



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO DE VALLADOLID

Grado en derecho

TRABAJO FIN DE GRADO

**"LA NUEVA PROPUESTA EUROPEA SOBRE TRASLADO
TRANSFRONTERIZO DE DOMICILIO SOCIAL EN EL
CONTEXTO DEL DERECHO ESPAÑOL".**

Presentado por Sofía Gómez Moro

Tutelado por: María del Mar Bustillo Saiz

Valladolid, de septiembre de 2020

Palabras clave → libertad de establecimiento, traslado transfronterizo de domicilio social, lex societatis, Estados Miembros, Unión Europea, Ley de Modificaciones Estructurales, LME

Key words → freedom of establishment, cross-border transfer of registered office, lex societatis, Member States, European Union, Law on Structural Changes, LME

Resumen → El traslado internacional de domicilio de compañías entre países de la Unión Europea se ampara en el principio de libertad de establecimiento, según la normativa europea y jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), que busca facilitar el traslado del domicilio social entre países miembros de la Unión con la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad cuyo domicilio se traslada y sin que las leyes nacionales supongan un obstáculo en el proceso. En virtud de la libertad de establecimiento comunitario están prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de 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, en el territorio de otro Estado miembro.

Abstract → The international transfer of the domicile of companies between countries of the European Union is based on the principle of freedom of establishment, in accordance with European legislation and the consolidated case-law of the Court of Justice of the European Union, which seeks to facilitate the transfer of the registered office between Member States of the Union with the continuity of the legal personality of the company whose domicile is transferred and without national laws being an obstacle to the process. By virtue of the freedom of Community establishment, restrictions on the freedom of establishment of companies incorporated under the law of a Member State and whose registered office central administration or principal place of business.

INDICE

1 INTRODUCCION:

1.1.- Ley de Modificaciones Estructurales VS Nueva Directiva

1.2.-Concepto de las transformaciones transfronterizas: LME VS Nueva Directiva

1.2.1.- Nueva Directiva europea

1.2.2.- Ley de modificaciones estructurales

1.3.- Procedimiento de las transformaciones transfronterizas en la LME y en la Nueva Directiva

1.3.1.- Procedimiento y requisitos en la Nueva Directiva

1.3.2.- Procedimiento y requisitos de la transformación LME

1.4.- Objetivo de la Nueva Directiva y de la LME

1.4.1.- Objetivo de la Nueva Directiva europea

1.4.2.- Objetivo de la ley de modificaciones estructurales

1.5.-Carencias de dichas legislaciones

1.5.1.- Nueva Directiva

1.5.2.- Ley de modificaciones estructurales

2.- COMPARACIÓN DETALLADA ENTRE LA NUEVA DIRECTIVA Y LA LME

2.1.- Ámbito de aplicación

2.2.- Definición de transformación transfronteriza

2.3.- Información mínima del proyecto de transformación

2.4.- Elaboración del informe

2.5.- Examen elaborado por el perito independiente

2.6.- Publicidad del proyecto y del informe

2.7.- Aprobación del proyecto

2.8.- Garantías de los accionistas y su derecho de separación

2.9.- Garantías de los acreedores

2.10.- Información y consulta a los trabajadores

2.11.- Participación de los trabajadores en la sociedad

2.12.- Control de legalidad

2.13.- Registro de la sociedad transformada

2.14.- Efectos

2.15.- Consecuencias de la transformación transfronteriza

2.16.- Normas relativas a la responsabilidad del perito

2.17.- Validez de la transformación transfronteriza

3.- CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCION

Este trabajo va dedicado a la Nueva Directiva aprobada en el anterior mes de diciembre del año 2019 en comparación con nuestra Ley de modificaciones estructurales (LME). 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 Como bien sabemos, este tema siempre ha sido de gran interés para facilitar la movilidad de las distintas empresas o sociedades europeas, así como llevar a cabo la búsqueda de ventajas en lo que concierne al derecho de sociedades, concursal, tributario...²

