeo - Informe previo*

Peter MONTEGRIFFO, *Perspectivas gibraltareñas sobre el Brexit, su desenlace definitiva y los futuros deseables para Gibraltar y el Campo*

Joseph GARCÍA, *Brexit: Spain and Gibraltar - Welcoming Address*

Juan Carlos RUIZ BOIX, *El Brexit y Gibraltar, reflexiones desde el Campo de Gibraltar*

José Juan FRANCO RODRÍGUEZ; Juan CARMONA DE CÓZAR; Brian REYES, *Mesa Redonda – Campo de Gibraltar, cooperación transfronteriza y trabajadores fronterizos tras el Brexit*

Juan Antonio YÁÑEZ-BARNUEVO, *España, Reino Unido y Gibraltar: las oportunidades del Brexit*

### RECENSIONES

José BENEROSO SANTOS, *Franco en Gibraltar, marzo de 1935. Antecedentes, desarrollo y consecuencias de una conspiración silenciada*, por Luis ROMERO BARTUMEUS

Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coordinadores), *El Brexit y Gibraltar. Un reto con oportunidades conjuntas*, por Carolina JIMÉNEZ SÁNCHEZ

Luis Ernesto OROZCO TORRES y César VILLEGAS DELGADO (Coordinadores Generales), *Europa y España frente al Brexit, Retos y Alternativas*, por Casilda RUEDA FERNÁNDEZ



**INDESS**

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
PARA EL DESARROLLO SOCIAL SOSTENIBLE



Aula Universitaria  
Gibraltar - Campo de Gibraltar

CÁTEDRA JEAN MONNET  
INMIGRACIÓN Y FRONTERAS

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

EDUCACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA



ESTUDIOS  
INTERNACIONALES  
Y EUROPEOS

Centro de Estudios Internacionales y Europeos  
del Área del Estrecho  
SEJ-572