Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 14 de octubre de 2020 [1]

Affaire C-469/19

All in One Star Ltd

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Libertad de establecimiento — Sociedad de responsabilidad limitada que desea establecer una sucursal en otro Estado miembro — Inscripción en el Registro Mercantil — Normativa del Estado miembro de acogida que exige indicar el importe del capital social o un valor comparable y ciertas declaraciones del administrador»

I. Introducción

1. Las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) se inscriben en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al establecimiento de una sucursal en un Estado miembro por parte de una sociedad de otro Estado miembro y al margen de discrecionalidad de que dispone el Estado miembro de acogida en relación con ese establecimiento. En particular, estas cuestiones prejudiciales se plantean a raíz de las sentencias Centros [2] e Inspire Art. [3]

2. A solicitud del Tribunal de Justicia, las presentes conclusiones se ceñirán al análisis de la segunda cuestión prejudicial. Esta se refiere a la obligación que, conforme al Derecho alemán, incumbe al administrador de una sociedad de otro Estado miembro de declarar que no concurre en su persona ningún impedimento a su nombramiento y que ha sido informado, en particular, por un notario, de su obligación absoluta de facilitar al juzgado encargado del Registro información al respecto. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si tales obligaciones son conformes con el Derecho de la Unión.

1 Lengua original: francés.

2 Sentencia de 9 de marzo de 1999 (C-212/97, EU:C:1999:126).

3 Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

3. El artículo 29 de la Directiva (UE) 2017/1132,[4] titulado «Publicidad de actos e indicaciones relativos a sucursales», que figura en el título I, capítulo III, sección 2, titulado «Normas de publicidad aplicables a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros», de dicha Directiva, dispone, en su apartado 1:

«Los actos e indicaciones relativos a sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades que revistan una de las formas que figuran en el anexo II, sujetas al Derecho de otro Estados miembro, se publicarán según el Derecho del Estado miembro donde radique la sucursal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16.»

4. Según el anexo II de la Directiva 2017/1132, en relación con el Reino Unido, una «compan[y] incorporated with limited liability» constituye una de las formas de sociedades contempladas, en particular, en el artículo 29, apartado 1, de dicha Directiva.

5. El artículo 30 de la Directiva 2017/1132, titulado «Documentos e indicaciones que deben publicarse», enuncia:

«1. La obligación de publicidad contemplada en el artículo 29 solo se referirá a los actos e indicaciones siguientes:

a) la dirección postal de la sucursal;

b) la indicación de las actividades de la sucursal;

c) el registro en el que el expediente mencionado en el artículo 16 haya sido abierto para la sociedad y su número de inscripción en ese registro;

d) la denominación y la forma jurídica de la sociedad así como la denominación de la sucursal si esta última no corresponde a la de la sociedad;

e) el nombramiento, el cese en funciones, así como la identidad de las personas que tengan poder para obligar a la sociedad frente a terceros y de representarla en juicio:

   – […]

f) – la disolución de la sociedad, el nombramiento, la identidad y los poderes de los liquidadores, así como el cierre de liquidación, de conformidad con la publicidad de la sociedad, según lo dispuesto en el artículo 14, letras h), j) y k),

   – procedimientos de insolvencia, de concurso o cualquier otro procedimiento análogo del que sea objeto la sociedad;

g) los documentos contables en las condiciones indicadas en el artículo 31;

[4] Directiva 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).

h) el cierre de la sucursal.

2. El Estado miembro en el que la sucursal haya sido creada podrá prever la publicidad contemplada en el artículo 29:

[…]

b) de la escritura de constitución y de los estatutos, si fueran objeto de un acto separado de conformidad con el artículo 14, letras a), b) y c), así como de las modificaciones de dichos documentos,

[…]»

B. Derecho alemán

1. Código de Comercio

6. El artículo 13e del Handelsgesetzbuch (Código de Comercio; en lo sucesivo, «HGB»), titulado «Sucursales de sociedades de capital que tengan su domicilio social en el extranjero», establece:

«(1) Las siguientes disposiciones se aplicarán, con carácter complementario, […] a las sucursales de […] sociedades de responsabilidad limitada que tengan su domicilio social en el extranjero.

[…]

(3) […] En cuanto a los representantes legales de la sociedad, las disposiciones […]del artículo 6, apartado 2, segunda y tercera frase, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se aplicarán por analogía a la sucursal.

[…]»

7. El artículo 13g, apartados 1 a 3, del HGB, titulado «Sucursales de sociedades de responsabilidad limitada que tengan su domicilio social en el extranjero», enuncia:

«(1) Las siguientes disposiciones se aplicarán, con carácter complementario, a las sucursales de sociedades de responsabilidad limitada que tengan su domicilio social en el extranjero.

(2) Se adjuntará a la solicitud de inscripción una copia compulsada del contrato de constitución de la sociedad y, cuando dicho contrato no esté redactado en alemán, una traducción jurada del mismo al alemán. Procede aplicar lo dispuesto en el artículo 8, apartado 1, punto 2, y en los apartados 3 y 4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. […]

(3) La inscripción de la constitución de la sucursal también comprenderá las indicaciones a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada […].»

2. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

8. A tenor del artículo 6, apartado 2, de la Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RGBl. 1898, p. 846, en la versión aplicable en el litigio principal; en lo sucesivo, «GmbHG»):

«Solo podrá ser administrador la persona física que goce de capacidad jurídica plena. No podrá ser administrador aquel […]:

2. a quien, en virtud de una resolución judicial o de una resolución administrativa firme, se haya prohibido cualquier actividad en una determinada profesión, sector de una profesión, actividad artesanal o sector de la actividad artesanal, cuando el objeto social se corresponda, en todo o en parte, con el objeto de dicha prohibición;

3. que haya sido condenado por haber cometido intencionalmente una o varios de los delitos [descritos en el artículo 6, apartado 2, segunda frase, punto 3, letras a) a e), de la GmbHG].

   La segunda frase, punto 3, se aplicará por analogía en caso de haber sido condenado en el extranjero por un delito comparable al mencionado en el punto 3 de la segunda frase.»

9. El artículo 8 de la GmbHG, titulado «Contenido de la solicitud de inscripción», establece, en su apartado 3:

«En la solicitud [de inscripción], los administradores deben declarar que no concurre ningún impedimento a su nombramiento, en el sentido del artículo 6, apartado 2, segunda frase, puntos 2 y 3, y tercera frase, y que han sido informados de su obligación absoluta de facilitar al juzgado cualquier información [a este respecto]. La información, en el sentido del artículo 53, apartado 2, de la Bundeszentralregistergesetz (Ley del Registro Central) puede facilitarse [al futuro administrador] por escrito; asimismo, puede facilitarse por un notario, por un notario nombrado en el extranjero, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular.»

10. A tenor del artículo 82, apartado 1, punto 5, de la GmbHG, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con una multa aquel que incurra en declaraciones falsas «en su condición de administrador de una sociedad de responsabilidad limitada o de administrador de una persona jurídica extranjera, al realizar la declaración a que se refiere el artículo 8, apartado 3, primera frase.»

