Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. LAILA MEDINA
presentadas el 19 de octubre de 2023 [1]

Asunto C-276/22

Edil Work 2 Srl,
S.T. Srl
contra
STE Sàrl,
con intervención de:
CM

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Libertad de establecimiento — Artículos 49 TFUE y 54 TFUE — Ámbito de aplicación — Actividades transfronterizas — Ejercicio de actividades empresariales en un Estado miembro distinto del de constitución — *Lex societatis* — Gestión y organización de sociedades — Objeto principal — Ley aplicable»

1. Una sociedad italiana cuyo activo principal era un castillo situado en Italia trasladó su domicilio social a Luxemburgo. La sociedad se transformó en sociedad de responsabilidad limitada y se constituyó con arreglo al Derecho luxemburgués. Seis años después, los accionistas de la sociedad nombraron a un administrador único que, a su vez, designó a un apoderado general. Posteriormente, el apoderado general transmitió la titularidad de dicho castillo a otra sociedad, S.T. Srl (en lo sucesivo, «ST»), que, a su vez, lo vendió a la demandante en el litigio principal, Edil Work 2 Srl.

2. El litigio principal versa, en esencia, sobre la validez de estas dos transmisiones, que depende del Derecho nacional que resulte aplicable al otorgamiento de poderes de que se trata. De ser aplicable el Derecho luxemburgués, estas transmisiones serían válidas con arreglo a dicho Derecho; en cambio, si fuera aplicable el Derecho italiano, las mismas serían inválidas con arreglo a la disposición según la cual solo pueden conferirse poderes generales a los miembros del consejo de administración de la sociedad.

3. En estas circunstancias, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia) ha planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa, en esencia, a la compatibilidad con los artículos 49 TFUE y 54 TFUE de una normativa italiana que regula

[1] Lengua original: inglés.

cuestiones de Derecho internacional privado y que establece que las sociedades con domicilio social en otro Estado miembro de la Unión estarán sujetas al Derecho italiano cuando hayan sido constituidas en Italia o su sede de administración u «objeto principal» estén situados en ese país. [2]

I. Marco jurídico

4. El artículo 25 de la legge di diritto internazionale privato (legge 218/1995) [3] (Ley de Derecho Internacional Privado — Ley n.º 218/1995) (en lo sucesivo, «Ley n.º 218/1995»), titulado «Sociedades y otras entidades», dispone lo siguiente:

«1. Las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y cualquier otra entidad de pública o privada, tenga o no carácter asociativo, se regirán por la ley del Estado en cuyo territorio se haya perfeccionado el procedimiento de constitución. No obstante, se aplicará la ley italiana si la sede de la administración está situada en Italia o si se encuentra en Italia el objeto principal de tales entidades.

2. En particular, se regirán por la ley aplicable a la entidad: a) la forma jurídica; b) la denominación o razón social; c) la constitución, la transformación y la extinción; d) la capacidad; e) la creación de órganos societarios y sus facultades y normas de funcionamiento; f) la representación de la sociedad; g) los modos de adquisición y de pérdida de la condición de asociado o de socio, así como los derechos y obligaciones inherentes a tal condición; h) la responsabilidad por las obligaciones de la entidad, e i) las consecuencias de las infracciones de la ley o de los estatutos.

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

5. El artículo 2381, apartado 2, del Codice Civile (Código Civil) establece que, si los estatutos o la junta general lo permiten, el consejo de administración podrá delegar sus facultades en un comité ejecutivo compuesto por algunos de sus miembros o en uno o varios de sus miembros. El órgano jurisdiccional remitente señala que, de conformidad con esta disposición, el consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada solo puede delegar sus facultades en los miembros de su consejo de administración.

II. Hechos

6. En 2004, una sociedad italiana de responsabilidad limitada cuyo patrimonio y actividad están constituidos únicamente por el complejo inmobiliario situado en las proximidades de Roma, denominado Castello di Tor Crescenza (en lo sucesivo, «castillo»), trasladó su domicilio social al Gran Ducado de Luxemburgo, donde se constituyó y pasó a denominarse STE, sociedad de responsabilidad limitada. El 30 de agosto de 2010, se celebró en Luxemburgo una junta general

[2] En la petición de decisión prejudicial no se define el concepto de «objeto principal». Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente explica que la Corte d'appello (Tribunal de Apelación, Italia) consideró que, en el caso de STE Sàrl (en lo sucesivo, «STE)», sociedad de responsabilidad limitada luxemburguesa, su «objeto principal» consiste en un complejo inmobiliario, que es «activo único y exclusivo» de la sociedad.

[3] GURI n.º 128, de 3 de junio de 1995.

extraordinaria de STE, en la que SB fue nombrada administradora única (*gérante*).[4] En ese momento, SB designó a FF apoderado general (*mandataire générale*) y le otorgó los poderes necesarios para realizar «en el Gran Ducado de Luxemburgo y en el extranjero, en nombre y por cuenta de la sociedad, todos los actos y las operaciones necesarios, sin excepciones ni exclusiones, con observancia en todo caso de los límites del objeto social de la sociedad».

7. En 2012, FF transmitió el castillo a la sociedad italiana ST, que posteriormente lo transmitió a la sociedad italiana Edil Work 2, controlada por FF.

8. En 2013, STE presentó una demanda ante el Tribunale di Roma (Tribunal Ordinario de Roma, Italia) contra las sociedades ST y Edil Work 2, solicitando que se declarase la nulidad de esas dos transmisiones, al no ser válido el otorgamiento de poderes a favor de FF. El Tribunale di Roma (Tribunal Ordinario de Roma) desestimó esa pretensión al considerar que el otorgamiento de poderes a favor de FF, en su condición de apoderado, se había realizado válidamente.

9. En apelación, la Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma, Italia) estimó esa pretensión. Declaró, en primer lugar, que, con arreglo al artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995, el Derecho italiano era aplicable, dado que el castillo —«activo único y exclusivo» de la sociedad— es decir, el «objeto principal», estaba situado en Italia. Dicho órgano jurisdiccional señaló entonces que el otorgamiento a un tercero ajeno a la sociedad, como FF, de poderes ilimitados de administración era contrario al artículo 2381, apartado 2, del Código Civil, según el cual el consejo de administración solo puede delegar sus facultades en sus miembros. De este modo, la Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma) declaró la nulidad del otorgamiento de poderes a favor de FF llevado a cabo por la administradora de la sociedad y, en consecuencia, la ineficacia de las sucesivas transmisiones del castillo a las dos sociedades demandadas.

