

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 7 de julio de 2005¹

I. Introducción

1. El presente asunto se refiere a una cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el Landgericht Koblenz (Alemania) con arreglo al artículo 234 CE y relativa a la interpretación de los artículos 43 CE y 48 CE.

2. En esencia, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que precise si una normativa nacional que rechaza la inscripción en el Registro Mercantil alemán de las fusiones entre sociedades alemanas y sociedades de otros Estados miembros vulnera los principios relativos a la libertad de establecimiento.

II. Marco jurídico

Derecho comunitario pertinente

3. El litigio principal versa esencialmente sobre las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento. A este respecto tiene especial importancia el artículo 43 CE que, como es sabido, consagra el derecho de establecimiento de los ciudadanos comunitarios, ya sea con carácter principal (párrafo segundo) o secundario (párrafo primero). Concretamente, dicho artículo establece:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

¹ -- Lengua original: italiano.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

5. No obstante, el artículo 46 CE, apartado 1, establece:

«Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.»

4. A continuación procede mencionar el artículo 48 CE, que está redactado así:

6. En relación con el presente asunto, conviene mencionar igualmente las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, y en particular el artículo 56 CE, apartado 1, que está redactado así:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

«En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.»

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.»

7. Procede recordar por último que hace varios años que la Comisión se esfuerza por conseguir la aprobación de un instrumento jurídico comunitario sobre fusiones transfronterizas que pueda responder a las necesidades de cooperación y reagrupación entre sociedades de Estados miembros diferentes.

8. Sin embargo, por el momento el Parlamento y el Consejo no han procedido a la aprobación definitiva de la propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales,² aunque el proceso está ya muy avanzado.³

Derecho nacional

9. En Alemania, la Ley que regula las operaciones de fusión es la Umwandlungsgesetz (Ley relativa a la transformación de las sociedades; en lo sucesivo, «UmwG»).⁴

10. Al regular las operaciones de transformación, el artículo 1, apartado 1, de dicha Ley menciona únicamente las fusiones de sociedades domiciliadas en Alemania, disponiendo lo siguiente:

«Los sujetos de derecho domiciliados en el territorio nacional podrán transformarse

1. mediante fusión

[...].»

11. A continuación, el artículo 2 de dicha Ley describe los diversos supuestos de fusión con disolución de la sociedad y sin liquidación, y entre ellos el que aquí nos interesa, es decir, la fusión por absorción, en la que se transmite el patrimonio de uno o más sujetos de derecho a otro sujeto de derecho preexistente.

12. Por último, las disposiciones de la UmwG referidas específicamente a las fusiones por absorción establecen una serie de requisitos y entre ellos el que aquí nos interesa, es decir, la inscripción de la operación en el Registro Mercantil del lugar donde tenga su domicilio la sociedad absorbente (artículo 19).

III. Hechos y procedimiento

13. SEVIC Systems Aktiengesellschaft (en lo sucesivo, «Sevic»), con domicilio social en Neuwied (Alemania), y Security Vision Concept SA (en lo sucesivo, «SVC»), con domicilio social en Luxemburgo (Luxemburgo), firmaron en 2002 un acuerdo de

2 — COM(2003) 703 final. Dicha propuesta de Directiva se basa en el principio de que los Estados miembros reconocerán en su propio ordenamiento la posibilidad de realizar fusiones transfronterizas.

3 — De hecho, el pasado 10 de mayo el Parlamento Europeo aprobó en primera lectura esta propuesta de Directiva.

4 — BGBl 1994, 3210 (1995, 428), cuya modificación más reciente data del 12.6.2003.

fusión en el que estipularon la disolución sin liquidación de SVC y la transmisión global de su patrimonio a Sevic.

des) debido a que el artículo 1, apartado 1, número 1, de dicha Ley tan sólo contempla la transformación de entidades jurídicas con domicilio en el territorio nacional?».

14. El Amtsgericht Neuwied (Tribunal de Primera Instancia de Neuwied) rechazó la solicitud de inscripción de la fusión en el Registro Mercantil alemán basándose en el artículo 1, apartado 1, de la UmwG, que sólo permite la fusión entre sociedades domiciliadas en Alemania. En el presente asunto, en cambio, las sociedades que se fusionan son una sociedad alemana y una sociedad luxemburguesa.

16. Han presentado observaciones en el presente procedimiento la recurrente en el litigio principal, el Gobierno alemán, el holandés y la Comisión.

