

Versión anonimizada

Traducción

C-276/22 - 1

Asunto C-276/22

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

22 de abril de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:

Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

11 de abril de 2022

Parte recurrente:

Edil Work 2 S.r.l.

S.T. S.r.l.

Parte recurrida:

STE S.a.r.l.

[omissis]

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE (TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN)

SALA SEGUNDA DE LO CIVIL

[omissis] [Formación del tribunal]

ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA

sobre el recurso [omissis] interpuesto por;

EDIL WORK 2 SRL [omissis], y S.T. SRL [omissis];

— recurrentes —

contra

STE SARL [*omissis*];

— recurrida —

contra

CM;

— parte a la que se ha notificado el recurso de casación —

contra la sentencia n.º 8288/2018 dictada por la CORTE D'APPELLO di ROMA (Tribunal de Apelación de Roma, Italia), [*omissis*];

[*omissis*] [*Fórmulas procesales*]

Hechos pertinentes y objeto del procedimiento principal

- 1 En 2004, la sociedad de responsabilidad limitada (s.r.l.) Agricola Torcrescenza, cuyo patrimonio y actividad están constituidos únicamente por el complejo inmobiliario denominado Castello di Tor Crescenza, sito en Roma, modificó su denominación social, pasando a ser STA s.r.l., y trasladó el domicilio social al Gran Ducado de Luxemburgo, donde modificó su denominación social, que pasó a ser STE s.a.r.l.
- 2 En 2010 se celebró en Luxemburgo una junta extraordinaria de socios, en la que fue nombrada administradora única (*gérante*) S.B. En tal ocasión, S.B. designó a F.F., persona ajena a la sociedad, apoderado general y le confirió la facultad de realizar «en el Gran Ducado de Luxemburgo y en el extranjero, en nombre y por cuenta de la sociedad, todos los actos y las operaciones necesarios, sin excepciones ni exclusiones, en observancia, en cualquier caso, de los límites del objeto social de la sociedad».
- 3 En 2012, el apoderado F.F. aportó el Castello di Tor Crescenza a la sociedad italiana ST s.r.l., que anteriormente, en el marco de un precontrato, se había comprometido a venderlo a M.M. y después lo aportó al capital social de la sociedad italiana Edil Work 2 s.r.l.
- 4 En 2013, STE s.a.r.l. presentó una demanda —ante el Tribunal di Roma (Tribunal de Roma, Italia)— contra las sociedades ST s.r.l. y Edil Work 2 s.r.l., por la que solicitaba que se declarase la nulidad de los dos actos de aportación societaria como consecuencia de la ineficacia de la atribución de facultades a F.F. por la administradora de la sociedad demandante. El Tribunale di Roma, que no define su postura sobre la legislación aplicable, desestimó la demanda al considerar que se había otorgado válidamente el poder a favor de F.F.

- 5 La Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma, Italia), pronunciándose en segunda instancia, estimó la demanda. En primer lugar, la Corte d'appello declaró la aplicabilidad de la ley italiana, en la medida en que según el artículo 25 de la legge di diritto internazionale privato (Ley de Derecho internacional privado — Ley 218/1995) la ley italiana se aplicará si en Italia «se encuentra el objeto principal» de la sociedad, objeto principal que, en el caso de la sociedad STE s.a.r.l., es indiscutible que se encuentra en Italia, al constituir el complejo inmobiliario de Castello di Tor Crescenza «el único y todo el patrimonio» de la sociedad. Así, la Corte d'appello señaló que la atribución a un tercero ajeno a la sociedad, como F.F., de facultades ilimitadas de administración (desde el punto de vista territorial y de contenido) era contraria al artículo 2381, apartado 2, del codice civile (Código Civil) (que prevé la delegación por el consejo de administración de la sociedad de sus competencias únicamente a miembros de dicho consejo). De este modo, la Corte d'appello declaró la nulidad de la atribución de facultades por la administradora de la sociedad a F.F. y, en consecuencia, la ineficacia de las dos aportaciones de Castello di Tor Crescenza al capital de las dos sociedades demandadas.
- 6 Las sociedades Edil Work 2 s.r.l. y ST s.r.l. interpusieron recurso ante esta Corte, mediante el cual, en primer lugar, rechazan la aplicabilidad del artículo 25, apartado 1, segunda parte, de la Ley 218/1995, en la medida en que el tribunal de apelación no ha considerado que el significado y el alcance de la norma se hayan visto profundamente afectados por el Derecho de la Unión, el cual obliga a inaplicar dicha norma cuando se hace una interpretación de aquella incompatible con este último.
- 7 La recurrida STE s.a.r.l. se ha opuesto al recurso subrayando, en particular, que, dado que el objeto principal de la sociedad se encuentra en Italia, la eficacia de las facultades atribuidas a F.F. y la validez de las posteriores aportaciones a las sociedades recurrentes deben examinarse sobre la base de la ley italiana, sin interferencia interpretativa alguna del Derecho de la Unión.