3. Ley del Registro Central

11. El artículo 53 de la Bundeszentralregistergesetz (Ley del Registro Central), de 21 de septiembre de 1984 (BGBl. 1985 I, p. 195 y 1229), titulado «Obligación de revelación en caso de condena», en la versión aplicable desde el 29 de julio de 2017 (en lo sucesivo, «BZRG»), dispone:

«(1) Los condenados pueden afirmar no haberlo sido y no están obligados a revelar los hechos que motivaron su condena cuando dicha condena:

1. no tenga que figurar en el certificado de buena conducta o solo deba figurar en el certificado a que se refiere el artículo 32, apartados 3 y 4; o

2. deba cancelarse.

(2) Cuando los tribunales o autoridades tengan un derecho ilimitado a solicitar datos, los condenados que hayan sido informados de ello no podrán alegar frente a aquellos ningún derecho amprándose en el apartado 1, punto 1.»

III. Hechos, procedimiento ante el Tribunal de Justicia y cuestiones prejudiciales

12. All in One Star Ltd es una sociedad de responsabilidad limitada por acciones (*private company limited by shares*) inscrita en el Registro Mercantil del Companies House de Cardiff (Reino Unido) en 2013, con domicilio social estatutario en Great Bookham (Reino Unido).

13. En 2014, All in One Star solicitó al Amtsgericht Frankfurt am Main (Tribunal de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania), como juzgado encargado del Registro, la inscripción de una sucursal en el Registro Mercantil.

14. Mediante resolución interlocutoria, el juzgado encargado del Registro le notificó que no cabía acceder a su solicitud de inscripción, entre otros motivos, porque, primero, no se había indicado el importe del capital social, y, segundo, porque, ciertamente, a pesar de que el director y socio único de la sociedad había declarado en su solicitud que no concurría en su persona ningún impedimento a su nombramiento, en el sentido del artículo 6, apartado 2, segunda frase, puntos 2 y 3, y tercera frase, de la GmbHG, en cambio, no había declarado haber sido informado por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular, de su obligación absoluta de facilitar al juzgado información al respecto. All in One Star interpuso recurso contra dicha resolución.

15. Mediante resolución de 8 de agosto de 2017, el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania) desestimó el recurso de All in One Star contra las objeciones del juzgado encargado del Registro.

16. All in One Star interpuso entonces un recurso de casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal). Dicho órgano jurisdiccional considera que el resultado del litigio del que conoce depende de la interpretación que haya de darse al artículo 30 de la Directiva 2017/1132 y a los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

17. Según el órgano jurisdiccional remitente, la inscripción de la sucursal de una sociedad extranjera en el Registro Mercantil alemán se rige por los artículos 13d y siguientes del HGB. Como sociedad de responsabilidad limitada por acciones (*private company limited by shares*), All in One Star puede equipararse a una sociedad de responsabilidad limitada alemana (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), de manera que las disposiciones aplicables a este tipo de sociedad se aplican por analogía a la inscripción de la sucursal alemana de All in One Star.

18. En este contexto, la inscripción de tal sucursal requiere, con arreglo al artículo 13g, apartado 3, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, que, al solicitar la inscripción, el administrador de la sociedad declare que no concurre en su persona ninguno de los impedimentos a su nombramiento a que se refiere el artículo 6, apartado 2, segunda frase, puntos 2 y 3, y tercera frase, de la GmbHG. Por otra parte, a tenor del artículo 13g, apartado 2,

segunda frase, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, el administrador también debe declarar que un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular le ha informado de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado.

19. El órgano jurisdiccional remitente explica que la finalidad de la obligación de realizar esa declaración es simplificar el procedimiento de inscripción y control tramitado por el juzgado encargado del Registro. Añade que dicho juzgado puede, en principio, solicitar cualquier información, sin reservas. El artículo 53, apartado 2, del BZRG añade el requisito de que el interesado debe haber sido informado previamente de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado. Si no ha sido informado de ello, el interesado tendrá derecho a quedar exento de cualquier sanción penal en determinados supuestos. En cambio, las obligaciones derivadas del Derecho alemán no afectan en nada a la propia posición que ocupe el administrador en el organigrama de la sociedad con arreglo al Derecho de sociedades extranjero que le sea aplicable, aunque impiden al administrador solicitar, en cuanto órgano de esa sociedad, la inscripción de una sucursal en Alemania.

20. Además, la representante procesal de All in One Star declaró, en el procedimiento de recurso, que, con arreglo al artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, ella misma había informado al administrador de All in One Star, antes de que este último presentara la solicitud de inscripción de la sucursal, de su obligación de facilitar información al juzgado encargado del Registro. Ahora bien, el órgano jurisdiccional remitente indica que esa declaración debe realizarla personalmente el administrador debidamente informado y que debe constar en un documento autenticado.

21. En este marco, el órgano jurisdiccional remitente considera que si la obligación de realizar la declaración con arreglo al artículo 13g, apartado 2, segunda frase, del HGB, en relación con el artículo 8, apartado 3, de la GmbHG, estuviera incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132, sería contraria a dicha Directiva. Sin embargo, según el órgano jurisdiccional, cuando aprobó esas disposiciones de Derecho nacional, el legislador alemán consideró que las mismas no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/666/CEE,[5] entonces en vigor.

22. Señala que, si esta obligación de formular una declaración no estuviera comprendida en la Directiva 2017/1132, se plantearía la cuestión de su compatibilidad con el Derecho primario y, más especialmente, con la libertad de establecimiento garantizada por los artículos 49 TFUE y 54 TFUE. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta principalmente si dicha obligación no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue. Por una parte, en la medida en que esa misma obligación también se aplica a las sociedades extranjeras, cuyos directivos son extranjeros, no cabe esperar que tales sociedades tengan un profundo conocimiento de las disposiciones del Derecho alemán sobre los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades. En consecuencia, resultaría muy difícil para esos administradores extranjeros formular una declaración veraz. Por otra parte, si no existen indicios concretos que avalen la falta de aptitud de una persona para ser administrador, la obligación en cuestión serviría únicamente para prevenir posibles abusos de la libertad de establecimiento y los fraudes por parte de representantes de la sociedad que no sean aptos para su cargo con arreglo al Derecho interno.

[5] Undécima Directiva 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).

23. En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone el artículo 30 de la Directiva 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 social o de un valor de capital equivalente?

2) a) ¿Se opone el artículo 30 de la Directiva 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 por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado?

b) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión prejudicial, letra a):

¿Se oponen los artículos 49 TFUE 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?»

24. All in One Star, el Gobierno alemán y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Las mismas partes respondieron también por escrito a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia, que decidió resolver sin vista.

IV. Análisis de la segunda cuestión prejudicial

25. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 30 de la Directiva 2017/1132 o los artículos 49 TFUE y 54 TFUE se oponen 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, la persona que desea inscribirse como administrador de esa sucursal debe declarar, de una parte, que no concurre en su persona con arreglo al Derecho nacional ningún impedimento a su nombramiento como administrador, y, de otra parte, que ha sido informada por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular de su obligación absoluta de facilitar al juzgado información al respecto.