17. En la vista de 10 de mayo de 2005 han intervenido Sevic, el Gobierno alemán y la Comisión.

15. Sevic recurrió pues dicha resolución ante el Landgericht Koblenz. Sus dudas sobre la interpretación de los artículos 43 CE y 48 CE han llevado a dicho Tribunal a suspender el procedimiento pendiente ante él y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

IV. Análisis jurídico

A. Aplicabilidad al presente asunto de las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento

«Los artículos 43 CE y 48 CE, ¿deben interpretarse en el sentido de que es contrario a la libertad de establecimiento de las sociedades el hecho de denegar a una sociedad europea extranjera la inscripción en el Registro Mercantil alemán de su fusión proyectada con una sociedad alemana con arreglo a lo dispuesto en los artículos 16 y siguientes de la Umwandlungsgesetz (Ley relativa a la transformación de las socieda-

18. Con carácter preliminar debo señalar que la normativa nacional de que se trata, pese a limitarse a regular las fusiones entre sociedades domiciliadas en Alemania, afecta directamente a la posibilidad de realizar fusiones internacionales. Como lo demuestra el presente asunto y como ha confirmado en

la vista el Gobierno alemán, el artículo 1, apartado 1, de la UmwG es en efecto la disposición que, precisamente por referirse únicamente a las fusiones «internas», justifica habitualmente⁵ la negativa a inscribir en el Registro Mercantil la fusión entre una sociedad alemana y una sociedad de otro Estado miembro, con la consecuencia de que la operación no puede producir efectos.

19. Sentada esta premisa, indicaré que las partes disienten ante todo en cuanto a la mera posibilidad de calificar de ejercicio de la libertad de establecimiento las operaciones que aquí se examinan. Por consiguiente, antes incluso de plantearse si la normativa alemana de que se trata respeta o no los artículos 43 CE y 48 CE, conforme a lo solicitado por el órgano jurisdiccional remitente, conviene determinar si, en relación con supuestos como el que aquí se examina, dicha normativa está comprendida en el ámbito de aplicación de los mencionados artículos.

20. El Gobierno alemán y el holandés responden negativamente a esta pregunta, porque a su juicio las operaciones de fusión de que se trata no dan lugar a un «establecimiento» a efectos del Tratado.

5 — En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente indica sin embargo que, recientemente, algunos tribunales alemanes han aceptado la inscripción registral de fusiones de sociedades domiciliadas en Alemania con sociedades extranjeras, aunque se trata de una orientación jurisprudencial minoritaria.

21. Dicho concepto, explica el Gobierno alemán, se refiere al ejercicio de una actividad económica en otro Estado miembro por parte de una persona física o jurídica a través de una presencia estable en el mismo, que se manifiesta, en el caso de las sociedades, por la creación en dicho Estado o el traslado al mismo de su centro de actividad principal (artículo 43, párrafo segundo) o bien por la creación en él de un centro de actividad secundario (artículo 43, párrafo primero).

22. Sin embargo, en el presente asunto, prosigue este Gobierno, la sociedad luxemburguesa (SVC) es absorbida, como consecuencia de la fusión, por la sociedad alemana absorbente (Sevic) y pierde así su propia personalidad jurídica. Pero como, por definición, una sociedad extinguida no puede «establecerse», ni con carácter principal ni con carácter secundario, en otro Estado miembro, procede deducir, a juicio del Gobierno alemán, que faltan en este caso los propios presupuestos de aplicación de los artículos 43 y 48 del Tratado.

23. Por su parte, el Gobierno holandés, siguiendo un razonamiento análogo, añade que la extinción de una sociedad se halla en estrecha relación con la constitución y el funcionamiento de la misma, es decir, con cuestiones que, como ha reconocido el Tribunal de Justicia en su conocida sentencia *Daily Mail*,⁶ no forman parte actualmente

6 — Sentencia de 27 de septiembre 1988, *Daily Mail* (81/87, Rec. p. 5483).

del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y que, al igual que la nacionalidad en el caso de las personas físicas, son reguladas exclusivamente por los ordenamientos nacionales. A su juicio, no cabe por tanto interpretar los artículos 43 CE y 48 CE en el sentido de que atribuyen a las sociedades el derecho de extinguirse participando en una fusión transfronteriza.

particular, al procederse a la inscripción registral de la misma,⁷ pero no antes, y buena prueba de ello es el hecho de que, en el caso de que la operación no llegue a perfeccionarse, la sociedad que habría debido ser absorbida continuará existiendo como persona jurídica autónoma.