1.1.- Ley de Modificaciones Estructurales VS Nueva Directiva

En primer lugar, respecto a la Directiva Europea³ tenemos que destacar que ha sido creada para llevar a cabo la modificación de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. Esta finalmente ha sido aprobada el día 12 de diciembre, día en el que fue

¹TORRALBA MENDIOLA, Elisa. La Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (II). La transformación transfronteriza de sociedades. Enero,2020. Como bien dispone esta autora en su artículo, será la primera vez que se regula a nivel de la Unión europea el traslado de domicilio social conocido como transformación transfronteriza y su definición la dispone en su artículo 86 ter de la presente Directiva. Se considerará en consecuencia el traslado de sede estatutaria.

² QUINTAS SERARA, A. (2017). El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 517-574. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.04>

³ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo. Directiva de fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas, novedades mucha incertidumbre, 24 de Julio de 2019(Artículo internet). Las normas que incluirá la Nueva Directiva (ya que este artículo de Segismundo Álvarez Royo-Villanova trata de la Propuesta ya que aún no se había aprobado) van a partir de aplicar un procedimiento de las operaciones transfronterizas con sus adaptaciones y modificaciones necesarias ya que aún no estaba regulado del todo y había muchos vacíos legales. Dentro de esas modificaciones que esta quiere añadir y al fin añadió, están entre otros: Reforzar los requisitos de información a socios y trabajadores de la sociedad en cuestión, que los empleados puedan expresar la opinión concerniente a lo que piensan del proyecto, comunicándose a los accionistas, y adjuntando un informe de los administradores sobre la operación llevada a cabo, al igual que los acreedores y socios que también en un plazo señalado podrán realizar las observaciones que estimen necesarias relativas al proyecto de transformación.

publicado en el DOUE la Directiva 2019/2121, que modifica el régimen legal aplicable a las fusiones transfronterizas y añade a dicho régimen la posibilidad de realizar transformaciones y escisiones del mismo carácter produciéndose, por lo tanto, la modificación de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. Esa Directiva (la anterior), regulaba tan sólo las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, pero, a pesar de considerar sus normas como un gran avance para el funcionamiento de un mercado único de todas las sociedades y empresas de dicho mercado y que puedan ejercer libremente su derecho de libertad de establecimiento, parece lógico que exista una gran necesidad de que se añada con esta Nueva Directiva, lo que concierne a las transformaciones y escisiones transfronterizas, ya que de las escisiones tan solo menciona lo que tiene que ver con las nacionales de sociedades anónimas, y de las transformaciones no trata nada y genera un vacío legal en ciertos casos. Como bien sabemos, la libertad de establecimiento es considerado uno de los principios básicos en la Unión Europea, también regulado en la Legislación Española. Por libertad de establecimiento entendemos que va a ser la plena libertad que van a tener las sociedades y empresas para establecer y gestionar estas atendiendo a las condiciones que impone el Estado Miembro donde se va a establecer dicha empresa o sociedad. Es decir, una empresa que se creó conforme a la legislación de un Estado miembro, que será conocido como el de origen, va a pasar a regirse por la legislación del Estado miembro de destino, que será en el que pasa a tener su domicilio la empresa, siempre y cuando se cumplan con los requisitos y condiciones que hayan establecido ambos países. Es gracias a estas innovaciones en la ley, que los países de dichas empresas y sociedades tenga una gran oportunidad para poder expandirse con una mayor libertad y facilidad, lograr un mayor fomento y crecimiento pudiendo incluso aumentar su efectividad, y eliminando todo tipo de fronteras entre Estados Miembros de la Unión Europea, pero también es verdad que no todo iba a ser tan sencillo, ya que se va a exigir que para que se permitan estas operaciones, se lleve a cabo una protección integral de todos y cada uno de los trabajadores, acreedores y socios de dichas sociedades, para que no sufran perjuicios por dicha operación.