10. Edil Work 2 y ST recurrieron esa resolución ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación), alegando que la segunda parte del primer párrafo del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995 no resulta de aplicación, en la medida en que la Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma) no tuvo en consideración que el significado y el alcance de esa norma se habían visto profundamente afectados por el Derecho de la Unión, que exige inaplicar el Derecho nacional cuando su interpretación sea incompatible con el Derecho de la Unión.

11. STE, parte recurrida, se ha opuesto al recurso de casación aduciendo, en particular, que, dado que el objeto principal de la sociedad se encuentra en Italia, la eficacia de los poderes otorgados a FF y la validez de las posteriores transmisiones a las sociedades recurrentes deben examinarse con arreglo a la legislación italiana, sin interferencias interpretativas del Derecho de la Unión.

12. Con carácter preliminar, el órgano jurisdiccional remitente señala que del artículo 25, apartado 3, de la Ley n.º 218/1995 se desprende que dicha disposición permite la transformación de sociedades italianas en sociedades extranjeras mediante el traslado de su domicilio social a otro Estado miembro, a condición de que dicho traslado resulte válido tanto en el Estado miembro de origen como en el Estado miembro de destino. Además, esa transformación no implica la desaparición de su personalidad jurídica, ni siquiera después de la cancelación registral de la sociedad en Italia.

[4] De los autos se desprende que, hasta 2010, STE estaba participada en un 90 % por STA Srl, empresa enteramente participada por FF. El 10 % restante de su capital pertenecía a SB, esposa de FF. No obstante, en 2010, STA transmitió el 40 % del capital a SB.

13. Según el órgano jurisdiccional remitente, se plantea la cuestión de si la constitución como sociedad luxemburguesa de STE, que mantuvo su centro de actividad principal en Italia, supone que los actos de gestión y de organización de dicha sociedad estén sujetos al Derecho luxemburgués, en virtud del cual sería válido el otorgamiento de poderes de que se trata. En cambio, si se aplicara el Derecho italiano, ese otorgamiento de poderes sería nulo.

14. Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable al otorgamiento de poderes, el órgano jurisdiccional remitente señala que, con arreglo a la primera frase del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995, el criterio de conexión general es el lugar de constitución de la sociedad. Así, en virtud de esta frase, en el presente asunto, el otorgamiento de poderes de que se trata debería regirse por el Derecho luxemburgués. No obstante, la segunda frase de esta disposición introduce una excepción a esta regla, en virtud de la cual el Derecho italiano se aplica a las sociedades que tengan su «objeto principal» en Italia. De este modo, con arreglo a esta excepción, la ley aplicable al otorgamiento de poderes de que se trata sería el Derecho italiano, puesto que el único activo de dicha sociedad y, de este modo, su objeto principal, a saber, el castillo, se encuentra en Italia. En este último caso, dado que el artículo 2381, apartado 2, del Código Civil establece que el consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada [5] solo puede delegar sus facultades en sus miembros, el otorgamiento de poderes a un tercero ajeno a la sociedad, en este caso FF, sería ilegal con arreglo al Derecho italiano.

15. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente observa, en primer lugar, que dado que la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE incluye el derecho de una sociedad o empresa constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro a transformarse en una sociedad de otro Estado miembro, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el Derecho de ese otro Estado miembro y, en particular, que concurra el criterio de conexión establecido por ese otro Estado miembro, el hecho de que se traslade únicamente el domicilio social, y no la sede de la administración o el centro de actividad principal, no excluye por sí solo la aplicabilidad de dicha libertad.

16. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente subraya que la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE no solo comprende el establecimiento de las empresas, sino también su gestión. Tales actividades deberán ejercerse, de conformidad con el segundo considerando de la Directiva (UE) 2019/2121, [6] en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento. En el presente asunto, consta que dicho Estado miembro es Luxemburgo.

17. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente destaca que el artículo 2507 del Código Civil, incluido en un capítulo titulado «Sociedades constituidas en el extranjero», establece que las disposiciones contenidas en dicho capítulo deben interpretarse de conformidad con los principios del Derecho de la Unión.

18. El órgano jurisdiccional remitente indica que, mientras que el Derecho del Estado miembro de transformación (en este caso, Luxemburgo) debe regir la gestión y la organización de una sociedad, en el presente asunto la sociedad conserva su centro de actividad en Italia. Tal circunstancia puede justificar, según el órgano jurisdiccional remitente, la aplicación del Derecho italiano al otorgamiento de poderes de que se trata.

[5] Tanto STA como STE son sociedades de responsabilidad limitada.

[6] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (DO 2019, L 321, p. 1).

19. En estas circunstancias, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

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

20. Han presentado observaciones escritas Edil Work 2, STE, el Gobierno italiano y la Comisión Europea. Estas mismas partes formularon observaciones orales en la vista celebrada el 11 de julio de 2023.

III. Análisis

A. Observaciones preliminares

21. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la libertad de establecimiento se opone a una normativa nacional que permite al Estado miembro en el que se constituyó inicialmente una sociedad (en el presente asunto, Italia) aplicar su Derecho nacional a los actos de gestión y de organización de dicha sociedad cuando esta, en el contexto de una transformación transfronteriza, ha trasladado su domicilio social a otro Estado miembro (en este caso, Luxemburgo), pero ha mantenido su objeto principal en el Estado miembro de origen (Italia).

22. Procede recordar, de entrada, que el Tribunal de Justicia puede tener que reformular la cuestión que se le plantea. Además, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho de la Unión distintas de aquellas a las que el juez nacional se ha referido en el enunciado de su cuestión.[7] En el presente asunto, para responder de forma útil a la resolución de remisión, procede definir correctamente el alcance de la cuestión prejudicial planteada.

1. Transformaciones transfronterizas frente a actividades económicas transfronterizas

23. Desde mi punto de vista, es básico diferenciar entre dos cuestiones distintas. La primera de ellas guarda relación con las restricciones que se imponen a las sociedades cuando llevan a cabo una transformación transfronteriza o vuelven a constituirse en un Estado miembro distinto.[8] Esa cuestión se suscita cuando los Estados miembros imponen restricciones a las reestructuraciones transfronterizas de sociedades y en el contexto de permitir la transformación de una sociedad en sociedad sujeta al Derecho de otro Estado miembro, fenómeno que recibe el apelativo de

[7] Sentencias de 13 de octubre de 2016, M. y S. (C-303/15, EU:C:2016:771), apartado 16 y jurisprudencia citada, y de 31 de mayo de 2018, Zheng (C-190/17, EU:C:2018:357), apartado 27.

