CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 16 de julio de 1998 *

I. Objeto de la presente cuestión prejudicial y contexto fáctico y normativo del litigio principal

1. El Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg (en lo sucesivo, «Højesteret») solicita al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (en lo sucesivo, «Tratado») y a efectos del mismo, que interprete las disposiciones comunitarias relativas al derecho de establecimiento, con respecto a un caso de supuesta elusión de las disposiciones internas de un Estado miembro que exigen un capital mínimo a las empresas constituidas con una determinada forma social. La cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el Juez *a quo* es la siguiente:

«¿Es compatible con el artículo 52, en relación con los artículos 56 y 58 del Tratado CE, denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tiene su domicilio social en otro Estado miembro y que, con un capital social de 100 UKL (aproximadamente 1.000 DKR), fue constituida legalmente y existe de conformidad con la legislación de dicho Estado miembro, cuando la referida sociedad no ejerce, ella misma, ninguna actividad comercial, pero se crea dicha sucursal con la finalidad de ejercer toda su actividad en el país en el que tal sucursal se establezca, y cuando cabe considerar que el método utilizado pretende evitar la constitución de una sociedad en este último Estado miembro para eludir la obligación de desembolsar una cantidad mínima de 200.000 DKR (actualmente 125.000 DKR) en concepto de capital social?»

2. En primer lugar, recordaré los hechos que originaron el litigio principal. En el verano de 1992, la Sra. Bryde, socio y administrador único de Centros Ltd., private limited company constituida en el mes de mayo del mismo año de conformidad con la legislación de Inglaterra y Gales, solicitó al Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (en lo sucesivo, «Registro Mercantil») la homologación de la escritura de constitución de Centros con el fin de inscribir una sucursal. De la resolución de remisión se desprende que el objeto social de Centros, según su escritura de constitución, consiste en el ejercicio de actividades en numerosos sectores económicos, incluido el crediticio. Sin embargo, conforme a la voluntad de los socios, Centros sólo debía desarrollar las actividades de importación y exportación de vinos. La sociedad no ha tenido nunca actividad desde la fecha de su constitución. Centros sólo tiene otro socio, que es el marido de la Sra. Bryde. Los esposos Bryde, ambos nacionales daneses residentes en Dinamarca, adquirieron la sociedad poco tiempo después de su constitución y las dos únicas acciones emitidas se inscribieron a su favor. El capital social de Centros, cuyo importe es igual al

* Lengua original: italiano.

mínimo legal de 100 UKL, no ha sido efectivamente desembolsado y se encuentra depositado en una caja en el domicilio de M. Bryde. El domicilio social de Centros se encuentra en el Reino Unido, en el domicilio de un amigo del matrimonio Bryde.

3. En Dinamarca, la inscripción de sucursales de sociedades de responsabilidad limitada extranjeras se rige por las disposiciones sobre sociedades de responsabilidad limitada que, en la época de los hechos controvertidos, estaban contenidas en el lovbekendtgørelse nº 660, de 25 de septiembre de 1991 (véanse los artículos 117 a 122). Con arreglo a la mencionada legislación, una sociedad de responsabilidad limitada radicada en un Estado miembro puede operar en Dinamarca mediante sucursales ubicadas en el territorio nacional, dirigidas por uno o varios administradores con facultades para representarla. Para que la sucursal pueda operar de modo válido, debe solicitarse su inscripción en el Registro Mercantil; si se deniega la inscripción, la sucursal no puede continuar ejerciendo sus actividades. Por lo que respecta al desarrollo de sus actividades en Dinamarca, la sucursal está sujeta a la legislación danesa y a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales. A efectos de las presentes conclusiones, debe asimismo recordarse la circunstancia —mencionada de modo expreso, por otra parte, en la cuestión prejudicial— de que en la época de los hechos las sociedades de responsabilidad limitada constituidas en Dinamarca debían disponer de un capital inicial mínimo de 200.000 DKR. [1] En la exposición de motivos del Proyecto de Ley, que sería adoptado más tarde mediante la Ley nº 886, de 21 de diciembre de 1991, el incremento del capital mínimo exigido para la constitución de sociedades del tipo de que se trata (así como para la constitución de sociedades anónimas), [2] con respecto a los importes correspondientes vigentes con anterioridad, se justificó con el objetivo de reforzar la solvencia financiera de dichas sociedades, para proteger los intereses del Estado y los de otros acreedores públicos que, a diferencia de los acreedores privados, no pueden exigir garantías o fianzas para asegurar sus derechos de crédito. Otro objetivo de la nueva normativa consistía en prevenir el riesgo de quiebra fraudulenta debida a la insolvencia de sociedades con un capital inicial insuficiente. En la legislación danesa no se prevé que la sociedad extranjera comunitaria que solicita la constitución de una sucursal en territorio nacional deba disponer de un capital mínimo. Sin embargo, la práctica seguida en tales casos por el Registro Mercantil es, al parecer, comprobar si la constitución en el extranjero de la sociedad solicitante constituye un instrumento para eludir la normativa danesa sobre aportación del capital inicial mínimo. En el presente asunto,

1 — Posteriormente, mediante la Ley nº 378, de 22 de mayo de 1996, el importe correspondiente se redujo a 125.000 DKR. No obstante, al mismo tiempo, se introdujeron otras disposiciones más estrictas relativas a la protección del capital social, en particular: i) prohibición de adquirir participaciones propias o participaciones de la sociedad matriz; ii) requisitos para la adquisición de la sociedad por parte de los socios en los dos años siguientes a su registro, cuando el valor de la operación sea igual o superior a 50.000 DKR y afecte como mínimo al 10 % del capital; iii) obligaciones que incumben a los administradores en caso de pérdidas iguales o superiores al 40 % del capital social.

2 — La Ley nº 886, de 21 de diciembre de 1991, fijó el capital inicial mínimo exigido para la constitución de sociedades anónimas en 500.000 DKR (es decir, un importe muy superior al capital mínimo, equivalente a 25.000 ECU, establecido por la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (en lo sucesivo, «Segunda Directiva»; DO 1977, L 26, p. 1; EE 17/01, p. 44), en su versión posteriormente modificada].

el Registro Mercantil, al no haber recibido de la Sra. Bryde las aclaraciones solicitadas sobre la actividad de Centros en Inglaterra y Gales, rechazó su solicitud de inscripción. El Østre Landsret confirmó esa decisión mediante sentencia de 8 de septiembre de 1995 en la que excluyó que las normas del Tratado en materia de libertad de establecimiento permitan a una sociedad de otro Estado miembro, cuya actividad se desarrolle íntegramente en el territorio de un Estado miembro distinto, eludir normas imperativas de este último Estado. En primera instancia se examinó como testigo al Sr. Bryde, quien declaró que ignoraba si la adquisición de Centros y la posterior constitución de una sucursal en Dinamarca constituían un mecanismo destinado a eludir la legislación danesa, aunque admitió que «desde luego es más fácil encontrar 100 UKL que 200.000 DKR». En este contexto, el Højesteret, ante el que está pendiente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó el auxilio interpretativo de este Tribunal en los términos antes mencionados.

II. Alegaciones de las partes, de los Gobiernos nacionales coadyuvantes y de la Comisión

4. Centros considera que en el caso de autos se cumplen todos los requisitos establecidos en el Derecho de sociedades danés para el registro de una sucursal. Por tanto, la decisión denegatoria adoptada por el Registro Mercantil es contraria a la libertad de establecerse en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que radica el establecimiento principal; libertad reconocida a Centros por los artículos 52 y 58 del Tratado. Según la demandante, de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Segers [3] se desprende que el derecho de una sociedad a fundar un establecimiento secundario en el territorio comunitario sólo está supeditado a los requisitos establecidos en el artículo 58 del Tratado, y no se exige además el ejercicio efectivo de la actividad social en el Estado en que se constituyó la sociedad. Por ello, carece por completo de pertinencia el hecho de que la sociedad ejerza actividades comerciales —mediante agencias, sucursales o filiales— exclusivamente en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en que se encuentra situado el establecimiento principal.

5. Análogas observaciones formuló el Gobierno británico, según el cual la negativa a inscribir la sucursal equivale a privar a Centros de un derecho que constituye la esencia misma de la libertad de establecimiento y lesiona el principio del reconocimiento mutuo de sociedades mercantiles. El interés legítimo de proteger a los acreedores de las sociedades de capital puede perseguirse de modo adecuado por medios menos restrictivos que la medida controvertida, ya previstos por lo demás en el Derecho comunitario. Las autoridades británicas recuerdan, por ejemplo, el sistema coordinado de publicidad de nume-

3 — Sentencia de 10 de julio de 1986 (79/85, Rec. p. 2375).

rosos actos e indicaciones relativos a sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades sujetas al Derecho de otro Estado miembro, establecido por la Undécima Directiva del Consejo en materia de sociedades. [4] Gracias a tal sistema, los terceros que entran en relación contractual con la sociedad matriz a través de la sucursal son informados de la circunstancia de que aquélla se constituyó en otro Estado miembro de conformidad con los requisitos allí establecidos, incluidos los relativos al capital inicial, en tanto que las correspondientes indicaciones están disponibles en el Registro nacional en el que está inscrita la sucursal. El Gobierno británico reconoce que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es necesario distinguir entre el ejercicio legítimo del derecho de establecimiento y la utilización meramente instrumental de procedimientos regulados por el Derecho comunitario. Sin embargo, concluye que no cabe en ningún caso calificar como utilización meramente instrumental la constitución, por parte de ciudadanos de un Estado miembro, de una sociedad con arreglo a la legislación de otro Estado miembro. En todo caso, la restricción del derecho de establecimiento derivada de la resolución del Registro Mercantil no puede justificarse con base en objetivos de carácter meramente económico, no previstos en el artículo 56 del Tratado.

