

La Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (II)

La transformación transfronteriza de sociedades

Elisa Torralba Mendiola

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Directiva 2019/2121 regula por primera vez en el ámbito de la Unión Europea el traslado del domicilio social, al que denomina transformación transfronteriza. Su transposición en España implicará la necesaria reforma de la Ley de Modificaciones Estructurales y la inclusión de un control ex ante de las finalidades de la operación, el cual ha generado numerosas críticas.

1. Cuestiones generales

La Directiva (UE) 2019/2121, del Parlamento Europeo y del Consejo, regula por primera vez en el ámbito de la Unión Europea el traslado internacional del domicilio social, al que denomina *transformación transfronteriza*, recogiendo de este modo la terminología usada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su jurisprudencia.

El artículo 86 *ter.2* de dicha norma define *transformación transfronteriza* como la «operación mediante la cual una sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica societaria de un Estado miembro de destino que figura enumerada en el anexo II, y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica». Se trata, en consecuencia, del traslado de la sede estatutaria, sin que el precepto prejuzgue la posibilidad del Estado miembro de destino de exigir que la sociedad traslade asimismo su sede real a su territorio si pretende pasar a estar sujeta a su *lex societatis*, como reconoce el considerando tercero de la exposición de motivos.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

El artículo 86 octodecies, por su parte, recoge las consecuencias de dicha transformación: a) transmisión a la sociedad transformada de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad; b) continuidad de los socios en su condición de tales, salvo que hubieran ejercido el derecho de separación, y c) continuidad de los derechos y obligaciones de la sociedad derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales que pasarán a serlo de la sociedad transformada.

La transposición de esta directiva obliga a la modificación de los artículos 92 y siguientes de la Ley de Modificaciones Estructurales, que regulan el traslado del domicilio de sociedades españolas al extranjero y de sociedades domiciliadas en el extranjero a España. Aunque el texto europeo sólo puede regular tales traslados en la esfera intra-UE, la ley española debería mantener su actual ámbito de aplicación, regular los traslados extra-UE y extenderles el régimen intraeuropeo, en la medida en que sea posible y con las salvedades necesarias, a fin de garantizar la mayor coherencia posible en la regulación. En esta nota se describe el régimen de la directiva, a la espera de las decisiones que adopte el legislador español acerca de la transposición, que deberá producirse a más tardar el 31 de enero del 2023.

2. Contexto de la regulación: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha ocupado del traslado internacional de sede fundamentalmente en cuatro ocasiones: en los asuntos Daily Mail, Cartesio, Vale Épitesi y Polbud, que se encuadran, a su vez, en el marco creado por las sentencias en los asuntos Centros, Überseering e Inspire Art (incluso cuando Daily Mail es anterior a todas ellas).

De todas estas sentencias cabe concluir que el modelo regulatorio según el que una sociedad debe constituirse conforme al ordenamiento del Estado donde radique su sede real —entendiendo por ésta su administración central, centro principal de actividades u otras conexiones territoriales objetivas que los ordenamientos puedan prever— no es compatible con las normas sobre libertad de establecimiento cuando se aplica al reconocimiento de sociedades procedentes de otros Estados miembros. Sin embargo, también se deduce que, a falta de armonización del Derecho de la Unión Europea al respecto, los Estados miembros siguen conservando su competencia para determinar cuáles son las condiciones que exigen a las sociedades que se rigen por su ordenamiento, tanto en el momento de su constitución como en los casos en que pretendan pasar a regirse por su *lex societatis* como consecuencia del traslado de su domicilio real o estatutario. Entre esas condiciones puede figurar el requisito de que la sociedad ubique su sede real en su territorio.

Una constante en todas las sentencias mencionadas ha sido la preocupación por las implicaciones que la adopción de una u otra postura en relación con los criterios de determinación de la *lex societatis*, con sus consecuencias sobre el traslado de domicilio social, pudiera tener para los intereses de los acreedores, socios y trabajadores de la sociedad e, incluso —sobre todo en alguna de ellas y de manera más general—, por la posibilidad de que pudiera servir para instrumentalizar fraudes a la aplicación de ciertas normas.

