

Asunto C-469/19

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

19 de junio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

14 de mayo de 2019

Parte demandante y recurrente:

All in One Star Ltd

Objeto del procedimiento principal

Recurso contra la denegación de la inscripción en el registro mercantil alemán de una sucursal de una sociedad registrada en el Reino Unido, basada en el hecho de que con ocasión de la solicitud de inscripción de la sucursal en el registro mercantil no se indicó el importe del capital de la sociedad ni se había declarado haber sido informado de la obligación de información ilimitada frente al juzgado, existente en virtud del Derecho nacional alemán.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Objeto: Interpretación del artículo 30 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, así como de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE

Base jurídica: Artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Se opone el artículo 30 de la Directiva (UE) 2017/1132 a una normativa nacional que, para la inscripción en el registro mercantil de una sucursal de una sociedad de responsabilidad limitada con domicilio social en otro Estado miembro, exige la indicación del importe del capital o de un valor de capital equivalente?

2. a) ¿Se opone el artículo 30 de la Directiva (UE) 2017/1132 a una normativa nacional que dispone que el administrador de la sociedad, al solicitar la inscripción en el registro mercantil de una sucursal de una sociedad de responsabilidad limitada con domicilio social en otro Estado miembro, está obligado a declarar que no concurre en su persona ningún impedimento a su nombramiento con arreglo al Derecho nacional, ya sea en forma de inhabilitación judicial o administrativa para una profesión o sector empresarial que corresponda total o parcialmente al objeto de la sociedad, ya sea en forma de condena firme por determinados delitos, y que a este respecto ha sido informado de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular?

- b) En caso de respuesta negativa a la letra a) de la segunda cuestión:
¿Se oponen los artículos 49 y 54 TFUE a una normativa nacional con arreglo a la cual al solicitar la inscripción en el registro mercantil de una sucursal de una sociedad de responsabilidad limitada con domicilio social en otro Estado miembro el administrador de la sociedad está obligado a realizar una declaración como la descrita?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas y jurisprudencia de los tribunales de la Unión

Artículos 49 TFUE y 54 TFUE;

Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DO 2017, L 169, p. 46; en lo sucesivo, «Directiva 2017/1132»), artículo 30;

Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado (DO 1989, L 395, p. 36; en lo sucesivo, «Directiva 89/666»), artículo 2;

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126 (en lo sucesivo, «sentencia Centros»), apartado 38;

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512 (en lo sucesivo, «sentencia Inspire Art»), apartados 69, 70, 106, 133, 135, 140;

Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2006, innoventif, C-453/04, EU:C:2006:361 (en lo sucesivo, «sentencia innoventif»), apartados 33 y ss.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Handelsgesetzbuch (Código de comercio; en lo sucesivo, «HGB»), en su versión en vigor desde el 1 de noviembre de 2008 (Ley de 23 de octubre de 2008, BGBl. I, p. 2026), artículos 13e y § 13g;

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada; en lo sucesivo, «GmbHG») en su versión en vigor desde el 1 de noviembre de 2008 (Ley de 23 de octubre de 2008, BGBl. I, p. 2026), artículos 6, 8, 10 y 82;

Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Ley alemana del registro de penados adultos y adolescentes; en lo sucesivo, «BZRG»), en su versión en vigor desde el 29 de julio de 2017 (Ley de 18 de julio de 2017, BGBl. I, p. 2732), artículos 41 y 53.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La compañía All in One Star Ltd. (en lo sucesivo, «All in One Star») es una «private company limited by shares», inscrita en el Registro Mercantil de Inglaterra y Gales en Cardiff el 30 de octubre de 2013, con domicilio social estatutario en Great Bookham (Reino Unido). En marzo de 2014 solicitó al Amtsgericht — Registergericht — Frankfurt am Main (Tribunal de lo Civil y Penal — Juzgado registral — de Frankfurt am Main, Alemania) la inscripción de una sucursal en el registro mercantil. El juzgado registral comunicó a All in One Star que no puede concederse la inscripción, entre otras, por las razones siguientes: contrariamente a lo dispuesto en el artículo 13g, apartado 3, del HGB, en relación con el artículo 10, apartado 1, primera frase, de la GmbH, no se indica el importe del capital de All in One Star. Además, a pesar de que el «director» y socio único de All in One Star declaró en la solicitud que en su persona no concurre ninguna circunstancia que se oponga a su nombramiento como órgano de la sociedad de conformidad con el artículo 6, apartado 2, segunda frase, puntos 2 y 3, y tercera frase, de la GmbHG, no declaró que, con arreglo al artículo 13g, apartados 1 y 2, segunda frase, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, a este respecto también hubiera sido informado de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado.
- 2 El Oberlandesgericht (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal) desestimó el recurso interpuesto por All in One Star contra las objeciones del juzgado