Disposiciones pertinentes de Derecho nacional

- 8 La disposición nacional pertinente primordial es el artículo 25 de la Ley n.º 218/1995 (*Gazzetta Ufficiale* n.º 128 de 3 de junio de 1995). Dicho artículo, titulado «Sociedades y otras entidades», dispone que:
- «1. Las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y cualquier otra entidad de carácter público o privado, tenga o no carácter asociativo, se registrarán por la ley del Estado en cuyo territorio se haya perfeccionado el procedimiento de constitución. No obstante, se aplicará la ley italiana si la sede de la administración está situada en Italia, o bien si se encuentra en Italia el objeto principal de tales entidades.
2. En particular, se registrarán por la ley que regula la entidad: a) la forma jurídica; b) la denominación o razón social; c) la constitución, la transformación y la extinción; d) la capacidad; e) la formación, las facultades y las modalidades de

funcionamiento de los órganos societarios; f) la representación de la sociedad; g) las modalidades de adquisición y de pérdida de la condición de asociado o socio, así como los derechos y obligaciones inherentes a tal condición; h) la responsabilidad por las obligaciones de la entidad, e i) las consecuencias de las infracciones de la ley o de la escritura de constitución.

3. Los traslados del domicilio social a otro Estado y las fusiones con entidades domiciliadas en Estados distintos serán eficaces únicamente si se realizan de conformidad con las leyes de los Estados afectados.»

- 9 Constituye otra disposición nacional pertinente el artículo 2507 del Código Civil, que abre el capítulo dedicado a las «Sociedades constituidas en el extranjero», según el cual «la interpretación y la aplicación de las disposiciones contenidas en este capítulo se realizarán sobre la base de los principios del ordenamiento de la [Unión Europea]».

Disposiciones de Derecho de la Unión pertinentes

- 10 En cuanto atañe al Derecho de la Unión, son pertinentes las disposiciones que establecen la libertad de establecimiento, en particular los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

- 11 El artículo 49 TFUE dispone:

«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.

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 párrafo segundo del artículo 54, 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.»

- 12 El artículo 54 TFUE dispone:

«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.

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.»

Pronunciamientos pertinentes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- 13 Es amplia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libertad de establecimiento de las sociedades.
- 14 Resaltan en particular, en cuanto atañe a la presente petición de decisión prejudicial:
- la sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail y General Trust* (81/87, EU:C:1988:456);
 - la sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C-212/97, EU:C:1999:126);
 - la sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Überseering* (C-208/00, EU:C:2002:632);
 - la sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art* (C-167/01, EU:C:2003:512);
 - la sentencia de 13 de diciembre de 2005, *SEVIC Systems* (C-411/03, EU:C:2005:762);
 - la sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes* (C-196/04, EU:C:2006:544);
 - la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723);
 - la sentencia de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785);
 - la sentencia de 12 de julio de 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440), y
 - la sentencia de 25 de octubre de 2017, *Polbud* (C-106/16, EU:C:2017:804).
- 15 Entre las sentencias citadas, en el asunto examinado reviste una particular importancia la sentencia *Polbud*. En el litigio planteado al Tribunal de Justicia, a una sociedad polaca —que había decidido trasladar únicamente el domicilio social a Luxemburgo para quedar sujeta al Derecho luxemburgués, sin perder su personalidad jurídica— se le opuso, al presentar la solicitud de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil, la falta de documentación relativa a la liquidación. El Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia), al que se dirigió *Polbud* tras dos desestimaciones de la solicitud de cancelación, planteó, en primer lugar, al Tribunal de Justicia la cuestión de la aplicabilidad de la libertad de establecimiento al traslado del domicilio social de una sociedad constituida conforme al Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro,

a efectos de su transformación en una sociedad sujeta al Derecho de este segundo Estado miembro, sin traslado efectivo de su domicilio.

- 16 El Tribunal de Justicia declaró que está comprendida en la libertad de establecimiento una situación en la que una sociedad, constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, desea transformarse en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado miembro, respetando el criterio adoptado por el segundo Estado miembro para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional, aun cuando esta sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el primer Estado miembro (véanse los apartados 34, 38 y 44 de la sentencia Polbud).