El punto de partida para el análisis de estas cuestiones es que no es en sí mismo constitutivo de abuso el hecho de establecer el domicilio de una sociedad en un Estado miembro determinado con el fin de obtener la aplicación de su ordenamiento porque los socios lo consideren más favorable a sus intereses. Del mismo modo, el mero hecho de que una sociedad traslade su domicilio de un Estado miembro a otro modificando su *lex societatis* no puede fundamentar una presunción general de fraude ni servir de justificación a una medida contraria al ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En relación, específicamente, con las transformaciones transfronterizas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido que el traslado del domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho por el que se rige y la consiguiente transformación de la sociedad en una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado miembro al que se traslada están amparados por la libertad de establecimiento. En tales circunstancias, y como se ha señalado, corresponde al Estado de acogida determinar qué condiciones debe cumplir la citada sociedad para registrarse por su ordenamiento, con la consecuencia de que, si tal Estado no exige la presencia en su territorio de la sede real de la sociedad, no puede entenderse que ésta resulte preceptiva para que la operación se entienda amparada por la libertad de establecimiento.

Los Estados miembros pueden adoptar medidas apropiadas para prevenir o sancionar fraudes siempre que respondan a las condiciones tradicionalmente exigidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para considerar justificado que se restrinja alguna libertad fundamental: que no se trate de medidas discriminatorias, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para alcanzar el objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En el caso del traslado de domicilio, entre las razones imperiosas de interés general, cabe incluir la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores, así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales, según reiterada jurisprudencia, pero el control de los límites señalados se aplica también a estos casos. En relación, en concreto, con los intereses de los acreedores, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que para salvaguardarlos bastaría la constitución de garantías bancarias o de otras garantías equivalentes, pudiendo considerarse que otras medidas no resultan proporcionales.

3. La regulación de la directiva

3.1. Aspectos generales

La directiva pretende, según el considerando sexto de su exposición de motivos, crear un marco jurídico armonizado que contribuya a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento y proporcione, al mismo tiempo, una protección adecuada a las partes interesadas, como los trabajadores, los acreedores y los socios.

En este contexto, el texto europeo añade al título II de la Directiva 2017/1132, un capítulo I, que comprende los artículos 86 *bis* a 86 *unvicies*, en el que se pretende establecer un régimen armonizado europeo de traslado de sede. Estas disposiciones se prevén aplicables sólo a la transformación de sociedades de capital constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad se hallen en otro Estado miembro y que pretendan transformarse en sociedades de capital sujetas al Derecho de otro Estado miembro, con excepción de aquellas cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público que reúnan ciertas condiciones.

Se prevé asimismo que no pueden ser objeto de transformación transfronteriza las sociedades en liquidación que hayan comenzado a repartir los activos entre sus socios ni aquellas que sean objeto de los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución establecidos en el título IV de la Directiva 2014/59/UE, por la que se establece un marco para la reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (art. 86 *bis*). Los Estados miembros podrán, además, decidir que tampoco pueden trasladar su domicilio las sociedades incursas en procedimientos de insolvencia o marcos de reestructuración preventiva, procedimientos de liquidación distintos de los mencionados anteriormente o medidas de prevención de crisis de las recogidas en el artículo 2.1.101 de la Directiva 2014/59/UE. En esta línea, el actual artículo 93 de la Ley de Modificaciones Estructurales no permite que trasladen su domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores.

3.2. *Las fases del procedimiento*

La directiva prevé un procedimiento para la transformación transfronteriza que responde a un modelo distributivo, en la medida en que prevé la aplicación sucesiva de dos leyes, la del Estado de origen de la sociedad y la de destino, haciendo necesario garantizar la coordinación entre ambas. Este procedimiento se desarrolla en cuatro fases: la fase preparatoria; la de aprobación; la de control, en la que se emite el certificado previo a la transformación, y la de ejecución, en la que se abordan las cuestiones relativas a la coordinación registral y los efectos de la transformación. Las tres primeras se rigen por la ley del Estado de origen de la sociedad y, en la cuarta, junto con ésta, entra en juego la ley por la que aquélla pretenda pasar a regirse.

En la primera fase, el órgano de administración o dirección debe elaborar un proyecto de transformación y un informe destinado a los socios y a los trabajadores en el que se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y las consecuencias de la operación para los trabajadores y para la actividad empresarial futura de la sociedad. Este informe incluirá dos secciones, una para los socios y otra para los trabajadores, salvo que la sociedad decidiera elaborar dos informes distintos.