registral. Contra dicha resolución All in One Star ha interpuesto recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 3 La cuestión que se plantea es si es compatible con el artículo 30 de la Directiva 2017/1132 la obligación de All in One Star de indicar el importe de su capital o de su equivalente en el momento de solicitar la inscripción de su sucursal, prevista en la legislación alemana pertinente.
- 4 El hecho de que la Directiva 2017/1132 no entrara en vigor hasta el 20 de julio de 2017 y, por tanto, durante el procedimiento del recurso, no se opone a su aplicación a la inscripción de la sucursal de All in One Star, pues el órgano jurisdiccional remitente debe aplicar el Derecho vigente en el momento en que adopta su decisión en el procedimiento del recurso de casación.
- 5 El artículo 30 de la Directiva 2017/1132 contiene una lista de actos e indicaciones cuya publicación se puede exigir con arreglo al Derecho de un Estado miembro respecto de las sucursales de sociedades de otros Estados miembros. La indicación del importe del capital o del equivalente no se menciona explícitamente en su artículo 30, no en los elementos de publicación obligatoria a que se refiere el apartado 1 y tampoco en los elementos de publicación facultativa a que se refiere el apartado 2. En ese sentido, la Directiva podría prohibir que un Estado miembro exigiera la indicación del capital de la sociedad para inscribir la sucursal.
- 6 A favor de esta interpretación contraria a una facultad de los Estados miembros de exigir la indicación del capital social se podría aducir que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Inspire Art (apartados 69 y 70), acerca del artículo 2 de la Directiva 89/666, que por su contenido es la disposición antecesora del artículo 30 de la Directiva 2017/1132, que la lista de medidas de publicidad de dicho artículo es taxativa y que los Estados miembros no pueden imponer medidas de publicidad de las sucursales distintas de las que figuran en el texto de la Directiva 89/666. Esta jurisprudencia debería aplicarse *mutatis mutandis* a la regulación del artículo 30 de la Directiva 2017/1132, cuyo contenido es el mismo.
- 7 Asimismo, la Directiva 2017/1132 exige expresamente en el caso de la propia sociedad [artículo 14, letra e)] y para la inscripción de sucursales de sociedades de terceros países [artículo 37, letra f)] que se dé publicidad a una cifra de capital. Esto podría llevar a la conclusión de que, en el caso de las sucursales de sociedades de un Estado miembro, se prescindió intencionadamente de la obligación de dar publicidad a un valor de capital.
- 8 También podría considerarse que el considerando 18 de la Directiva 2017/1132 ofrece un argumento para mantener que, en el caso de las sucursales de sociedades de un Estado miembro, la Directiva, de forma deliberada, no prevé ninguna

obligación, ni siquiera facultativa, de indicar el capital de la sociedad, ya que esta información puede obtenerse en la Unión Europea consultando el registro de la sociedad en el Estado miembro.

- 9 No obstante, a la luz de la sentencia innoventif (apartados 33 y ss.), el órgano jurisdiccional remitente tiende a considerar que el requisito de publicidad del capital o de una cifra de capital equivalente será acorde con la Directiva si esta indicación también figura en la escritura de constitución de la sociedad, cuya publicación íntegra puede exigirse en virtud del artículo 30, apartado 2, letra b), de la Directiva 2017/1132.
- 10 De la sentencia innoventif se desprende que es compatible con la Directiva 89/666 o con las normas que la sustituyeron en la Directiva 2017/1132 exigir que sean objeto de publicidad indicaciones o actos que, aunque no se mencionen explícitamente en la lista de medidas de publicidad de la Directiva, forman parte de alguno de dichos actos o indicaciones, en particular de la escritura de constitución de la sociedad que figura en la lista de las medidas de publicidad facultativa y que, por tanto, en caso de que sea objeto de publicidad en su totalidad, necesariamente tendrán que ser publicados.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 11 Por lo que se refiere a la segunda objeción del juzgado registral relativa al hecho de que el Director de All in One Star se declarase haber sido informado de conformidad con el artículo 13g, apartados 1 y 2, segunda frase, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, se suscita la cuestión de si las disposiciones de la Directiva 2017/1132 sobre obligaciones de publicidad en el caso de solicitudes de inscripción de sucursales son aplicables a esta indicación [letra a) de la segunda cuestión]. Si no es así, se suscitara la cuestión de si la exigencia de este tipo de declaración vulnera la libertad de establecimiento con arreglo a los artículos 49 y 54 TFUE [letra b) de la segunda cuestión].