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 17 El presente procedimiento versa sobre una sociedad de capital (una sociedad de responsabilidad limitada), originariamente constituida conforme al Derecho italiano, cuya inscripción fue cancelada del Registro Mercantil y que, una vez transformada en una sociedad luxemburguesa, trasladó su domicilio social a Luxemburgo, manteniendo no obstante su centro de actividad en Italia.
- 18 El contexto fáctico y jurídico es distinto del que dio lugar a la sentencia Polbud. En el presente asunto, al igual que en el asunto en el que recayó la sentencia Polbud, se está ante una sociedad que acuerda trasladar el domicilio social a Luxemburgo, manteniendo en el Estado miembro de origen el centro de su actividad.
- 19 *[omissis] [Aspecto considerado no pertinente por el órgano jurisdiccional remitente]*
- 20 El Derecho italiano permite la transformación de las sociedades italianas en sociedades extranjeras: el artículo 25, apartado 3, de la Ley de Derecho Internacional Privado (véase el apartado 8 anterior) dispone que «los traslados del domicilio social a otro Estado y las fusiones de entidades con domicilio en Estados distintos producirán efecto únicamente si se realizan de conformidad con las leyes de dichos Estados afectados». Por tanto, esta disposición reconoce el traslado del domicilio social a condición de que dicho traslado resulte válido no solo en el ordenamiento jurídico de destino, sino también en todos los ordenamientos jurídicos implicados. Según la jurisprudencia italiana, el traslado no entraña, tras la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil italiano, la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad *[omissis] [Jurisprudencia nacional]*.
- 21 La cuestión que suscita el presente asunto es la de la ley aplicable a la sociedad, una vez que ha trasladado su domicilio social a un Estado miembro de la Unión, manteniendo no obstante el centro de su actividad en el Estado miembro de origen.

- 22 En particular, se discute si la atribución por la administradora de la sociedad de las facultades de gestión de la misma a un tercero debe valorarse sobre la base del Derecho del Estado de establecimiento, lugar del domicilio social actual, o bien del Estado de origen, donde se ha mantenido el centro de actividad de la sociedad.
- 23 *[omissis] [Referencias a los apartados 5 y 8]*
- 24 El artículo 25, apartado 1, primera parte, establece como criterio de conexión para determinar la ley aplicable a la sociedad el lugar en el que se ha perfeccionado el procedimiento de constitución de la misma, optando así por el denominado criterio de constitución. A continuación, el apartado 2 establece qué elementos han de incluirse en el ámbito de aplicación de la norma mediante una enumeración (véase el apartado 8 anterior) que se considera no exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, con la consecuencia de sujetar a la ley del lugar de constitución todas las cuestiones relativas al nacimiento, las características, la estructura organizativa y el funcionamiento interno y externo de la sociedad.
- 25 Ahora bien, la segunda parte del artículo 25, apartado 1, contiene una corrección al criterio de constitución y extiende la aplicación de la ley italiana a las sociedades que, aun habiendo sido constituidas en el territorio de otro Estado, tienen en Italia «la sede de la administración» o «el objeto principal» de su actividad.
- 26 El órgano jurisdiccional de apelación ha considerado aplicable al presente asunto el criterio corrector del objeto principal de la actividad de la sociedad, valorando así la atribución de facultades por la administradora a F.F. de conformidad con el Derecho italiano y con su aplicación en la jurisprudencia.
- 27 Ha de precisarse que la atribución de facultades a F.F. se efectúa en el marco de una junta extraordinaria de socios de la sociedad STE s.a.r.l., que se celebró en Luxemburgo; en virtud de estas facultades, F.F. aportó el complejo inmobiliario que constituye el centro de actividad de la sociedad, mediante acto efectuado, esta vez, en Italia (la aportación societaria se efectuó en el contexto de una junta de socios de la sociedad italiana S.T. s.r.l.).
- 28 En el procedimiento incoado ante esta Corte, las sociedades recurrentes niegan que el artículo 25, apartado 1, segunda parte, sea compatible con la libertad de establecimiento de las sociedades.
- 29 En el examen de estas cuestiones han de efectuarse, en opinión de esta Sala, las consideraciones siguientes.
- 30 En la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véanse las sentencias citadas en el apartado 14 anterior) ha realizado de la libertad de establecimiento de las sociedades, dicha libertad comprende el derecho de una sociedad o empresa constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro a transformarse en una sociedad o empresa sometida a la legislación de otro Estado miembro, siempre que cumpla los requisitos establecidos por la

legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio adoptado por este para establecer los puntos de conexión de una sociedad o empresa con su ordenamiento jurídico nacional.