La sección destinada a los socios puede no exigirse cuando todos ellos consientan en renunciar a ese requisito. Pese a que la directiva no lo mencione, sería lógico entender que

esa misma renuncia se puede producir cuando se haya optado por la elaboración de un informe específico dirigido a ellos. Los Estados miembros pueden, además, excluir a las sociedades unipersonales de la obligación de elaborar este informe, lo cual tiene sentido en lo que se refiere a la sección dirigida a los socios, pero no parece tenerlo tanto en la destinada a los trabajadores. No se requerirá la sección del informe destinada a los trabajadores cuando la sociedad y sus filiales, si las hay, no tengan más trabajadores que los que formen parte del órgano de administración o dirección. El informe se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores o de los propios trabajadores —en caso de no existir representantes— como mínimo seis semanas antes de la fecha de la junta general que se convoque para decidir sobre la transformación.

Al informe anterior se añade otro, destinado a los socios, que debe elaborar un perito independiente y que deberá incluir, en todo caso y junto con otros extremos, el dictamen sobre si la compensación en efectivo es adecuada. No se exigirá este informe si así lo acuerdan todos los socios de la sociedad, y los Estados miembros pueden excluir esta exigencia en el caso de sociedades unipersonales. La directiva regula asimismo los requisitos de publicidad a que se sujeta esta primera fase de la operación.

En la segunda fase, el proyecto de transformación debe ser aprobado por la Junta General por una mayoría que no podrá ser inferior a dos tercios ni superior al noventa por ciento de los votos asociados a las acciones o participaciones o al capital suscrito representado en la junta general, sin que, en cualquier caso, el umbral de votación pueda ser superior al previsto en el Derecho nacional para la aprobación de las fusiones transfronterizas.

La directiva prevé, además, mecanismos de protección de los socios, los acreedores y los trabajadores. Hay que destacar, respecto de los primeros, la regulación, en el artículo 86 *decies*, de un derecho de separación a favor de aquellos que hayan votado en contra del proyecto de transformación (previsión ya contenida en el artículo 99 de la Ley de Modificaciones Estructurales), derecho que los Estados miembros podrán extender a «otros socios de la sociedad», sin que se especifique cuáles, aunque, atendiendo a los considerandos 17 y 18 de la exposición de motivos habrá que entender que puede tratarse de «socios o titulares de acciones o participaciones sin derecho de voto» o «socios para quienes la operación no implicaría que cambie el Derecho aplicable, pero sí algunos de sus derechos», sin perjuicio de otros mecanismos de protección que los Estados pudieran adoptar (cdos. 17 y 18 de la exposición de motivos).

En la tercera fase, la autoridad competente designada por el Estado miembro de origen de la sociedad deberá controlar la legalidad de la transformación en lo que atañe a la parte del procedimiento que se rija por su legislación y, en el plazo de tres meses desde la recepción de los documentos y la información necesarios para su elaboración, prorrogables en ciertas circunstancias, expedirá, si procede, un certificado que demuestre el cumplimiento de las condiciones y la correcta realización de los procedimientos y trámites exigidos por su ordenamiento. Se prevé, asimismo, que los Estados miembros deben velar

por que no se expida este certificado previo a la transformación cuando se determine en cumplimiento del Derecho nacional que la operación se ha llevado a cabo «con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional, o eludirlo, o con fines delictivos». Se trata de un control del fraude que suscitó numerosas críticas entre quienes comentaron el proyecto de directiva y que se trata con algo más de detalle en el epígrafe siguiente.

Por último, y como cuarta fase, la autoridad designada para el control de la operación en el Estado miembro de destino aprobará la transformación si cumple todas las condiciones, procedimientos y trámites exigidos por la legislación del Estado miembro de destino y aceptará el certificado previo a la transformación emitido por la autoridad de origen como prueba concluyente de la correcta cumplimentación de los procedimientos y trámites de la legislación del Estado miembro de origen. Tras ello, la operación deberá ser inscrita en el Estado miembro de destino, que comunicará esa circunstancia al de origen a fin de que cancele la inscripción registral de la sociedad.

La fecha en que surte efecto la transformación será determinada por el Derecho del Estado miembro de destino y deberá ser siempre posterior a los certificados a que se ha venido haciendo referencia. Una vez operada la transformación, de acuerdo con la directiva, no puede declararse su nulidad absoluta, sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros relativas al Derecho penal, a la prevención y lucha contra la financiación del terrorismo y otros extremos que se mencionan expresamente.

3.3. Cuestión específica: el control del fraude

La cuestión que posiblemente suscitó más comentarios y críticas cuando la directiva se encontraba en fase de propuesta fue la del control de la finalidad de la operación. En el texto de aquélla se preveía que ese control pretendía determinar si la transformación constituía «un artificio encaminado a obtener ventajas fiscales indebidas o a perjudicar injustificadamente los derechos legales o contractuales de los trabajadores, los acreedores o los socios minoritarios». En el texto definitivo, ese control se hace más difuso al referirse a los «fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional, o eludirlo, o con fines delictivos», dejando de este modo un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades nacionales encargadas del control e introduciendo una complejidad no compatible con el objetivo de facilitar la realización de estas operaciones.

