

PROPUESTA DE COMUNICACIÓN: “La regulación de las transformaciones transfronterizas de sociedades en la Directiva 2019/2121”

SESIÓN 3. PROSPERIDAD: Plan de Acción de la Economía Circular y el Consumo y Producción Responsables. Industria, innovación e infraestructura (9)

PALABRAS CLAVE: transformaciones transfronterizas, Directiva 2019/2121, DIPr

El 1 de enero 2020 entró en vigor la Directiva 2019/2121 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 que los EM han de transponer en su legislación nacional hasta el 31 de enero de 2023. El nuevo instrumento jurídico fue elaborado en el marco del Plan de Acción, “Actualización del Derecho europeo de Sociedades: normas sobre soluciones digitales y eficiencia de las operaciones transfronterizas” con el que la Comisión Europea pretendía conocer la opinión de profesionales y académicos sobre la eficacia de la Directiva 2017/1132 y sus propuestas de mejora. La Directiva recoge, a la vez que confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el asunto *Centros* hasta *Polbud*, reconociendo la libertad de establecimiento en la UE de sociedades válidamente constituidas de acuerdo con el Derecho de un EM y la posibilidad de trasladar su sede en otro EM. La falta de un marco jurídico armonizado ha sido una de las razones para la fragmentación del mercado único y la existente inseguridad jurídica en las operaciones de movilidad de empresas en el EEE que tiene como consecuencia la creación de obstáculos a la libertad de establecimiento de sociedades.

La Directiva establece procedimientos armonizados para las operaciones de fusión, escisión o transformación de empresas en el Espacio Económico europeo y las agrupa bajo el término “operaciones transfronterizas”. El punto en común de estas tres operaciones es que todas ellas llevan al cambio de la ley que rige la sociedad, la *lex societatis*. Uno de los mayores obstáculos a la libertad de establecimiento son las diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales en la regulación del estatus de las sociedades y los puntos de conexión aplicables para determinar la ley aplicable (*lex societatis*). Las operaciones transfronterizas tienen como propósito, en la mayoría de los supuestos, modificar esta ley a través de la reestructuración a la que se somete la sociedad. Esta posibilidad se les otorga y garantiza por los arts. 49 y 54 TFUE que permiten a las empresas constituidas en un EM a expandir sus actividades en otro EM. La determinación del Derecho nacional que rige la sociedad queda una cuestión importante en la práctica. A pesar de que el nivel de armonización del Derecho de Sociedades europeo es bastante elevado, las normas de conflicto son todavía privilegio del legislador nacional. Uno de los aspectos jurídicos más importantes que se han de tomar en consideración en la operación transfronteriza es la identificación de la *lex societatis*, dado que las autoridades de este Estado tendrán la competencia para resolver los problemas que en tales operaciones se plantean. Algunos EM siguen la teoría de la constitución de acuerdo con la que la sociedad se rige por la ley del Estado en el que se ha constituido y donde se encuentra su sede estatutaria. Otros aplican la teoría de la sede al considerar que la sociedad se rige por la ley del Estado en el que está su administración central o donde desarrolla su actividad principal. Estas diferencias condicionan sustancialmente las operaciones

transfronterizas. La variedad de normas estatales que regulan la personalidad jurídica de las sociedades no tiene relevancia en operaciones que se realizan en el mercado nacional. No obstante, en las transformaciones transfronterizas la confrontación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados implicados que utilizan criterios distintos para determinar el domicilio social puede afectar los intereses de las empresas participantes.

La falta de normas de conflicto armonizadas y la variedad de puntos de conexión empleados por el legislador nacional en el ámbito del Derecho de sociedades tiene como consecuencia que cada Estado adopte sus propias normas internas que las sociedades han de cumplir para que se consideren válidamente constituidas en este Estado. Esto significa que la ley nacional puede exigir que la sociedad establezca en su mercado tanto su administración central, como el domicilio social, lo que puede provocar serios problemas para las compañías que quieren desarrollar sus actividades en otros Estados. Las diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de determinación de la *lex societatis* y del reconocimiento de sociedades extranjeras son unos de los obstáculos a la libertad de establecimiento y la creación del Mercado Único. La jurisprudencia del TJUE ha sido clave para la eliminación de las barreras impuestas por las legislaciones nacionales.