Respecto a la situación actual, destacamos que la movilidad de las sociedades en el contexto de la Unión europea se trata de un elemento esencial del libre establecimiento y de la movilidad entre los distintos estados de los trabajadores: La nueva Directiva se encargará de eliminar todo tipo de barreras ya que en ciertas ocasiones el derecho nacional de los Estados no es suficiente para resolver ciertos casos. Así lo dispuso la Sentencia Polbud que trató del traslado del domicilio social de una empresa de Polonia a Luxemburgo. Esta tratará sobre el

traslado de la sede estatutaria, y dicha sentencia es la última que se ha dictado respecto a este tema, pero previamente se dictaron más tales como pueden ser Daily Mail⁴ y Centros, entre otras. Como previamente había una total ausencia de regulación de estos procedimientos, ya que tan sólo algunos países, entre ellos España, lo regulaban, para ello la Unión europea creó un procedimiento de transformación sin que fuera necesario que desapareciera a través de la liquidación la sociedad. El objetivo de la creación de estas modificaciones estructurales será, encontrar el equilibrio entre la lícita movilidad de las empresas, eliminando obstáculos a través de actuaciones que no serían posibles solo contando con el derecho nacional del estado miembro en cuestión y también buscará tener una correcta protección de los accionistas, trabajadores y acreedores, sobre todo.

En definitiva, la presente Directiva se considera que persigue introducir reglas más simples y menos costosas para llevar a cabo cualquier tipo de operación transfronteriza y más concretamente, las transformaciones. No obstante, se buscará la introducción de un set común armonizado para poder prevenir todos los efectos negativos que pudieran generarse o para aquellos que se pudieran ver afectados por la transformación transfronteriza, lo cual, podrá conllevar a ralentizar el proceso.⁵

Relativo a la Ley de Modificaciones Estructurales española, comenzaremos definiendo lo que se entiende por modificación estructural para así encasillar mejor qué puede ser una transformación. Por modificación estructural entendemos todas aquellas operaciones de reestructuración que conlleven a la modificación del contrato de la sociedad impuesto en

⁴ MARTÍNEZ RIVAS, Francisco. El caso Cartesio (STJCE 16 de diciembre de 2008, Cartesio) ahora vamos a hablar del caso Daily Mail (STJCE 27 septiembre 1988, Daily Mail) se trata de una sociedad llamada Daily Mail and General Trust PLC constituida con arreglo al Derecho del Reino Unido y con sede social en ese mismo país, y solicitó trasladarlo a Holanda sin perder su personalidad jurídica ni condición de ser sociedad británica. La ley de Reino Unido lo permitía, pero lo que exigía es que antes de trasladarse se pidiera una autorización a hacienda pública, y tributaria en Reino Unido. En cambio, las leyes de Países Bajos no lo impedían, pero sí que tardaba en expedir cierta autorización, pero la sociedad Daily Mail decidió, sin esperar a obtener la citada autorización fiscal británica, proceder a la apertura de una oficina de gestión de inversiones en los Países Bajos.

⁵PULGAR EZQUERRA, Juana. Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores, 2020. Diario La Ley, N° 9572, Sección Doctrina, 12 de febrero de 2020, Wolters Kluwer. En este artículo, se hace referencia a tanto las ventajas como los efectos negativos que esta Directiva con su aprobación podría conllevar y deja bien claro que ésta, introduce una armonización mínima dejando un amplio margen de actuación a los Estados Miembros de la Unión Europea.

un primer momento para constituir la sociedad. Con estas modificaciones se hará referencia a cambios de su estructura o de la posición jurídica ya sea administrativa o patrimonial de los socios que la conformen.

Estas modificaciones de las que estamos hablando, van a estar reguladas en la legislación española en la Ley 3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en la cual aparece por primera vez regulado este tipo de operaciones que serían, tanto las fusiones, como escisiones, como transformaciones e incluso cesión global de activo y pasivo. Es por esto, que decimos que nuestra ley, a diferencia de las de otros Estados Miembros sobre las mismas materias, es de las más completas. Nunca antes de esta ley nuestro ordenamiento jurídico lo había regulado, por lo tanto, supuso un gran avance en nuestra legislación⁶. Además, también como novedad pasa a regular el traslado internacional del domicilio social, regulado en el Título V, capítulo número 1 de la presente ley.