24. Por mi parte, diré de inmediato que no comparto este planteamiento.

25. En efecto, considero ante todo que dicho planteamiento sigue una lógica invertida, en el sentido de que convierte una consecuencia de la fusión, es decir, la extinción de la sociedad absorbida, en causa que hace imposible que dicha sociedad (¡todavía no extinguida!) realice la operación y, por tanto, en justificación de la prohibición de inscripción registral que impide precisamente dicha operación.

27. La normativa nacional controvertida penaliza por tanto a unos sujetos de derecho en plena posesión de su capacidad jurídica, que no pueden ejercitar su libertad de establecimiento precisamente a causa de dicha normativa, y sólo de ella. Únicamente una confusión entre causas y efectos puede llevar a intentar justificar la inaplicabilidad de las normas del Tratado a las operaciones de fusión transfronterizas invocando la presunta falta de personalidad jurídica de la sociedad absorbida.

26. Lo cierto es, en realidad, que durante todo el período que precede a la fusión y hasta la inscripción registral de la misma, ambas sociedades existen y actúan como personas jurídicas plenamente capaces de negociar y acordar la fusión. La extinción de uno de los dos sujetos de derecho sólo tiene lugar al perfeccionarse la fusión y, en

28. Pero, a mi juicio, lo que permite dispar cualquier duda sobre la inclusión de las disposiciones de que se trata en el ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 48 CE, tal como han sido interpretados por una reiterada jurisprudencia comunitaria, es el propio objeto de dichas disposiciones.

7 — Esto es lo que dispone expresamente, por lo demás, el artículo 20 de la propia UmwG.

29. Como es sabido, a fin de garantizar el pleno disfrute del derecho de establecimiento, entendido como la posibilidad de «participar, de manera estable y continuada, en la vida económica de [otro] Estado miembro»,⁸ el Tribunal de Justicia ha declarado que las reglas establecidas en los artículos 43 CE y 48 CE se aplican, no sólo a las normas y prácticas nacionales directa y específicamente relacionadas con el ejercicio de la actividad económica de que se trate, sino también a todas las «relativas a las diversas facultades generales útiles para ejercicio de dichas actividades».⁹

supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, aprobado por el Consejo el 18 de diciembre de 1961, con arreglo al cual constituyen restricciones que deben eliminarse «las disposiciones y prácticas que, con relación solamente a los extranjeros, excluyan, limiten o subordinen a condiciones la facultad de ejercer los derechos normalmente adscritos a una actividad no asalariada».¹¹ Este Programa ofrece una lista de los elementos que integran dicha «facultad», únicamente a título de ejemplo, en la que figuran, por lo que aquí nos interesa, la facultad de «celebrar contratos» y «de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes muebles o inmuebles».

30. Están comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento todas las medidas que permiten acceder a otro Estado miembro o ejercer en él actividades económicas, ofreciendo a los interesados la posibilidad de participar en la vida económica del país de manera efectiva y en condiciones idénticas a las de las empresas nacionales,¹⁰ e incluso las medidas que meramente facilitan dicho acceso.

32. En síntesis, el derecho de establecimiento no se reduce únicamente al derecho de desplazarse a otro Estado miembro a fin de desarrollar allí las actividades propias, sino que se refiere a todos los aspectos que resulten de algún modo complementarios y funcionales en relación con el desarrollo de dichas actividades y, por lo tanto, en relación con el pleno ejercicio de la libertad consagrada en el Tratado.

31. Al formular estos principios, el Tribunal de Justicia se ha remitido casi siempre expresamente al Programa general para la

33. Pues bien, me parece evidente que esto incluye también la normativa nacional analizada. En efecto, dicha normativa afecta a aspectos de la actividad de las empresas que no son complementarios, sino claramente esenciales, pues impide que éstas celebren determinados negocios jurídicos (las fusiones) y en particular operaciones de adquisición/enajenación o de constitución de nuevas sociedades.

8 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 25.

9 — Sentencias de 14 de enero de 1988, Comisión/Italia (63/86, Rec. p. 29), apartado 14, y de 30 de mayo de 1989, Comisión/Grecia (305/87, Rec. p. 1461), apartado 21.

10 — Véanse, en particular, las sentencias Comisión/Italia, antes citada, apartados 14 y 16; Comisión/Grecia, antes citada, apartado 19, y las de 1 de junio de 1999, C-302/97, Konle (Rec. p. I-3099), apartado 22; de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787), apartado 22, y de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, Rec. p. I-9919), apartado 93.