6. El Registro Mercantil responde que el matrimonio Bryde no puede invocar los artículos 52 y 58 del Tratado, basándose en la constitución de una sociedad *pro forma* en el Reino Unido, para eludir la aportación del capital mínimo legal. En las circunstancias descritas, la sucursal cuya inscripción en Dinamarca solicitó Centros a través de la Sra. Bryde constituye en realidad la sociedad matriz. Por lo que respecta al concepto comunitario de «sucursal», la parte demandada propone que, a falta de definiciones procedentes de fuentes normativas, se acuda al concepto utilizado por el Tribunal de Justicia en las sentencias interpretativas del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [5] (en lo sucesivo, «Convenio»). De tal jurisprudencia [6] se desprende precisamente que si no existe una sociedad matriz con facultades efectivas de dirección y control de la actividad de la sucursal, ésta constituirá el centro de actividades de la empresa. Según el Registro Mercantil, dicha sucursal deberá, por consiguiente, cumplir los requisitos relativos a la constitución del establecimiento principal y no los relativos al secundario. Por otra parte, la necesidad del desarrollo efectivo de una actividad económica por parte de la sociedad matriz para el ejercicio de la libertad de crear un establecimiento secundario se deduce, *mutatis mutandis*, de la jurisprudencia en materia de libre circulación de los trabajadores. [7] Además, un Estado miembro puede establecer de modo legal tal requisito, puesto que en la fase actual de evolución del Derecho comunitario incumbe a la legislación nacional regular la constitución y funcionamiento de las socie-

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

5 — DO 1972, L 299, p. 32; texto codificado en español en DO 1990, C 189, p. 2. La versión codificada del Convenio, modificada por los sucesivos convenios de adhesión (el último de los cuales es el Convenio de 29 de noviembre de 1996 relativo a la adhesión de la República de Austria, la República de Finlandia y el Reino de Suecia al Convenio), se publicó en DO 1998, C 27, p. 1.

6 — Véanse las sentencias de 6 de octubre de 1976, De Bloos (14/76, Rec. p. 1497), apartado 20; de 22 de noviembre de 1978, Somafer (33/78, Rec. p. 2183), apartado 12, y de 18 de marzo de 1981, Blanckaert & Willems (139/80, Rec. p. 819), apartado 10.

7 — Véase la sentencia de 23 de marzo de 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035), apartado 21, según la cual, con arreglo al Derecho comunitario, sólo pueden acogerse a las ventajas derivadas de esta libertad las personas que ejercen realmente o desean seriamente ejercer una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro distinto del de origen.

dades. Por otra parte, como también ha declarado el Tribunal de Justicia, el Estado de acogida puede exigir a las personas extranjeras comunitarias que cumplan los requisitos relativos al ejercicio de la actividad, aplicables a los ciudadanos o a las sociedades nacionales, siempre que con ello no se impida el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento por parte de dichas personas. [8] El Registro Mercantil sostiene que la pretensión de Centros constituye un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento y sugiere aplicar por analogía al caso de autos la doctrina Van Binsbergen [9] de este Tribunal, elaborada con ocasión de la interpretación del artículo 59 del Tratado: según los principios enunciados en dicha sentencia, un Estado miembro puede adoptar medidas dirigidas a impedir que un operador de otro Estado miembro, que ejerce total o principalmente su actividad en el territorio del primer Estado, invoque la libertad de prestación de servicios con el fin de eludir la aplicación de las normas profesionales vigentes en dicho Estado a las que estaría sujeto de haberse establecido allí. Por último, concluye el Registro Mercantil, aun cuando se permitiera a Centros invocar la libertad de establecimiento en el territorio comunitario, no es menos cierto el hecho de que el requisito relativo al capital inicial mínimo de las sociedades de responsabilidad limitada, previsto en el Derecho danés para proteger los intereses de los socios y de los eventuales empleados y acreedores, constituye una medida totalmente legítima, no obstante la falta de armonización en la materia a nivel comunitario. El reforzamiento de la base financiera de las sociedades del tipo de que se trata constituye una exigencia imperativa de interés general. No cabe perseguir dicha exigencia con medidas menos restrictivas que la denegación de registro, sino utilizando, por el contrario, medidas más drásticas, como la extensión de la responsabilidad de los socios a su correspondiente patrimonio personal o la introducción de una obligación de afianzamiento en el momento de la constitución de la sociedad, en garantía de sus deudas futuras con la Administración tributaria o de la Seguridad Social, o con otros acreedores públicos. Recordando la reiterada jurisprudencia de este Tribunal en materia de ejercicio abusivo de derechos derivados de normas comunitarias, el Registro Mercantil observa, en particular, que en la sentencia Segers, citada por Centros en el presente asunto, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 56 del Tratado permite, en principio, dentro de ciertos límites, que se aplique un régimen especial a las sociedades constituidas de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro, con la condición de que este régimen se justifique por las exigencias de la lucha contra el fraude. Es cierto que se consideró, por último, que la normativa neerlandesa controvertida en ese asunto no estaba justificada de conformidad con la mencionada disposición, puesto que la negativa a conceder una prestación por enfermedad al administrador de la sucursal de una sociedad «puramente formal» constituida de modo regular con arreglo al Derecho de otro Estado miembro no puede constituir una medida apropiada al respecto. No obstante, la solución adoptada en ese caso concreto no afecta en modo alguno a la validez del principio general establecido por el Tribunal de Justicia. Además, la protección de los intereses financieros de los acreedores no constituye un objetivo económico —no amparado en cuanto tal por el mencionado artículo 56— sino que persigue preservar un sistema jurídico basado en la lealtad de las relaciones contractuales.

8 — Véase la sentencia de 12 de julio de 1984, Ordre des avocats au barreau de Paris (107/83, Rec. p. 2971), apartados 18 y 20.

9 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974 (33/74, Rec. p. 1299), apartado 13.

7. Además del Gobierno danés, comparten los argumentos del Registro Mercantil las

autoridades francesas y suecas. Por otra parte, el Gobierno danés alega incluso, con carácter preliminar, que se trata de una situación meramente interna de Dinamarca, de modo que las normas comunitarias invocadas por Centros no son aplicables al caso de autos. En efecto, en su opinión la demandante intenta eludir las disposiciones nacionales mediante la constitución de una sociedad matriz «disfrazada» de sucursal. No obstante, dado que no existe un vínculo de carácter comercial efectivo y continuo entre Centros y la vida económica británica, ni entre la sociedad y la sucursal danesa, no se cumple en el presente caso el requisito establecido por el Tribunal en los asuntos Levin y Gebhard. [10] En todo caso, según el Gobierno danés, no cabe aplicar los principios de la sentencia Segers al litigio principal, en el que no se dan aspectos discriminatorios por razón de la nacionalidad.

8. El Gobierno francés, por su parte, sostiene que el principio según el cual carece de pertinencia, a efectos del derecho de establecimiento, la falta de ejercicio de actividades comerciales en el Estado de constitución de la sociedad extranjera —enunciado por este Tribunal en la sentencia Segers e invocado por Centros en el presente asunto (véase el punto 4 *supra*)— sólo es aplicable si la operación de montaje está justificada por motivos legítimos y no concurre ninguna intención abusiva o fraudulenta. El caso es distinto cuando, como ocurre en el presente asunto, el único objetivo de la operación estriba en eludir la legislación sobre sociedades del Estado del establecimiento secundario. En tal caso este último Estado podrá denegar el registro de la sucursal y debe considerarse probado el carácter abusivo o fraudulento del comportamiento de que se trata. Por tal razón, en Francia cabe solicitar a la autoridad competente que verifique la posible existencia de un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento por parte del interesado, cuando la actividad de la sucursal de la sociedad extranjera esté «regulada», es decir, sujeta a control, autorización o diploma.

9. El Gobierno neerlandés, por su parte, reconoce que la resolución del Registro Mercantil es contraria al artículo 52 del Tratado, y se detiene, en cambio, en examinar los límites a que está sujeta la aplicación al caso de autos de la norma de que se trata. En particular, a la vez que señala la necesidad de efectuar una interpretación coherente del conjunto de las normas comunitarias sobre libertades fundamentales, recuerda el principio —establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Rutili, [11] relativa a la libre circulación de los

10 — Véanse las sentencias Levin, citada en la nota 7 *supra*, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartados 25 y 26, según la cual la libertad de establecimiento — a diferencia de la libertad de prestación de servicios, caracterizada por la índole temporal de las actividades ejercidas en otro Estado miembro— persigue permitir que los ciudadanos comunitarios participen, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen y que se beneficien de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia.

11 — Véase la sentencia de 28 de octubre de 1975 (36/75, Rec. p. 1219), apartado 28, relativa a la interpretación de los artículos 7 (ahora 6) y 48 del Tratado.

trabajadores— según el cual la existencia de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público puede justificar la adopción de eventuales medidas nacionales restrictivas, basadas en el comportamiento de la persona interesada. A la luz de estas precisiones deben interpretarse las afirmaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Segers, según las cuales las exigencias de la lucha contra las prácticas fraudulentas pueden justificar la aplicación de un régimen especial a las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de otro Estado miembro; en efecto, esta excepción se basa asimismo en el concepto de orden público previsto en el artículo 56 del Tratado.

10. La Comisión, por último, propone una perspectiva distinta y más elaborada del caso que nos ocupa. Por un lado, afirma que Centros simplemente ejerció el derecho de establecerse en el Estado miembro que le ofrecía, en lo que respecta al capital social inicial exigido, las condiciones más ventajosas: lo cual —como debe deducirse de la sentencia Segers— es precisamente uno de los objetivos de la libertad de establecimiento. La posibilidad de servirse de formas sociales extranjeras y de aprovechar las diferencias existentes al efecto entre las legislaciones de los Estados miembros no constituye de por sí una forma ilegal de eludir las normas nacionales. En las circunstancias del litigio principal, la práctica administrativa descrita seguida por el Registro Mercantil, que consiste en la realización de una investigación (véase el punto 3 *supra*), y la consiguiente denegación del registro de la sucursal de una sociedad que cumple los requisitos previstos en el artículo 58 del Tratado originan por tanto —según la Comisión— discriminaciones por razón de la nacionalidad prohibidas en virtud del artículo 52. El Estado del establecimiento secundario no está autorizado para supeditar la inscripción de la sucursal a la condición de que la sociedad matriz cumpla todos los requisitos relativos a la constitución de sociedades, exigidos por su legislación nacional. Por otra parte, según la Comisión, cuando —como sucede en la materia que nos ocupa— no existe coordinación en el plano comunitario, el Estado miembro del establecimiento secundario está legitimado para fijar requisitos para el registro de la sucursal, basados en disposiciones internas y destinados a asegurar a las personas que se relacionan en el propio territorio con la sociedad extranjera una protección más amplia que la derivada de los actos constitutivos de la sociedad extranjera. Por lo que respecta al presente asunto, parece, si no cierto, al menos, verosímil que las normas danesas sobre aportación de capital inicial ponen en práctica el objetivo enunciado, que persigue la protección de los acreedores públicos. Sin embargo, la denegación pura y simple del registro del establecimiento secundario debido a un presunto intento de eludir las disposiciones legales vigentes es desproporcionada con respecto a dicho objetivo. No cabe aplicar a tal negativa ninguna de las razones justificativas previstas en el artículo 56 del Tratado, que no se aplica a objetivos de carácter económico y, en todo caso, sería preciso probar la existencia del intento de fraude de la sociedad extranjera frente a los acreedores en Dinamarca. Según la Comisión, en el contexto fáctico y normativo del litigio principal, un medio adecuado y menos restrictivo de proteger los intereses de los acreedores consistiría en supeditar la inscripción de la sucursal al requisito de que la sociedad matriz extranjera tenga un capital social equivalente al exigido por las disposiciones nacionales pertinentes para la constitución en Dinamarca de una sociedad del mismo tipo.

