

Desarrollo del Derecho de Sociedades en la UE

Altres llocs Blogs.uab.cat

Sociedades, concurso y libertad de establecimiento: Kornhaas y Dithmar

Posted on **21 de enero de 2016** por **Carles Górriz López**

1. La última sentencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de libertad de establecimiento aúna el Derecho de sociedades y el concursal. Tiene fecha de [10 de diciembre de 2015 \(C-594/14\)](#) y trae causa del litigio entre Thomas Dithmar y Simona Kornhaas. El primero había sido designado administrador concursal de Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd. En ejercicio de sus funciones exigió a la antigua administradora de la compañía, la señora Simona Kornhaas, el reembolso de los pagos ordenados por ella en nombre de la sociedad deudora cuando ya se había producido la insolvencia. El fundamento de su petición era el art. 64, apartado 2, de la Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada (*GmbHG*). No obstante se encontraba con el problema de que Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd era una *private company limited by shares*, inscrita en el Registro Mercantil de Cardiff y que llevaba a cabo su actividad empresarial en Alemania a través de una sucursal. El *Landgericht Erfurt* estimó la demanda y el *Oberlandesgericht Erfurt* confirmó su decisión. Al resolver el recurso de casación, el *Bundesgerichtshof* plantea una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del artículo 64.2 *GmbHG* con el art. 4.1 del [Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia](#) y con el principio de libertad de establecimiento (arts. 49 y 54 TFUE). La razón es que la doctrina alemana discute sobre si el primer precepto puede aplicarse a una sociedad constituida en otro Estado miembro pero con el centro de sus intereses principales en Alemania.

El TJUE se pronuncia en sentido afirmativo. Incardina el artículo 64.2 *GmbHG* dentro del Derecho concursal, en el sentido que las acciones que se basen en esa disposición derivan de un procedimiento de insolvencia y pertenecen a él. Por otra parte, afirma que esa interpretación no contraviene los artículos 49 y 54 TFUE, por lo que es compatible con el principio de libertad de establecimiento.

2. Cabe hacer tres consideraciones. En primer lugar, la sentencia objeto de reseña entronca con los conocidos casos [Centros, Überseering](#) e [Inspire Art](#) pues Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd es un ejemplo de la práctica creada por estas decisiones. Como se recordará, en el primer caso los esposos Bryde, nacionales daneses residentes en Dinamarca, constituyeron Centros Ltd en Inglaterra y luego quisieron crear una sucursal de esta sociedad en Dinamarca para llevar a cabo una actividad empresarial en el país nórdico. El *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* se opuso basándose en que Centros Ltd no ejercía ninguna actividad comercial en el Reino Unido. La sucursal era un medio para constituir un establecimiento principal en Dinamarca eludiendo las normas sobre capital social. El TJUE dio la razón al matrimonio Bryde: la decisión de las autoridades danesas constituía un obstáculo a la libertad de establecimiento; vulneraba los artículos 52 y 58 TCEE. Confirmó esa doctrina en sus decisiones *Überseering* e *Inspire Art*.

Estas sentencias dieron lugar a una praxis de las *Briefkasten Gesellschaft*: sociedades de capital constituidas en el Reino Unido que luego operaban en los mercados de otros Estados miembros a través de sucursales creadas en ellos. Esta práctica tuvo un crecimiento espectacular a partir de 2004, incrementándose mucho el número de sociedades que nacionales de otros países abrían en el Reino Unido. Según opiniones autorizadas, se pasó de 4.400 compañías anuales a 28.000.

En 2008 esta práctica entró en declive. Las causas fueron las barreras del idioma, los costes de traducción y certificación, los gastos de consejo jurídico y la duplicación de obligaciones contables. Además, los Estados miembros reformaron sus ordenamientos para frenar la huida a ordenamientos de otros Estados miembros. De ahí que el 72% de las sociedades "alemanas" constituidas en Inglaterra entre 2004 y 2011 se disolviera o estuviera en concurso de acreedores en febrero de 2012. Es el caso de Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd.