11 — DO 1962, 2, p. 36; EE 06/01, p. 7.

34. Existe además otro aspecto del problema que los Gobiernos que han formulado observaciones han acabado por perder de vista, al concentrarse únicamente en la extinción de la sociedad absorbida, pero que resulta, a mi juicio, plenamente pertinente para el presente análisis.

35. Me refiero en particular al hecho de que la operación de fusión de que se trata puede analizarse, no sólo como un caso de establecimiento primario, sino también como un caso de establecimiento secundario. En efecto, la absorción de una sociedad establecida en otro Estado miembro (en el presente asunto, la luxemburguesa) no excluye la posibilidad de que, precisamente a consecuencia de la fusión, la sociedad absorbente (en el presente asunto, la alemana) se encuentre ejerciendo sus actividades de manera estable en el Estado miembro en el que estaba domiciliada la sociedad absorbida, es decir, en un Estado miembro distinto del suyo, estableciendo así domicilio en él, aunque se trate de un domicilio secundario.

36. Y de hecho, en el presente asunto, como quedó confirmado en la vista, el acuerdo de fusión estipulaba que la sociedad absorbente (Sevic) mantendría en Luxemburgo ciertos bienes, personal y medios de producción de la sociedad absorbida (SVC), disponiendo así de un centro actividad «secundario» en el extranjero.

37. En tal caso se trataría, pues, de una modalidad específica de ejercicio de la

libertad de establecimiento, prevista igualmente en el artículo 43 CE: el establecimiento «secundario» en un Estado miembro de una sociedad domiciliada en otro Estado miembro, al amparo de la facultad «de crear y de mantener [...] más de un centro de actividad en el territorio de la Comunidad», prevista precisamente en dicha disposición.¹²

38. No autoriza una conclusión diferente el hecho de que, en tal supuesto, el establecimiento secundario sería una entidad carente de personalidad jurídica autónoma. En efecto, el artículo 43 CE, párrafo primero, ofrece la posibilidad de ejercitar el derecho de establecimiento tanto mediante entidades dotadas de personalidad jurídica (filiales) como a través de entidades carentes de personalidad jurídica (agencias y sucursales).

39. Por otra parte, se desprende de la jurisprudencia comunitaria que la referencia a las «agencias, sucursales o filiales» que figura en dicha disposición debe considerarse una mera ilustración, sin carácter exhaustivo, de las diversas formas de establecimiento a las que puede recurrir la sociedad que desarrolle sus actividades en otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia ha admitido así la aplicación de las normas sobre libertad

¹² — Sentencia de 12 de julio de 1984, Klopp (107/83, Rec. p. 2971), apartado 19.

de establecimiento en los casos en que, por ejemplo, la presencia de una sociedad en otro país de la Comunidad no adopte «la forma de una sucursal o agencia sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada por el propio personal de la empresa o de una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta como lo haría una agencia».¹³

40. Habida cuenta de las observaciones precedentes, tampoco me parece fundada la objeción del Gobierno alemán en el sentido de que el ejercicio del derecho de establecimiento requiere necesariamente la creación de una instalación nueva o adicional en el extranjero, y no puede por tanto manifestarse a través de la absorción de una sociedad preexistente, como ocurre en el asunto principal.

41. En efecto, como el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar, en total coherencia con la orientación jurisprudencial antes mencionada, el derecho consagrado en el artículo 43 CE entraña la facultad «de elegir la forma jurídica apropiada para el ejercicio de actividades en otro Estado miembro».¹⁴ Este derecho puede ejercitarse pues de diferentes maneras, incluida la adquisición de participaciones en una socie-

dad ya existente y establecida en otro Estado miembro, a condición de que tal participación confiera al adquirente «una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permita determinar sus actividades»,¹⁵ requisito que, por definición, siempre se cumple en los casos de absorción de otra sociedad, como el que aquí se examina.

42. Habida cuenta de las consideraciones que he ido exponiendo, estimo por tanto que una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal está plenamente comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 48 CE.

B. Valoración de la normativa nacional controvertida

43. Una vez aclarado esto, al entrar a examinar el fondo de la cuestión es preciso determinar si la medida nacional de que se trata constituye una restricción a la libertad de establecimiento, por rechazar toda ins-

13 — Sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 21.

14 — Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-6161), apartado 43.