[8] Esa categoría engloba las restricciones que se imponen a sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro que deseen someterse a la legislación de otro Estado miembro sin tener que pasar por un proceso de liquidación en su jurisdicción de origen. Véase, recientemente, la sentencia de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804). Véase también Soegaard, G., «Cross-border Transfer and Change of Lex Societatis After Polbud, C-106/16: Old Companies Do Not Die … They Simply Fade Away to Another Country», *European Company Law*, vol. 15, n.º 1, 2018, pp. 21 a 24.

«supuestos de deslocalización».[9] A modo de ejemplo, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión en el asunto que dio lugar a la sentencia Daily Mail y General Trust,[10] relativo a una sociedad del Reino Unido que deseaba trasladar su administración central del Reino Unido (que, en aquel momento, era un Estado miembro) a los Países Bajos, sin perder su personalidad jurídica ni su condición de sociedad constituida con arreglo al Derecho del Reino Unido. Las autoridades tributarias del Reino Unido denegaron la autorización de traslado del domicilio social, que era necesaria con arreglo al Derecho nacional. El Tribunal de Justicia declaró que las modalidades de dicho traslado estaban determinadas por la legislación nacional conforme a la cual se había constituido dicha sociedad.[11]

24. La segunda cuestión se refiere a las restricciones impuestas a las sociedades constituidas en un Estado miembro pero que pretenden ejercer actividades económicas en otro Estado miembro.[12] Por ejemplo, en el asunto que dio lugar a la sentencia Überseering,[13] se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre si el Estado miembro al que una sociedad había trasladado su administración central (Alemania) estaba facultado para decidir sobre la capacidad jurídica de esa sociedad, que había sido constituida en los Países Bajos. Dicho de otro modo, se trataba de determinar si el Estado miembro de acogida estaba facultado para negarse a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad extranjera cuando dicha entidad había trasladado su sede de dirección a ese Estado de acogida. Además, en el asunto que dio lugar a la sentencia Inspire Art,[14] se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre una normativa de los Países Bajos aplicable a las sociedades extranjeras que ejercen su actividad económica en ese Estado miembro. El asunto concernía a una sociedad que se había constituido con arreglo a la legislación del Reino Unido. Posteriormente esa sociedad había abierto una sucursal en los Países Bajos y ejercía allí su actividad económica principal. La sociedad solicitó la inscripción de su sucursal de los Países Bajos en el Registro Mercantil de los Países Bajos, que pretendía imponer determinadas normas a la sociedad. El Tribunal de Justicia declaró que varios de los requisitos establecidos en la legislación de los Países Bajos eran contrarios al principio de libre circulación. El Tribunal de Justicia ha establecido una clara distinción entre esos dos asuntos y el que dio lugar a la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail y General Trust (81/87, EU:C:1988:456), que concernía a la facultad del Estado de constitución de restringir el traslado de una sociedad a otro Estado miembro.[15]

25. En el presente asunto, una sociedad italiana, a saber STE, ya ha trasladado válidamente su domicilio social a Luxemburgo, transformándose en una sociedad constituida con arreglo al Derecho luxemburgués y dejando de existir en Italia. Esta sociedad no pretende establecerse en Italia, sino que se limita a ejercer una actividad económica en dicho Estado miembro. Por consiguiente, es esencial señalar que, en contra de lo que alegan STE y el Gobierno italiano, el

9 Véase Mucciarelli, F. M., «Company 'Emigration' and EC Freedom of Establishment: *Daily Mail* Revisited», *European Business Organization Law Review*, vol. 9, 2008, pp. 267 a 303.

10 Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (81/87, EU:C:1988:456).

11 *Ibidem*, apartados 19 a 23.

12 Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972), apartados 53 a 55, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el ejercicio de la libertad de establecimiento entraña la libertad de contratar trabajadores en el Estado miembro de acogida, la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica que se realizará en el Estado miembro de acogida y, por lo tanto, la libertad de reducir el volumen de esa actividad y de renunciar a ella y a dicho establecimiento.

13 Sentencia de 5 de noviembre de 2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

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

15 Véanse los apartados 66 a 73 de la sentencia de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632), y los apartados 102 y 103 de la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512).

presente asunto no versa sobre si existen restricciones a la transformación transfronteriza de sociedades, sino sobre la existencia de restricciones impuestas a una empresa luxemburguesa que ejerce una actividad económica en Italia.

26. A este respecto, en primer término, de los autos se desprende que STE, inicialmente inscrita en Italia, se transformó en 2004 en una sociedad luxemburguesa, *sin* que Italia o Luxemburgo le impusieran *restricción alguna*, extremo que quedó confirmado en la vista. En otras palabras, tras constituirse en Luxemburgo, parece que la transformación de esa sociedad fue aceptada por las legislaciones tanto del país de destino (Luxemburgo) como del país de salida (Italia). En segundo término, resulta que, entre el año 2004 (en que se produjo la transformación) y el año 2010, la sociedad operó en Italia, sin que las autoridades de ninguno de esos dos Estados se opusieran a la transformación. En particular, las partes confirmaron en la vista que, durante este período de seis años, las autoridades italianas no trataron de aplicar el Derecho de sociedades italiano a los actos de esa sociedad. En tercer término, el artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995 se aplica indistintamente tanto a las sociedades constituidas inicialmente en otro Estado miembro como a las sociedades que hayan sido objeto de una transformación. Las normas de conflicto de leyes establecidas en esta disposición no abordan la transformación transfronteriza ni sus efectos. Así, en mi opinión, la misma cuestión se plantearía en el supuesto de que una sociedad inicialmente inscrita en Luxemburgo tuviera su objeto principal en Italia, es decir, si STE, propietaria del castillo, hubiera sido siempre una sociedad luxemburguesa.

27. De ello se deduce que, a efectos del presente procedimiento, la cuestión de si la legislación italiana controvertida restringe el traslado o la transformación de una sociedad en otro Estado miembro no es pertinente y no procede pronunciarse sobre ella. El meollo del presente asunto radica en determinar si la aplicación del Derecho italiano —en virtud del criterio de conexión del «objeto principal»— a los actos de gestión y de organización de una sociedad establecida en otro Estado miembro (distinto del de constitución) constituye una restricción al ejercicio de una libertad fundamental. Por consiguiente, a efectos del análisis recogido en las presentes conclusiones, el Estado miembro de origen es Luxemburgo y el Estado miembro en el que la sociedad en cuestión ejerce su actividad económica es Italia.