26. Procede señalar que esta cuestión prejudicial se articula en dos partes: la primera se refiere a la apreciación de las obligaciones impuestas por el Derecho alemán a la luz de la Directiva 2017/1132 y, la segunda, a la apreciación de dichas obligaciones a la luz de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

27. En este contexto, la formulación de la petición de decisión prejudicial puede hacer pensar que la segunda parte de la segunda cuestión prejudicial solo se plantea para el supuesto de que la primera parte de la misma deba recibir una respuesta negativa. Pues bien, de la motivación que

fundamenta esta petición se desprende que la segunda parte se plantea para el supuesto de que a dichas obligaciones no les fuera aplicable la Directiva 2017/1132. En efecto, las disposiciones nacionales que rigen cuestiones incluidas en el ámbito de aplicación de una Directiva han de examinarse a la luz de esta, mientras que las que regulan cuestiones a las que esta no resulta aplicable han de examinarse a la luz del Derecho primario. [6]

28. A la vista de lo anterior, una vez haya examinado previamente la admisibilidad de la segunda cuestión prejudicial (sección A), examinaré las dos partes de esta cuestión prejudicial en el orden establecido por el órgano jurisdiccional remitente (secciones B y C).

A. Sobre la admisibilidad

29. Aunque las partes no hayan puesto objeciones a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, considero oportuno examinar este aspecto en relación con la segunda cuestión prejudicial.

30. Puede deducirse de la formulación de esta segunda cuestión prejudicial que esta se refiere a dos obligaciones —y a dos declaraciones que deben formularse con objeto de cumplir tales obligaciones— que son aplicables cuando una sociedad de un Estado miembro desea establecer una sucursal en otro Estado miembro. La primera obligación consiste en declarar que no existe, en relación con el administrador de dicha sociedad, ningún impedimento a su nombramiento con arreglo al Derecho alemán y, la segunda, en declarar que ha sido informado por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular de su obligación absoluta de facilitar información sobre tales impedimentos al juzgado encargado del Registro.

31. De la motivación de la petición de decisión prejudicial se desprende que, en la solicitud de inscripción de la sucursal, el administrador de All in One Star declaró no estar incurso en ninguno de los impedimentos legales a su nombramiento. En cambio, no declaró haber sido informado de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado encargado del Registro.

32. En consecuencia, la admisibilidad de la segunda cuestión puede suscitar dudas, en la medida en que se refiere a la primera obligación. Dicho esto, sin una interpretación del Derecho nacional, no es posible establecer si, faltando la declaración relativa a la segunda obligación, puede considerarse que se ha cumplido correctamente la primera obligación en el litigio principal.

33. En cualquier caso, de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que corresponde al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder pronunciar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. [7] En consecuencia, propongo que se considere admisible la segunda cuestión prejudicial.

[6] Véase la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512), apartado 73.

[7] Sentencia de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Societé Générale (C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537), apartado 46 y jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada.

B. Examen de la normativa nacional a la luz de la Directiva 2017/1132

34. Mediante la primera parte de la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente quiere averiguar si la Directiva 2017/1132 se opone a las dos obligaciones exigidas cuando una sociedad de un Estado miembro quiere establecer una sucursal en Alemania. Como he explicado en el punto 27 de las presentes conclusiones, para apreciar dichas obligaciones a la luz de la Directiva 2017/1132, es preciso establecer previamente si resulta aplicable a las mismas dicha Directiva. En este contexto, incluso antes de realizar el examen del ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2017/1132, es preciso establecer si esa Directiva es aplicable *ratione temporis* al litigio principal.

1. Sobre el ámbito de aplicación ratione temporis

35. El órgano jurisdiccional remitente señala que la recurrente fue inscrita en el Reino Unido en 2013 y solicitó la inscripción de una sucursal en el Registro Mercantil alemán en 2014. Señala que el procedimiento de recurso se interpuso antes de la entrada en vigor de la Directiva 2017/1132, el 20 de julio de 2017.[8] Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional señala que está obligado a aplicar, en el procedimiento de recurso, el derecho que esté en vigor en la fecha en que pronuncie su sentencia y, en particular, las disposiciones de transposición de la Directiva 2017/1132.

36. En este orden de ideas, en respuesta a la pregunta del Tribunal de Justicia, la recurrente y el Gobierno alemán señalan, al igual que el órgano jurisdiccional remitente, que, según la jurisprudencia alemana, en un procedimiento tal como el litigio principal, debe aplicarse el régimen que esté en vigor el día en que se pronuncie la sentencia que resuelva el recurso de casación.

37. Ciertamente, en la sentencia I. G.I.,[9] el Tribunal de Justicia ha considerado que, dado que los hechos del litigio principal eran, todos ellos, anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2017/1132, se aplicaba a ese caso la Directiva anterior. Adoptó un criterio similar en la sentencia Miravitlles Ciurana y otros.[10] Estas consideraciones pueden hacer pensar que la Directiva 2017/1132 tampoco se aplica en el litigio principal.

38. Sin embargo, debe señalarse, en primer lugar, que, en las dos sentencias antes citadas, se trataba del régimen aplicable a los acontecimientos que se habían producido antes de la interposición del recurso.[11] Pues bien, en el presente asunto, se trata del régimen aplicable a la inscripción de una sucursal, y el objeto del litigio principal sigue siendo, fundamentalmente, los requisitos que se aplican al realizarse esa inscripción. En estas circunstancias, habida cuenta de las aclaraciones concordantes del órgano jurisdiccional remitente y de las partes en relación con el régimen aplicable, según el Derecho alemán, en el procedimiento de casación, examinaré la segunda cuestión prejudicial desde la perspectiva de la Directiva 2017/1132.

8 Véase el artículo 167 de la Directiva 2017/1132.

9 Véase la sentencia de 30 de enero de 2020 (C-394/18, EU:C:2020:56), apartado 38.

10 Véase la sentencia de 14 de diciembre de 2017 (C-243/16, EU:C:2017:969), apartados 3 y 9.

11 En efecto, la sentencia de 30 de enero de 2020, I. G.I. (C-394/18, EU:C:2020:56), apartado 38, trataba de una acción pauliana dirigida contra un acto de escisión, mientras que la sentencia de 14 de diciembre de 2017, Miravitlles Ciurana y otros (C-243/16, EU:C:2017:969), apartados 3 y 9, trataba de una acción de responsabilidad basada en un crédito salarial.

39. En segundo lugar, como se aclara en su considerando 1, la Directiva 2017/1132 es una codificación de las Directivas en materia de Derecho de sociedades. En efecto, esta codificación ha tenido como efecto, en particular, sustituir el artículo 2 de la Directiva 89/666 por el artículo 30 de la Directiva 2017/1132, sin modificar su esencia. El artículo 166 de la Directiva 2017/1132 precisa que la derogación de la Directiva 89/666 se hace sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a la transposición de las Directivas en materia de Derecho de sociedades. Esta disposición señala, además, que las referencias a las Directivas derogadas se entenderán hechas a la Directiva 2017/1132.

40. Por último, en tercer lugar, no obsta a la consideración relativa a la aplicación de la Directiva 2017/1132 *ratione temporis* al litigio principal el hecho de que, en el ínterin, dicha Directiva haya sido objeto de varias modificaciones introducidas por la Directiva 2019/1151, a las que las partes se refieren para determinar el contenido del régimen aplicable conforme a la Directiva 2017/1132. En este contexto, el Gobierno alemán explica que, en Derecho alemán, no cabe aplicar al litigio principal las modificaciones introducidas en la Directiva 2017/1132 por la Directiva (UE) 2019/1151 [12] ya que los plazos de transposición pertinentes establecidos en el artículo 2 de esta última Directiva aún no han expirado. Por lo demás, debo señalar que, a diferencia de la Directiva 2017/1132, que no afecta a las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a la transposición de las Directivas anteriores, la Directiva 2019/1151 establece fechas de transposición para las modificaciones que introduce.