- 31 A falta de uniformización en el Derecho de la Unión, la definición del criterio de conexión que determina el Derecho nacional aplicable a una sociedad o empresa es, conforme al artículo 54 TFUE, competencia de cada Estado miembro. El propio artículo 54 TFUE hace equivalentes los puntos de conexión de la sede social, la administración central y el centro de actividad principal de la sociedad o empresa [véase el considerando 3 de la Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (DO 2019, L 321, p. 1)].
- 32 De lo anterior se sigue que, como se ha señalado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la sentencia Polbud, apartado 44), el hecho de que se traslade únicamente el domicilio social —y no la administración central ni el centro de actividad principal— no excluye por sí solo la aplicabilidad de la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE.
- 33 Se trata, pues, de determinar si la libertad de establecimiento entraña la sujeción de la sociedad, que ha mantenido el centro de su actividad en el Estado de origen, al Derecho del Estado de destino no solo en lo que atañe a su constitución, sino también en relación con su gestión, interna y externa, en cuanto que en el presente asunto se da una atribución de facultades de gestión de la sociedad a un tercero que ha incidido de manera decisiva en la actividad de la misma.
- 34 A este respecto ha de subrayarse que en el artículo 49 TFUE, apartado 2, se hace referencia a la libertad de establecimiento en relación con la constitución y gestión de las sociedades, y que el considerando 2 de la Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre de 2019, antes citada, pone de manifiesto que la libertad de establecimiento implica que no solo la constitución, sino también la gestión de las sociedades deben efectuarse en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento. El artículo 1 de la Directiva 2019/2121 hace referencia a la transformación en «sociedades de capital sujetas al Derecho de otro Estado miembro» (ha de observarse que la Directiva no ha sido aún transpuesta por el legislador italiano y que está pendiente de aprobación en el Parlamento un proyecto de ley de delegación en el Gobierno).
- 35 A continuación, ha de tenerse en cuenta, en tanto atañe al Derecho italiano, que en 2003, con la reforma del Derecho societario en virtud del Decreto Legislativo 6/2003, se incluyó, al comienzo del capítulo dedicado a las sociedades constituidas en el extranjero, el artículo 2507 del Código Civil (véase el apartado 9 anterior), según el cual no solo la interpretación, sino también la aplicación de las disposiciones de dicho capítulo se realizarán sobre la base de los principios del ordenamiento jurídico de la Unión. [omissis] [*Referencias a la doctrina en la materia*]

- 36 En resumen, el Derecho de la Unión contiene indicios que inducen a pensar que la ley del Estado de destino, aplicable a la sociedad que haya trasladado su domicilio social a dicho Estado, comprende las disposiciones relativas al funcionamiento y a la gestión de la misma. No obstante, el hecho de que en el presente asunto se esté en presencia de un acto de gestión de la sociedad que incide en la actividad de la misma, actividad esta que radica en Italia, Estado de origen respecto al cual la sociedad ha mantenido su personalidad jurídica, permite dudar, a juicio de esta Sala, de que el acto de gestión de que se trata haya de apreciarse a la luz del Derecho italiano y de su interpretación jurisprudencial y no del luxemburgués.
- 37 Por tanto, pese a que ya es amplia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libertad de establecimiento de las sociedades, esta Sala considera que es necesario plantear al Tribunal de Justicia la cuestión de la interpretación del derecho de establecimiento de las sociedades suscitada en el presente procedimiento, teniendo en cuenta que esta cuestión ya ha sido llevada a la Corte di cassazione, cuyas decisiones, salvo en casos excepcionales, no son recurribles.

Planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia

- 38 En conclusión, procede solicitar al Tribunal de Justicia, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que se pronuncie mediante decisión prejudicial sobre la cuestión siguiente:

«¿Se oponen los artículos 49 TFUE y 54 TFUE a que un Estado miembro, en el que se ha constituido originariamente una sociedad (sociedad de responsabilidad limitada), aplique a esta las disposiciones de Derecho nacional relativas al funcionamiento y a la gestión de la sociedad cuando esta, tras trasladar su domicilio social y proceder a una nueva constitución conforme al Derecho del Estado miembro de destino, mantiene el centro de su actividad en el Estado miembro de origen y el acto de gestión de que se trata incide de forma decisiva en la actividad de la sociedad?»

- 39 [omissis]

[omissis] [Fórmulas procesales]

Resolución dictada en Roma, [omissis] el 11 de enero de 2022.

[omissis]