2. Objeto del litigio principal

28. El litigio principal versa sobre la validez tanto del otorgamiento de poderes a un tercero que no es miembro del consejo de administración, como de las transmisiones de un complejo inmobiliario. A efectos de definir el objeto de la cuestión prejudicial planteada, es importante distinguir entre el otorgamiento de poderes y la transmisión del complejo inmobiliario. Desde mi punto de vista, en el presente asunto resulta crucial diferenciar el tema de la *lex societatis* aplicable a los actos de la sociedad, por un lado, del tema de la limitación impuesta por un Estado miembro a la transmisión de bienes inmuebles, por otro. Mientras que el primer tema forma parte del ámbito de la libertad de establecimiento, el segundo puede estar englobado en el de la libre circulación de capitales, consagrada en el artículo 63 TFUE. Para determinar la libertad fundamental aplicable, es preciso establecer, en primer lugar, el objeto de la legislación,[16] y tener en cuenta las circunstancias del caso.

[16] De consolidada jurisprudencia se desprende que, para determinar si una medida nacional está comprendida en el ámbito de una libertad fundamental, hay que tomar en consideración el objeto de la normativa en cuestión (véanse, en particular, las sentencias de 1 de julio de 2010, Dijkman y Dijkman-Lavaleije, C-233/09, EU:C:2010:397, apartado 26; de 13 de noviembre de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 90, y de 21 de mayo de 2015, Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, apartado 31).

29. Es cierto que, en el litigio principal, la Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma) consideró que el «activo único y exclusivo» de la sociedad, es decir, su objeto principal, está situado en Italia y, por ese motivo, aplicó la legislación italiana pertinente. Por consiguiente, ese órgano jurisdiccional parece haber basado su decisión de aplicar del Derecho italiano en la ubicación del principal activo de la sociedad y, por lo tanto, en un derecho de propiedad de un bien inmueble. En particular, dicho tribunal entendió, en esencia, que el otorgamiento de poderes y las dos transmisiones del castillo se regían por el principio de la *lex rei sitae* y que, por lo tanto, esas transmisiones no eran eficaces con arreglo al Derecho italiano.

30. No obstante, es preciso señalar que el litigio principal versa sobre la validez del otorgamiento de poderes a un tercero que no es miembro del consejo de administración. A primera vista, no parece que esa validez constituya una cuestión que afecte a un derecho real inmobiliario.[17] Como alegó la Comisión en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, la validez de un otorgamiento de poderes a un tercero por parte de un administrador es una cuestión de gestión y de organización de la sociedad, por lo que está comprendida en el ámbito de la *lex societatis* que vincula la sociedad con un sistema jurídico específico.[18] Esa conclusión queda corroborada por el tenor del artículo 25, apartado 2, de la Ley n.º 218/1995, que enumera las materias a las que se aplica la *lex societatis*, incluyendo la «creación de órganos societarios y sus facultades y normas de funcionamiento» y la «representación de la sociedad». Por lo tanto, el objeto de la normativa nacional es que el Derecho italiano se aplique a tales medidas cuando sean adoptadas por sociedades extranjeras, de manera que esa normativa está comprendida en el ámbito de la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE.

31. Dado que el litigio principal tiene por objeto la cuestión de identificar la *lex societatis* aplicable a una sociedad establecida en otro Estado miembro, la cuestión que el órgano jurisdiccional remitente plantea al Tribunal de Justicia debe examinarse a la luz de la libertad de establecimiento, tal como se define en el artículo 49 TFUE, que incluye el derecho de los ciudadanos de la Unión a la constitución y gestión de empresas en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de que se trate para sus propios nacionales, y que, conforme al artículo 54 TFUE, implica para las sociedades y empresas de la Unión el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de filiales, sucursales o agencias.[19] En

[17] En cuanto a la distinción entre cuestiones relativas al Derecho de sociedades y derechos reales inmobiliarios, véanse, por ejemplo, los artículos 1, apartado 2, letra f), y 4, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO 2008, L 177, p. 6; en lo sucesivo, «Reglamento Roma I»). En mi opinión, al hacer extensiva la aplicación del principio de la *lex rei sitae* al otorgamiento de poderes, a pesar de que las dos transmisiones se formalizaran con posterioridad a él, la Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma) parece haber acumulado el otorgamiento de poderes y las transmisiones y aplicado, en esencia, el principio de la *lex rei sitae* a ambas. Al actuar de este modo, privilegió ese principio sobre la norma aplicable al otorgamiento de poderes. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, con arreglo al Derecho nacional, la mera existencia de un acto relativo a un bien inmueble, como el castillo, basta para que el otorgamiento de poderes se asimile a un derecho real inmobiliario. A este respecto, procede destacar que, aunque la primera transmisión parece presentar un elemento transfronterizo al que podría aplicarse el Reglamento Roma I, la segunda transmisión es una operación «meramente interna». En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar si ambas transmisiones deben clasificarse y examinarse conjuntamente.

[18] Las materias que suelen estar comprendidas en el ámbito de la *lex societatis* son la constitución y disolución de la sociedad, la denominación social, la capacidad jurídica, la estructura de capital, los derechos y obligaciones de los socios y las cuestiones de gestión interna. Veáse Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, Schuster, E., Gerner-Beuerle, C., Siems, M., y Mucciarelli, F., *Study on the law applicable to companies — Final report*, Oficina de Publicaciones, 2016, p. 16, disponible en la siguiente dirección de Internet: https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7 808e-01aa75ed71a1. Véanse las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto Verein für Konsumenteninformation (C-272/18, EU:C:2019:679) en relación con la exclusión y la definición de la *lex societatis*, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I.

[19] Véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 17 y jurisprudencia citada

efecto, cuando un operador pretende ejercer de modo efectivo su actividad económica mediante un establecimiento permanente y por tiempo indeterminado, su situación debe analizarse a la luz de la libertad de establecimiento definida en el artículo 49 TFUE. [20]

32. Por consiguiente, en lo que concierne al otorgamiento de poderes a un tercero que no es miembro del consejo de administración, propongo examinar la legislación nacional controvertida a la luz de dicha libertad.

33. Por lo que se refiere a la transmisión de bienes inmuebles, en caso de que el Tribunal de Justicia examine la legislación a la luz de la libre circulación de capitales, es preciso señalar que no se discute que los actos de transmisión de bienes inmuebles están tradicionalmente comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho del lugar donde está localizado el correspondiente bien inmueble. Por lo tanto, parece plausible, a primera vista, que el mero hecho de aplicar esa legislación no constituya, en sí, una restricción a la libre circulación de capitales.

