

¿Qué deben tener en cuenta las sociedades para hacer efectivo su traslado de domicilio social fuera de su lugar de origen?

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de GA_P

Los acuerdos de traslado del domicilio social deben ser objeto de regularización mediante el traslado de la sede real de la empresa, esto es, del traslado al nuevo domicilio del centro de administración y dirección efectivas o del principal establecimiento o explotación. La disociación entre domicilio social y sede real constituye una situación anómala por infracción de la Ley de Sociedades de Capital que puede determinar la impugnación de los acuerdos adoptados y, en su caso, la responsabilidad de los administradores que los adoptaron o ejecutaron.

1. Introducción

En las líneas que siguen, analizaremos, desde un punto de vista eminentemente práctico, cuáles son los requisitos procedimentales y de fondo que se han de cumplir para que una sociedad de capital traslade válidamente su actual domicilio social a un lugar distinto dentro del territorio nacional. En consecuencia, no se tomará en consideración ni el traslado en el término municipal ni el cambio del domicilio social al extranjero, que es modificación estructural y, como tal, está sujeto a las especialidades propias de este tipo de operaciones societarias (arts. 92 y ss. de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

El tratamiento de esta cuestión en este momento está justificado no sólo porque es de una actualidad evidente, sino porque conviene que los operadores conozcan las implicaciones legales derivadas de los acuerdos o decisiones de cambio del domicilio social, una decisión que la ley atribuye en principio a los administradores de la sociedad, por lo que ha de adoptarse con la diligencia debida y, por tanto, de manera informada. La cuestión más importante que se ha de tener en cuenta es que el cambio del domicilio social requiere trasladar la sede real; en la presente nota ofreceremos algunas indicaciones o criterios sobre cómo puede considerarse efectuado ese traslado.

2. Cuestiones procedimentales (el Real Decreto Ley 15/2017)

La modificación del domicilio social dentro del territorio nacional, a pesar de ser una modificación estatutaria —que requiere como regla acuerdo de junta general— es competencia del órgano de administración, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 285.2 LSC en redacción dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal).

La atribución de competencia al órgano de administración para modificar esta mención estatutaria concreta se justificó en su momento con que se trata de una decisión propia del desarrollo del objeto social o, dicho de otro modo, una decisión en materia de gestión y no de una modificación de las reglas contractuales de la sociedad cuya competencia deba quedar reservada estructuralmente a la junta general de socios. La atribución legal de competencia al órgano de administración para decidir sobre el traslado de domicilio (salvo disposición contraria de los estatutos) impide que los socios interfieran en la decisión adoptada por el órgano de administración, ni siquiera mediante las instrucciones a que se refiere el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

De lo anterior se deduce la importancia real de identificar cuándo existe una «disposición estatutaria en contra» a los efectos previstos en este precepto legal.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones de 3 de febrero (BOE de 20 de febrero) y de 30 de marzo del 2016 (BOE de 13 de abril), había declarado que no se entendería como «disposición contraria» aquella norma estatutaria que se limitase a reproducir el tenor literal de la ley vigente hasta la reforma. Conforme a la doctrina del centro directivo (fijada entre otras, en la Resolución de 10 de octubre del 2012), las referencias estatutarias en que los socios se remiten al régimen legal vigente (sea mediante una remisión expresa o genérica a la ley o mediante una reproducción en estatutos de la regulación legal supletoria) han de interpretarse como indicativas de la voluntad de sujetarse al sistema supletorio querido por el legislador en cada momento. En consecuencia, si el régimen legal supletorio es modificado, debe entenderse que los estatutos no constituyen disposición en contra.

Los casos resueltos por las resoluciones citadas eran claros. Los estatutos atribuían al órgano de administración la competencia para modificar el domicilio social dentro del mismo término municipal (o dentro de la misma «población» —lo que es lo mismo—) y se consideró que esa disposición se limitaba a reproducir el tenor literal de la ley y que, por consiguiente, tras la reforma, los administradores serían competentes para cambiar el domicilio social más allá del término municipal, siempre dentro del territorio nacional.

La realidad demuestra, sin embargo, que las redacciones de los estatutos son muy variadas. En ocasiones, atribuyen expresamente a la junta general la competencia para cualquier modificación estatutaria y, en particular, para acordar el cambio del domicilio social, sin excepción, o elaboradas después de la reforma del 2015, reproducen el texto estatutario «típico» anterior a la reforma.