III. Análisis jurídico de la cuestión planteada al Tribunal de Justicia

11. La resolución de remisión ha circunscrito claramente el objeto de la presente cuestión prejudicial en los siguientes términos: en el litigio principal no se discute el derecho de las private companies limited by shares válidamente constituidas y con domicilio social en Inglaterra o Gales a establecerse en territorio danés mediante sucursales, aun cuando el capital inicial mínimo establecido por la legislación británica para esta forma social es notablemente inferior al exigido por el Derecho danés para las sociedades del mismo tipo establecidas en Dinamarca. Además, según las afirmaciones efectuadas en la vista por el Agente del Gobierno danés, las sociedades de responsabilidad limitada comunitarias, en particular británicas, utilizan ampliamente en la práctica el derecho de establecerse en Dinamarca, sin que se expongan por ello a que el Registro Mercantil adopte medidas prohibitivas análogas a la ahora controvertida. La cuestión que se plantea es, por consiguiente, la siguiente: ¿ejerce de modo legal el derecho a crear un establecimiento secundario una sociedad que persigue ejercer sus actividades comerciales *exclusivamente* en el Estado de registro de la sucursal, cuando consta que la elección inicial de constituir la sociedad en otro Estado miembro, distinto de aquél en el que se pretende operar, estuvo motivada *únicamente* por el objetivo de eludir la aplicación de requisitos legales más estrictos relativos al capital social mínimo previstos en la legislación del Estado miembro en que radica el establecimiento secundario? Según la Administración danesa, la respuesta, habida cuenta de las circunstancias del caso de autos, debe ser negativa (y, por consiguiente debe declararse la compatibilidad de la medida expuesta en la cuestión prejudicial con las normas del Tratado). Más exactamente, las autoridades danesas utilizan las circunstancias del caso que nos ocupa para formular una doble línea de alegaciones: la negativa a registrar la sucursal de Centros no restringe la libertad de establecimiento en contravención del artículo 52 del Tratado y, con carácter subsidiario, si existe una restricción, está comprendida en todo caso en el régimen especial para sociedades extranjeras que, con arreglo al artículo 56 del Tratado, los Estados miembros pueden establecer por razones de orden público, entre otros motivos. Analizaré, en primer lugar, una de estas líneas de alegaciones y, acto seguido, la otra. Sin embargo, antes de efectuar ese examen me permitiré exponer unas rápidas observaciones relativas a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia y a las funciones, en la estructura organizativa de la empresa, del domicilio secundario en el extranjero.

12. La norma prevista en el artículo 52 del Tratado, de eficacia directa al término del período transitorio, persigue garantizar el trato nacional a cualquier nacional de un Estado miembro que se establezca, incluso sólo con carácter secundario, en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia. En el objeto del derecho de establecimiento están comprendidas también la constitución y administración de empresas de conformidad con las disposiciones que la legislación del Estado de acogida establece

para sus nacionales, así como la constitución de agencias, sucursales o filiales por parte de nacionales comunitarios establecidos con carácter principal en el territorio de otro Estado miembro. Según el artículo 58 del Tratado, el derecho de establecimiento comprende, además, con respecto a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, el derecho de operar en otro Estado miembro mediante un establecimiento secundario. De esta libertad fundamental se derivan, como corolarios, otras tres: la actividad empresarial puede ejercerse en forma societaria en un Estado miembro mediante una sociedad nacional de dicho Estado o de otro Estado miembro; en lo que respecta al establecimiento secundario, la sociedad tiene derecho a elegir entre la creación de una filial o de una sucursal; y la sociedad extranjera es titular, en el Estado del establecimiento secundario, de los mismos derechos de que disfrutan las sociedades nacionales. [12]

Dado que cabe interpretar el tenor literal del mencionado artículo 58 en el sentido de que gozan de la libertad de crear un establecimiento secundario también las personas jurídicas que tienen en territorio comunitario su domicilio estatutario, pero no su domicilio social «real», es decir, la administración central, ni su centro de actividad principal, surge inmediatamente la necesidad de precisar los requisitos a que está supeditada dicha libertad en relación con las sociedades *establecidas con carácter principal fuera de la Comunidad.* [13] Como se indicó claramente en el Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, adoptado por el Consejo el 18 de diciembre de 1961, [14] debe cumplirse a tal fin un criterio de vinculación adicional, de carácter económico: el del vínculo «efectivo y continuo» con la economía de un Estado miembro, [15] pero —huelga añadir— se trata de un criterio que sólo es válido para las sociedades extracomunitarias.

13. En lo que respecta al contenido del mencionado derecho de establecimiento secundario, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aclarado que el domicilio de las sociedades de que se trata, en el sentido de la

12 — Véase Werlauff, E.: *EC Company Law*, Copenhague, 1993, pp. 17-22.

13 — Véase Poillot-Peruzzetto, S., y Luby, M.: *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, París, 1998, p. 141. Y. Lousouarn señala, en relación con la génesis del criterio de vinculación mencionado más adelante en el texto, que las autoridades comunitarias y los delegados de los Estados miembros partieron de la observación de que el artículo 52 supedita el derecho de las personas físicas a crear un establecimiento secundario a la existencia de un establecimiento (primario) en territorio de un Estado miembro: por tanto, al requisito — adicional con respecto al de la nacionalidad— de la existencia de un domicilio dentro de la Comunidad. No obstante, la aplicación pura y simple de tal exigencia a las sociedades, añadiendo el requisito del domicilio real al del domicilio estatutario, contravendría de modo flagrante e irreparable lo dispuesto en el artículo 58 (véanse «Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne», en *Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre Teitgen*, París, 1984, p. 239, especialmente pp. 245 y 246, y «Le droit d'établissement des sociétés», en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 229, especialmente p. 236).

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

15 — Dicho vínculo podrá consistir precisamente en la presencia de un establecimiento de la sociedad en el territorio de un Estado miembro, siempre que la actividad de ese organismo territorial tenga carácter permanente, efectivo y pertinente (excluyéndose, por ejemplo, simples oficinas de representación o establecimientos que no operan en el mercado o que tienen un reducido número de empleados). En cambio, carece de pertinencia a este respecto la nacionalidad de las personas físicas que sean socios o miembros de los órganos de gestión y control de la sociedad.

triple alternativa antes citada (véase el punto 12), «sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado. Por tanto, admitir que el Estado miembro donde se encuentra el establecimiento pueda aplicar libremente un trato diferente, por la única razón de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro, privaría de su contenido [a la disposición del artículo 52 del Tratado]». [16] Por consiguiente, cuando se cumplan los dos requisitos de legalidad y de pertenencia a uno de los Estados miembros, a los que el mencionado artículo 58 supedita el reconocimiento de la *nacionalidad comunitaria* de una sociedad, ésta tendrá derecho al trato nacional incluso si desarrolla *íntegramente,* mediante una agencia, sucursal o filial, sus actividades comerciales en un Estado miembro distinto de aquél en que radica el establecimiento principal. [17] De la jurisprudencia de este Tribunal se desprende, además, «que las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, o el domicilio social por lo que respecta a las sociedades, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca, de hecho, al mismo resultado». [18] De modo análogo, el Tribunal de Justicia ha declarado la incompatibilidad con el Tratado de medidas estatales *no* discriminatorias, pero que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales (o de las sociedades) comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario. [19]

14. Por otra parte, en virtud del artículo 56 del Tratado, los Estados miembros pueden establecer excepciones a la prohibición de las medidas restrictivas relativas al establecimiento en su territorio, y aplicar un régimen especial a las personas (físicas y jurídicas) extranjeras beneficiarias del derecho reconocido en el ordenamiento comunitario, cuando concurran razones adecuadas de orden público, seguridad y salud públicas. En la medida en que entraña una excepción a un principio fundamental del Tratado, el mencionado artículo 56 debe interpretarse de modo restrictivo. Por consiguiente, su aplicación exige la existencia de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la colectividad, incluidas la prevención de eventuales abusos y la salvaguardia de los intereses relativos a la ejecución de la legislación nacional en materia de Seguridad Social. [20] Así, está excluido que se pueda invocar la norma con el fin de perseguir objetivos de carácter económico; [21] además, las medidas adoptadas para la salvaguardia de los intereses de que se trata deben ser sólo las estrictamente necesarias y deben respetar el principio de proporcionalidad. [22]

16 — Véanse, *ex multis,* las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273), apartados 13, 14 y, en particular, apartado 18; de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartados 25 y 26, y de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p I-4695), apartado 20.

17 — Véase la sentencia de 10 de julio de 1986, citada en la nota 3 *supra,* apartados 14 y 16. Mediante dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró incompatible con los artículos 52 y 58 del Tratado el hecho de que las autoridades competentes del Estado miembro en el que radica el establecimiento secundario (filial) excluyan al administrador de una sociedad de un régimen nacional de seguro de enfermedad por el único motivo de que la sociedad matriz se constituyó de conformidad con la legislación de otro Estado miembro en el que tiene también su domicilio social, aunque no ejerce en ese Estado actividades comerciales y opera de modo exclusivo en el Estado miembro en el que está situado el establecimiento secundario.

18 — Véanse las sentencias de 13 de julio de 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017), apartado 14, y de 12 de abril de 1994, Halliburton Services (C-1/93, Rec. p. I-1137), apartado 15.

19 — Véase, *ex multis,* la sentencia de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32.

20 — Véanse, *ex multis,* las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartado 35, y de 10 de julio de 1986, citada en la nota 3 *supra,* apartado 17.

21 — Véase, *ex multis,* la sentencia de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 11.

22 — Véanse, *ex multis,* las sentencias de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornouaille (asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. p. 1665), apartado 9, y de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders/Estado neerlandés (352/85, Rec. p. 2085), apartado 36.