A continuación, pasamos a distinguir lo que es la sede real de la sede estatutaria. En el caso de la sede real, se trata del lugar en el que se ubica la administración central, el principal establecimiento o la principal explotación de una sociedad y que permite identificar su *lex societatis*. La *lex societatis* se trata de la ley rectora de una sociedad civil o mercantil y que rige, en particular, su constitución, su funcionamiento, las relaciones entre sus órganos y los derechos y obligaciones de los socios. Por otro lado, la sede estatutaria será el lugar donde, de acuerdo con los estatutos sociales o documento equivalente, se encuentra el domicilio formal de la sociedad, utilizado a efectos de notificaciones y que permite, según la teoría de la constitución, identificar su *lex societatis*.

Será a raíz de esta ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles conocida como LME, con la cual se va a incorporar un aumento de regulación relativa al traslado internacional del domicilio social de las sociedades al derecho español ya que previamente, sólo regulaba lo que concernía a las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada. Es por esto y su regulación, que todas las dudas que existían

⁶ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo; GONZÁLEZ MENESES, Manuel. Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En este caso, destacan dos notarios llamados Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez, que previamente a ser aprobada la Ley 3/2009, sólo se contemplaban el caso de traslado de sociedades españolas al extranjero y siempre estaba condicionado a la existencia de un Convenio internacional vigente en España, ya que sólo se podría llevar a cabo si este Convenio lo permitiera manteniendo la personalidad jurídica (arts. 149.2 LSA y 72.2 LSRL). Para el caso de las Sociedades anónimas europeas domiciliadas en España, se regulaba su traslado a otro Estado de la Unión Europea en los artículos 315-316 de la LSA introducidos por la Ley 19/2005.

anteriormente sobre si podría o no trasladarse una sociedad al extranjero de sociedades distintas de las Anónimas y de Responsabilidad Limitada, se resolvieron con creces, permitiendo la libertad de establecimiento y movilidad, fijando el domicilio social de una empresa española en el extranjero y sometiénola así a la legislación del Estado miembro al que haya emigrado, dejando de ser reguladas en base a la legislación española.

1.2.-Concepto de transformaciones transfronterizas: LME VS Nueva Directiva

1.2.1.- Nueva Directiva europea

¿Qué es una transformación transfronteriza según la nueva directiva? Se trata de un tipo de operación societaria producida entre varios Estados miembros, la cual va a servir para otorgar una solución clara para todas aquellas sociedades que quieran cambiar su domicilio social o trasladarse a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica que han tenido hasta el momento de producirse dicha transformación, sin ni si quiera tener que llevar a cabo la elaboración de nuevos contratos mercantiles, ya que permite mantener los ya existentes. Es sobre todo utilizada por aquellas empresas con pocos recursos financieros para adquirir ciertos asesoramientos que se consideran bastante costosos siendo imposible que estas hagan frente a ellos y por lo tanto no puedan llevar a cabo una fusión transfronteriza, de ahí que acudan a la transformación transfronteriza. Estas van a poder llevarse a cabo según lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya que permite la libertad de establecimientos para cualquiera de las sociedades en cualquiera de los otros Estados miembros, pudiendo así trasladar en cualquier momento (basándose en ciertos requisitos e información mínima que deberá reunir) su sede a otro Estado miembro a través de esta operación conocida como transformación transfronteriza.

