

04 MAY 2021

Revista de Derecho Mercantil

2015

Número 295 (Enero-Marzo 2015)

Bibliografía

Recensiones

3. Recensión al libro “Die Anwendbarkeit deutscher Gläubigerschutzvorschriften bei einer EU-Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland” de Jahn, David (CARLOS GÓRRIZ)

3 Recensión al libro “Die Anwendbarkeit deutscher Gläubigerschutzvorschriften bei einer EU-Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland” de Jahn, David^{*)}

CARLOS GÓRRIZ

Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad Autónoma de Barcelona

ISSN 0210-0797

Revista de Derecho Mercantil 295
Enero - Marzo 2015

1. La Unión Europea ha transformado el Derecho de sociedades de los Estados miembros. Sus directivas han obligado a cambiar las normas nacionales existentes o a promulgar otras nuevas. Ha creado un nuevo (sub)tipo societario a través del Reglamento 2157/2001: la *Societas Europaea*. Y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dejado huella en los ordenamientos nacionales. La razón es que algunas normas internas colisionan con los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales, pilares básicos del Derecho europeo. De ahí la atención que los legisladores, los tribunales y la academia han dispensado a la familia de las sentencias *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, etc. Entre los más concienciados se hallan, sin lugar a duda, los alemanes. Y uno de los temas que más debate ha suscitado es la determinación de la ley aplicable a las sociedades de capital.

Tradicionalmente en Alemania regía la teoría de la sede real, conforme a la cual son alemanas las sociedades que tengan su establecimiento o centro de administración principal en territorio alemán. El principio de libertad de establecimiento ha puesto en tela de juicio su validez puesto que puede representar una barrera de acceso al mercado. Por eso la doctrina y la jurisprudencia germanas han planteado la necesidad de su modificación. Y el legislador se ha hecho eco del debate existente. Algunos autores consideran que la *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Verhinderung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008* (MoMiG) ha supuesto la introducido camuflada de la teoría de la constitución. Y el Ministerio de Justicia ha elaborado un proyecto de Ley de Derecho internacional privado de sociedades (RefE). Por su parte, los tribunales han matizado la eficacia del criterio tradicionalmente seguido.

La monografía objeto de recensión ejemplifica esta preocupación. En ella, David Jahn analiza la aplicación de las medidas alemanas de protección de los acreedores a sociedades de capital constituidas conforme al Derecho de otro Estado miembro pero con sede en Alemania. Y llega a la conclusión de que las medidas societarias carecen de eficacia al contravenir, como regla general, el ordenamiento de la Unión Europea. De ahí que proponga la armonización de esta cuestión a

nivel comunitario.

2. La obra se compone de cuatro partes. La primera presenta carácter introductorio, pues se limita a plantear el dilema objeto de análisis. La segunda tiene por objeto la delimitación conflictual de la aplicación de las normas alemanas que protegen los acreedores. El autor diferencia tres tipos de disposiciones: las concursales, las penales y las societarias. Empieza analizando los preceptos de Derecho internacional privado de estos tres órdenes diseñados para proteger a los acreedores.

A continuación el autor expone la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la libertad de establecimiento; en particular, alude a las sentencias *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* y *Cartesio*. Y después analiza sus consecuencias. Empieza estudiando si el principio de libertad de establecimiento cumple una función conflictual. Ninguna duda cabe de que tiene un alcance material, pues las normas nacionales que lo contravengan resultan ineficaces. Pero se discute si también determina la *lex societatis*. A esos efectos Jahn afirma que la jurisprudencia europea obliga a distinguir los casos de exportación de los de importación. El principio de libertad de establecimiento no afecta al Estado de partida; puede establecer restricciones a la marcha de las sociedades que se constituyeron en él. La solución es diversa para el de destino al estar obligado a respetar las normas del de constitución. Por último, delimita el alcance de la libertad de establecimiento; es decir, si afecta a todos los extremos del Derecho de sociedades o sólo a una parte de ellos.

La consecuencia que extrae es la necesidad de medidas nacionales de protección de los acreedores; o mejor dicho, la necesidad de dotarles de eficacia. La razón es que las normas de conflicto societarias llevan a la aplicación de un ordenamiento extranjero. Jahn subraya la diferencia que existe en este extremo con las normas concursales y penales alemanas, que se aplican siempre que la sociedad en crisis tenga su sede en ese país. La aplicación de las normas societarias extranjeras pueden dejar indefenso al acreedor alemán. Por un lado, hay diferentes sistemas de protección en el Derecho comparado. Por otro, es difícil conocer las medidas tuitivas que las normas extranjeras contienen.

En la tercera parte profundiza en los problemas que halla la aplicación de las normas tuitivas alemanas. Empieza analizando la técnica de la calificación, que exige enmarcar el conflicto en el ámbito societario frente al penal y al concursal. Explica la complejidad de esta operación dadas las concomitancias de los tres ámbitos. Recurre en ocasiones a la jurisprudencia europea para ilustrar la complejidad. Así, por ejemplo, comenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22.2.1979 (133/78), *Gourdain/Nadler*.

Después examina tres instituciones que permiten vetar la aplicación del Derecho de la constitución de la sociedad a favor del Derecho alemán. La primera es el fraude de ley. Resulta inadecuada puesto que el TJUE ha afirmado que la elección del ordenamiento de constitución no constituye fraude. La segunda es el orden público. Aunque puede impedir la aplicación de las normas extranjeras, no otorga eficacia necesariamente a las nacionales y es harto excepcional. La tercera posibilidad es la aplicación de normas de conflicto especiales en materia de sociedades. Considera que permite recurrir a medidas tuitivas alemanas. Pero tiene una fuerza muy reducida y no permite combatir la elección del Derecho de constitución.