15 — Véanse en particular las sentencias, antes citadas, Baars, apartados 21 y 22, y Übersceering, apartado 77. Conviene precisar sin embargo que la adquisición de una participación en el capital que no confiera tal influencia no queda excluida por ello del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, pues sigue estando sometida a las normas sobre libre circulación de capitales.

cripción en el Registro Mercantil alemán de las fusiones entre sociedades domiciliadas en Alemania y sociedades de otros Estados miembros.

restricciones «a la entrada» en el territorio nacional como las restricciones «a la salida» del mismo.

44. Comenzaré este análisis recordando que, partiendo de la amplia definición de la libertad de establecimiento que se deriva, como hemos visto antes (puntos 24 a 27 *supra*), de la jurisprudencia comunitaria, deben considerarse restricciones a dicha libertad «todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de [la misma]». ¹⁶ Por lo tanto, la prohibición de que se trata es aplicable igualmente a las medidas nacionales meramente capaces de «disuadir» a una empresa de ejercitar el derecho de establecimiento. ¹⁷

45. Esta jurisprudencia va más lejos, pues en ella se afirma sistemáticamente que el artículo 43 CE no se limita a prohibir que un Estado miembro impida o restrinja el establecimiento en su territorio de empresas extranjeras, sino que también le prohíbe obstaculizar el establecimiento de empresas nacionales en otro Estado miembro. ¹⁸ En otros términos, se prohíben así tanto las

46. Aplicando estos principios al caso que nos ocupa, me parece indiscutible que, como mínimo, una normativa como la que es objeto del litigio principal puede disuadir de ejercitar la libertad de establecimiento tanto a empresas nacionales como a empresas extranjeras.

47. La fusión constituye en efecto una técnica particularmente eficaz de transformación de las sociedades, pues permite, mediante una sola operación, comenzar a ejercitar una actividad dada sin solución de continuidad, reduciendo por tanto notablemente las complicaciones, demoras y costes resultantes de las demás formas de agrupación de las sociedades, tales como los que entrañan, por ejemplo, la disolución de una sociedad con liquidación de su patrimonio y posterior constitución de una nueva sociedad, la transmisión de elementos concretos del patrimonio, el canje de títulos de propiedad, etc.

48. Pues bien, resulta obligado hacer constar que, a causa únicamente de la normativa nacional impugnada y por el mero hecho de querer absorber a una sociedad domiciliada en otro Estado miembro, Sevic, al igual que todas las sociedades alemanas que se hallen en una situación análoga, pierde la posibili-

¹⁶ — Véase, como más reciente, la sentencia de 5 de octubre de 2004, Caixa Bank France (C-442/02, Rec. p. I-8961), apartado 11, y la jurisprudencia que allí se cita.

¹⁷ — Véanse, por ejemplo, las sentencias Daily Mail, antes citada, apartado 16, y las de 18 de noviembre de 1999, X e Y (C-200/98, Rec. p. I-8261), apartado 26, y de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Rec. p. I-2409), apartado 45.

¹⁸ — Véanse, en particular, las sentencias Baars, antes citada, apartado 28, y de Lasteyrie du Saillant, antes citada, apartado 42.

dad de llevar a cabo una fusión que en otras circunstancias habría podido realizar. Es decir, pierde así una posibilidad de notable y evidente importancia en un mercado integrado como es el mercado europeo, a menos que opte por recurrir a técnicas alternativas que, como he indicado antes, no presentan las mismas características ni las mismas ventajas.

49. Resulta patente que ello constituye un «obstáculo» que puede afectar directamente a la decisión de las empresas alemanas de establecerse o ampliar su presencia en otros Estados miembros, es decir, a la decisión de ejercitar la libertad que les confieren los artículos 43 CE y 48 CE.

50. Pero la medida de que se trata produce también efectos restrictivos en lo que respecta a las sociedades domiciliadas en otros Estados miembros. De hecho, impide totalmente que tales sujetos de derecho utilicen una de las modalidades de acceso al mercado alemán. En particular, una sociedad domiciliada en el extranjero no podrá desarrollar su actividad en Alemania uniéndose a una o varias sociedades alemanas mediante la absorción de una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad. Con toda probabilidad, para obtener ese resultado le sería preciso crear antes una nueva sociedad en Alemania, lo que

equivale «a la negación misma de la libertad de establecimiento», como el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar.¹⁹

51. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, estimo por tanto que la medida alemana constituye una restricción a la libertad de establecimiento, en el sentido que he indicado, y es por tanto contraria a los artículos 48 CE y 43 CE.