Como en estos casos podría interpretarse que existe «disposición estatutaria en contra» y negar con ello la competencia del órgano de administración, se dictó el Real Decreto Ley 15/2017 de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional, que a) adiciona un nuevo párrafo al artículo 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital para «aclarar» que «[s]e considerará que hay disposición contraria de los estatutos sólo cuando los mismos establezcan expresamente que el órgano de administración no ostenta esta competencia» y b) establece una disposición transitoria única («Régimen de los estatutos aprobados antes de la entrada en vigor de este real decreto ley»), según la cual, «[a] los efectos previstos en el artículo 285.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción dada por este real decreto ley, se entenderá que hay disposición contraria de los estatutos sólo cuando con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto ley se hubiera aprobado una modificación estatutaria que expresamente declare que el órgano de administración no ostenta la competencia para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional».

La conclusión de todo lo anteriormente expuesto es que, salvo que los operadores hayan establecido expresamente en los estatutos que el órgano de administración no es competente para modificar el domicilio social (cosa poco probable porque las competencias de los órganos no se redactan normalmente en sentido negativo), ésta es una competencia exclusiva y excluyente del órgano de administración y, por tanto, el procedimiento para el traslado del domicilio social sólo requiere elevar a público la decisión adoptada por el órgano de administración e inscribirla en el Registro Mercantil. Si los socios pretenden mantener el control sobre el cambio de domicilio dentro del territorio nacional, deberán promover la modificación de los estatutos sociales en los términos previstos por el Real Decreto Ley 15/2017.

3. Cuestiones de fondo

3.1. Límites a la movilidad nacional de sociedades

La normativa española sobre sociedades de capital —y ésta es una cuestión que no abordaron ni la Ley 9/2015, de 25 de mayo, ni el Real Decreto Ley 15/2017— parte de un

principio de libre elección del domicilio dentro del territorio nacional (*principio de territorialidad*), pero limita dicha libertad cuando establece que las sociedades de capital españolas «fijarán» su domicilio en el lugar en que se halle el «centro de su efectiva administración y dirección» o en el que radique su «principal establecimiento o explotación» (art. 9).

La conexión entre domicilio social y sede real obedece a un denominado *principio de veracidad* del domicilio que, por razones de seguridad del tráfico y protección de intereses de orden público, exige que exista una conexión entre el denominado domicilio social —registral— estatutario y la sede real. La seguridad del tráfico requiere que el domicilio sea único, estable y reconocible por terceros, lo que implica una prohibición de domicilios meramente nominales o ficticios, rotatorios, móviles o dobles sedes.

Es preciso tener en cuenta que el domicilio social o estatutario determinará con efectos civiles el lugar del cumplimiento de las obligaciones del deudor (art. 1170 del Código Civil), la competencia judicial procesal civil (art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la competencia del Registro Mercantil territorial para llevar la hoja registral de la compañía (art. 17 del Reglamento del Registro Mercantil o RRM) y otras cuestiones asociadas a esa llevanza, como el nombramiento de expertos independientes (arts. 67 y 353 LSC) o el nombramiento o revocación de auditor de cuentas (art. 265.2 LSC). Igualmente, existen infinidad de normas externas que establecen presunciones legales a partir del lugar en que se ubica el domicilio social (*v. gr.*, la presunción de identidad entre el domicilio social y el COMI del artículo 10 de la Ley Concursal).

Desde un punto de vista de política jurídica, se puede discutir si los terceros estarían igualmente protegidos reconociendo la posibilidad de elección arbitraria del domicilio, pero concediendo a los terceros derechos de opción (art. 10 LSC) o mediante conexiones menos exigentes (como en la Ley de Sociedades Anónimas —LSA— de 1951) y sin necesidad de vincular obligatoriamente domicilio social y sede real. Sin embargo, lo cierto es que en el estado actual de nuestra regulación no se concibe el domicilio social como una mera cláusula estatutaria que permite fijar el domicilio en el lugar que resulte más conveniente a los intereses de los socios, sino que la determinación del domicilio y su modificación se concibe como un acto (extraordinario) de gestión que es competencia de los administradores y que sólo puede fijarse en la sede real. A su vez, los terceros pueden confiar válidamente en que el domicilio estatutario de una sociedad de capital (al que se anuda la aplicación de todas las normas anteriormente citadas) no estará radicado en el lugar que hayan señalado los socios siguiendo su único y exclusivo interés, sino que se encontrará necesariamente en el lugar del establecimiento o explotación principales o en el lugar desde donde se desarrolla su administración y dirección efectivas, porque así lo exige la Ley de Sociedades de Capital.