Por otra parte, cuando la medida restrictiva controvertida no tenga carácter discriminatorio —es decir, en lo que respecta al presente asunto, sea aplicable de modo indistinto a las sociedades nacionales y a las extranjeras comunitarias— podrá también justificarse basándose en exigencias imperativas ligadas al interés general, [23] siempre que: i) dichas exigencias no estén ya protegidas por normas a las que esté sujeta la sociedad extranjera en el Estado de establecimiento, y ii) la medida sea necesaria y proporcionada. [24]

15. Dicho esto, paso a examinar los conceptos de «sucursal» y de «filial» («affiliata») [25] que menciona la disposición contenida en el artículo 52, posteriormente evocada en el artículo 58 del Tratado (dejo de lado la figura de la agencia que carece de pertinencia en el presente asunto). ¿Cuál es el criterio distintivo entre estas dos figuras de estructuración territorial permanente que una empresa puede eventualmente constituir en el territorio de Estados miembros distintos del de origen destinándolas en general a realizar operaciones con terceros? Tal criterio reside fundamentalmente en la falta de personalidad jurídica independiente de la sucursal, que se define como una universalidad de bienes de hecho o como una mera fragmentación de la empresa que permite llevar a cabo una cierta descentralización. [26] En cambio, la sociedad filial es jurídicamente independiente de la sociedad matriz que la controla. [27] Como ha observado la doctrina, [28] la importancia de la contraposición entre estas dos técnicas jurídicas de

23 — Como, por ejemplo, la protección de los destinatarios del servicio, garantizada por las normas profesionales, la protección de la propiedad intelectual, la protección de los trabajadores, la protección de los consumidores, la conservación y valoración del patrimonio histórico y artístico nacional, la mejor difusión posible de los conocimientos relativos al patrimonio artístico y cultural de un país y motivos de política cultural (véase, *ex multis*, la sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, citada en la nota 21 *supra*, apartados 14 y 27); la protección de los destinatarios de servicios de vigilancia y de prórroga de patentes (véase la sentencia de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 17); la conservación de la coherencia del régimen tributario (véase la sentencia de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249); la prevención de fraudes y la protección del orden social frente a las consecuencias nocivas de una demanda excesiva en el sector de juegos de azar (véase la sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartados 58 y 59); la salvaguardia de la buena reputación del sector financiero nacional (véase la sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec. p. I-1141, apartado 44); la eficacia de los controles fiscales (véase la sentencia de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer, C-250/95, Rec. p. I-2471, apartado 31), y la lealtad de las transacciones comerciales (véase la sentencia de 9 julio de 1997, De Agostini y TV-Shop, asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. I-3843, apartado 53).

24 — Véase, *ex multis*, la sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, citada en la nota 21 *supra*, apartados 13 y 15.

25 — «[E]sta última expresión y no el término "filiali", a que se refiere el artículo 52 del Tratado, es la expresión que, en la lengua jurídica italiana, corresponde al francés "filiales", al inglés "subsidiaries", al alemán "Tochtergesellschaften" y al neerlandés "dochterondernemingen"» (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini de 16 de octubre de 1985 en el asunto en el que recayó la sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 16 *supra*, punto 2). Véase, también, Ruggiero, G. M., y De Dominicis, M.: «Art. 52», en Quadri, R., Monaco, R., y Trabucchi, A. (eds.): *Trattato istiutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milán, 1965, vol. I, p. 399, en particular pp. 412 y 413. Sin embargo, véase la nota 27 *infra*.

26 — Cabrillac, M.: «Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé», en *Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Hamel*, París, 1981, p. 119, y Loussouarn, Y.: «La succursale, technique juridique du commerce international», en *DPCI*, 1985, pp. 359 y ss., especialmente p. 362.

27 — Véase, sin embargo, Pietrobon, A.: *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padua, 1990. Según la autora, la utilización del método jurídico formal — basado en «conceptos y métodos propios de los ordenamientos jurídicos internos, como si dichos ordenamientos, aisladamente considerados o en virtud de un análisis comparado, debieran suministrar de modo necesario el modelo para la interpretación del Tratado»— no parece oportuna para la interpretación de los conceptos de agencia, sucursal y filial, puesto que no permite incluir algunos tipos de establecimiento, sin que tal exclusión esté justificada en modo alguno. Además, la interpretación *funcional* del concepto de «establecimiento secundario» pone de manifiesto que sus características esenciales (subordinación del establecimiento a las opciones organizativas de la sociedad matriz, a la que incumben todas las decisiones relativas a la existencia misma, las competencias y las modalidades fundamentales de la actividad del organismo territorial) pueden imponer la conclusión de que una empresa independiente, con organización y establecimiento propios, no puede ser el domicilio secundario de otra empresa. «Parece dudoso, por tanto, que pueda incluirse en el concepto definido a las sociedades filiales que, como se ha visto, no se mencionan en la versión italiana del artículo 52. [...] La operación consistente en la constitución, por parte de una empresa constituida en un Estado miembro, de una filial en otro Estado miembro debe considerarse, con mayor exactitud, una creación de un establecimiento primario (precisamente el de la filial). Sin embargo, en la práctica la cuestión carece de relevancia, puesto que la posibilidad de constituir filiales está reconocida según esas dos interpretaciones» (*ibidem*, pp. 101-115, especialmente, pp. 103, 114 y 115; notas omitidas).

28 — Véase Loussouarn *(op. cit.*, nota 26 *supra)*, pp. 363-368.

establecimiento transfronterizo de las sociedades se manifiesta en múltiples aspectos.

IV. Solución de la presente cuestión prejudicial

Análisis de la compatibilidad de la denegación del registro de la sucursal danesa de Centros con la libertad fundamental de establecimiento

En primer lugar, dado que la *nacionalidad* constituye un atributo de la personalidad, la sucursal, cuya actividad se identifica con la de la sociedad de la que depende, no puede tener una nacionalidad distinta de la de esta última, y su situación jurídica se regula por el ordenamiento jurídico al que está sujeto la sociedad extranjera, de la que la sucursal constituye una mera ramificación. El principio contrario se aplica a las sociedades filiales. Además, aun cuando la sucursal disponga de una cierta autonomía de gestión, debe atribuirse en todo caso a la sociedad matriz la *actividad negocial* ejercida en su representación por la persona encargada de la explotación de la sucursal. La sociedad filial, en cambio, puede celebrar contratos válidamente, sin perjuicio de la eventual intervención de la sociedad matriz en la operación en calidad de contratante. Por último, en virtud del principio de *unidad del patrimonio,* las deudas (y, por consiguiente, los derechos de crédito) contraídas en el ejercicio de la actividad de la sucursal deben imputarse a la sociedad (mientras que no procede hablar de deudas *de la* sucursal), aunque en tal caso, por razones prácticas de comodidad, se permita normalmente al acreedor demandar a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del lugar en que está domiciliada la sucursal (véase el punto 18 *infra).* Por el contrario, la sociedad filial dispone de un patrimonio propio que responde de las deudas que contrae; por tanto, entre la sociedad matriz y los acreedores se interpone, como una «pantalla», la sociedad filial, dotada de personalidad jurídica independiente.

16. En mi opinión, la medida adoptada por la Administración danesa vulnera las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento. Como explicaré posteriormente con mayor detalle, dicha medida no restringe simplemente el ejercicio del derecho a crear un establecimiento secundario, reconocido a las sociedades extranjeras comunitarias, sino que lo impide de modo radical. En el presente caso, se impide, en efecto, que el matrimonio Bryde desarrolle en Dinamarca una actividad empresarial a través de una sociedad constituida regularmente y con domicilio social en otro Estado miembro de la Comunidad. Al parecer, el Registro Mercantil considera fundamentalmente que puesto que los interesados pretenden operar únicamente en el mercado nacional deben atenerse para ello al régimen previsto en el Derecho danés para la forma de sociedad mercantil que utilizan; a mi juicio, ello entraña una vulneración del artículo 52 del Tratado. El caso de autos debe apreciarse asimismo basándose en el artículo 58. Desde este punto de vista, Centros resulta discriminada frente a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación danesa, que no están sujetas a impedimentos análogos cuando establecen sucursales en Dinamarca. Además, la medida controvertida lesiona de modo indirecto el derecho de la

sociedad demandante a elegir entre abrir en Dinamarca una sucursal o una filial. Me parece evidente que las autoridades danesas no habrían planteado ninguna objeción a Centros si la sociedad constituida en el Reino Unido hubiera preferido crear como establecimiento transfronterizo, en lugar de una simple sucursal, una filial que, por ser distinta de la sociedad matriz, debe cumplir por definición los requisitos establecidos en la legislación nacional aplicable, incluidos los relativos al capital social mínimo. La libertad de escoger la forma jurídica más idónea para el ejercicio de la actividad mercantil en otro Estado miembro está, sin embargo, garantizada de modo expreso a los operadores económicos por la segunda frase del primer párrafo del artículo 52 del Tratado y no puede ser limitada, como sucede en el presente caso, mediante disposiciones discriminatorias. [29]

17. Examinemos de modo más pormenorizado las alegaciones que a las consideraciones que he expuesto opone la Administración danesa. Ésta discute que Centros puede invocar de modo legítimo el derecho de libre establecimiento con arreglo al Tratado. Por no ejercer una actividad económica en el Reino Unido, la sociedad allí constituida por el matrimonio Bryde carece de una vinculación efectiva y continua con la vida económica de ese país, y de este modo nos hallamos ante una situación puramente interna, ajena en cuanto tal al Derecho comunitario; o bien se trata de un caso, desprovisto asimismo de protección, de ejercicio abusivo y fraudulento del derecho de establecimiento, como lo configura el Tratado. [30] Por los motivos que expongo a continuación, tales alegaciones no me convencen, y ello aunque se prescinda de la observación de que el criterio de exigir el ejercicio de una actividad efectiva por parte de la sociedad matriz es, más que discutible en cuanto al fondo, de aplicación problemática en razón de su carácter indeterminado. ¿De qué naturaleza, duración y dimensión debe ser la actividad de la sociedad matriz para que pueda ejercer libremente el derecho de establecimiento secundario?

18. Para precisar las conclusiones antes formuladas, señalo que la aplicación de las normas en materia de libre establecimiento sólo debe considerarse excluida, como pretende el Gobierno danés en el presente asunto, si la situación de los sujetos interesados, ya sean nacionales de uno de los Estados miembros o sociedades que tengan la nacionalidad de uno de dichos Estados, carece de cualquier elemento de vinculación con las disposiciones del Derecho comunitario y, por ello, no se puede relacionar con el mismo. [31] Por mi

29 — Véase la sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 16 *supra*, apartado 22.