41. En consecuencia, procede ahora determinar si la Directiva 2017/1132 se aplica *ratione materiae* al litigio principal.

2. Sobre el ámbito de aplicación ratione materiae

42. La Directiva 2017/1132 dispone, en su artículo 1, que establece medidas, en particular, en relación con 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. [13] Las disposiciones atinentes a dichas medidas figuran en el título I, capítulo III, sección 2, de dicha Directiva, titulado «Normas de publicidad aplicables a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros».

43. En este marco, con arreglo al artículo 29, apartado 1, de la Directiva 2017/1132, los actos e indicaciones relativos a sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades que revistan una de las formas que figuran en el anexo II, sujetas al Derecho de otro Estados miembro, se publicarán según el Derecho del Estado miembro donde radique la sucursal. El órgano jurisdiccional remitente señala que, en su condición de *private company limited by shares*, la recurrente figura entre las sociedades del Reino Unido a que se refiere el anexo II de la Directiva 2017/1132 (*companies incorporated with limited liability*). En consecuencia, como estima el órgano jurisdiccional remitente en este caso, los actos e indicaciones relativos a una sucursal de la recurrente están sujetos a las normas de publicidad de la sección 2 de dicha Directiva, incluidas las contempladas en su artículo 30.

[12] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (DO 2019, L 186, p. 80).

[13] Debe observarse que, al menos hasta el final del período de transición establecido en el Acuerdo de retirada, la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión no afecta a la aplicabilidad de la Directiva 2017/1132 al litigio principal. A los efectos de la aplicación de dicha Directiva, procede seguir considerando a la recurrente como una sociedad de otro Estado miembro.

44. No obstante, se plantea la cuestión de si las declaraciones relativas a las obligaciones establecidas en el Derecho alemán constituyen actos o indicaciones comprendidos en la obligación de publicidad recogida en el artículo 29 y siguientes de la Directiva 2017/1132.

a) Posiciones de las partes

45. La recurrente alega que, según el artículo 30, apartado 1, letra e), de la Directiva 2017/1132, el nombramiento, el cese en funciones, así como la identidad de las personas que tengan poder para obligar a la sociedad, deben publicarse en el momento en que se inscriba una sucursal en el Registro Mercantil. Deduce de dicha disposición que la Directiva 2017/1132 regula exhaustivamente las informaciones personales relativas a los administradores. Considera que esta interpretación se ve confirmada por el considerando 8 de dicha Directiva, a tenor del cual la publicidad debe permitir a los terceros conocer, en particular, la identidad de las personas que tienen el poder de obligar a la sociedad.

46. En cambio, según el Gobierno alemán, del artículo 30, apartado 1, letra e), de la Directiva 2017/1132, interpretado *a sensu contrario*, resulta que esta Directiva se refiere únicamente al nombramiento, al cese en funciones, así como a la identidad del representante de la sociedad. Además, según ese Gobierno, la obligación de declarar que el administrador ha sido debidamente informado de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado encargado del Registro se refiere a la parte del procedimiento que debe seguirse en el Registro Mercantil para la inscripción de una sucursal. Esta obligación está prevista en una norma procedimental.

47. En este orden de ideas, la Comisión alega que la declaración que debe formularse en cuanto a la aptitud personal del administrador constituye no una publicidad de las características determinantes de una sucursal, sino un requisito de carácter administrativo y procedimental impuesto por el Derecho de sociedades alemán.

b) Apreciación

48. Para responder útilmente a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial, es preciso establecer si las obligaciones impuestas en Derecho alemán constituyen obligaciones de publicidad en el sentido del artículo 30 de la Directiva 2017/1132 o —como alegan, en síntesis, el Gobierno alemán y la Comisión— requisitos para la constitución o la inscripción de una sociedad o de una sucursal de esta.

49. En este contexto, pueden extraerse enseñanzas útiles de la sentencia Inspire Art.[14]

50. Se desprende de dicha sentencia, por una parte, que una disposición nacional que obligue a indicar en el Registro Mercantil del Estado de acogida el domicilio del socio único está comprendida en el artículo 2 de la Directiva 89/666 y estaría, por lo tanto, comprendida en el artículo 30 de la Directiva 2017/1132. En efecto, en esa sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 2 de la Directiva 89/666 se opone a una disposición que imponga tal obligación a la sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro

[14] Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

Estado miembro, puesto que dicha obligación no está prevista en la Directiva 89/666. [15] Pues bien, para que la Directiva 89/666 pueda oponerse a tal obligación, esta última debe estar comprendida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de dicha Directiva.

51. En efecto, el artículo 2, apartado 1, letra e), de la Directiva 89/666 establecía —como ahora lo hace el artículo 30, apartado 1, letra e), de la Directiva 2017/1132— que la obligación de publicidad se refería a los actos e indicaciones relativos al nombramiento, al cese en funciones, así como a la *identidad* de las personas que tengan poder para obligar a la sociedad frente a terceros y representarla en juicio. En este contexto, a tenor de los considerandos 8 y 16 de la Directiva 2017/1132, la obligación de publicidad sirve para proteger a los terceros que, a través de una sucursal, se ponen en relación con la sociedad. En principio, conocer el domicilio del representante de la sociedad carece de utilidad para proteger a esos terceros. En estas circunstancias, la publicidad relativa al domicilio de un representante, aunque afecte al representante y, como obligación de publicidad, le resulten aplicables las Directivas 89/666 y 2017/1132, no permite por sí misma identificar a ese representante. En consecuencia, esta publicidad no puede equipararse a la publicidad de la «identidad» en el sentido de esas Directivas.

52. Por otra parte, de la sentencia Inspire Art [16] se desprende que, en cambio, la Directiva 89/666 no era aplicable a las disposiciones nacionales que supeditan la creación de una sucursal en un Estado miembro de acogida a algunas normas vigentes en dicho Estado miembro para la constitución de una sociedad. Así debe ser también con respecto a la Directiva 2017/1132.

53. Si se extrapolan las enseñanzas de la sentencia Inspire Art [17] al presente asunto, se acaba dudando de que una obligación de formular una declaración en relación con las circunstancias que pueden suponer la inhabilitación de un representante de una sociedad pueda equipararse a una obligación de publicidad. En efecto, resulta del artículo 6, apartado 2, de la GmbHG que dicha declaración se refiere a circunstancias que, especialmente en el momento de la creación de una sociedad en Alemania, determinan, ante todo, la capacidad personal de ser inscrito como administrador de la misma. Además, por lo que se refiere a la declaración que asevere que un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular ha informado al administrador de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado, el órgano jurisdiccional remitente señala que, sin dicha declaración, «[no puede procederse] a ninguna inscripción en el Registro Mercantil». En determinadas circunstancias, prestar esta última declaración también condiciona la posibilidad de imponer sanciones penales a un administrador. En consecuencia, el hecho de obligar a un administrador a formular esas dos declaraciones es comparable, no a imponer obligaciones de publicidad a la creación de una sucursal en un Estado miembro de acogida, sino a imponerle ciertas normas establecidas por ese Estado miembro para la constitución de una sociedad.