La conclusión que cabe extraer de lo anteriormente expuesto es que resulta necesario hacer coincidir el domicilio social o estatutario (contractual) con la sede real de la

empresa en cualquiera de las dos acepciones mencionadas. Se trata de una exigencia de Derecho imperativo y no se requiere sólo en el momento fundacional, sino que extiende su vigencia a toda la vida de la sociedad, de modo que ésta deberá modificar su domicilio social o estatutario si cambia el centro de administración efectiva o el establecimiento principal. A la inversa: si la sociedad traslada el domicilio social, debe trasladar también el centro de administración efectiva o del lugar en que se encuentre su principal establecimiento o explotación (debe trasladar la *sede real*).

Las decisiones de los administradores, en su caso, mediante los acuerdos del consejo de administración o de la junta general que hayan decidido trasladar el domicilio social a un lugar distinto de la sede real, infringen norma imperativa y, al margen de la responsabilidad de los administradores que los adopten o ejecuten, son impugnables por infracción de ley por cualquier legitimado para ello dentro de los plazos establecidos, lo que varía en función de si se trata de acuerdo del consejo o de la junta general y de si la sociedad cotiza o no en el mercado de valores (arts. 251, 204, 206 y 495.2 LSC). Es más, no se puede descartar que se razone en el sentido de que se trata de acuerdos que afectan a intereses generales, de modo que podría aplicarse la cláusula de infracción del orden público cuya impugnación es accesible prácticamente a cualquiera (cualquier socio o terceros incluso sin acreditar interés legítimo) y, salvo en sociedades cotizadas, en cualquier momento (arts. 205.1, 206.2 y 495.2 LSC). A las referidas acciones de impugnación se podrían acumular acciones de condena a restablecer el domicilio en el lugar en que se encuentre la sede real, y de todo ello serían responsables los administradores que adoptaron o ejecutaron un acuerdo ilegal.

El hecho de que los acuerdos se hayan logrado inscribir en el Registro Mercantil no reduce el riesgo de impugnación porque el control registral de la divergencia entre el domicilio estatutario o domicilio social y la sede real es prácticamente imposible: en el momento fundacional, porque la propia ley reconoce el domicilio social se fija sobre la base de una mera «previsión» de las posibles localizaciones de la sede real, lo que resulta inobjetable para el registrador (*cf.* art. 120 RRM); y en el caso de cambio de domicilio, porque, en principio, tampoco resulta factible para el registrador comprobar si existe o no discordancia entre el (nuevo) domicilio estatutario y el que correspondería de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital. En el caso de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de julio de 1956, la discordancia entre el lugar en el que desarrollaba sus funciones el consejo de administración y el domicilio social se deducía de los propios estatutos, pero es dudoso si el registrador de salida o el de destino pueden negar la inscripción por divergencia notoria, sobre todo a la vista de la pluralidad de factores que hay que tomar en consideración para localizar la sede real de un empresa.

La validez de los acuerdos de traslado del domicilio social requiere por tanto que el órgano de administración promueva su regularización mediante el traslado del centro de administración efectiva o del principal establecimiento o explotación al lugar del «nuevo»

domicilio social, para lo cual es preciso reconocer cierto plazo de tiempo (*cf.* el plazo de un año que reconoce el art. 459 LSC para la sociedad anónima europea).

3.2. *El traslado de la sede real*

Con ello llegamos a la cuestión central de la presente nota, que estriba en determinar cómo se debe llevar a efecto dicha regularización si se quiere evitar la impugnación de los acuerdos y demás consecuencias inherentes al traslado del domicilio social a un lugar distinto de donde se ubica la sede real, regularización que consiste precisamente en trasladar la sede real al nuevo domicilio.

La primera cuestión que se ha de tener en cuenta es que la nueva sede real debe ser *reconocible* o *identificable* como tal por los terceros, ya que, por las razones que hemos señalado con anterioridad, hay que proteger la confianza que éstos pueden depositar válidamente en que coincidirán el domicilio social y la sede real.

Sobre la base de lo anterior, la regularización de la decisión de los administradores o de los acuerdos del consejo puede requerir trasladar el *establecimiento* o *explotación principal* o sólo la sede de *administración* y *dirección efectiva*, lo que, al igual que el propio cambio de domicilio, se habrá de decidir según criterios empresariales, de modo conforme a la diligencia de un ordenado empresario y en defensa siempre del interés de la sociedad.