Por otra parte: ¿Qué es la libertad de establecimiento? Se trata de uno de los principios fundamentales de la Unión Europea, el cual aparece regulado en los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷. Será la libertad para la creación y gestión

⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, formado por 358 artículos divididos en 7 partes. Los artículos que van del 49 al 54, regularan lo que concierne al derecho de establecimiento y comenzará disponiendo que: `` quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro``

de las actividades de dicha sociedad siempre respetando las condiciones dispuestas en la ley del Estado que rige esa sociedad, es decir, el de su establecimiento. Además, se dice que dentro de la libertad de establecimiento a mayores se recoge, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el derecho que va a tener una sociedad que tenga su establecimiento en un Estado miembro, a transformarse en una sociedad creada conforme a la legislación de otro Estado miembro, cumpliendo los requisitos de la legislación de ese nuevo Estado.

Es importante tratar sobre la sentencia del tribunal de justicia SEVIC Systems AG de 13 de diciembre de 2005⁸. Se llevo a cabo un contrato de fusión de sociedades entre SEVIC y Security Vision, queriendo la disolución y liquidación de la última mencionada, a la vez que transmitía su patrimonio a la primera. Pero, ¿Qué ocurrió? Que denegaron la inscripción de la nueva fusión de sociedades, ya que solo lo permitía si las sociedades tenían su domicilio social en Alemania. Ante tal denegación, interpusieron recurso. Como consecuencia, disponen que como todo dependerá de la interpretación de los artículos 43 y 48 del tratado CE, decidieron suspender el procedimiento y plantar una cuestión prejudicial al Tribunal de justicia: ¿Se debería plantear como que es contrario al principio de libertad de establecimiento, por denegar a una sociedad europea la inscripción en el registro mercantil alemán? Como solución, El tribunal de justicia declara: `` Los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que una inscripción de ese tipo es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las dos sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro.``

Debemos destacar, el Caso Cartesio⁹ para introducirnos un poco en materia. Cartesio era una empresa sita en Hungría y esta en el año 2005, pide ante el tribunal mercantil húngaro un

⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005 * En el asunto C-411/03, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Landgericht Koblenz (Alemania), mediante resolución de 16 de septiembre de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de octubre de 2003, en el procedimiento incoado por: SEVIC Systems AG.

⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Cartesio, (Gran Sala), asunto C 210/06, de 16 de diciembre de 2008.

traslado de domicilio social a Italia, pero manteniendo su nacionalidad. Se desestimo por el hecho de que consideraron que el derecho húngaro vigente no permitía que se trasladara al extranjero una sociedad, y ante esta desestimación Cartesio interpuso recurso de apelación. Basándose en la sentencia de 13 de diciembre de 2005, SEVIC Systems, Cartesio alegó ante el órgano jurisdiccional remitente que, en la medida en que la ley húngara distingue entre las sociedades mercantiles según el Estado en que se halle su domicilio, dicha ley va en contra de lo establecido en los artículos 43 CE y 48 CE, al igual que sostuvo que dicho órgano esta obligado a plantear una cuestión prejudicial, ya que se trata de un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso. El Tribunal planteó cuatro cuestiones prejudiciales, versando la última de ellas sobre la compatibilidad del Derecho húngaro con los arts. 43 y 48 TCE. El tribunal de justicia declaró al final que: `` En el estado actual del Derecho comunitario, los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fue constituida. ``

Después pasamos a destacar la Sentencia VALE Építési Kft,¹⁰ asunto(C-378/10) del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 12 de julio de 2012. VALE, se trata de una sociedad italiana que está inscrita en el registro mercantil de Roma, pero al paso de unos años quiere cancelar su inscripción, disponiendo su inscripción de trasladar el domicilio social a Hungría. La autoridad competente cancelo dicha inscripción y quedo registrado como que operaria conforme al derecho húngaro. El representante de VALE, solicito ante el órgano jurisdiccional húngaro competente su inscripción en el registro de Hungría, lo cual dicho tribunal denegó por lo que en segunda instancia interpuso recurso la sociedad. Pero ¿Por qué lo denegó? Según dispone el órgano jurisdiccional húngaro, una sociedad que ha sido constituida en Italia no puede, conforme a la normativa húngara trasladar su domicilio social a Hungría y no cabe la inscripción. VALE Építési interpuso un recurso de casación solicitando que se anulara la resolución denegatoria y se ordenara la inscripción registral de la sociedad. La sociedad alega que la resolución impugnada infringe los artículos de aplicación directa 49 TFUE y 54 TFUE. El órgano jurisdiccional señala que el traslado del domicilio social de una sociedad que opera con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, en el caso