54. Por otra parte, la circunstancia de que las declaraciones relativas a circunstancias relacionadas con la capacidad personal queden excluidas, de entrada, del objeto de la Directiva 2017/1132 también se ve corroborada por la Directiva 2019/1151.

55. Como señala Gobierno alemán, la Directiva 2019/1151 ha introducido en la Directiva 2017/1132 disposiciones relativas a los «administradores inhabilitados». Por su parte, la Comisión se refiere, en particular, al artículo 13 *decies*, apartado 2, de la Directiva 2017/1132, modificada por la Directiva 2019/1151, que establece que «los Estados miembros podrán exigir

[15] Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512), apartados 65 y 73.

[16] Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-167/01, EU:C:2003:512), apartados 65, 73, 101 y 105.

[17] Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

que las personas que soliciten convertirse en administradores declaren si tienen conocimiento de circunstancias que pudieran dar lugar a la inhabilitación en el Estado miembro de que se trate» y que «los Estados miembros podrán denegar el nombramiento de una persona como administrador de una sociedad cuando esa persona se encuentre inhabilitada para el ejercicio de la función de administrador en otro Estado miembro».

56. En este contexto, la única modificación introducida por la Directiva 2019/1151 en el artículo 1 de la Directiva 2017/1132, que define el objeto de la misma,[18] es la introducción de la frase a tenor de la cual la Directiva también establece medidas en relación con las «normas relativas a la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información por parte de sociedades y sucursales». De esta manera es posible deducir de ello que unas disposiciones nacionales relativas a las declaraciones de los candidatos a las funciones de administrador en relación con los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades, contemplados en el artículo 13 *decies* de la Directiva 2017/1132, modificada por la Directiva 2019/1151, constituyen, para el legislador de la Unión, normas relativas a la constitución de sociedades o al registro de sucursales. En cambio, para ese legislador, tales disposiciones no afectan, por utilizar los términos del artículo 1 de la Directiva 2017/1132 en su formulación original, 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».

57. En consecuencia, debe considerarse que las obligaciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial no están comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2017/1132. Habida cuenta de las consideraciones expuestas en el punto 27 de las presentes conclusiones, procede ahora examinar si dichas obligaciones son conformes a los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

C. Examen de la normativa nacional en relación con la libertad de establecimiento

58. El propio órgano jurisdiccional remitente considera que las obligaciones impuestas en virtud del Derecho alemán al administrador de una sociedad de otro Estado miembro que desea establecer una sucursal en otro Estado miembro constituyen una restricción a la libertad de establecimiento.

59. A este respecto, como señala el órgano jurisdiccional remitente, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho primario deben reunir cuatro requisitos para ser conformes a este. Estas medidas deben, en primer lugar, aplicarse de manera no discriminatoria, en segundo lugar, justificarse por razones imperiosas de interés general, en tercer lugar, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y, en cuarto lugar, no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.[19]

60. El órgano jurisdiccional remitente explica que, según el legislador alemán, las obligaciones relativas a las declaraciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial se justifican por la necesidad imperiosa de proteger el tráfico mercantil frente a representantes de una sociedad que puedan ser inadecuados. Se trata de impedir que unas personas inadecuadas con arreglo al Derecho alemán inscriban una sucursal en Alemania, como representantes de una sociedad

[18] Véase el punto 42 de las presentes conclusiones.

[19] Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512), apartado 133.

extranjera, y eludiendo de esta forma los impedimentos al nombramiento de los de administradores de sociedades en vigor en ese Estado miembro. El órgano jurisdiccional remitente señala que, según su criterio, esas obligaciones responden a razones imperiosas de interés general, a saber, la protección de los acreedores y de la lealtad en las transacciones frente a representantes de una sociedad inaptos para sus cargos.

61. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente estima que las obligaciones controvertidas van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, en la medida en que se somete a los administradores de la sociedad extranjera a una obligación de declaración sujeta a sanción penal. Señala que, sin embargo, no puede exigirse a los administradores extranjeros que tengan conocimientos fundados de la legislación nacional aplicable en materia de impedimentos a su nombramiento.

62. Además, considera que la exigencia de tales requisitos solo pretende garantizar preventivamente que, a través del establecimiento de una sucursal, no se eludan los impedimentos al nombramiento establecidos por el Derecho alemán. Se trata así de prevenir abusos de la libertad de establecimiento y fraudes por parte de representantes de la sociedad inadecuados conforme a ese Derecho. Aun así, concluye que, a la luz de la sentencia Centros,[20] todo ello no puede justificar la denegación de la inscripción de la sucursal.

1. Posiciones de las partes

63. Todas las partes reconocen que las obligaciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial constituyen, a la luz de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, una restricción a libertad de establecimiento, incluso la recurrente en la hipótesis de que esas obligaciones no estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132.

64. La recurrente suscribe la posición del órgano jurisdiccional remitente y considera que estamos, en el presente caso, ante una restricción a la libertad de establecimiento que va más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos. En ese mismo espíritu, la Comisión alega que las declaraciones en cuestión se exigen a pesar de que el administrador de la sociedad ya ha sido nombrado para ese cargo de la forma prescrita en otro Estado miembro. Señala que, en consecuencia, dicho administrador debe presentar una segunda vez los justificantes relativos a su idoneidad para el cargo. Considera que todo ello conculca el principio de proporcionalidad, dirigido, en particular, a evitar que se dupliquen las formalidades, es decir, que se repitan trámites ya efectuados en otro Estado miembro.

65. En cambio, el Gobierno alemán alega que los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen a la obligación controvertida, que considera justificada por una razón imperiosa de interés general, a saber, la de proteger la lealtad comercial. Estima, en efecto, que la obligación controvertida no es discriminatoria, que permite alcanzar el objetivo perseguido y que es proporcionada. Considera que las averiguaciones que pudiera llevar a cabo el juzgado alemán encargado del Registro en relación con la concurrencia de posibles causas de incapacidad no garantizarían de manera tan adecuada la realización de dicho objetivo. Añade que tales indagaciones solo son posibles si existe previamente un sistema de intercambio automático de información entre los registros de los Estados miembros, el cual fue establecido, por primera vez, por el artículo 13 *decies* de la Directiva 2017/1132, introducido por la Directiva 2019/1151. Por otra parte, considera que la obligación de realizar la declaración establecida en artículo 8 de la GmbHG es adecuada, puesto

[20] Sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 38.

que su objetivo es garantizar, con carácter preventivo, que las causas de incapacidad nacionales no se vean eludidas mediante la creación de sucursales de sociedades establecidas en otro Estado miembro.

2. Apreciación

a) Aplicación a las sucursales de las sociedades establecidas en otros Estados miembros de los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades

66. Ha de señalarse, previamente, que las obligaciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial se imponen, con carácter preventivo y general, a las sociedades ya establecidas con arreglo al Derecho de otro Estado miembro y a los administradores de esas sociedades, aunque estos estén inscritos como administradores de esas sociedades en su Estado miembro de establecimiento. Por lo tanto, la imposición de esas obligaciones a los administradores de las sociedades establecidas en otros Estados miembros se basa en la premisa de que los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades establecidos por el Derecho alemán son aplicables a dichos administradores. [21]

67. Habida cuenta de las consideraciones expuestas en el punto 56 de las presentes conclusiones, para el legislador de la Unión, tales impedimentos entroncan con los requisitos relativos a la constitución de las sociedades o, en su caso, a la inscripción de las sucursales de estas.