3. Conclusión provisional

34. Habida cuenta de lo anterior, propongo reformular la cuestión prejudicial poniendo el foco en el otorgamiento de poderes a un tercero que no es miembro del consejo de administración. En efecto, la norma que debe aplicarse al otorgamiento de poderes es una cuestión independiente y anterior a la de la validez de las transmisiones, que forman parte de la categoría de los derechos reales inmobiliarios. Por lo tanto, procede reformular la cuestión prejudicial para responder a si la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que prevé la aplicación de su Derecho nacional a un acto de gestión y organización, como un otorgamiento de poderes, de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, pero cuyo objeto principal se encuentra en su territorio.

B. Vulneración de la libertad de establecimiento

1. Enfoque basado en la discriminación frente al enfoque basado en la restricción

35. Debe recordarse al respecto que, en virtud del artículo 54 TFUE, las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedan equiparadas, a efectos de la aplicación de las disposiciones del Tratado FUE en materia de la libertad de establecimiento, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. [21]

36. En el ámbito del Derecho de sociedades, desde la sentencia Überseering, [22] los Estados miembros están obligados a reconocer a las sociedades válidamente constituidas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, incluso cuando estas no tengan un vínculo material con ese otro Estado. Una vez que se ha constituido válidamente, debe considerarse que esa entidad puede ejercer su libertad de establecimiento en la Unión.

[20] Véanse, en particular, las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Comisión/Austria (C-387/10, EU:C:2011:625), apartado 22, y de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría (C-179/14, EU:C:2016:108), apartados 148 a 150.

[21] Véase, en particular, la sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 25.

[22] Sentencia de 5 de noviembre de 2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

37. Con arreglo al artículo 49 TFUE, párrafo segundo, en relación con el artículo 54 TFUE, la libertad de establecimiento para las sociedades mencionadas en este último artículo comprende, en particular, la constitución y la gestión de dichas sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propias sociedades.[23] Esa libertad abarca todas las fases de la existencia de esas entidades, que incluyen que estas se hagan un hueco inicial en el mercado de un Estado miembro y el ejercicio efectivo de una actividad.[24] Admitir que un Estado miembro pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio social de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de contenido al artículo 49 TFUE. La libertad de establecimiento pretende, por tanto, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, prohibiendo cualquier discriminación basada en el lugar donde tengan su domicilio social las sociedades.[25]

38. Es importante destacar que la libertad de establecimiento no solo prohíbe la discriminación directa e indirecta (enfoque basado en la discriminación) con arreglo a la cual las sociedades extranjeras reciben un trato «menos favorable» que las sociedades nacionales,[26] sino también las medidas nacionales que no son discriminatorias pero que obstaculizan el acceso al mercado (enfoque basado en la restricción). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que constituyen restricciones a esta libertad las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales.[27] Por lógica, este enfoque suprime, al menos en teoría, la necesidad de cualquier comparación o identificación de un trato menos favorable con respecto a una situación análoga.

2. Teoría de la sede real y teoría de la constitución

39. Por lo que se refiere al reconocimiento de una sociedad con arreglo a las normas de Derecho internacional privado, existen esencialmente dos teorías diferentes, la teoría de la sede real[28] y la teoría de la constitución.[29] El Tribunal de Justicia ha declarado que la ubicación del domicilio social, de la administración central o del centro de actividad principal de las sociedades mencionadas en el artículo 54 TFUE puede servir para determinar su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.[30] En otras palabras, con arreglo a esta disposición, estos tres criterios de conexión son equivalentes.[31] De ello se deduce que los Estados miembros tienen

[23] Sentencia de 25 de octubre de 2017, Polbud-Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), apartado 33.

[24] Véanse las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto VAS Shipping (C-71/20, EU:C:2021:474), punto 63.

[25] Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de febrero de 2021, Novo Banco (C-712/19, EU:C:2021:137), apartado 21 y jurisprudencia citada.

[26] Como expuso el Abogado General Bobek en sus conclusiones presentadas en el asunto Hornbach-Baumarkt (C-382/16, EU:C:2017:974), punto 29, «según el *enfoque basado en la discriminación*, para que una medida nacional se considere contraria a la libertad de establecimiento, debe dispensarse a situaciones comparables un trato diferente en perjuicio de las sociedades que desean ejercitar su libertad de establecimiento».

[27] Véase la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411), apartado 37. Véase también la sentencia de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 56. En la jurisprudencia más reciente, la formulación utilizada por el Tribunal de Justicia se refiere a las medidas que *prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad* (sentencia de 27 de febrero de 2019, Associação Peço a Palavra y otros, C-563/17, EU:C:2019:144, apartado 54 y jurisprudencia citada).

[28] Según la teoría de la sede real, la ley del Estado en el que la sociedad tenga su administración central y su domicilio real debería determinar la ley aplicable.

[29] En cambio, la teoría de la constitución se remite a la legislación del Estado en el que se ha constituido la sociedad.

[30] Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2023, Xella Magyarország (C-106/22, EU:C:2023:568), apartado 45 y jurisprudencia citada.

[31] Sentencias de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail y General Trust (81/87, EU:C:1988:456), apartados 19 a 21, y de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), apartado 34.

libertad para elegir el criterio de conexión que aplican y las normas de conflicto de leyes aplicables. Por consiguiente, el enfoque y las normas de Derecho internacional privado nacional pueden diferir significativamente de un Estado miembro a otro. [32]

40. En el mismo orden de ideas, dado que el artículo 54 TFUE puso en pie de igualdad el domicilio social, la administración central y el centro de actividad principal, el Tribunal de Justicia ha declarado que, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho de la Unión de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, un Estado miembro dispone de la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida de conformidad con el Derecho de dicho Estado miembro y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento, como el requerido para mantener posteriormente tal condición. [33]

41. En el presente asunto, procede señalar que la cuestión prejudicial planteada se refiere a una sociedad que *ya* ha sido constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que ha adoptado actos de gestión y de organización relativos a un activo situado en otro Estado miembro. Tal situación parece recaer, en principio, en el ámbito de aplicación de la primera frase del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995, que establece que toda sociedad constituida en otro Estado se rige por el Derecho de dicho Estado. No obstante, la segunda frase del apartado 1 del artículo 25 de la Ley n.º 218/1995 extiende el ámbito de aplicación del Derecho italiano a las sociedades que tengan la «sede de la administración» o su «objeto principal» en Italia. Por consiguiente, esta frase añade dos normas de conflicto de leyes adicionales, basadas esencialmente en la sede real y el objeto principal de esa sociedad. En consecuencia, sobre la base de la explicación proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, si bien la teoría de la constitución parece ser la regla general, la aplicación del Derecho italiano se extiende también a las sociedades que tengan la sede de su administración y su objeto principal en dicho Estado.