Acerca de la letra a) de la segunda cuestión prejudicial

- 12 Puesto que en la solicitud de inscripción el «director» de All in One Star solamente declara que en su persona no concurre ningún impedimento personal mencionado en el artículo 8, apartado 3, primera frase, en relación con el artículo 6, apartado 2, segunda frase, puntos 2 y 3, y tercera frase, de la GmbHG, que se oponga a su nombramiento, pero no que haya sido informado conforme al artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, de su obligación absoluta facilitar información, la solicitud de inscripción no satisface lo exigido por el artículo 13g, apartado 2, segunda frase, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG.
- 13 No está claro si el artículo 30 de la Directiva 2017/1132 se opone a la obligación de formular una declaración sobre la información recibida, establecida en el Derecho nacional alemán. Dependerá de si la declaración relativa a indicaciones

sobre la idoneidad personal del administrador de la sociedad está comprendida por el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132.

- 14 Cuando introdujo en el Derecho alemán la obligación de realizar una declaración sobre la información recibida, el legislador alemán asumió que dicha regulación no estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/666 entonces aplicable, ya que la Directiva no contenía, en su opinión, ninguna norma relativa a la idoneidad de un representante de una sociedad y se limitaba a establecer la obligación de dar publicidad al nombramiento, al cese en funciones, así como a la identidad personal de los representantes.
- 15 Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente considera que dado el carácter definitivo, no está exenta de dudas la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 89/666, o de la Directiva 2017/1132 actualmente en vigor, de las indicaciones sobre la idoneidad personal del administrador.
- 16 Ni la Directiva 86/666 ni la Directiva 2017/1132 establecen una excepción expresa relativa a las indicaciones sobre la idoneidad personal de los representantes de la sociedad. Por el contrario, con arreglo al artículo 1 de la Directiva 2017/1132, su objeto normativo se extiende de forma genérica a «los requisitos de publicidad en relación con las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sujetas a la normativa de otro Estado». Asimismo, en el considerando 22 de la Directiva 2017/1132 (como previamente se hacía en los considerandos de la Directiva 89/666) se aclara que la Directiva no afecta a las obligaciones de información a que están sometidas las sucursales en virtud de otras disposiciones, por ejemplo, del Derecho social en relación con el derecho de información de los asalariados, del Derecho fiscal, o a efectos estadísticos. En cambio, de los considerandos no se desprende ninguna aclaración sobre las indicaciones relativas a la idoneidad personal de los representantes de la sociedad. También se opone a su exclusión del ámbito normativo de la Directiva que esta sí contiene normas sobre la publicidad de indicaciones personales, pues con arreglo al artículo 30, apartado 1, letra e), de la Directiva 2017/1132 [o artículo 2, apartado 1, letra e), de la Directiva 89/666] en el caso de las sucursales de sociedades de otros Estados miembros debe darse publicidad al nombramiento, al cese en funciones, así como a la identidad de las personas que representen a la sociedad. A la vista de lo que antecede resulta dudosa la tesis de que todas las demás indicaciones personales, especialmente las relativas a la idoneidad personal de un administrador, están excluidas *a priori* del ámbito de aplicación de la Directiva.
- 17 Si la obligación de formular la declaración establecida en el artículo 13g, apartado 2, frase segunda, en relación con el artículo 8, apartado 3, de GmbHG está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132, sería contraria a esta, pues la obligación de formular dicha declaración no forma parte de las medidas de publicidad previstas en el artículo 30 de la Directiva ni, a diferencia del capital de la sociedad, se puede incluir en alguna de las medidas de publicidad admitidas, mencionadas en la Directiva. Por tanto, dado que la lista de medidas de

publicidad contenida en la Directiva es taxativa según la sentencia Inspire Art, la Directiva sería contraria a la exigencia de dicha declaración. Con arreglo a la sentencia Inspire Art (apartado 106) no cabe considerar justificación alguna de este incumplimiento de las normas de la Directiva en materia de publicidad. Por consiguiente, el juzgado registral no podría basarse en esta razón para denegar la solicitud de inscripción de All in One Star.