30 — Timmermans, V. C.: «Methods and Tools for Integration. Report», en Buxbaum, R. M., Hertig, G., Hirsch, A., y Hopt, K. J. (eds.): *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlín-Nueva York, 1991, pp. 129 y ss., especialmente pp. 136 y 137.

31 — Véase, *ex multis*, la sentencia de 19 de marzo de 1992, Batista Morais (C-60/91, Rec. p. I-2085).

parte, no considero que suceda así en el litigio principal. Centros se constituyó de conformidad con la legislación de Inglaterra y Gales, y tiene su domicilio en el Reino Unido. Tal circunstancia basta para que su situación entre en el ámbito de aplicación de los artículos 52 y 58 del Tratado. Según mi parecer, no es preciso realizar comprobaciones adicionales relativas a la nacionalidad de los socios y administradores o al ámbito territorial en el que se desarrolla la actividad de la sociedad. [32] Por otra parte, según la jurisprudencia de este Tribunal, la mención contenida en el artículo 52 relativa a los «nacionales de un Estado miembro» que deseen establecerse «en el territorio de otro Estado miembro» no puede interpretarse de modo que excluya de las ventajas del Tratado a los ciudadanos comunitarios que —al utilizar las posibilidades ofrecidas en materia de circulación y establecimiento— se encuentran, con respecto a su Estado de origen, en una situación análoga a la de las demás personas que disfrutan de los derechos y libertades garantizadas por el Tratado. [33] La Administración danesa insiste en la necesidad de que el establecimiento principal ejerza realmente las actividades declaradas como objeto social. Sin embargo, al razonar de este modo, concluye por entender que el artículo 58 del Tratado contiene *un requisito adicional*, al que se supedita el derecho de establecimiento. No obstante, en mi opinión, los requisitos formales establecidos en el artículo 58 con el fin de determinar las sociedades beneficiarias del derecho de que se trata son taxativos. El dato jurídico formal asume una importancia decisiva. Éste es el punto decisivo: no procede investigar sobre la naturaleza o contenido de las actividades que la sociedad ejerce o se propone ejercer. [34] Por otra parte, en lo que respecta a la libertad de establecimiento de las personas físicas, el Tribunal de Justicia tuvo ya ocasión de pronunciarse acerca de la pretensión de un Estado miembro de supeditar el ejercicio del derecho de que se trata a un requisito adicional (en aquel asunto, el de la residencia efectiva en el territorio nacional) al de ser nacional de uno de los Estados miembros, que es *el único requisito subjetivo exigido por el artículo 52 del Tratado*. El Tribunal declaró que tal pretensión es contraria al Derecho comunitario. [35] Por ello, el paralelismo —propuesto por el Registro Mercantil— entre

32 — Véase la sentencia Segers, citada en la nota 3 *supra*, apartado 14; véanse la nota 17 *supra* y las notas 45 y 46 *infra*, y los correspondientes pasajes del texto. Véase, también, la sentencia de 5 de septiembre de 1994, TV10 (C-23/93, Rec. p. I-4795), apartado 15, según la cual la circunstancia de que un organismo de radiotelevisión se haya establecido en otro Estado miembro con el fin de eludir la legislación del Estado miembro en el que se reciben los programas difundidos por dicho organismo no excluye que sus emisiones puedan considerarse «servicios» a efectos del artículo 59 del Tratado. La situación de Centros, por tanto, debe distinguirse, por ejemplo, de la situación — examinada por el Tribunal de Justicia en el asunto Esso Española— que afecta únicamente al ejercicio, en el interior del territorio de un Estado miembro, de la actividad de una sociedad con domicilio en ese Estado y que opera en el mismo (véase la sentencia de 30 de noviembre de 1995, C-134/94, Rec. p. I-4223, apartados 12 a 17).

33 — Véase la sentencia de 7 de febrero de 1979, Knoors (115/78, Rec. p. 399), apartados 20 y 24.

34 — Véase Cath, I. G. F.: «Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market», en Jacobs, F. G. (ed.): *1986 Yearbook of European Law*, Oxford, 1987, p. 247, especialmente pp. 259 y 261. Véase, también, *mutatis mutandis*, la sentencia de 12 de marzo de 1996, Pafitis y otros (C-441/93, Rec. p. I-1347), apartados 18 y 19, según la cual «[s]e desprende del título de la Segunda Directiva [en materia societaria] y de su artículo 1 que ésta se aplica a las sociedades mencionadas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado CE, constituidas en forma de sociedades anónimas. Por lo tanto, la forma jurídica de la sociedad, cualquiera que sea su actividad, es el criterio adoptado por el legislador comunitario para definir el ámbito de aplicación de la Segunda Directiva».

35 — Según el Tribunal de Justicia, no corresponde «a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado. En consecuencia, no puede admitirse una interpretación del artículo 52 del Tratado según la cual, cuando el nacional de un Estado miembro ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, los demás Estados miembros pueden subordinar el reconocimiento de su condición de ciudadano comunitario a requisitos tales como la residencia habitual del interesado en el territorio del primer Estado» (véase la sentencia de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros, C-369/90, Rec. p. I-4239, apartados 10 y 11). Véase, también, la sentencia de 7 de febrero de 1979, Auer (136/78, Rec. p. 437), apartado 28, según la cual «ninguna disposición del Tratado permite que, en el ámbito de aplicación del mismo, se trate de modo distinto a los nacionales de un Estado miembro según la época o el modo en que adquirieron la nacionalidad de dicho Estado, siempre que en el momento en que invoquen el amparo de las disposiciones de Derecho comunitario posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros y concurran, por otra parte, los demás requisitos para la aplicación de la norma que invocan».

el caso de autos y el que fue objeto de la citada sentencia Levin [36] es, en mi opinión, inviable habida cuenta de la distinta formulación del artículo 52, que garantiza en términos abstractos la mera oportunidad de emprender actividades económicas (véase el punto 19 *infra*), y la del apartado 3 del artículo 48 del Tratado, que delimita con precisión el contenido de las actividades en que se materializa el derecho de circulación garantizado a los trabajadores por cuenta ajena. [37]

19. La Administración danesa, en apoyo de la postura que adopta en el presente asunto, se refiere a otras sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia en el marco del Convenio (véase el punto 6 *supra*). No obstante, la referencia a tales sentencias carece de pertinencia a efectos del presente asunto. Como es sabido, se trata de sentencias interpretativas relativas a la aplicación, en cada uno de los casos, del criterio especial de competencia judicial establecido en el punto 5 del artículo 5 del Convenio. [38] En esas sentencias, el Tribunal de Justicia se limitó a considerar las características del concepto de establecimiento secundario pertinentes en cada caso para la solución de las cuestiones prejudiciales que se le plantearon. Se solicitó al Tribunal de Justicia que garantizara la eficacia plena del Convenio y hubo de acudir así a una interpretación *autónoma* de los conceptos de filial y sucursal. Tales conceptos procedentes del Convenio tienen carácter restrictivo porque tienen en cuenta, ante todo, la exigencia de evitar la multiplicación de foros competentes y los consiguientes fenómenos de *forum shopping*, prestando atención a las motivaciones «proteccionistas», en perjuicio de los demandados extranjeros, por las que se establecieron criterios especiales de competencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados contratan-

36 — Véase la sentencia de 23 de marzo de 1982, citada en la nota 7 *supra*.

37 — El Tribunal de Justicia ha declarado que «según el apartado 3 del artículo 48 del Tratado, el derecho de desplazarse libremente por el territorio de los Estados miembros se confiere a los trabajadores "al efecto" de responder a ofertas efectivas de trabajo. En virtud de esa misma disposición, los trabajadores disponen del derecho de residir en uno de los Estados miembros "con objeto" de ejercer en él un empleo. Además, el Reglamento nº 1612/68 indica en su exposición de motivos que la libre circulación supone el derecho de los trabajadores a desplazarse libremente dentro de la Comunidad "para" ejercer una actividad asalariada, en tanto que en el artículo 2 de la Directiva 68/360 se obliga a los Estados miembros a permitir a los trabajadores abandonar su territorio para acceder a una actividad asalariada y ejercerla en el territorio de otro Estado miembro. Esas fórmulas [...] expresan [...] la exigencia, inherente al principio mismo de la libre circulación de los trabajadores, de que las ventajas que el Derecho comunitario confiere en virtud de dicha libertad sólo puedan invocarlas personas que ejercen realmente o desean ejercer seriamente una actividad asalariada» (*ibidem*, apartados 20 y 21).

38 — Como excepción a la norma general prevista en el artículo 2 del Convenio, en caso de litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o filial, tal criterio permite al actor demandar a una persona domiciliada en el territorio de un Estado contratante en otro Estado contratante ante el Juez competente territorialmente del lugar en que se encuentran situadas dicha sucursal, agencia o filial. «[E]ste concepto de explotación comprende, por una parte, los litigios relativos a los derechos y obligaciones contractuales o extracontractuales relativos a la gestión propiamente dicha [de los establecimientos dependientes] en sí, como los referentes al arrendamiento del inmueble en que radican dichas entidades o a la contratación, en el lugar en que éstas están situadas, del personal que trabaja en las mismas; por otra parte, dicho concepto comprende asimismo los litigios relativos a los compromisos asumidos por el centro de operaciones antes descrito en representación de la Sociedad matriz y que deben ejecutarse en el Estado contratante en el que está situado ese centro de operaciones, así como los litigios relativos a las obligaciones extracontractuales que se derivan de las actividades que [el establecimiento dependiente] ha asumido en el lugar en que esté radicado por cuenta de la sociedad matriz»; véase la sentencia de 22 de noviembre de 1978, citada en la nota 6 *supra*, decimotercer considerando). Se recuerda, además, que en virtud del artículo 8 del Convenio, cuando el asegurador no estuviere domiciliado en un Estado contratante pero tuviere sucursales, agencias o filiales en un Estado contratante se le considerará, como excepción a lo dispuesto en el artículo 4, domiciliado en dicho Estado para los litigios relativos a su explotación; según el artículo 13 del Convenio, se aplica la misma norma cuando el contratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado contratante.

tes. [39] Es una jurisprudencia elaborada a efectos totalmente distintos de los que aquí se consideran y de la que no se puede deducir la conclusión de que el establecimiento es secundario, en lugar de primario, sólo si las actividades comerciales que ejerce son una prolongación de las de un domicilio principal que opera de modo efectivo, a cuya dirección y control debe estar sometido el domicilio secundario.