Los interesados en esta práctica encontrarán más información y estadísticas en Ringe, Wolf-Georg: "Corporate mobility in the European Union – A flash in the Pan", en *European Company and Financial Law Review*, 2013 (10), 1 ss.; Becht, Marco; Enriques, Luca y Korom, Veronika: "Centros and the cost of branching", en *Journal of Corporate Law Studies*, 2009 (April), 171 ss y Hornuf, Lars y Linder, Julia: "The end of regulatory competition in European Company Law", en *Andrássy working paper series*, 33/2014, 7 ss.

3. En la sentencia de 10 de diciembre de 2015 el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre dos cuestiones. La primera es si procede aplicar el art. 64.2 *GmbHG* a una sociedad de responsabilidad limitada galesa incurso en el procedimiento de insolvencia en Alemania. En el momento en que se produjeron los hechos, este precepto rezaba:

"(1) En caso de insolvencia de la sociedad, los administradores deberán presentar sin demora, y a más tardar tres semanas después de que se haya producido la insolvencia, una solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia. Esto es aplicable también, en esencia, cuando se acredite que la sociedad tiene un endeudamiento excesivo.

(2) Los administradores deberán devolver a la sociedad los pagos realizados después de que se haya producido la insolvencia de la sociedad o de que se haya declarado su endeudamiento excesivo..."

La clave es el art. 4.1 del Reglamento 1346/2000, que reza: "Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo 'el Estado de apertura'".

La corte europea se pronuncia en sentido afirmativo al considerar que el art. 64.2 GmbHG es una norma de Derecho concursal. Esencialmente se basa en un precedente suyo: la [STJUE de 4 de diciembre de 2014 \(C-295/13\), H. y H.K.](#) Traía causa de un litigio entre el administrador concursal de una sociedad y el administrador de ésta. El primero exigía la restitución de los pagos ordenados por el último después de que se hubiera producido la insolvencia de la compañía. Fundamentaba su petición en el artículo 64.2 GmbHG. La particularidad residía en que la compañía se había constituido en Alemania y tenía su domicilio en Offenbach del Meno, pero su administrador estaba domiciliado en Suiza. Se discutía la competencia de los tribunales alemanes; en particular, si eran competentes para conocer la acción ejercitada por el administrador concursal contra el societario. El precepto clave era el art. 3.1 del Reglamento 1346/2000. El TJUE falló positivamente. Debía interpretarse en el sentido de que atribuía competencia internacional al Estado miembro en que se hubiera abierto el procedimiento concursal para conocer de las acciones que emanaran directamente de ese procedimiento y que guardaran estrecha relación con él. Y entre esas acciones se hallaban las que procedían de la aplicación del art. 64.2 GmbHG. "Una interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 en el sentido de que la acción basada en el artículo 64 de la GmbHG, ejercitada en el marco de un procedimiento de insolvencia, no se halla entre las acciones que se derivan directamente de un procedimiento de insolvencia y guardan inmediata relación con él, crearía pues una distinción artificial entre esta última acción y acciones comparables, como las acciones revocatorias controvertidas en los asuntos que dieron lugar a las sentencias Seagon (...) y F-Tex (...), por el mero hecho de que, teóricamente, la acción basada en el referido artículo 64 también podría ejercitarse aunque no existiese un procedimiento de insolvencia. Pues bien, esta interpretación, que no halla fundamento alguno en las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 1346/2000, no puede aceptarse."

El TJUE soslaya las diferencias entre los dos casos y afirma que la decisión de la sentencia **H. y H.K.** es aplicable al supuesto que esta juzgando. "El Tribunal de Justicia dedujo de lo anterior que una acción basada en dicha disposición [art. 64.2 GmbHG], ejercitada en el marco de un procedimiento de insolvencia, se halla entre las acciones que se derivan directamente de un procedimiento de insolvencia y que guardan inmediata relación con él" (párr. 16). Explica que la *lex fori concursus* determina las condiciones de apertura del procedimiento de insolvencia. Y éstas comprenden las condiciones previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia, las normas que designan a las personas que tienen la obligación de solicitar la apertura del procedimiento y las consecuencias de la infracción de la obligación. "En consecuencia, disposiciones nacionales como el artículo 64, apartados 1 y 2, primera frase, de la GmbHG, que tiene por efecto, en esencia, sancionar un incumplimiento de la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, deben considerarse, también bajo esta perspectiva, incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Reglamento nº 1346/2000" (párrafo 19).