Sobre la letra b) de la segunda cuestión prejudicial

- 18 Si la obligación de formular la declaración con arreglo al artículo 13g, apartado 2, segunda frase, en relación con el artículo 8, apartado 3, de GmbHG no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132, se suscita la cuestión de su compatibilidad con el Derecho primario europeo, en particular con la libertad de establecimiento con arreglo a los artículos 49 y 54 TFUE.
- 19 La obligación de realizar la declaración constituye una restricción a la libertad de establecimiento garantizada por los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, puesto que sin dicha declaración no puede procederse a la inscripción en el registro mercantil, la inscripción se hace depender de requisitos adicionales y, como mínimo, puede dificultarla.
- 20 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por ejemplo, la sentencia Inspire Art, apartado 133), las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE deben reunir cuatro estrictos requisitos para estar justificadas: que se apliquen de manera no discriminatoria, que encuentren justificación en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.
- 21 El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si se cumplen estos requisitos en el caso de la declaración controvertida en el litigio principal, que, con arreglo al artículo 13g, apartados 1 y 2, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, se exige a los administradores de sociedades con domicilio social en un Estado miembro.
- 22 Es cierto que el artículo 13g, apartados 1 y 2, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, se aplica de modo no discriminatorio, dado que los administradores de las sociedades residentes están igualmente obligados a formular dicha declaración (artículo 8, apartado 3, de la GmbHG). El régimen responde también a razones imperiosas de interés general, a saber, la protección de los acreedores y de la lealtad en las transacciones comerciales ante representantes inadecuados de una sociedad, puesto que la declaración formulada aligera los procedimientos de inscripción y de examen del juzgado registral y hace innecesarias las comprobaciones por el propio juzgado registral acerca de eventuales impedimentos al nombramiento que, de otro modo, serían necesarias.

- 23 No obstante, es posible que dicho régimen posiblemente vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos mencionados, pues somete a los administradores de la sociedad extranjera a una obligación de declaración sujeta incluso a sanción penal (artículo 82, apartado 1, punto 5, de la GmbHG). A este respecto, hay que tener en cuenta que las disposiciones de los artículos 13g, apartado 2, segunda frase, y 13e, apartado 3, segunda frase, del HGB también se aplican a todas las sociedades extranjeras constituidas en el extranjero con directivos extranjeros y que mantienen efectivamente un centro de actividad principal en el extranjero. No cabe considerar que ese círculo de personas posea conocimientos fundados de la legislación nacional en materia de impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades residentes, de modo que en la práctica resultará difícil que administradores extranjeros, familiarizados con la legislación del Estado miembro de constitución, formulen una declaración veraz. Además, el administrador extranjero tendría que comprobar en el caso concreto si las circunstancias que, con arreglo a la legislación de su país, no se oponen a su nombramiento como administrador podrían, no obstante, dar lugar a que resultara aplicable una prohibición de nombramiento con arreglo al Derecho alemán. En efecto, al transponer la Directiva 89/666 en los años 1992/1993, el legislador alemán consideró que la disposición del artículo 8, apartado 3, de la GmbHG no era adecuada para los administradores de sociedades extranjeras y, en consecuencia, en aquel momento se abstuvo deliberadamente de hacer extensiva esta obligación declarativa a las sociedades extranjeras.
- 24 Además, la sentencia Centros (apartado 38) se opone en particular a la justificación de la normativa nacional controvertida. En efecto, en el presente caso la obligación de realizar la declaración de conformidad con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG tiene por objeto garantizar de forma meramente preventiva que mediante la sucursal no se eludan los impedimentos nacionales al nombramiento y que las personas que no sean idóneas para la gestión debida de los asuntos de la empresa no actúen como representantes de la sociedad en territorio nacional. Por lo tanto, su objetivo es (únicamente) prevenir y evitar posibles abusos de la libertad de establecimiento y los fraudes por parte de representantes de la sociedad que sean inadecuados con arreglo a la legislación nacional. Sin embargo, según la sentencia Centros, esto no puede justificar la denegación de la inscripción de la sucursal.