C. La supuesta justificación de la normativa nacional controvertida

52. No obstante, aún es preciso determinar si la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa nacional de que se trata puede desaparecer en razón de las motivaciones de carácter general que, como veremos en seguida, podrían invocarse para justificarla.

53. En efecto, el Gobierno alemán, apoyado por el holandés, alega que en la situación actual, en la que no existe disposiciones comunitarias específicas de armonización, a dicho Estado le resulta imposible reconocer las fusiones transfronterizas, dadas las notables diferencias que aún existen entre los Derechos de sociedades de los Estados

¹⁹ — Sentencia *Überseering*, antes citada, apartado 81.

miembros y el carácter particularmente complejo que en consecuencia presentan estas operaciones. Según dicho Gobierno, las razones de la prohibición de que se trata son la necesidad de garantizar un nivel adecuado de seguridad jurídica en las transacciones comerciales y la necesidad de defender los intereses de los trabajadores, acreedores y socios minoritarios de las sociedades alemanas.

indistintamente a los nacionales y a los ciudadanos de otros Estados miembros sólo son admisibles si están justificadas por eventuales exigencias imperiosas, requiriéndose no obstante, incluso en ese caso, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo.²⁰

54. Así pues, según los dos Gobiernos que han presentado observaciones, aunque el Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que la disposición contenida en el artículo 1, apartado 1, número 1, de la UmwG constituye una restricción a la libertad de establecimiento, dicha restricción sería sin embargo legítima por estar destinada a satisfacer unas exigencias que pueden justificar medidas similares, como la jurisprudencia comunitaria ya ha reconocido.

56. Pues bien, resulta obligado hacer constar que en el caso de autos nos hallamos ante una norma de carácter discriminatorio. Como ya hemos visto, la normativa examinada establece una clara desigualdad de trato entre las sociedades en función de su domicilio, permitiendo las fusiones si las sociedades interesadas se hallan establecidas en Alemania e impidiéndolas, en cambio, si alguna de ellas se halla establecida en el extranjero.

55. Por mi parte, recordaré ante todo que, en lo relativo a las excepciones admisibles a las libertades fundamentales, el Derecho comunitario establece una clara diferencia entre las medidas discriminatorias y las no discriminatorias. En efecto, las primeras únicamente se admiten si pueden acogerse a una excepción expresamente establecida en el Tratado, es decir, en lo que respecta al derecho de establecimiento, en el artículo 46 CE. En cambio, las que se aplican

57. En supuestos de este tipo, por tanto, la única excepción que cabría aplicar es la establecida en el artículo 46 CE, según el cual las medidas discriminatorias pueden justificarse únicamente por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Además, por suponer una excepción a un principio fundamental del Tratado, dicha disposición

²⁰ — Véanse, en particular, la sentencia de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32, Gebhard, antes citada, apartado 37, la de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartado 34, y Caixa Bank/France, antes citada, apartado 17.

debe recibir una interpretación restrictiva, razón por la cual el Tribunal de Justicia ha supeditado en particular la aplicabilidad de la misma a la existencia de una «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad».²¹

58. Pues bien, me parece evidente que las eventuales dificultades de coordinación o el riesgo de discrepancias entre las diferentes normativas nacionales en materia de Derecho de sociedades, invocados por las autoridades alemanas y holandesas de un modo por lo demás extremadamente vago y genérico, no pueden constituir una «amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad», ni estar comprendidos, por tanto, en el ámbito de aplicación del artículo 46 CE.

59. Pero además, la conclusión no cambiaría aunque se partiera de la hipótesis de que la normativa impugnada no tiene carácter discriminatorio, ya que, de todos modos, no se cumplirían los requisitos que exige la jurisprudencia comunitaria antes mencionada para los supuestos de restricciones aplicables indistintamente (punto 55 *supra*).

60. Comencemos por la existencia de razones imperiosas de interés público. Desde este punto de vista podrían quizá comprenderse, aunque sólo a título de hipótesis, los motivos del Estado de origen de la sociedad absorbida para oponerse a la realización de la fusión por razones imperiosas de interés público.²² En efecto, dicho Estado ve desaparecer una sociedad sometida a su propio ordenamiento, a raíz de su absorción por una sociedad de otro Estado miembro, y no puede ya, por tanto, ejercer un control directo sobre la misma.

61. La oposición por parte del Estado al que pertenece la sociedad absorbente resulta en cambio más difícil de justificar, ya que la fusión no afecta al vínculo entre dicha sociedad y el ordenamiento jurídico de dicho Estado. En efecto, en el caso de autos, Sevic mantendría su domicilio en Alemania incluso después de realizada la fusión, y el Derecho alemán seguiría siendo aplicable al conjunto de actividades de dicha sociedad.