A nuestro modesto entender, la fundamentación del Tribunal de Justicia resulta endeble. Hubiera sido deseable un mayor esfuerzo argumentativo. La razón es, precisamente, la divergencia en los aspectos fácticos de los dos casos. En **H. y H.K.** la sociedad incurso en el procedimiento de insolvencia tenía nacionalidad y domicilio alemanes, aunque su administrador residía en Suiza. En cambio, en **Kornhaas y Dithmar** la compañía era británica: se había constituido y registrado en Cardiff. No obstante, su administradora residía en Alemania. Existe otra diferencia que no es baladí. Mientras que en **H. y H.K.** se discutía la competencia judicial, en **Kornhaas y Dithmar** el problema era el Derecho aplicable. Y el Reglamento 1346/2000 utiliza criterios diferentes para determinar ambas cuestiones. El artículo 3.1 atribuye competencia para abrir el procedimiento de insolvencia a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. En el caso de las personas jurídicas se presume que es el lugar del domicilio social. En cuanto al Derecho aplicable, el artículo 4.1 se decanta por la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento.

4. La segunda cuestión sobre la que se pronuncia la institución europea es si la aplicación del artículo 64.2 GmbHG en un procedimiento de insolvencia de una sociedad galesa en Alemania vulnera el principio de libertad de establecimiento. La respuesta es negativa. El TJUE fundamenta su decisión en la distinción del caso en cuestión con los supuestos de hecho de las sentencias **Überseering** e **Inspire Art**. Explica que el art. 64.2 GmbHG no se refiere a la negativa a reconocer la personalidad jurídica de una sociedad, que era el tema controvertido en el primer caso. En efecto, la sociedad holandesa **Überseering** demandó en Alemania a la empresa que le había realizado defectuosamente determinadas obras en un garaje y en un motel adquiridos por ella. El problema se planteó al serle negada capacidad procesal en virtud de la teoría de la sede real: era una sociedad constituida conforme al Derecho holandés pero tenía su domicilio social efectivo en Alemania pues dos nacionales germanos habían adquirido todas sus participaciones. El Tribunal de Justicia falló que **Überseering** podía invocar la libertad de establecimiento para oponerse a la negativa a reconocer su capacidad procesal.

En cuanto a **Inspire Art**, el TJUE explica que el art. 64.2 GmbHG tampoco tiene por objeto la responsabilidad personal de los administradores cuando el capital social no alcanza el mínimo previsto por la legislación personal. La sentencia traía causa de la obligación de la sucursal holandesa de una compañía limitada inglesa de indicar que era una "sociedad formalmente extranjera" para inscribirse en el Registro Mercantil y actuar en Holanda. Esa calificación comportaba la aplicación de unas normas especiales relativas, entre otros particulares, al capital social mínimo y a la responsabilidad de los administradores. La institución judicial europea falló que ese régimen era contrario a la libertad de establecimiento; en particular, las normas holandesas relativas al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores constituían una restricción que no estaba justificada.

La decisión del Tribunal de Justicia puede resultar acertada pero no es satisfactoria. Al igual que antes, la fundamentación es escasa. No se acaba de entender por qué se refiere sólo a dos casos. Es posible que exista una razón formal, como que la cuestión prejudicial se refiere sólo a ellos. Sin embargo, creemos que debería haber analizado con mayor detenimiento si la aplicación del art. 64.2 GmbHG a una sociedad galesa en un procedimiento concursal abierto en Alemania puede restringir la libertad de establecimiento.



Esta entrada fue publicada en **General** y etiquetada **art. 64.2 GmbHG, libertad de establecimiento, procedimiento de insolvencia, responsabilidad del administrador en procedimiento concursal** por **Carles Górriz López**. Guarda **enlace permanente** [<https://blogs.uab.cat/sociedadesue/2016/01/21/sociedades-concurso-y-libertad-de-establecimiento-kornhaas-y-dithmar/>]



Acerca de Carles Górriz López

Professor Titular de Dret Mercantil. Aficionat al cine, a la literatura i a fer esport.

[Ver todas las entradas por Carles Górriz López →](#)