¹⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA VALE Építési Kft, (Sala Tercera), asunto C-378/10, de 12 de julio de 2012.

de autos la República Italiana, con una reconstitución de la sociedad según el Derecho húngaro y la mención de su causante italiana, tal como solicita VALE Építési, no puede admitirse en Derecho húngaro como transformación, pues la normativa nacional sobre transformaciones sólo se aplica a situaciones internas. El órgano jurisdiccional decide suspender el procedimiento y plantear cuatro cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Respecto a las dos primeras se dispone a modo de solución que ``procede concluir que una normativa nacional que, a la vez que prevé para las sociedades nacionales la facultad de transformarse, no permite la transformación de una sociedad de otro Estado miembro, está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE''. Y respecto a las tercera y cuarta que procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que ``los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que, en el contexto de una transformación transfronteriza de una sociedad, el Estado miembro de acogida es competente para establecer el Derecho interno pertinente para tal operación y para aplicar de este modo las normas de su Derecho nacional sobre transformaciones internas que regulan la constitución y el funcionamiento de una sociedad, como el requisito de elaborar un balance y un inventario de activos.'' Y al final, el tribunal de justicia acaba declarando que: ``Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que las sociedades nacionales tienen la facultad de transformarse, pero no permite, de manera general, la transformación de una sociedad de otro Estado miembro en sociedad nacional mediante la constitución de esta última. Y que: ``en el contexto de una transformación transfronteriza de una sociedad, el Estado miembro de acogida es competente para establecer el Derecho interno pertinente para tal operación y para aplicar de este modo las normas de su Derecho nacional sobre transformaciones internas que regulan la constitución y el funcionamiento de una sociedad, como el requisito de elaborar un balance y un inventario de activos.''

Es con la Sentencia Polbud¹¹, con la cual el TJUE dispone el derecho que van a tener las empresas para poder llevar a cabo las transformaciones transfronterizas basándolo en el derecho de la libertad de establecimiento, que es una de las libertades que dispone el TCE (Tratado de la Comunidad Europea). Con esta los Estados miembros no van a permitir

¹¹SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime. Las transformaciones transfronterizas y su control en la propuesta Directiva (2018). Se dice que la Sentencia Polbud dispuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), establece que está compuesta dentro de la libertad de establecimiento una sociedad, por lo que podrá llevar a cabo una transformación transfronteriza, respetando siempre el criterio de conexión y todos los requisitos que así disponga el tipo de sociedad que se adopte en el estado al que se traslada, es decir, en el Estado miembro de destino.

ningún tipo de restricción a esta en su territorio. Esta sentencia permitirá la libertad de establecimiento sólo para aquellos casos en los que se produce el traslado del domicilio social de la sociedad, no del real desde el Estado miembro de destino al Estado miembro de origen. Además, el TJUE, también dispuso que el hecho de que el domicilio social por ejemplo se haya establecido conforme a la legislación del estado miembro de destino, por el hecho de que considera que es la legislación que más favorece a dicha sociedad, no lo consideraría ventajismo ni abuso. El TJUE en la Sentencia Polbud, considero que, si la legislación de un estado obliga a una sociedad a que, para poder llevar a cabo una transformación, primero ha de liquidar esa sociedad, es algo totalmente abusivo e injustificado, por lo que conllevará a ser ilícito en su totalidad.