20. Examinemos, por otra parte, la tesis formulada por el Registro Mercantil y por el Gobierno danés: el interés del matrimonio Bryde en ejercer actividades empresariales en Dinamarca en forma de sociedad, con limitación de la responsabilidad correspondiente, no puede acogerse a la protección concedida por los artículos 52 y siguientes del Tratado, puesto que la estructura societaria para el establecimiento en Gran Bretaña fue elegida con intenciones fraudulentas. Con ello pretendían eludir las normas relativas al capital social inicial mínimo vigentes en el Estado del establecimiento secundario (que, según dicha tesis, son aplicables a lo que, en realidad, es un establecimiento «primario»). Ciertamente, el principio según el cual «los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta» ha sido enunciado de modo reiterado por la jurisprudencia de este Tribunal. [40] Sin embargo, precisar sus límites exactos no es en absoluto sencillo. Según la reciente sentencia Kefalas y otros, se

39 — Véase Pietrobon, *op. cit.*, nota 27 *supra*, pp. 162-164. Así, en la jurisprudencia citada, de la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual «[u]no de los elementos esenciales que caracterizan los conceptos de sucursal y agencia es la sumisión a la dirección y al control de la sociedad matriz» se desprende la conclusión de que el concepto de establecimiento previsto en el punto 5 del artículo 5 del Convenio debe distinguirse de la situación del concesionario exclusivo de venta, que no está sujeto al control ni a la dirección del concedente (véase la sentencia De Bloos, citada en la nota 6 *supra*, apartados 20 a 23), y del representante de comercio (intermediario), puesto que éste es un colaborador *independiente* de la empresa que lo designa, que se limita a transmitir los pedidos de la clientela y no participa en la estipulación y ejecución de los contratos correspondientes, y a quien la empresa a que representa no puede prohibirle representar de modo simultáneo a otras empresas competidoras (véase la sentencia Blanckaert & Willems, citada en la nota 6 *supra*, apartados 12 y 13). En otra ocasión, y sólo con el fin de permitir al Juez remitente alemán pronunciarse sobre su competencia para conocer de una demanda presentada por una empresa alemana contra una empresa francesa, con domicilio social en Francia, pero que poseía en Alemania una oficina o punto de contacto que mencionaba en su correspondencia con la expresión «representación para Alemania», el Tribunal de Justicia estableció en el asunto Somafer el criterio según el cual una sucursal, agencia o filial debe ser fácilmente reconocible para los terceros como una prolongación de la sociedad matriz (que implica un «centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero al exterior como la prolongación de una sociedad matriz, provisto de una dirección y materialmente equipado de modo que pueda negociar con terceros, de tal manera que éstos, aunque saben que se establecerá una eventual relación jurídica con la sociedad matriz domiciliada en el extranjero, no están obligados a dirigirse directamente a ésta, y pueden celebrar negocios en el centro de operaciones que constituye la prolongación de dicha sociedad matriz»; véase la sentencia Somafer, citada en la nota 6 *supra*, apartado 12). La mejor prueba del hecho de que el concepto de «agencia, sucursal y filial» adquiere en el marco del Convenio un contenido normativo distinto del que tiene en el contexto del Tratado, en algunos casos con connotaciones incluso contradictorias (véase Pietrobon, *op. cit.*, nota 27 *supra*, p. 94), se halla en la orientación adoptada por el Tribunal de Justicia con respecto a la situación en la que una sociedad opera fundamentalmente *como si fuese* sucursal o filial de otra sociedad «matriz», de la que, por el contrario, es jurídicamente independiente (aunque posee la totalidad de su capital social, como sucedía en el asunto Rotschild). Incluso en este caso, se aplicará por analogía, para proteger la confianza de los terceros, el criterio de competencia especial previsto en el punto 5 del mencionado artículo 5, puesto que la apariencia creada por la «manera como estas dos empresas se comportan en la vida social y se presentan con respecto a terceros en sus relaciones comerciales» puede determinar una relación estrecha entre los ulteriores litigios y el órgano jurisdiccional que conoce de los mismos. Se recordará que, según la sentencia Rotschild, la norma mencionada se aplica al caso de una persona jurídica que «sin explotar una sucursal, agencia o establecimiento carente de autonomía en otro Estado contratante, ejerza sin embargo en dicho Estado sus actividades a través de una sociedad independiente que lleve el mismo nombre y tenga la misma dirección, que actúe y celebre negocios en su nombre y de la que se sirva como si fuera una prolongación» (véase la sentencia de 9 de diciembre de 1987, Schotte, 218/86, Rec. p. 4905), apartado 17.

40 — Véanse la sentencia de 12 de mayo de 1998, Kefalas y otros (C-367/96, Rec. p. I-2843), apartado 20, y los precedentes que en ella se citan. Por tanto, según el Tribunal, «a falta de armonización, el Derecho comunitario no prohíbe a un Estado miembro adoptar medidas destinadas a evitar que las facilidades creadas por el Tratado se utilicen de forma abusiva y contraria al interés legítimo de dicho Estado» (véase la sentencia Kraus, citada en la nota 19 *supra*, apartado 34).

abusa de un derecho cuando su titular lo ejercita de manera irrazonable para obtener, en perjuicio de otro, «ventajas ilegítimas y que de modo manifiesto no guardan relación con el objetivo» perseguido por el legislador al conferir a la persona esa concreta situación subjetiva. [41] Desde esta perspectiva del abuso del derecho, se entrevé una cierta afinidad entre el principio general que lo consagra y el referente al criterio de proporcionalidad como límite del ejercicio del poder. [42] Por otro lado, como ha señalado la doctrina, sigue teniendo actualidad la célebre definición formulada por el civilista francés Planiol, según la cual «le droit cesse là où l'abus commence»; esta afirmación pone claramente de manifiesto que la cuestión del abuso estriba, en última instancia, en definir el contenido sustancial de la situación subjetiva y, por consiguiente, el ámbito de las facultades reconocidas a su titular. En otras palabras, dilucidar si el concreto ejercicio de un derecho es o no abusivo no significa otra cosa que delimitar, en el plano sustantivo, el alcance de dicho derecho. [43] Si así es, permítaseme recordar los conceptos ya expuestos (véanse los puntos 13 y 16 *supra)* en materia de libertad de establecimiento. Para lo que aquí interesa, dicha libertad comprende, sin duda, el derecho de constituir sociedades de conformidad con la legislación de un Estado miembro para operar en dicho Estado o, *con el mismo título, en cualquier otro Estado miembro.* Dicho de otro modo: la sociedad de nueva constitución tiene derecho a establecerse —con carácter principal y, eventualmente, también secundario— *en el lugar que prefiera* dentro del ámbito comunitario.

El derecho de establecimiento es esencial para la realización de los objetivos previstos en el Tratado, que persigue garantizar de modo indistinto a todos los ciudadanos comunitarios la libertad de empresa económica mediante los instrumentos que facilita el Derecho nacional, asegurándoles la *oportunidad* de introducirse en el mercado, con independencia de las intenciones concretas que impulsen al beneficiario. Dicho de otro modo, es la *oportunidad* de emprender iniciativas económicas la que ha de protegerse y junto con ella la *libertad negocial* de servirse de los instrumentos previstos a tal efecto en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En el presente asunto, el ejercicio del derecho de establecimiento se materializó en la constitución de la sociedad de conformidad con los requisitos previstos en la legislación del país de acogida. Los motivos, previsiones e intereses individuales del interesado que subyacen a tal elección no se tienen en cuenta, siempre que la libertad se ejerza de conformidad con el Tratado, y no pueden, por tanto, controlarse. [44] Lo que importa es, en todo

41 — Véase la sentencia Kefalas y otros, citada en la nota 40 *supra*, apartado 28 (relativa al ejercicio, por parte de algunos accionistas, de una acción dirigida a que se declarase la invalidez del aumento de capital de una sociedad en estado de crisis financiera). Observo que la formulación del principio del abuso de derecho adoptada por el Tribunal parece inspirada esencialmente en el Derecho común de los Estados miembros con ordenamientos jurídicos de *Civil Law* (véase Brown, L. N.: «Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?», en *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, vol. II; D. Curtin — T. Heukels, eds.; pp. 511 y ss., especialmente p. 515).

42 — Véase Brown, *op. cit.*, nota 41 *supra*, pp. 521 y 522, y Van Gerven, W.: «Principe de proportionalité, abus de droit et droits fondamentaux», en *Journ. Trib.*, 1992, pp. 305 y ss., especialmente pp. 307 y 308.

43 — Véase Nizzo, C.: «L'abuso dei "diritti comunitari": un quesito non risolto», en *Dir. comm. internaz.*, 1997, pp. 766 y ss., especialmente p. 770.

44 — Véase, *mutatis mutandis*, la sentencia Levin, citada en la nota 7 *supra*, apartados 20 a 22, según la cual si un trabajador ejerce o desea ejercer una actividad asalariada real y efectiva en otro Estado miembro, y entra como tal en el círculo de beneficiarios de los derechos garantizados por el apartado 3 del artículo 48 del Tratado y por la legislación derivada pertinente (véase el punto 18 *supra*), carecen de pertinencia y no deben tomarse en consideración, a efectos del disfrute del derecho de acceso y residencia en otro Estado miembro, los motivos concretos que le indujeron a buscar trabajo en el territorio de dicho Estado miembro.

caso, la compatibilidad de la actividad ejercida (cuando se ejerce) con las disposiciones internas de orden público del Estado del establecimiento (primario o secundario), que pueden justificar eventuales medidas restrictivas del ejercicio de la libertad de que se trata. El derecho de establecimiento se reconoce en estos términos precisamente en razón de la construcción del mercado único. Tanto es así que el Tratado reserva un trato distinto a las personas jurídicas extracomunitarias que, para poder entrar en el ámbito de la Comunidad, deben cumplir el criterio del vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro (véase el punto 12 *supra*).