La inclusión de este mecanismo de control en la legislación española modificará de manera relevante el actual sistema de traslado de domicilio social, dado que el artículo 101 de la Ley de Modificaciones Estructurales prevé únicamente la certificación del cumplimiento de los actos y trámites que ha de realizar la sociedad antes del traslado. La aplicación práctica de la regla europea dependerá fundamentalmente de la interpretación que el legislador nacional y las autoridades de control hagan de la norma y, en concreto,

de si entienden que ese control es necesario sólo si *prima facie* pudieran existir indicios evidentes de fraude, o si así fuera alegado por alguno de los posibles afectados, pero que la directiva no obliga a un análisis de las finalidades cuando no existen los indicios o alegaciones mencionados. Esta lectura resultaría compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que se ha hecho referencia, contribuiría a reducir la complejidad del procedimiento introducida por este control y se ajustaría mejor a las posibilidades reales de la autoridad encargada de él, a la que la valoración *ex ante* de las finalidades de una operación puede resultar extremadamente complicada.

Resulta relevante en este punto determinar si puede resultar un indicio claro de abuso —que debería desencadenar la actividad investigadora de la autoridad de control— el hecho de que la sociedad sólo pretenda trasladar su sede estatutaria, pero no su sede real. Si se atiende a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que se ha hecho referencia, la respuesta debería ser negativa, pero los considerandos 34 a 37 de la exposición de motivos de la directiva parecen responder al criterio contrario, como resulta de la referencia a la importancia de contrarrestar las sociedades fantasma o pantalla o de la afirmación de que es un indicio de que no existe fraude el hecho de que, «como resultado de la operación transfronteriza, el centro de administración efectiva o el lugar de actividad económica de la sociedad quede situado en el Estado miembro en el que la sociedad o las sociedades deban registrarse tras la operación transfronteriza». Esto último no debería llevarnos a una lectura *a contrario* y sería deseable que el legislador nacional y las autoridades encargadas del control limitaran en lo posible su alcance, alejando la posible apreciación del fraude de la esfera societaria para situarla en el ámbito —penal, fiscal, etcétera— que le corresponde y evitando la posibilidad de que la sociedad eluda la aplicación de las disposiciones que pretende defraudar, sin impedir, sin embargo, su traslado.

A esa idea parece responder el artículo 86 *unvicies* de la directiva. Según éste, aunque no se pueda declarar la nulidad absoluta de la transformación una vez ésta haya surtido efecto en cumplimiento de los procedimientos de transposición de la directiva, quedan a salvo las competencias de los Estados miembros relativas al Derecho penal, a la prevención y lucha contra la financiación del terrorismo, al Derecho social, a la fiscalidad y a la garantía del cumplimiento de la ley para imponer medidas y sanciones, en virtud del Derecho nacional, después de la fecha en que haya surtido efecto la transformación transfronteriza. Ello parece conducir a la posibilidad de que los tribunales puedan determinar la aplicación de la ley del Estado de origen que se pretendía eludir, dejando a salvo, no obstante, la operación desarrollada, solución, como se ha apuntado, más acorde con los desarrollos jurisprudenciales en materia de libertad de establecimiento.

Por otro lado, la complejidad del control de los fines de la transformación se traduce en términos temporales en una prolongación del procedimiento: el certificado debe emitirse en un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de los documentos relativos a la aprobación de la transformación por la junta general de la sociedad, pero puede

ampliarse ese plazo otros tres meses adicionales si existen sospechas de fraude. A lo anterior se añade que corresponde a los Estados miembros determinar cuál es la autoridad encargada de la emisión del certificado y, consecuentemente, del control del fraude. Todo parece indicar que en el sistema español tal misión se atribuirá a los notarios o a los registradores, sin perjuicio de que pueda estar sujeta a posterior control judicial. Las dificultades que para aquéllos puede suponer un análisis de las finalidades de la operación son evidentes y permiten plantear dudas sobre la eficacia del sistema previsto por el texto de la directiva. Nadie niega la necesidad de controlar las operaciones fraudulentas, pero hubiera sido deseable una mayor racionalidad en la regulación de los medios previstos para hacerlo.