62. Pero aunque se atribuya un cierto peso a tales consideraciones, sigue siendo dudoso, no obstante, que los mencionados problemas de compatibilidad o de coordinación entre ordenamientos jurídicos diferentes puedan merecer la calificación de razones imperiosas

21 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartado 35, y de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal (C-100/01, Rec. p. I-10981), apartado 39.

22 — En el presente asunto, consta en autos que Luxemburgo no planteó objeción alguna y canceló la inscripción de SVC en su Registro Mercantil.

de interés público, en especial si se tiene en cuenta que, según consta, las fusiones internacionales son aceptadas en varios ordenamientos nacionales sin que ello provoque dificultades insuperables, en contra de lo que parecen sostener los dos Gobiernos que han formulado observaciones.²³

63. De todos modos, aunque se coincidiera en este punto con dichos Gobiernos, y no es éste el caso, seguiría siendo necesario verificar siempre si en el asunto de que se trata concurren los demás requisitos indicados anteriormente, es decir, la necesidad y la proporcionalidad de la medida controvertida.

64. Pero como ya hemos visto, dicha medida establece una prohibición absoluta y automática, que se aplica por tanto con carácter general y preventivo a todos los casos de fusión transfronteriza, con independencia del examen de los eventuales perjuicios o riesgos que éstos entrañen.

65. Me parece por tanto evidente, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal

de Justicia,²⁴ que dicha medida, como tal, va mucho más allá del objetivo de resolver las eventuales dificultades antes mencionadas y debe considerarse por tanto desproporcionada para alcanzar dicho objetivo. En efecto, este objetivo podría alcanzarse mediante medidas menos restrictivas, como por ejemplo la posibilidad de denegar la inscripción registral caso por caso, y sólo cuando exista una dificultad de coordinación manifiesta y acreditada entre los ordenamientos jurídicos implicados, que pueda entrañar graves riesgos para la seguridad jurídica o para la defensa de los intereses de los trabajadores, acreedores o socios minoritarios de las sociedades interesadas.

66. Ciertamente, lo repito, no puede considerarse proporcionada una medida que establece una prohibición tan absoluta y automática como ésta.

67. Y por último, en contra de lo que alegan los Gobiernos que han presentado observaciones, no puede invocarse para justificar esta medida el hecho de que no se haya aprobado aún la Directiva comunitaria sobre fusiones transfronterizas de sociedades de

23 — Según consta, el Derecho español, el portugués, el italiano, el francés y el belga, por ejemplo, admiten la celebración de dichas operaciones, aunque con requisitos diversos.

24 — Sobre la proporcionalidad de las prohibiciones absolutas y generales, véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de abril de 1986, Comisión/Francia (96/85, Rec. p. 1475), apartado 14; de 16 de junio de 1992, Comisión/Luxemburgo (C-351/90, Rec. p. I-3945), apartado 19; de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica (C-478/98, Rec. p. I-7587), apartado 45, y de 4 de marzo de 2001, Comisión/Francia (C-334/02, Rec. p. I-2229), apartados 28 y 34.

capital. Según dichos Gobiernos, en efecto, al no existir una armonización comunitaria, no es posible llevar a cabo tales operaciones.

68. En realidad, es bien sabido, y así lo confirma una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el ejercicio de la libertad de establecimiento no puede estar supeditado a la aprobación de directivas de armonización.²⁵ La razón es que dichas directivas no crean los derechos que ya ha reconocido el Tratado, sino que sólo pretenden agilizar el ejercicio de los mismos. Buena prueba de ello es, por lo demás, en relación con el asunto que nos ocupa, el primer considerando de la propuesta de Directiva citada, según la cual ésta tiene por objetivo «facilitar la realización de fusiones transfronterizas».²⁶ Así queda desmentida *per tabulas* la tesis de la necesidad de una armonización comunitaria previa.

69. Considero, en definitiva, que en el presente asunto no se cumplen los requisitos que antes he calificado de esenciales para justificar una medida nacional incompatible con el Tratado.

25 — Véanse, en particular, las sentencias de 28 de abril de 1977, Thieffry (71/76, Rec. p. 765), apartados 17 y 27; Kraus, antes citada, apartado 30, y Überseering, antes citada, apartado 55.

26 — El subrayado es mío.