A continuación desplaza su atención al ordenamiento europeo para estudiar las grietas que deja la libertad de establecimiento a favor de la aplicación de las normas alemanas. Comienza investigando el alcance de este principio, y para ello busca el mínimo común denominador con las demás libertades del Derecho europeo. Lo encuentra en la necesidad de garantizar el acceso al mercado. Otorga una especial consideración a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24.11.1993 (C-267 y C-268/91), *Keck*.

Después examina los posibles límites a la libertad de establecimiento. El primero es el fraude de ley. Pero la jurisprudencia europea ha reducido en gran medida su importancia. La segunda es la reserva de orden público ex artículo 52.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Carece de eficacia en el ámbito societario. Por último explora el test de las cuatro condiciones creado por la jurisprudencia europea a raíz del caso *Cassis de Dijon* (STJUE 20.2.1979, C-120/78). Esencialmente

significa que se admiten medidas que choquen con las libertades europeas si cumplen cuatro requisitos: que no sean discriminatorias, que protejan intereses generales, que sean proporcionales y que sean necesarias. Jahn afirma que el último requisito imposibilita sortear la libertad de establecimiento. Critica la construcción de la jurisprudencia europea que exige que el acreedor se informe de las medidas de defensa de su derecho a la luz del ordenamiento de constitución de la sociedad y de las circunstancias del caso. De ahí que la aplicación de las normas internas quede reducida a la existencia de lagunas en el Derecho de constitución respecto de la protección de los acreedores.

En la cuarta parte de la monografía se aplican las consideraciones anteriores a una medida concreta: la *Existenzvernichtungshaftung*. Jahn empieza explicando esta institución, creada por la jurisprudencia alemana a partir del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada (*GmbH*) para proteger a los minoristas de sociedades dominadas pertenecientes a un grupo empresarial. Inicialmente se caracterizaba por responsabilizar a la sociedad dominante y otorgar acción directa a los acreedores de las dominadas. Explica su origen y como la jurisprudencia alemana ha ido perfilando la figura. En ese proceso ha devenido clave la sentencia del BGH 16.7.2007 *Trihotel* pues limitó su alcance a una hipótesis de responsabilidad interna. Consecuentemente sólo protege a los socios de las sociedades dominadas pero no a sus acreedores.

Una vez caracterizada la institución, examina la posibilidad de su aplicación a sociedades de capital constituidas en otro Estado miembro y con sede real en Alemania. Empieza comentando los problemas de calificación que conlleva. A continuación afirma que supone una intrusión en la libertad de establecimiento y razona que difícilmente constituirá un abuso de derecho o reunirá los cuatro requisitos que la jurisprudencia europea para admitir las excepciones. Por lo tanto, concluye que no es una figura apta para proteger los intereses de los acreedores.

El libro se cierra con las conclusiones preceptivas. En ellas reitera que la libertad de establecimiento del Derecho europeo ha limitado la eficacia de la teoría de la sede real. Esta reducción impide la aplicación de las normas tuitivas alemanas a sociedades de capital constituidas en otro Estado miembro. Consecuentemente los acreedores alemanes están obligados a informarse y autoprotegerse conforme al ordenamiento del Estado de constitución de la sociedad. A la vista de las dificultades existentes considera conveniente la armonización de los mecanismos de protección de los acreedores de las sociedades de capital.

3. La monografía de David Jahn tiene su origen en la investigación que llevó a cabo en el *Forschungsstelle für Wirtschafts- und Medienrecht (FWMR)* de la Universidad de Bayreuth y que devino su tesis doctoral defendida a finales de 2013. Como es usual, actualizó el trabajo para publicarlo a mediados de 2014. El director de la tesis es Stefan Leible, catedrático de Derecho civil, Derecho internacional privado y Derecho comparado en la Universidad de Bayreuth, de la que además es su rector en la actualidad. Estas circunstancias explican la rigurosidad de la investigación. El autor analiza críticamente no sólo la legislación sino también la jurisprudencia y las diversas teorías doctrinales existentes sobre los extremos objeto estudio.

La nota más acusada de la obra es su transversalidad. En efecto, la investigación se enmarca dentro del Derecho internacional de sociedades, por lo que comprende aspectos propios de Derecho internacional privado como de Derecho mercantil. Además el autor realiza incursiones en el Derecho concursal y en el penal, aunque siempre desde una perspectiva *iusconflictual*. Esta perspectiva resulta un acierto puesto que permite aproximarse a un sector de la realidad que la clasificación tradicional de las asignaturas de los estudios Derecho en España dificulta, dada su configuración como categorías estancas.

Otra de las características es su vocación europea. Aunque el autor se centra en el Derecho alemán, presta una especial atención a los principios, normas y jurisprudencia europeas y analiza su compatibilidad de las soluciones germanas. Y a pesar de que el tema de investigación está relacionado especialmente con la libertad de establecimiento, acude a las demás libertades cuando considera que su régimen jurídico puede ser útil para afrontar los retos que se presentan. Dispensa una atención especial a la doctrina del Tribunal Justicia, lo cual está justificado por la incidencia que tiene sobre los ordenamientos nacionales. No obstante, un lector no alemán puede

echar de menos una mayor exposición del Derecho comparado. Es cierto que existen algunas referencias a otros ordenamientos; y en particular el inglés. Se trata, empero, de aproximaciones puntuales en las que no se analiza en profundidad la disciplina de esos sistemas jurídicos.

En conclusión, se trata de una monografía muy recomendable en la que se examina con rigor el problema de la protección de los acreedores alemanes respecto de sociedades de capital constituidas en otro Estado miembro.

FOOTNOTES

* JWV, Sipplingen, 2014, 376 pp.