Para confirmar las observaciones precedentes, me permito recordar la sentencia Segers, tantas veces citada: en aquel asunto, un nacional neerlandés había transformado su sociedad unipersonal, con domicilio social en los Países Bajos, en una sociedad de responsabilidad limitada, filial de una sociedad inglesa, que adquirió de modo simultáneo y que no ejercía actividades comerciales sino que operaba exclusivamente a través del domicilio secundario. Según se desprende de los autos, la utilización de tal estructura social estuvo motivada, en realidad, por el mero objetivo de servirse de la mención «Ltd», considerada más atractiva que su equivalente neerlandés «BV», así como para eludir los plazos legales previstos para dicha transformación en la legislación neerlandesa. [45] Ello no impidió al Tribunal de Justicia declarar que la situación de la sociedad y del Sr. Segers, su administrador, estaba comprendida en el ámbito de la libertad de establecimiento y concluir que el demandante tenía, por tanto, derecho al trato nacional. [46] No se entiende, en tal caso, por qué debe llegarse a la conclusión contraria cuando la constitución de la sociedad en el Reino Unido esté motivada —como sucede en el presente asunto— por el deseo de utilizar la posibilidad de operar con un capital social de un importe, más reducido que el establecido en la legislación danesa, adecuado a las disponibilidades financieras de los fundadores. Nos guste o no, tal situación es consecuencia lógica de los derechos garantizados por el Tratado. Por lo demás, contribuye al objetivo para el que se instauró la libertad de establecimiento en el Tratado: favorecer la libre circulación de las personas (y de los capitales) y,

45 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon de 10 de junio de 1986 en el asunto Segers, citado en la nota 3 *supra*, punto 1.

46 — Véanse la nota 17 *supra* y el correspondiente pasaje del texto. De modo análogo, el Tribunal de Justicia parece haber reconocido (al menos de modo implícito) que la matriculación en el registro de pesqueros británicos de buques matriculados inicialmente en España y que enarbolan el pabellón español, y la adquisición de buques británicos con pabellón británico por sociedades británicas que son propietarias de dichas naves o las explotan, cuyos administradores y socios son, en su mayor parte, nacionales españoles, no constituye «abuso del derecho de establecimiento», aun cuando la utilización masiva de dichas matriculaciones en el registro naval del Reino Unido sea un instrumento para la práctica denominada «*quota hopping*», que consiste en el «saqueo» de las cuotas de pesca atribuidas a dicho Estado en el marco de la política común en materia de pesca, lo que conduce en esencia a una «elusión» del régimen de cuotas nacionales, dirigido a la conservación de los recursos pesqueros y a garantizar un nivel de vida razonable a las poblaciones dependientes de la pesca [véase la sentencia de 25 de julio de 1991, Factortame y otros, C-221/89, Rec. p. I-3905, en la que se declaró contraria al artículo 52 del Tratado una normativa relativa a la matriculación de buques pesqueros en el registro de un Estado miembro, en la que se preveían requisitos restrictivos relativos a la nacionalidad, residencia y domicilio de los propietarios, fletadores y armadores del buque (incluidos, en el caso de una sociedad, los accionistas y los administradores), adoptada por el Reino Unido en 1988 con objeto de poner fin al *quota hopping* de buques con pabellón británico, pero que no son británicos en realidad (*ibidem*, apartado 4). El Tribunal añadió que el libre establecimiento transfronterizo puede supeditarse de modo legal al requisito que exige, para la matriculación del buque, que éste debe ser explotado y sus operaciones dirigidas desde el interior del Estado de matriculación (requisito que, según el Tribunal, equivale fundamentalmente al concepto mismo de establecimiento a efectos de los artículos 52 y siguientes del Tratado; *ibidem*, apartado 34; véase también Brown, *op. cit.*, nota 41 *supra*, pp. 523 a 525].

con ello, la realización de un mercado común. «A este respecto, el hecho de que un nacional de un Estado miembro saque partido de la flexibilidad del Derecho británico de sociedades [...] entra dentro de esta perspectiva [es decir, en la lógica del ordenamiento comunitario]». [47] En suma, a falta de armonización debe jugar libremente la competencia entre los sistemas normativos («competition among rules»), incluso en materia de sociedades. [48] En el caso de autos, al igual que en el asunto Segers, las libertades antes mencionadas forman parte del contenido esencial del derecho controvertido; por tanto, debe excluirse que el matrimonio Bryde haya obtenido «ventajas ilegítimas y que de modo manifiesto no guardan relación con el objetivo» de los artículos 52 y siguientes del Tratado, eludiendo de modo abusivo la aplicación de normas imperativas del Estado del establecimiento secundario. La jurisprudencia invocada por la Administración danesa, lejos de contradecir la conclusión a la que llego, termina, en mi opinión, por reforzarla. En efecto, de tales sentencias se desprende que sólo cabe alegar fraude de ley cuando la norma presuntamente eludida es aplicable de modo inequí-voco a la situación jurídica controvertida. [49] Si la supuesta elusión se refiere a una norma de Derecho nacional, es preciso, en tal caso, haber comprobado que la norma interna, como la que se pretende aplicar en el presente asunto, puede ser aplicada por el Juez por ser conforme con el Derecho comunitario. Precisamente en este punto, se diría que la argumentación del Registro Mercantil incurre en una petición de principio: al afirmar la aplicabilidad necesaria de las normas internas relativas al capital mínimo del que deben disponer las sociedades de responsabilidad limitada en el momento de su constitución, las autoridades danesas excluyen que el resultado contrario pueda derivarse —como sucede, en efecto, en el presente asunto— del ejercicio de la libertad de elección, garantizada a los interesados por el Tratado, del instrumento societario más adecuado a sus fines, de entre todos los ofrecidos por los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros. La medida controvertida del Registro Mercantil es contraria al Derecho comunitario precisamente porque se adoptó basándose en el presupuesto, implícito pero claro, de que el ejercicio por parte de nacionales daneses de una actividad empresarial dirigida fundamentalmente al mercado danés debe realizarse de

47 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon de 10 de junio de 1986 en el asunto Segers, citadas en la nota 45 *supra*, punto 6.

48 — Véase Ehlermann, C. D.: «Compétition entre systèmes réglementaires», en *Rev. Marché commun Union europ.*, 1995, p. 220, según el cual debe excluirse que la «libre competencia» entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de sociedades pueda degenerar en una especie de efecto Delaware (Delaware effect) — es decir, un proceso en virtud del cual los ordenamientos jurídicos que garantizan un nivel de protección más débil a los socios inversores y a los acreedores atraen a las sociedades de nueva constitución, de modo análogo a lo que sucedió en su día en los Estados Unidos con respecto al Derecho de sociedades de New Jersey y, más recientemente, de Delaware—, pudiendo acudir los Estados miembros al mecanismo de armonización del Derecho de sociedades con arreglo a lo previsto en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado (véase, también, p. 223). Según D. Charny, la armonización normativa del Derecho de sociedades de los Estados miembros puede parecer, desde el punto de vista de la «corporate theory» estadounidense, «un proceso en busca de una justificación» puesto que la competencia entre los sistemas jurídicos nacionales puede ocasionar de modo indirecto un efecto de armonización análogo (véase «Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities», en *Harv. Int'l L. Journ.*, 1991, pp. 423 y ss., especialmente pp. 424 y 425).

49 — Y ello ya se trate de normas nacionales que regulan el acceso a una profesión o su ejercicio por parte del interesado en el territorio nacional (relativas a la organización y cualificación, a la deontología, a los controles y a la responsabilidad), como en el asunto Van Binsbergen, o de la preparación profesional en sí, como en el asunto Knoors (sentencias citadas en las notas 9 y 33 *supra*, y correspondientes pasajes del texto); ya se trate, por otra parte, de normas nacionales que impongan obligaciones de comportamiento en el marco de la regulación de un sector comercial específico, como la fijación, por parte de los editores o importadores, del precio de venta minorista de los libros (véase la sentencia de 10 de enero de 1985, Leclerc, 229/83, Rec. p. 1, apartado 27), o de obligaciones relativas al contenido pluralista y no comercial de los programas emitidos en el territorio nacional (véase la sentencia de 5 de mayo de 1994, citada en la nota 32 *supra*, apartado 21).

modo necesario mediante su establecimiento con carácter principal en el territorio nacional. No obstante, esta tesis no se puede sostener en la fase actual de la integración europea, caracterizada por la realización casi completa de un mercado interior como consecuencia de la supresión de los obstáculos nacionales a la libre circulación de personas y capitales [véase la letra c) del artículo 3 del Tratado]. El intérprete debe extraer las debidas consecuencias de la evolución ya experimentada por el ordenamiento comunitario; incumbe al Tribunal de Justicia hacer que prevalezca el espíritu del Tratado, aplicando de modo coherente, incluso en lo que respecta a la movilidad de las sociedades, la doctrina «Cassis de Dijon» sobre reconocimiento mutuo. [50] Repito que con ello no pretendo sostener que la sociedad extranjera que no opera en el Estado de constitución no esté sujeta, en lo que respecta al *ejercicio de la actividad* de la sucursal abierta en otro Estado miembro, a las normas imperativas de dicho Estado aplicables a las sociedades nacionales del mismo tipo. En efecto, el establecimiento secundario puede crear un vínculo adecuado entre la sociedad extranjera y el ordenamiento jurídico del Estado miembro de acogida. Sin embargo, la posibilidad de aplicar las normas imperativas locales no puede entrañar en ningún caso que se *impida* a la sociedad comunitaria ejercer el derecho de establecimiento. De ello se sigue, en mi opinión, por lo que respecta al caso de autos, que la pretensión del Registro Mercantil de aplicar al establecimiento secundario el trato previsto en el Derecho nacional para el establecimiento primario, en particular en lo relativo al capital social mínimo, sólo puede considerarse fundada si concurren justificaciones adecuadas.

Análisis de la existencia de eventuales justificaciones de la medida controvertida

21. Llegados a este punto, queda por examinar este aspecto de la cuestión. La medida restrictiva controvertida en el presente asunto, ¿puede justificarse, con arreglo al Derecho comunitario, por estar auténticamente basada en razones de orden público y por ser proporcionada respecto a los objetivos que persigue? El Registro Mercantil invoca la exigencia de combatir las prácticas fraudulentas y, más en concreto, la de proteger a los acreedores futuros de Centros relacionados con la explotación de la sucursal danesa: como consecuencia de la «infracapitalización» de la sociedad, al menos con base en los parámetros daneses, y de la limitación de la responsabilidad de los socios, permitir el registro de la sucursal en Dinamarca expondría a los operadores económicos y a los acreedores públicos daneses, en caso de producirse la insolvencia posterior de Centros, al riesgo de sufrir pérdidas financieras. No cabe negar que dicho riesgo existe siempre que nos hallemos ante una sociedad de responsabilidad limitada, pero, según mi parecer, está muy lejos de constituir «una amenaza real y suficientemente grave

50 — Véase Mortimer, T.: «The Removal of Barriers to Corporate Mobility: An Analysis of Cases Pertinent to Articles 52 and 58», en Caiger, A., y Floudas, D. A. (eds.): *1996 Onwards: Lowering the Barriers Further*, Chichester, 1996, pp. 135 y ss., especialmente pp. 150 y 154. Según la citada sentencia «Cassis de Dijon» (véase la sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe, 120/78, Rec. p. 649, apartados 14 y 15), a falta de un fin de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías, todo Estado miembro está obligado a admitir la introducción en su territorio de bienes legalmente fabricados o comercializados en otros Estados miembros, aun cuando dichos bienes se produzcan con arreglo a prescripciones técnicas o de calidad distintas de las vigentes en el Estado de importación.

que afecte a un interés fundamental de la colectividad», tal como se exige en el artículo 56 del Tratado; la excepción prevista en este precepto se ajusta mejor, a mi juicio, al caso en que el objeto social o la actividad ejercida por la sociedad extranjera ponen en peligro el orden público.