El *establecimiento* es un lugar físico, dotado de medios materiales y humanos, que sirve fundamentalmente a la atracción o captación de la clientela; la *explotación* viene referida al lugar de desarrollo del objeto social (*v. gr.*, la fábrica o el centro de distribución), que, al igual que el domicilio, sólo puede ser uno (el «principal»). La determinación de cuál es el establecimiento o explotación principal, frente a los que puedan considerarse secundarios, deberá ser el fruto de la consideración conjunta de una pluralidad de factores (volumen de facturación o producción, personal contratado, etc.). Una vez identificado el uno o el otro, deberá ser objeto de traslado físico y ubicación material en el lugar elegido para implantar el domicilio social.

El denominado *centro de administración* y *dirección efectiva* es aquel lugar donde se adoptan las decisiones relativas a la alta dirección de la empresa de modo habitual y reconocible por terceros. Ya el concepto de «representación legal» al que refiere el artículo 41 del Código Civil (o el derogado art. 5 LSA de 1951) se interpretaba como el lugar en el que se encontrase el «órgano superior de actuación continuada», la «dirección suprema de la sociedad» o el «centro de decisiones de supremo rango» y no necesariamente el lugar donde se ubicase el órgano de administración, por mucho que ostentara la representación orgánico-legal y la representación pasiva de la compañía.

La ubicación del centro de administración y dirección efectiva es una *cuestión de hecho* y tiene carácter *económico-empresarial*, de modo que debe efectuarse a partir del análisis de la estructura organizativa interna de la sociedad tomada en consideración en aras de identificar el lugar donde se adoptan las decisiones organizativas, estratégicas y financieras básicas relativas a la gestión de la sociedad. Obviamente, esto excluye del análisis el lugar donde se celebre la junta general de socios, porque este órgano no gestiona la empresa con carácter permanente, sino que sólo puede decidir sobre «determinados» asuntos de gestión (o sobre negocios con activos esenciales).

En las sociedades de capital, la gestión social con carácter permanente dirigida a la consecución del fin común perseguido por los socios y, por consiguiente, la alta dirección de la empresa es competencia del órgano de administración, por lo que, en principio, el centro de administración y dirección efectiva es el lugar donde el o los titulares de dicho órgano desempeñen de hecho las funciones decisorias propias de su cargo (que puede coincidir o no con su domicilio personal). Es irrelevante el lugar en que se desempeñen las funciones materiales accesorias a las orgánicas de administración o donde se ubiquen los directivos dependientes, encargados normalmente de la ejecución técnica de las decisiones empresariales adoptadas por el órgano de administración como órgano superior de gobierno (v. gr., dirección de producción, compras, contratación con proveedores, recursos humanos), siempre que sea reconocible para terceros que la alta dirección de la empresa se ejerce desde un determinado lugar. Parece evidente que ese lugar, el nuevo domicilio social, ha de estar dotado de los medios materiales y humanos necesarios para servir de soporte a la dirección efectiva del negocio. Si el órgano se configura como un consejo de administración, el centro de administración y dirección efectiva no puede identificarse normalmente con el lugar donde se reúna ocasionalmente el pleno para deliberar y decidir sobre la aprobación del plan de negocio, el presupuesto o las políticas generales de la empresa (facultades indelegables conforme al artículo 249 bis en conexión con el artículo 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital) o para desempeñar sus funciones de control de la gestión y de supervisión (v. gr., lugar de la reunión trimestral del artículo 245.3 de la misma ley). Lo importante es identificar dónde se adoptan las decisiones relativas a la alta dirección ejecutiva de la compañía por parte de los consejeros con funciones ejecutivas, en coordinación normalmente con los comités de dirección. En caso de no existir tales consejeros, habrá que tomar en consideración a la persona o personas que tengan atribuidas por el propio consejo las facultades de más alta dirección de la sociedad.

Si por la peculiaridad de su funcionamiento puede llegar a afirmarse que dicha alta dirección la ejerce colegiadamente el propio consejo y en el escalón siguiente de la estructura sólo aparecen directivos subordinados, sean además consejeros o no, entonces habrá que trasladar al nuevo domicilio social la sede del consejo de administración, nuevamente, de modo reconocible por terceros.