La Directiva 2019/2121 pretende eliminar las diferencias en la regulación nacional de estas operaciones creando unos estándares mínimos en materia de fusiones, escisiones y conversiones de sociedades constituidas de acuerdo con las normas societarias internas de cada EM. Por otro lado, ofrece mayor protección a los accionistas, los trabajadores y los acreedores cuyos intereses se pueden ver afectados en una operación de transformación transfronteriza. En este sentido, el texto legal introduce procedimientos casi idénticos y requisitos de información al establecer normas comunes sobre tres formas de conversión corporativa: la modificación de la forma jurídica de la sociedad, la escisión y la fusión. La Directiva no es un texto independiente ya que modifica el existente marco legal de las fusiones transfronterizas y con el que el legislador europeo establece definitivamente la teoría de la incorporación como principio vehicular que permite a una sociedad constituida de acuerdo con la ley de un Estado miembro transformarse en una compañía regulada por la ley de otro Estado miembro, conservando su personalidad jurídica e independientemente del lugar donde se encuentre su sede real. El nuevo instrumento europeo tiene como objetivo neutralizar los efectos negativos de las normas nacionales proteccionistas y, así, evitar la necesidad de liquidación de la empresa como condición para su transformación transfronteriza (caso *Polbud*).

El instrumento europeo, sin embargo, no está exento de críticas. Desde el punto de vista de DIPr hay una serie de cuestiones que pueden presentar problemas a la hora de su aplicación. En primer lugar, se ha introducido una cláusula anti-fraude que se puede aplicar solo si las autoridades nacionales tienen dudas razonables de que la transformación transfronteriza se realiza con objetivos fraudulentos o criminales. El propósito es evitar el uso del principio de libertad de establecimiento para propósitos ilícitos y eludir la aplicación de las normas nacionales a través de los denominados “*mailbox companies*”. La pregunta que surge es si la intención de la sociedad se puede considerar un motivo justificado para denegar las ventajas fiscales y restringir la transformación de la empresa. Dicho control proporcional de legalidad

¿se aplica tan solo a las entidades constituidas en un EM que quieren transformarse en sociedades de otro EM o también para las compañías creadas de acuerdo con las disposiciones societarias de un Tercer Estado? Por otro lado, a primera vista, parece que tan sólo el Estado Miembro de origen está facultado para valorar si la operación transfronteriza se configura con fines abusivos, fraudulentos o delictivos. Pero, ¿tiene el Estado de destino alguna competencia para valorar estas cuestiones también?

Junto con la cláusula antifraude, la Directiva incluye normas especiales destinadas a proteger los intereses de los socios, empleados y acreedores de la sociedad en transformación. El interés de cada uno de estos grupos puede entrar en conflicto con el proyecto de transformación de la empresa. El primer conflicto puede surgir entre administradores y socios, en particular, los accionistas minoritarios. La conversión transfronteriza tiene como consecuencia el cambio de domicilio de la sociedad y, por tanto, la alteración de la *lex societatis*. Para algunos de los socios o accionistas la ley del EM de destino puede ofrecer menos protección jurídica que la del EM de origen, en cuanto a los derechos de voto, divulgación de información o asistencia y participación en la Junta General, entre otros. En este sentido, desde el punto de vista del DIPr. ¿se pueden aplicar los instrumentos europeos existentes – el RBibis, el RRI y el RRII – para resolver estas cuestiones?

El segundo conflicto que se puede plantear es entre la sociedad y sus acreedores, dado que éstos últimos no participan en la toma de decisiones y la operación transfronteriza puede perjudicarles económicamente. Si el domicilio es uno de los criterios para determinar la competencia judicial internacional, ¿influye la transformación transfronteriza a la determinación del tribunal competente en los litigios planteado por los acreedores? ¿Qué ocurre en el caso en el que la ley del EM de destino exija menos capital inicial a la empresa o un menor nivel de responsabilidad de los socios en relación con los acreedores? ¿Dónde pueden éstos últimos buscar protección de sus intereses y qué ley se aplicaría para resolver el conflicto?