68. Las sociedades mencionadas en el artículo 54 TFUE tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, en particular, por medio de una sucursal y, para dichas sociedades, la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal sirve para determinar su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. [22] La libertad de establecimiento supone para dichas sociedades, entre otras cosas, la constitución y la gestión de dichas sociedades en las condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propias sociedades. A este respecto, debe señalarse que la aplicación de los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades establecidos en Derecho alemán no parece basarse en la idea de que la localización de una sucursal en Alemania implica la entera sujeción de la sociedad al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro. [23]

69. Ciertamente, en estas circunstancias, es verdad que el supeditar la inscripción de una sucursal a unos requisitos adicionales con los que se establecen esos impedimentos en el Derecho de un Estado miembro que no es el del Estado miembro de establecimiento de la sociedad, al que dicha

[21] En este orden de ideas, respondiendo a la pregunta del Tribunal de Justicia, la Comisión señaló que las obligaciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial tienen como efecto que el Derecho alemán en materia de inhabilitación de administradores sea aplicable a los administradores de sociedades registradas en otros Estados miembros que desean abrir una sucursal en Alemania. Además, refiriéndose a los documentos presentados durante el proceso legislativo, el Gobierno alemán señala que «con ello, lo único que se pretende es impedir que personas que con arreglo al Derecho alemán no serían aptas —por ejemplo, que no podrían acceder al cargo de administradores de una sociedad de responsabilidad limitada— inscriban, en su condición de representantes de una sociedad extranjera, una sucursal en Alemania».

[22] Véase la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512), apartado 97 y jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada.

[23] El órgano jurisdiccional remitente señala que las obligaciones a que se refiere a la segunda cuestión prejudicial se imponen también a las «sociedades extranjeras constituidas en el extranjero con directivos extranjeros y que mantienen efectivamente un centro de actividad principal en el extranjero». Sobre esta problemática, véase Avout, L., «L'entreprise et les conflits internationaux de lois», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 2019, vol. 397, p. 264.

sociedad está sujeta, no equivale a llegar a negar esa libertad de establecimiento.[24] No obstante, esta circunstancia dificulta, cuando menos, la inscripción y constituye, por tanto, una restricción a la libertad de establecimiento.[25]

70. No es menos cierto que los requisitos de que se trata no se refieren a la propia sociedad, sino directamente a la aptitud personal del administrador de una sociedad. Sin embargo, el incumplimiento de dichos requisitos conduce a que se deniegue la inscripción de una sucursal de esa sociedad. Por lo tanto, debe considerarse que los impedimentos del Derecho alemán al nombramiento de administradores de sociedades no se aplican en el marco de la actividad de dichas sociedades, propiamente dicha, sino que afectan, en cambio, a la constitución de una sociedad o, más tarde, de un establecimiento de la misma en otro Estado miembro.[26]

71. Por otra parte, en la sentencia Segers,[27] el Tribunal de Justicia consideró que una discriminación en materia de protección social de un director en función del domicilio de la sociedad que dirige restringe indirectamente la libertad de las empresas de otro Estado miembro para establecerse, a través de una agencia, sucursal o filial, en el Estado miembro de que se trate. Con mayor motivo, la exigencia de requisitos adicionales con los que se establezcan impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades también restringe esa libertad.

72. En este contexto, el Estado miembro en el que se solicite la inscripción de una sucursal puede tomar medidas para impedir que, recurriendo a las posibilidades que ofrece el Tratado, algunos de sus nacionales intenten eludir de modo abusivo la aplicación de su legislación nacional.[28] En consecuencia, procede determinar si la aplicación, en relación con las sucursales de sociedades establecidas en otros Estados miembros, de los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades en vigor en ese Estado miembro puede estar justificada a la vista de tal objetivo.

b) Sobre la lucha contra el uso abusivo de la libertad de establecimiento

73. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de «abuso de Derecho» constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión según el cual «la constatación de que se trata de una práctica abusiva exige, por un lado, que concurran una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa [de la Unión], no se ha alcanzado el objetivo

[24] Véase, *a sensu contrario*, en relación con el derecho que asiste a un Estado miembro, cuando se considere que una sociedad constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario ha trasladado su domicilio social efectivo al primer Estado, a denegar a esa sociedad capacidad jurídica, la sentencia de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632), apartado 93. Véanse también por analogía las conclusiones que presenté en el asunto McCarthy y otros (C-202/13, EU:C:2014:345), puntos 138 y 139.

[25] Véase, en este sentido, en relación con la aplicación de impedimentos al nombramiento de administradores en relación con sucursales de sociedades establecidas en otro Estado miembro, Ebke, W. F., «The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws», *The International Lawyer*, 2002, vol. 36, p. 1031, nota a pie de página 112; Gerner-Beuerle, C., Mucciarelli, F., Schuster, E., Siems, M., «Study on the Law Applicable to Companies. Final Report», *Publications Office in the European Union*, 2016, Luxemburgo, p. 139; Sørensen, K. E., «Branches of Companies in the EU: Balancing the Eleventh Company Law Directive, National Company Law and the Right of Establishment», *European Company and Financial Law Review*, 2014, vol. 11(1), p. 83; y Tridimas, T., «Abuse of Rights in the EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law», en la Feria, R., Vogenauer, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law*?, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2011, p. 178.

[26] Véase, *a sensu contrario*, la sentencia de 10 de diciembre de 2015, Kornhaas (C-594/14, EU:C:2015:806), apartado 28. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que la aplicación de una disposición nacional que no afectaba en absoluto a la constitución de una sociedad en un Estado miembro concreto ni a su establecimiento posterior en otro Estado miembro y que, en cambio, se aplicaba en el marco de la actividad de esa sociedad no afectaba a la libertad de establecimiento.

[27] Sentencia de 10 de julio de 1986 (79/85, EU:C:1986:308), apartado 15.