42. En resumen, el artículo 25, apartado 1, primera frase, de la Ley n.º 218/1995 recurre al criterio de la constitución, confirmando así la aplicabilidad del Derecho luxemburgués en el presente asunto. No obstante, la aplicación de la segunda frase de esa misma disposición da lugar a que las autoridades italianas apliquen el Derecho italiano al otorgamiento de poderes. A mi entender, el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre ningún asunto relativo a la conformidad con el Derecho de la Unión de una medida nacional que impone la aplicación acumulativa de varias normas de conflicto de leyes.

43. A este respecto, como se ha indicado anteriormente, [34] a falta de normas uniformes a escala de la Unión, la determinación de los criterios de conexión se deja a la autonomía nacional. Por consiguiente, a primera vista puede parecer que la libertad de establecimiento no debería oponerse a una legislación nacional que impone la aplicación acumulativa de varias normas de conflicto de leyes. Sin embargo, cuando se examina el *efecto* de la medida nacional controvertida, queda claro que esta obstaculiza y hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE.

[32] Véase el estudio de 2016 citado en la nota 18. Sobre las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de sociedades, Andenas, M., y Wooldridge, F., *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2010.

[33] Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), apartados 109 y 110.

[34] Puntos 39 y 40 anteriores.

3. Enfoque basado en la restricción en el presente asunto

44. En el presente asunto, en la medida en que STE se constituyó con arreglo al Derecho luxemburgués y tiene su domicilio social en dicho Estado miembro, los actos de gestión y organización de dicha sociedad están sujetos al Derecho luxemburgués. Esta situación está comprendida, a primera vista, en el ámbito de aplicación de la norma de conflicto establecida en el artículo 25, apartado 1, primera frase, de la Ley n.º 218/1995.

45. No obstante, al exigir a una sociedad constituida en Luxemburgo que adopte medidas de gestión y de organización conformes con el Derecho italiano, el artículo 25, apartado 1, segunda frase, de la Ley n.º 218/1995 impone efectivamente a esta sociedad la obligación de respetar el Derecho de sociedades de dos Estados diferentes *de manera acumulativa*. Por definición, es imposible comparar esta situación con las condiciones en las que operan las sociedades italianas. En efecto, estas sociedades ya están sujetas al Derecho italiano y, dado que el criterio del «objeto principal» elegido por el legislador italiano solo se aplica intrínsecamente a las situaciones transfronterizas, carece de pertinencia para esas sociedades. Por consiguiente, no puede alegarse, a menos de caer en la tautología, que la medida italiana de que se trata en el presente asunto dispense un trato distinto a las sociedades extranjeras y que ese distinto trato las perjudique en comparación con las sociedades nacionales. En consecuencia, desde mi punto de vista, las normas que determinan el Derecho de sociedades aplicable no establecen distinciones en función del domicilio social u «origen» y, en lo referente al criterio del «objeto principal», las sociedades nacionales no pueden compararse con las extranjeras. De ello se deduce, en mi opinión, que, en el presente asunto, debe descartarse el enfoque basado en la discriminación.

46. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si la aplicación de la norma recogida en el artículo 25, apartado 1, segunda frase, de la Ley n.º 218/1995 obstaculiza o hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento. [35]

47. En mi opinión, procede responder en sentido afirmativo a esta cuestión. La aplicación *acumulativa* del Derecho de sociedades del Estado miembro de origen y del Derecho italiano, este último debido a que el «objeto principal» de la sociedad está situado en Italia, significa que cabe que las personas jurídicas tengan que cumplir, al mismo tiempo, los requisitos impuestos por la legislación del Estado miembro de origen y del Estado miembro en el que se sitúa el «objeto principal». En teoría, esa doble carga general podría hacer menos atractivo para una sociedad establecida en el Estado miembro de origen (en este caso, Luxemburgo) el ejercicio de actividades relacionadas con bienes inmuebles situados en Italia, obstaculizando así el ejercicio de la libertad de establecimiento.

48. Sin embargo, en el presente asunto, no es STE, es decir, la sociedad que ha ejercido su libertad de establecimiento, la que pretende invocar la libertad de establecimiento. Por el contrario, son ST y Edil Work 2, los dos beneficiarios de las transmisiones realizadas por STE, los que pretenden ampararse en dicha libertad. Por consiguiente, habida cuenta de las circunstancias específicas del presente asunto, considero que la aplicación acumulativa del Derecho de sociedades de dos Estados miembros crea inseguridad jurídica para la contraparte de la sociedad que pretende invocar dos legislaciones nacionales para invalidar los poderes otorgados por su administrador único y proteger los intereses de la sociedad. En efecto, en aras del principio de seguridad

[35] Véase el punto 38 anterior.

jurídica,[36] cuando una parte instaura una relación jurídica, como un contrato, debe poder conocer qué legislación nacional se aplica a la sociedad en cuestión. En este sentido, la aplicación de la segunda frase del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995 al otorgamiento de poderes de que se trata, con el fin de invalidar las dos transmisiones posteriores, genera inseguridad jurídica para los beneficiarios, toda vez que STE estaba válidamente constituida con arreglo a la legislación luxemburguesa y supuestamente cumplía las normas del Derecho de sociedades de ese país. Antes de la demanda judicial de STE, que básicamente invoca la aplicación del Derecho italiano, pese a haberse trasladado a Luxemburgo y transformado en una sociedad luxemburguesa, nada indicaba que, además de estar sujeta al Derecho luxemburgués, esa sociedad también pudiera estar sujeta al Derecho de sociedades italiano, incluidas sus medidas de protección. STE invoca ese beneficio y solicita que el Derecho italiano se aplique con carácter retroactivo al citado otorgamiento de poderes, lo cual generaría a los beneficiarios inseguridad jurídica con respecto a esas transmisiones.

49. Es evidente que esa posibilidad de elegir a su antojo el Derecho aplicable y el solapamiento de dos legislaciones puede dar lugar a una importante inseguridad jurídica y carga económica para las contrapartes de la sociedad que pretende invocar la aplicabilidad del Derecho de sociedades de dos Estados. Comprometería gravemente la eficacia de la libertad de establecimiento que la persona que la ejerce pudiera deshacer de forma retroactiva las relaciones jurídicas entabladas bajo sus efectos.