Por lo demás, si bien la lealtad de las operaciones comerciales constituye una exigencia imperativa de interés general, que puede justificar en abstracto medidas nacionales (aplicables de modo indistinto) restrictivas del derecho de establecimiento, no creo que ello tenga pertinencia en el presente asunto. En este sentido, voy a exponer varias consideraciones. En primer lugar, es dudoso que, cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, confiar de modo exclusivo en el criterio de la supuesta adecuación del capital social mínimo exigido constituya un medio eficaz de protección o (según se prevé en el cuarto considerando de la Segunda Directiva con respecto a las sociedades anónimas) «una garantía» para los acreedores. Como subrayan las autoridades británicas, no es casual que los ordenamientos jurídicos del Reino Unido no adopten tal criterio. [51] Dado que el capital social mínimo exigido puede reducirse con rapidez, en la práctica es más prudente que los acreedores de la sociedad se basen en las informaciones disponibles, más actualizadas, que se pueden deducir de los balances sociales, y soliciten eventualmente a los administradores la constitución de las garantías adecuadas. Aunque no pretendo derribar el *idolum theatri* del capital nominal, [52] en un caso como el de autos debe excluirse que la medida controvertida sea indispensable para proteger a los acreedores privados de Centros por las operaciones realizadas por su hipotética sucursal danesa. En efecto, la referida exigencia se satisface, sin necesidad de adoptar medidas como la controvertida, gracias a los resultados obtenidos por el proceso comunitario de coordinación del Derecho de sociedades de los Estados miembros. Como correctamente observa el Gobierno británico, el matrimonio Bryde se presenta como lo que es: la sucursal danesa de una sociedad inglesa y *no* una sociedad danesa; las limitaciones de la responsabilidad relativas a dicha sociedad, que cualquiera que se relacione con su sucursal en Dinamarca está plenamente capacitado para conocer, son las derivadas de la previsión de un capital social mínimo en ese ordenamiento jurídico. En el sistema del Tratado, la protección de las personas que establecen una relación con una sociedad extranjera comunitaria a través de una sucursal se asegura mediante las medidas de publicidad coordinadas, previstas en el Estado miembro en que

51 — Según el Gobierno británico, exigir un capital social mínimo a las sociedades de responsabilidad limitada puede tener también efectos disuasorios de las actividades empresariales y de la innovación, y es contrario, además, a su política de incentivación de la pequeña y mediana empresa.

52 — Véanse, *ex multis*, La Villa, G.: *Introduzione al diritto europeo delle società*, Turín, 1996, p. 55 (según el cual el planteamiento en que se basan los sistemas normativos de protección de la integridad del capital social nominal, «después de ser objeto de críticas durante largo tiempo, puede decirse que está en vías de superación en los ordenamientos económicos más evolucionados, en los que se tiende a revisar una normativa fundada en los conceptos de capital nominal y valor nominal en favor de criterios más próximos al mercado y a la consistencia real de los valores del activo y del pasivo de una sociedad en un momento dado»; nota omitida), y Portale, G. B, y Costa, C.: «Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei», en Abbadessa, P., y Rojo, A. (eds.): *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milán, 1993, pp. 133 y ss., especialmente pp. 144 y 145 (según el cual «[l]a fijación de un capital social "mínimo" desempeña en realidad funciones totalmente distintas de la de [fijar un capital "no manifiestamente inadecuado" para el objeto social]: por un lado, la función de crear un instrumento de selección entre los diversos tipos de sociedad [...] y, por otro, la de garantizar un "umbral de credibilidad" a determinadas iniciativas económicas colectivas»; nota omitida).

radica la sucursal; [53] se asegura así a los terceros la posibilidad de proteger de modo adecuado sus propios intereses mediante la constitución de garantías específicas (que consisten habitualmente en una fianza de los socios) o causas de prelación.

22. Existe también la exigencia imperativa de protección de los acreedores públicos *no contractuales*, como la Administración de la Seguridad Social y la Administración tributaria. En tal caso, el acreedor no puede escoger con libertad si contrata o no con la sucursal de una sociedad extranjera y además —como señala la resolución de remisión del Højesteret— no tiene la posibilidad de exigir garantías o fianzas de sus administradores. No obstante, considero que la denegación de registro de la sucursal, motivada esencialmente por la falta de un establecimiento principal efectivo, carece de pertinencia en relación con las supuestas exigencias imperativas de protección de los acreedores públicos: es decir, el presunto nexo causal existente entre tales exigencias y la medida controvertida parece demasiado sutil e indirecto para que pueda considerarse que tiene pertinencia a efectos del Derecho comunitario. Ello lo deduzco de la circunstancia de que, como admitieron en la vista las autoridades danesas, la apertura de sucursales en Dinamarca por parte de Centros no encontraría ningún obstáculo si la sociedad ejerciera una actividad efectiva en el Reino Unido; sin embargo, incluso en esa hipótesis, su capital social inicial ascendería a 100 UKL. Por consiguiente, no se ha explicado de qué modo el ejercicio efectivo de actividades empresariales por parte de Centros en el país de origen hubiera podido influir en las posibilidades reales de protección de los derechos de crédito de la Administración tributaria y de la Seguridad Social danesa.

Prescindiendo de la precedente cuestión, en todo caso la exigencia alegada por las autoridades danesas debe poder realizarse con medidas menos restrictivas que la controvertida en el presente asunto. Este punto me parece tan claro que no merece que me detenga en explicaciones; sin embargo, se impone una aclaración. Entre las medidas que pueden considerarse permitidas —por estar justificadas en virtud de la exigencia imperativa antes mencionada y ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad— no está comprendida, en mi opinión, la alegada por la Comisión (véase el punto 10 *supra*), que consiste en supeditar el registro de la sucursal en Dinamarca al requisito de que la sociedad matriz extranjera tenga un capital de un importe no inferior al exigido por la legislación interna pertinente para la constitución en Dinamarca de sociedades del mismo tipo. Al igual que la

53 — La Undécima Directiva (citada en la nota 4 *supra* y en el correspondiente pasaje del texto) prevé, en sus artículos 1 a 6 que la sucursal tiene obligación de publicar, de conformidad con la legislación del Estado miembro en que radica, las informaciones necesarias para la protección del público, como: i) la denominación, el domicilio y la actividad de la sucursal, ii) la denominación de la sociedad de la que forma parte, iii) los nombres y domicilios de los empleados de la sociedad que representan de modo permanente a ésta en lo que respecta a la actividad de la sucursal o que pueden obligar de cualquier modo a la sociedad frente a terceros o representarla en juicio, iv) las cuentas anuales y el informe anual correspondientes a la sociedad o al grupo de sociedades a la que ésta pertenece, formulados de conformidad con la Cuarta y Séptima Directiva en materia de sociedades (traducidos eventualmente a la lengua del Estado de inscripción de la sucursal), v) el cierre de la sucursal, vi) la disolución de la sociedad o la iniciación de un procedimiento de liquidación, vii) las indicaciones relativas al registro en el cual está inscrita la sociedad, incluido el número de inscripción y viii) la existencia de otras sucursales en el mismo Estado miembro. Además, el Estado miembro en el que se haya creado la sucursal *podrá* imponer a ésta la obligación de facilitar determinadas informaciones adicionales sobre la sociedad de la que depende y, en particular: i) la escritura de constitución y los estatutos (traducidos eventualmente a la lengua del Estado de que se trata), ii) la existencia de dicha sociedad (mediante un certificado del correspondiente registro de inscripción), y iii) la validez de las garantías que eventualmente graven los bienes de la sociedad situados en el Estado miembro de que se trata. Por último, en la correspondencia y en los pedidos utilizados por la sucursal deben consignarse los registros en los que están inscritos la sucursal y la sociedad y los correspondientes números de inscripción, así como la forma de la sociedad y su domicilio (y eventualmente el correspondiente capital suscrito y desembolsado).

medida controvertida en el presente asunto, dicho requisito equivale, en sustancia, a aplicar de modo indirecto el trato previsto en el Derecho nacional para el establecimiento primario a un acto de ejercicio del derecho de crear un establecimiento secundario. Por consiguiente, dicho requisito conduce en todo caso al resultado de impedir al matrimonio Bryde servirse de la «flexibilidad del Derecho británico de sociedades», privándoles de este modo de la posibilidad de operar libremente en cualquier parte del territorio comunitario con un capital inicial que se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico de constitución de la sociedad, aunque es inferior al exigido por la legislación de otros Estados miembros (en particular, del Estado miembro en el que se pretende abrir un domicilio secundario). Por tanto, el objetivo de protección de los acreedores públicos no permite, en mi opinión, considerar que la denegación absoluta del registro de la sucursal está excluida del ámbito de las medidas incompatibles con las normas comunitarias sobre libre establecimiento. Por consiguiente, concluyo que —sin perjuicio de la posibilidad de aplicar a la sucursal danesa de Centros las normas nacionales relativas al ejercicio de la actividad mercantil, a las que están sujetas las sociedades del tipo de que se trata establecidas en Dinamarca— la cuestión planteada por el Juez *a quo* debe responderse en sentido negativo, ante la falta de justificaciones válidas de la medida controvertida.

Conclusión

23. Por los motivos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg:

«Los artículos 52 y siguientes del Tratado CE se oponen a que las autoridades competentes de un Estado miembro denieguen el registro de una sucursal de una sociedad de responsabilidad limitada, constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro y con domicilio social en el territorio de este último Estado, si dicha denegación está motivada por las circunstancias de que: i) la propia sociedad no ejerce actividades económicas; ii) se pretende constituir la sucursal para ejercer la totalidad de las actividades sociales en el Estado de constitución de la sucursal, y iii) esta estructura de la operación permite a los socios eludir el requisito de un capital social mínimo más elevado que se aplicaría si la sociedad se hubiera constituido en el Estado miembro en el que se pretende abrir la sucursal.»