[28] Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), apartado 39.

perseguido por dicha normativa. Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa [de la Unión] creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención».[29]

74. Al tomar en consideración los objetivos perseguidos por las disposiciones del Derecho de la Unión que el justiciable no puede alegar de un modo abusivo o fraudulento, parece que el Tribunal de Justicia llevó a cabo, en la sentencia Centros,[30] una distinción, dentro de las disposiciones nacionales cuya aplicación habían intentado evitar los interesados, entre, por una parte, normas que regulan la constitución de sociedades, y, por otra parte, normas relativas al ejercicio de determinadas actividades profesionales. El Tribunal de Justicia consideró, a este respecto, que las disposiciones nacionales de que se trataba encajaban perfectamente en esa primera categoría y que, en las circunstancias de ese asunto, su aplicación no podía justificarse alegando la lucha contra el uso abusivo de la libertad de establecimiento. La doctrina ha deducido de ello que puede ser más fácil invocar el abuso en aquellos casos en que la intención sea la de evitar la aplicación de las normas relativas al ejercicio de ciertas actividades profesionales.[31]

75. Sin embargo, los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades que prevé el Derecho alemán se aplican a cualquier actividad profesional llevada a cabo a través de una sucursal y entroncan, a la luz de las novedades introducidas por la Directiva 2019/1151, con los requisitos relativos a la constitución de sociedades o al registro de sucursales.[32]

76. Por lo demás, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no cabe presumir de manera sistemática y generalizada la existencia de un abuso o de un fraude. En efecto la denegación del beneficio de la libertad de establecimiento motivada por un comportamiento abusivo o fraudulento debe hacerse en cada caso concreto.[33]

77. En el presente contexto, ningún elemento, ya sea objetivo o subjetivo, permite considerar que el hecho de solicitar la inscripción de una sucursal en el Registro Mercantil en el litigio principal constituya un comportamiento abusivo o fraudulento. Además, el órgano jurisdiccional remitente indica que no es seguro que, en el caso de autos, concurra en la persona del administrador un impedimento a su nombramiento con arreglo al Derecho alemán y que nada indica que exista tal prohibición. Parece, pues, que la aplicación preventiva y con carácter general de los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades establecidos por el Derecho alemán, así como la imposición de las obligaciones mencionadas en la segunda cuestión prejudicial, invocando la lucha contra el uso abusivo de la libertad de establecimiento, se basa en la premisa de que cualquier inscripción de una sucursal en Alemania se hace con la intención de sustraerse de tales impedimentos. Pues bien, a la luz de las consideraciones formuladas en el punto anterior, ni la aplicación de dichos requisitos ni la imposición de esas obligaciones al amparo de tales justificaciones pueden considerarse conformes con los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

29 Véase la sentencia de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695), apartados 52 y 53.

30 Véase la sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 25 y jurisprudencia citada.

31 Véase, en este sentido, Sørensen, K. E., «The fight against letterbox companies in the internal market», *Common Market Law Review*, 2015, vol. 25(1), p. 92, y Munari, F., Terrile, P., «The Centros case and the rise of an EC market for corporate law», en Ferrarini, G., Hopt, K. J., Wymeersch, E. (eds.), *Capital Markets in the Age of the Euro*: *Cross-Border Transactions, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, La Haya, Londres, New York, 2002, p. 47.

32 Véase el punto 56 de las presentes conclusiones.

33 Véase, en este sentido, la sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 25. Véase también Tridimas, T., «Abuse of Rights in the EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law», en la Feria, R., Vogenauer, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law*?, Hart Publishing, Oxford — Portland, 2011, p. 178.

78. A mayor abundamiento, el Gobierno alemán alega que las novedades introducidas por la Directiva 2019/1151 para los administradores inhabilitados [34] muestran que los Estados miembros siguen estando facultados, con arreglo a dicha Directiva, para definir ellos mismos la idoneidad personal exigida al representante de una sociedad. Según dicho Gobierno, no existe una razón por la cual los Estados miembros no puedan recurrir al instrumento del control preventivo de los abusos.

79. Sin embargo, tales novedades —que no resultan aplicables en el litigio principal— no restan fuerza a las consideraciones formuladas en los anteriores puntos de las presentes conclusiones.

80. Ciertamente, el considerando 3 de la Directiva 2019/1151 declara que esta pretende ofrecer las garantías necesarias frente al abuso y el fraude. En este contexto, el considerando 23 de dicha Directiva permite a los Estados miembros denegar el nombramiento de una persona como administrador de una sociedad, teniendo en cuenta la conducta anterior de dicha persona en su propio territorio, pero también, cuando así se establezca en virtud del Derecho nacional, información que faciliten otros Estados miembros. En el mismo sentido, el considerando 24 señala que, para garantizar la protección de todas las personas que interactúan con sociedades o sucursales y para prevenir comportamientos fraudulentos o abusivos, las autoridades competentes de los Estados miembros deben poder comprobar si la persona que se vaya a nombrar como administrador está inhabilitada para ejercer funciones de administrador.

81. Según la exposición de motivos de la propuesta de la Directiva 2019/1151, [35] el artículo 13 *decies* de la Directiva 2017/1132, modificada por esa primera Directiva, ofrece un marco jurídico para que un Estado miembro solicite a los demás Estados miembros información relativa a los administradores inhabilitados. Dicha disposición permite a los Estados miembros comprobar con otros Estados miembros si una persona que va a ser registrada en calidad de administrador de una sociedad está inhabilitada para el ejercicio de esa función en otro Estado miembro sobre la base del Derecho nacional de dicho Estado miembro.

82. Pues bien, la Directiva 2019/1151 se basa en la premisa de que, en ese entorno jurídico, la prevención sistemática y generalizada del comportamiento abusivo o fraudulento que consiste en crear una sociedad en otro Estado miembro para eludir una prohibición de ejercer las funciones de administrador puede llevarse a cabo en el Estado miembro de establecimiento de la sociedad. Este es el contexto en el que un Estado miembro puede, con arreglo al artículo 13 *decies*, apartado 2, segunda frase, de la Directiva 2017/1132, modificada por la Directiva 2019/1151, denegar el nombramiento de una persona como administrador de una sociedad cuando esa persona se encuentre inhabilitada para el ejercicio de la función de administrador en otro Estado miembro.

83. Esta consideración se ve confirmada por el análisis de otras disposiciones introducidas por la Directiva 2019/1151.

[34] Según el artículo 13 *decies* de la Directiva 2017/1132, modificada por la Directiva 2019/1151, se entiende que los «administradores» incluyen, al menos, a las personas a las que se refiere el artículo 14, letra d), inciso i), de esa primera Directiva, a saber, las personas que, como órgano legalmente previsto, o como miembros de tal órgano, tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representarla en juicio. A este respecto, de la presente petición de decisión prejudicial se desprende que, según la terminología utilizada por el órgano jurisdiccional remitente, un «director de la sociedad» es, de hecho, el representante legal de dicha sociedad. En consecuencia, puede ser considerado como un «administrador» en el sentido de las disposiciones antes citadas.

[35] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, COM(2018) 239 final, p. 15.

84. Como alega la Comisión, con arreglo al artículo 13 *octies*, apartado 3, letra f), de la Directiva 2017/1132, modificada por la Directiva 2019/1151, las normas detalladas para la constitución en línea de sociedades que deben establecer los Estados miembros incluyen, en particular, las normas sobre los «procedimientos para comprobar el nombramiento de los administradores». El artículo 28 *bis* de dicha Directiva contiene disposiciones similares en relación con el registro en línea de sucursales. Sin embargo, la enumeración, en el artículo 28 *bis*, apartado 3, de dicha Directiva de los ámbitos en los cuales los Estados miembros deben establecer normas detalladas, pese a ser muy similar a la que figura en el artículo 13 *octies*, no se refiere a los procedimientos de control de los administradores.

85. Falta por comprobar si una restricción a libertad de establecimiento derivada de la aplicación de los impedimentos establecidos en Derecho alemán al nombramiento de administradores de sociedades puede justificarse por otros motivos que han sido invocados tanto por el órgano jurisdiccional remitente como por el Gobierno alemán, a saber, la protección de los acreedores y de la lealtad comercial.

c) Sobre la protección de los acreedores y de la lealtad comercial

86. Aunque la protección de los acreedores y de la lealtad comercial constituye una razón imperiosa de interés general,[36] las medidas que se justifiquen por esta razón también han de cumplir los criterios de no discriminación, eficacia y proporcionalidad que se han recordado en el punto 59 de las presentes conclusiones.