70. Llego así a la conclusión de que la normativa nacional de que se trata no está justificada, ni con arreglo al artículo 46 CE, ni por las exigencias imperiosas invocadas por los Gobiernos que han presentado observaciones. Por lo tanto, debe considerarse contraria a los artículos 43 CE y 48 CE.

D. Sobre la libre circulación de capitales

71. Señalaré por último que, en la vista, la Comisión indicó que la medida de que se trata podría interpretarse igualmente como una restricción a la libre circulación de capitales, prohibida en principio por el artículo 56 CE, dado que la negativa a registrar las fusiones transfronterizas obstaculiza los movimientos de capitales inherentes a dichas operaciones.

72. Por mi parte, debo indicar ante todo que el órgano jurisdiccional remitente no ha solicitado al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la interpretación del artículo 56 CE.

A pesar de ello, cabe preguntarse si una respuesta al respecto podría ser no obstante necesaria. Como ha precisado la jurisprudencia comunitaria, «para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le

plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el Juez nacional no se haya referido en su cuestión». ²⁷

han presentado observaciones y negara la existencia de una infracción de las normas relativas a la libertad de establecimiento en el supuesto que aquí se examina.

73. En el presente asunto, sin embargo, no me parece en principio que la interpretación del artículo 56 CE sea realmente necesaria para la resolución de litigio principal. En efecto, tras haber llegado a la conclusión de que la medida de que se trata constituye una restricción injustificada del artículo 43 CE, verificar la compatibilidad de la misma con el artículo 56 CE sería, en vigor, superfluo. Es sabido que, cuando ya ha constado una restricción a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia considera innecesario, en principio, examinar si una determinada disposición vulnera también las normas del Tratado relativas a la libre circulación de capitales. ²⁸

75. Si así fuera, sin embargo, y si procediera por tanto a analizar la cuestión desde el punto de vista de la libre circulación de capitales, mi conclusión sería que, como ha alegado la Comisión, la medida nacional controvertida constituye una restricción ilegítima de dicha libertad.

74. Por otra parte, en el caso de autos podría ser necesario proceder a dicho examen posterior si el Tribunal de Justicia aceptara la respuesta propuesta por los Gobiernos que

76. En primer lugar, es evidente que las operaciones de fusión, al estar «indisolublemente vinculadas a un movimiento de capitales», ²⁹ están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 56 CE. Según el punto 1, «Inversiones directas», de la nomenclatura ³⁰ recogida en el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado, ³¹ forman parte de dichas inversiones la «adquisición total de empresas existentes» (número 1) y la «parti-

27 — Sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier (35/85, Rec. p. 1207), apartado 9; de 27 de marzo de 1990, Bagli Pennacchiotti (C-315/88, Rec. p. I-1323), apartado 10, y de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 39.

28 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 28 de abril de 1998, Safir (C-118/96, Rec. p. I-1897), apartado 35; X e Y (antes citada), apartado 30; Baars (antes citada), apartado 42; de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 75, y de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartado 66.

29 — Sentencia de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661), apartado 24.

30 — Nomenclatura a la que la jurisprudencia comunitaria se remite constantemente para definir el concepto de movimientos de capitales. Véanse, como más reciente, la sentencia Trummer y Mayer, antes citada, apartado 21, y la de 6 de junio de 2000, Verkoijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartado 27.

31 — DO L 178, p. 5.

«cipación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos» (número 2). Está claro por tanto que las operaciones de fusión constituyen «movimientos de capitales».

disuasorio sobre los movimientos de capitales, al prohibir la utilización de un instrumento privilegiado para la realización de operaciones de adquisición o creación de sociedades en el extranjero.

77. En segundo lugar, en lo que respecta al carácter restrictivo de la medida controvertida, me parece que las consideraciones que expuse a propósito de la libertad de establecimiento (puntos 37 a 43 *supra*) siguen siendo válidas, *mutatis mutandis*, en este contexto. En efecto, la normativa de que se trata produce, como mínimo, un efecto

78. Finalmente, por las mismas razones que antes expuse (puntos 48 a 59 *supra*), estimo que no se cumplen en el presente asunto los requisitos que exige la jurisprudencia para justificar una excepción al ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado, como la que aquí se examina.

V. Conclusiones

79. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión planteada por el Landgericht Koblenz:

«Los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a la normativa de un Estado miembro que, como la *Umwandlungsgesetz*, no permite inscribir en su Registro Mercantil las fusiones entre sociedades domiciliadas en dicho Estado y sociedades de otros Estados miembros».