50. Además, la aplicación retroactiva del Derecho italiano a un acto adoptado con arreglo al Derecho de sociedades, como el otorgamiento de poderes de que se trata, parece activarse como consecuencia de otro criterio de conexión, a saber, los derechos reales inmobiliarios. Extender el concepto de «objeto principal» a actos anteriores a los que guardan relación con derechos reales inmobiliarios, sin mayor explicación de por qué y cómo, puede vulnerar los principios de claridad jurídica y, por consiguiente, de seguridad jurídica para las partes contratantes.

51. Por último, en aras de la exhaustividad, debo añadir que, dado que el artículo 49 TFUE tiene efecto directo,[37] lo decisivo en el litigio principal es dilucidar si el contenido normativo sustantivo de la libertad de establecimiento consagrado en dicha disposición es tan extenso que protege también al contrato y, por lo tanto, a la otra parte contratante en el litigio principal. A este respecto, cabe alegar que la prohibición que establece el artículo 49 TFUE de imponer restricciones a la libertad de establecimiento puede ser invocada por las personas que ejercen esa libertad desarrollando actividades en otro Estado miembro, pero también por sus contrapartes contractuales, especialmente en presencia de elementos transfronterizos, como en el presente caso, en el que STE, sociedad luxemburguesa, otorgó poderes a su apoderado general que, a su vez, transmitió el principal activo de la sociedad a ST, sociedad italiana, y en el que esas operaciones se han impugnado con arreglo al Derecho italiano.[38] Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho material, el derecho individual de ST (e, indirectamente de Edil Work 2) está cubierto por la prohibición antes mencionada. Procede añadir que cuando STE ejerció su libertad de establecimiento creó una situación comprendida en el ámbito de esa libertad. Las

[36] El Tribunal de Justicia ha declarado que el principio de seguridad jurídica, que tiene como corolario el principio de protección de la confianza legítima, exige que una normativa que entrañe consecuencias desfavorables para los particulares sea clara y precisa y su aplicación previsible para los justiciables (sentencia de 12 de diciembre de 2013, Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation, C-362/12, EU:C:2013:834, apartado 44 y jurisprudencia citada).

[37] Sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 42.

[38] En cualquier caso, debo señalar que, como ha recordado la Abogada General Kokott en sus conclusiones presentadas en el asunto Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:222), punto 83 y jurisprudencia citada en la nota 52, el Tribunal de Justicia ya ha resaltado en varias ocasiones, en relación con diferentes libertades fundamentales, que también personas distintas de los titulares directos de la libertad fundamental pueden beneficiarse de ella si, de otra forma, la libertad fundamental no puede producir plenos efectos.

operaciones posteriores, como el otorgamiento de poderes y la transmisión del castillo, se regían por la libertad de establecimiento. Por lo tanto, si un tercero establece un vínculo con la situación creada en virtud de dicha libertad, debería poder invocar el artículo 49 TFUE. [39]

52. De ello resulta que la aplicación del Derecho italiano, conforme a lo dispuesto en el artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995, en relación con el apartado 2 del artículo 2381 del Código Civil, al otorgamiento de poderes de que se trata constituye, en mi opinión, una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento contraria al artículo 49 TFUE.

C. Justificación

53. Las medidas nacionales que restringen la libertad de establecimiento pueden estar justificadas y ser proporcionadas. El Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que una medida no discriminatoria que obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento puede estar justificada por razones imperiosas de «interés general». [40] Esas medidas deben ser adecuadas para garantizar la consecución del objetivo que persiguen y no ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo. [41]

54. Con carácter preliminar, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente no precisa las razones que justifican la restricción de la libertad de establecimiento causada por la aplicación del Derecho italiano a los actos de gestión y de organización de una sociedad válidamente constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, pero que ejerce sus actividades económicas y que tiene su objeto principal en Italia. Tal información tampoco se desprende del tenor del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995 ni del artículo 2381, apartado 2, del Código Civil.

55. Sin embargo, en sus observaciones escritas, el Gobierno italiano aduce que existen razones relativas a la protección de los socios, acreedores, trabajadores y terceros que exigen que el otorgamiento de poderes esté sujeto al Derecho italiano. Es de destacar que, durante la vista, las observaciones de dicho Gobierno se centraron en la protección de los socios más que en la protección de los intereses de otros terceros, que no se mencionaron. Además, el Gobierno italiano sostiene que la aplicación del Derecho italiano es necesaria, en la medida en que el establecimiento de STE en Luxemburgo no se corresponde con el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado miembro y constituye, por lo tanto, una práctica abusiva. Según dicho Gobierno, el Derecho de la Unión no permite crear estructuras societarias puramente artificiales, que no se corresponden con la realidad económica. Habida cuenta de estas dos alegaciones principales, analizaré la protección de los socios y a la supuesta práctica abusiva.

[39] A modo de ejemplo, en la sentencia de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480), apartado 59, el Tribunal de Justicia admitió que una persona que no había sido objeto de discriminación —vulneración de un derecho subjetivo— podía interponer un recurso basado en una discriminación en nombre de «otros habitantes del barrio en el que [esa persona] ejerc[ía] su actividad». Cabría pues sostener que la persona que tiene un vínculo directo con la situación de que se trata debería poder defender sus derechos.

[40] Véase, en este sentido, la sentencia de 3 de febrero de 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89), apartado 52 y jurisprudencia citada.

[41] Sentencia de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), apartado 52.

1. Protección de los socios

56. Cabe recordar que el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección de los intereses de los socios minoritarios puede justificar, en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos, restricciones a la libertad de establecimiento.[42] El Tribunal de Justicia ha reconocido la necesidad de proteger a los «socios minoritarios». Sin embargo, en determinadas situaciones muy concretas, cuando un Estado miembro ha impuesto restricciones destinadas a proteger a *todos* los socios, al margen de su participación en la sociedad, no puede excluirse que el objetivo de la protección de los socios (en general) pueda constituir una justificación.[43]

57. No obstante, el artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995 no especifica en modo alguno las razones de interés general que llevaron al legislador italiano a adoptar dicha disposición. Por lo tanto, es difícil determinar los objetivos que dicha medida pretende alcanzar y, en consecuencia, constatar si realmente persigue esos objetivos. En particular, a primera vista parece que la legislación italiana, en particular el artículo 2381, apartado 2, del Código Civil, que prohíbe el otorgamiento de poderes a favor de un tercero que no sea miembro del consejo de administración de la sociedad, pretende proteger los intereses de esos miembros y la exclusiva posición de dirección que ocupan los administradores, regulando así únicamente la relación entre los miembros del consejo y los administradores. Por lo tanto, no está claro si la medida controvertida fue adoptada con el fin de garantizar la protección de los socios. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo tal apreciación.