87. En primer lugar, dado que los impedimentos del Derecho alemán al nombramiento de administradores de sociedades también se aplican a las sociedades establecidas en Alemania, nada indica que tales requisitos se apliquen de forma discriminatoria.

88. Por otra parte, en relación con la protección de los acreedores y la lealtad comercial, bien es cierto que el hecho de que una persona que ha sido nombrada legalmente administrador de una sociedad establecida en otro Estado miembro se tope con los impedimentos a su nombramiento mencionados en el artículo 6, apartado 2, segunda frase, puntos 2 y 3, y tercera frase, de la GmbHG no implica necesariamente que, a través de una sucursal, dicha persona no tenga poder para vincular a la sociedad frente a terceros.

89. No obstante, en Derecho alemán, los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades adoptan la forma, por una parte, de una prohibición judicial o administrativa de ejercer una profesión o una actividad que corresponda a la actividad de la sucursal. Tal prohibición se impone precisamente para proteger el tráfico mercantil. Por otra parte, también figuran entre los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades aquellos que adoptan la forma de condenas por ciertos delitos intencionados, en concreto, los relacionados con la insolvencia, los que consisten en presentar informaciones falsas o inexactas en relación con los negocios y los que consisten en un fraude. En efecto, tales condenas son las únicas que pueden obedecer a la voluntad de proteger la lealtad de las transacciones comerciales.

90. Por último, respecto a su proporcionalidad, estimo que la aplicación de los impedimentos del Derecho alemán al nombramiento de administradores de sociedades no parece ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la aplicación de dichos impedimentos. Aun

[36] Véase la sentencia de 12 de julio de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440), apartado 39 y jurisprudencia citada. Véase también, en este sentido, la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512), apartado 140.

cuando tales impedimentos también son aplicables a personas que ya están legalmente inscritas como administradores de las sociedades en otros Estados miembros, en defecto de una armonización de tales impedimentos a escala de la Unión, nada permite presumir que cualquier Estado miembro establezca impedimentos análogos, de manera que la aplicación de los impedimentos del Derecho alemán al nombramiento de administradores de sociedades conduciría a una duplicación de los impedimentos o de las formalidades. Por otra parte, cuando se crea una sociedad, no es posible anticipar todas las decisiones que tomará en relación con la inscripción de sus sucursales. No debe, por tanto, excluirse que el Estado miembro de establecimiento de una sociedad no pueda garantizar plenamente el cumplimiento de las obligaciones en materia de nombramiento de administradores en vigor en el Estado miembro de acogida de las sucursales de dicha sociedad. Además, la aplicación de esos impedimentos permite garantizar la eficacia de las prohibiciones judiciales y administrativas para ejercer una profesión o una actividad en el espacio de la Unión.

91. En síntesis, el hecho de supeditar la inscripción de una sucursal a los requisitos adicionales establecidos por el Derecho de un Estado miembro distinto del Estado miembro de establecimiento, con los que se establecen impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades, como lo hace el Derecho alemán, constituye, por lo tanto, una restricción a libertad de establecimiento. Pues bien, tal restricción puede estar justificada en razón de la protección de los acreedores y de la lealtad comercial.

92. Procede ahora determinar si ocurre lo mismo con las obligaciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial. La compatibilidad de la aplicación de los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades dimanantes de la legislación nacional con el Derecho de la Unión no necesariamente implica que así ocurra con cualquier medida que permita comprobar, con arreglo a dicha legislación, que no concurren tales impedimentos.

d) Sobre la justificación de las obligaciones controvertidas en razón de la protección de los acreedores y de la lealtad comercial

93. En la medida en que las obligaciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial se aplican en las mismas condiciones que los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades establecidas en Derecho alemán, nada permite considerar que dichas obligaciones se apliquen de forma discriminatoria.

94. Por lo que se refiere a la eficacia de la obligación de declarar que no concurren tales impedimentos, esta ha sido reconocida por la Directiva 2019/1151 en consideración a la protección de los acreedores y a la lealtad comercial. El artículo 13 *decies*, apartado 2, de la Directiva 2017/1132, introducido por la Directiva 2019/1151, en relación con los considerandos 23 y 24 de esta última Directiva, establece que, con el fin de garantizar la protección de todas las personas que interactúen con las sociedades, los Estados miembros podrán exigir que «las personas que soliciten convertirse en administradores declaren si tienen conocimiento de circunstancias que pudieran dar lugar a la inhabilitación en el Estado miembro de que se trate».

95. Al no existir un sistema de intercambio automático de información sobre los impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades, no parece que dicha obligación vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de proteger a los acreedores y la lealtad comercial, sin imponer una carga injustificada a las personas interesadas. Además, no parece que el

conocimiento de las normas de orden público del Estado miembro donde se registra una sucursal que establecen impedimentos relacionados con la fiabilidad en los negocios, como los establecidos en Derecho alemán, requiera un estudio sumamente profundo de ese Derecho.

96. Aunque la obligación de declarar que no concurren impedimentos al nombramiento de administradores de sociedades está justificada, no es el caso de la obligación de declarar que el administrador ha sido informado por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular de su obligación absoluta de facilitar al juzgado información al respecto.

97. En efecto, no hay nada que justifique que tenga que ser necesariamente un administrador quien realice esa declaración y que no pueda realizarla la persona que haya informado a este último de su obligación de facilitar información al juzgado encargado del Registro. Por lo demás, la obligación de presentar dicha declaración se deriva más bien de las disposiciones de Derecho nacional en materia de responsabilidad penal. De no existir tal declaración, el interesado tendría derecho a guardar silencio sobre algunas condenas y no se le aplicarían las sanciones previstas por declaraciones falsas relativas a dichas condenas. Pues bien, el interés de un Estado miembro en extender el alcance de la responsabilidad penal de los administradores a declaraciones que se refieren a la existencia de impedimentos a su nombramiento no puede equipararse necesariamente al interés de proteger a los acreedores. Bastaría con que no se exima a los administradores, en principio, de declarar tales condenas.

98. Con ánimo de exhaustividad, deseo aclarar que las anteriores consideraciones no prejuzgan la conformidad con el Derecho de la Unión de las sanciones penales que llevan aparejadas las obligaciones a que se refiere la segunda cuestión prejudicial.

V. Conclusión

99. Habida cuenta del conjunto de consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) del siguiente modo:

«1) La Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, debe interpretarse en el sentido de que no constituyen una “obligación de publicidad” en el sentido del artículo 30 de dicha Directiva las obligaciones en virtud de las cuales, 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 debe 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, o en forma de condena firme por determinados delitos, y que ha sido informado por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular de su obligación absoluta de facilitar información al juzgado al respecto.

2) Les artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen 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 declarar que no concurren tales impedimentos a su nombramiento.

3) Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual el administrador de dicha sociedad debe declarar que ha sido informado por un notario, un asesor jurídico equiparable o un funcionario consular de su obligación absoluta de facilitar al juzgado información al respecto.»