3.3. Los intereses de los socios

Las decisiones del órgano de administración (o de la junta general) sobre traslado del domicilio social y, necesariamente, de la sede real deben estar justificadas en el interés de la sociedad. Obviamente, si los socios no están conformes con la decisión adoptada por los administradores, reaccionarán mediante la adopción de acuerdos de atribución de competencia en los términos del (actual) artículo 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital y decidirán lo que consideren más conforme con sus intereses dentro de las opciones que ofrece la ley.

No obstante, en tanto se completa el proceso de regularización o, quizá, de forma definitiva, puede resultar conveniente promover mecanismos que minimicen el impacto que puede tener para los socios el cambio del domicilio social.

Es preciso tener en cuenta que el término municipal del domicilio social es el lugar donde, como regla, se reúnen los órganos sociales (arts. 175 y 246.2 LSC) y el lugar de ejercicio de los derechos de socio como los relativos al examen documental (arts. 272.3 y 287 LSC), el depósito de las acciones al portador para la legitimación anticipada del accionista (art. 179.3 LSC) o el lugar de pago del dividendo (art. 276.2 LSC). Los tribunales del domicilio social son los competentes para resolver las cuestiones litigiosas societarias como la impugnación de acuerdos sociales, la acción social o las solicitudes de reducción obligatoria del capital en la sociedad anónima o la disolución judicial, entre otras.

Las sociedades, sin embargo, pueden alterar el lugar «estándar» para el ejercicio de los derechos del socio en beneficio de éstos (v. gr., se altera el lugar de pago del dividendo o se establece la posibilidad de depositar las acciones en cualquier sede «secundaria» del lugar de su domicilio). En particular, se podría establecer en los estatutos un lugar alternativo al término municipal del domicilio social para la celebración de las juntas generales si así se desea (cfr. RDGRN de 3 de octubre del 2016, BOE de 18 de octubre).

4. Conclusiones

A modo de conclusión de todo lo anteriormente expuesto cabe señalar lo siguiente:

- a) La regulación española sobre sociedades de capital no reconoce la posibilidad de trasladar el domicilio social a cualquier lugar del territorio nacional, sino que el lugar de destino debe coincidir con el lugar en que se encuentre la *sede real* de la empresa.
- b) En consecuencia, las decisiones de los administradores sobre traslado de domicilio deben regularizarse, en el plazo máximo de un año, mediante el traslado de la sede real de la empresa. Ello requiere trasladar, bien el principal establecimiento o explotación, bien la sede de administración efectiva, decisión que se ha de adoptar mediante la aplicación de criterios empresariales y conforme al mejor interés de la sociedad.

- c) En el caso de trasladar la sede de administración y dirección efectiva, será necesario dotar al nuevo domicilio social de los medios materiales y humanos necesarios para posibilitar el ejercicio en él de la función decisoria ejecutiva propia de la alta dirección de la compañía, de modo que sea reconocible por terceros. En el caso del consejo de administración, si este órgano desempeña funciones de supervisión y control, no bastará con celebrar en ese lugar las reuniones del pleno, sino que han de adoptarse allí mismo, además, las decisiones de carácter ejecutivo, sea por consejeros con funciones ejecutivas o por la alta dirección de la compañía. Si el consejo ejerce una dirección asidua del negocio de tipo colegial, habrá que ubicar en el nuevo domicilio la sede del consejo..
- d) No es necesario trasladar a los directivos encargados de la ejecución técnica de las decisiones empresariales adoptadas por el órgano de administración como órgano superior de gobierno de la compañía (v. gr., dirección de producción, compras, contratación con proveedores, recursos humanos) siempre que sea reconocible para terceros que la alta dirección de la empresa se ubica en el lugar del nuevo domicilio social.

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

Estibaliz Aranburu

Socia, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
earanburu@ga-p.com

Fernando de las Cuevas

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
fcuevas@ga-p.com

Íñigo Erlaiz

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
ierlaiz@ga-p.com

Fernando Igartua

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
figartua@ga-p.com

David González

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
dgonzalez@ga-p.com

Daniel Marín

Socio, Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 74 00
dmarin@ga-p.com

Alfonso Areitio

Socio, Bilbao
Tel.: (+34) 94 415 70 15
aareitio@ga-p.com

Mónica Weimann

Socia, Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407
mweimann@ga-p.com

Francisco Fita

Socio, Valencia
Tel.: (+34) 96 351 38 35
ffita@ga-p.com

Rubén Ferrer

Socio, Nueva York
Tel.: (+1) 646 736 3075
rferrer@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.