58. Partiendo de la premisa de que el interés general que se persigue es efectivamente la protección de los socios, debe subrayarse que es posible que la aplicación de la segunda frase del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995, en relación con el artículo 2381, apartado 2, del Código Civil, vaya más allá de lo necesario para proteger ese interés. Ello se debe a que, como ilustra el presente asunto, implica la aplicación del Derecho italiano a un acto de gestión y de organización de una sociedad válidamente constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, pero que ejerce sus actividades económicas en Italia, sin tener en cuenta si el interés de los socios ya está protegido por el Derecho de sociedades de ese Estado miembro. Dicho de otro modo, la segunda frase del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995 se aplica de forma indiscriminada a *todas* las sociedades domiciliadas en *todos* los Estados miembros y a *todos* los actos, sin tener en cuenta si los intereses de los socios *ya* están suficientemente protegidos en otro Estado miembro mediante medidas menos restrictivas como, por ejemplo, exigir que se notifique a los miembros del consejo la venta de inmuebles de la sociedad y la posibilidad de que el consejo revoque esa venta.

59. En estas circunstancias, dudo de que la restricción resultante de la aplicación de estas disposiciones del Derecho italiano sea conforme con el principio de proporcionalidad. En primer lugar, la segunda frase del apartado 1 del artículo 25 de la Ley n.º 218/1995 va más allá de lo necesario porque se aplica indistintamente a todos los casos de otorgamiento de poderes generales a un tercero ajeno a la sociedad. En segundo lugar, existen medidas alternativas menos intrusivas, como comprobar si los intereses protegidos han sido ya suficientemente tenidos en

[42] Véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632), apartado 92, y de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), apartado 54.

[43] La intención de proteger a los socios minoritarios generalmente guarda relación con la resolución de los conflictos internos de las sociedades, como los conflictos entre socios o entre socios y administradores o entre la sociedad y sus administradores (véanse las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto E.ON Czech Holding, C-560/16, EU:C:2017:872, punto 21). Sin embargo, tal protección puede resultar necesaria para cualquier tipo de socio.

cuenta por el Derecho del Estado de constitución, lo que podría ser el caso en el litigio principal, máxime cuando los socios de la sociedad conocían o podían conocer la existencia del otorgamiento de poderes y los sucesivos actos en cuestión.

2. Práctica abusiva

60. De entrada, procede señalar que, según la jurisprudencia, constituye un ejercicio legítimo de la libertad de establecimiento que una persona decida constituir una sociedad en el Estado miembro cuyo Derecho de sociedades le resulte menos oneroso o más apropiado para sus propios fines económicos y, por lo tanto, ejercer sus actividades económicas en otro Estado miembro. [44] Según el Tribunal de Justicia, el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con el Derecho de un Estado miembro con el fin de obtener la aplicación de una legislación más ventajosa no es, en sí mismo, constitutivo de abuso. [45] Dicho esto, el derecho de establecimiento no impide que los Estados miembros se protejan frente a sociedades «fantasma» o «pantalla». [46] De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los Estados miembros tienen la posibilidad de adoptar cualquier medida apropiada para prevenir o sancionar fraudes, lo que podría constituir una justificación de una restricción. [47] En particular, los Estados miembros pueden adoptar medidas para prevenir «los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica», cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación nacional. [48] Más recientemente, en la sentencia Polbud — Wykonawstwo, [49] el Tribunal de Justicia recordó su jurisprudencia consolidada según la cual no puede existir una presunción general de fraude o abuso. [50]

61. En el presente asunto, la aplicación general del Derecho italiano, como forma de luchar contra los abusos, a *todos* los actos comprendidos en el ámbito del Derecho de sociedades de *todas* las sociedades de *todos* los demás Estados miembros, cuando el «objeto principal» de la sociedad se encuentre en Italia, supone establecer una presunción general de fraude o abuso. Para que la medida en cuestión sea proporcionada, debería precisar la naturaleza de los actos que pueden considerarse fraudulentos y la naturaleza de las sociedades a las que se dirige específicamente. Además, tal restricción debería estar respaldada por datos creíbles y explicarse de manera adecuada. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el tenor muy general de la segunda frase del artículo 25, apartado 1, de la Ley n.º 218/1995, que no distingue entre las diferentes situaciones concretas que pueden presentarse, lleva más bien a concluir que esta disposición no respeta el principio de proporcionalidad.

44 Sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 27.

45 *Ibidem*. Veáse también la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512), apartado 96.

46 Véanse las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas en el asunto Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:294), apartado 29, remitiéndose a la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 68.

47 Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), apartado 61.

48 Véase, en este sentido, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartados 51 a 55.

49 Sentencia de 25 de octubre de 2017 (C-106/16, EU:C:2017:804), apartados 63 y 64.

50 El Tribunal de Justicia se basó en una jurisprudencia anterior según la cual la mera circunstancia de que una sociedad traslade su domicilio a otro Estado miembro no puede invocarse para fundamentar una presunción general de fraude fiscal ni servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado [véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica (C-478/98, EU:C:2000:497), apartado 45; de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C-334/02, EU:C:2004:129), apartado 27, y de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 50].

62. Además, conviene señalar que, según reiterada jurisprudencia, los Estados miembros pueden tomar medidas para impedir que, recurriendo a las posibilidades que ofrece el Tratado, algunos de sus nacionales intenten eludir de modo abusivo la aplicación de su legislación nacional.[51] Sin embargo, en el litigio principal, parece que la eventual calificación del comportamiento de STE como «abuso» carece de pertinencia para responder a la cuestión prejudicial planteada, ya que Italia parece haber tolerado que STE se constituyera en Luxemburgo.

63. A la vista de la información de que dispone el Tribunal de Justicia, considero que la supuesta restricción de la libertad de establecimiento resultante de la aplicación del Derecho italiano a las sociedades extranjeras que tienen su «objeto principal» en Italia no está justificada. Por consiguiente, procede responder afirmativamente a la cuestión prejudicial.

IV. Conclusión

64. A la luz de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia) del modo siguiente:

«La libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que establece la aplicación retroactiva de su Derecho nacional a un acto de gestión y de organización, como un otorgamiento de poderes, de una sociedad constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, basándose en que el objeto principal de dicha sociedad está situado en el territorio del primer Estado miembro, a efectos de invalidar las transmisiones de un bien inmueble realizadas con posterioridad a dicho acto.»

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