Dicha Sentencia, dispone que en caso de que no exista armonización entre las distintas transformaciones transfronterizas de la Unión Europea, van a ser las normas nacionales de cada Estado Miembro las que dispongan los requisitos que deberán producirse relativos al procedimiento y los que se encargarán sobre todo de la protección tanto de los acreedores, como de los accionistas y trabajadores, y obviamente luchando contra todo tipo de abuso producido por una organización dedicada a la delincuencia y a obtener ventajas fiscales de manera ilícita e ilegal. Pero pese a todo esto, debemos fijarnos primero en si las leyes respetan el principio y derecho de libertad de establecimiento defendido por el TFUE. Actualmente las sociedad o empresas que quieran producir el traslado de su domicilio social a otro Estado miembro de la Unión Europea, deberán cumplir las normas del Estado al cual se va a trasladar. El problema es que estas leyes en muchas ocasiones van a ser incompatibles o difícil de ser armonizadas entre sí. Otro problema es que muchos países miembros no tienen normas que regulen lo que concierne a las transformaciones transfronterizas, y es por esto por lo que, sobre todo las pequeñas empresas carecientes de recursos suficientes podrán llevar a cabo el traslado o transformación transfronteriza ya que son procedimientos muy costosos y difíciles de llevar a cabo sin una legislación concreta a seguir que los regule. Lo anterior, desencadenará en que se produzca un peligro para la protección de las partes interesadas (accionistas, acreedores y trabajadores) debido a la ausencia de normas, porque carecerán de métodos dedicados a la protección de los derechos y garantías de estos. También esa falta de garantías de derechos y de normas concretas que regulen ciertos ámbitos relativos a la transformación llevara a que muchas sociedades utilicen la existencia de supuestas sociedades con fines fraudulentos y en casos más graves, tener el objetivo de utilizar estas

sociedades para dedicarse a la delincuencia organizada y blanquear los ingresos de sus actividades delictivas.

Por lo tanto, para evitar que sucedan todo este tipo de situaciones, se va a pedir al legislador de la Unión Europea que dicte normas concretas relativas a las transformaciones transfronterizas para así no tener que llevar a fines delictivos, ni a la desprotección de ninguna de las partes interesadas, y estas normas deberán buscar la creación de un mercado único entre todos los Estados miembros de la Unión europea. Será el propio Parlamento Europeo el que disponga la necesidad de elaborar una lista con ciertas necesidades que deberán llevarse a cabo, como va a ser que las partes interesadas van a tener que contar con un derecho a la información y a consultar todo aquello que tenga que ver con la transformación transfronteriza.

La armonización de las normas que tienen que ver con las transformaciones transfronterizas, va a basarse en dos pilares: Por una parte busca permitir que las empresas (sobre todo las pequeñas) puedan llevar a cabo las transformaciones transfronterizas sin ponérseles ninguna traba o mayor complicación, y decimos sobre todo empresas pequeñas porque son aquellas que menores ingresos obtienen y los procedimientos de transformación transfronteriza son bastante costoso; Por otra parte buscará la máxima protección de los acreedores, accionistas minoritarios y trabajadores.

La transformación transfronteriza se va a llevar a cabo, produciéndose un cambio de forma jurídica, es decir, en el Estado miembro de origen tenía una forma jurídica la cual va a variar y a acomodarse a lo dispuesto según la legislación del Estado miembro de destino, siempre siendo lo más similar y ventajoso posible, y así se va a permitir que se conserve la personalidad jurídica sin que deba ser ni disuelta ni liquidada para poder trasladar su domicilio social a otro Estado miembro, manteniendo así la sociedad que ya existía y no teniendo que crear otra en el Estado miembro de destino. Con esto se pretende crear un procedimiento de transformación transfronteriza concreto que pueda ser controlada su legalidad, en primer lugar, controlado por la autoridad competente del Estado miembro de origen, es decir, donde se creó dicha sociedad, y por otra parte también la legalidad deberá ser controlada por la autoridad competente del Estado miembro de destino, en el que va a tener su nueva ubicación la sociedad tras producirse el traslado transfronterizo. Este procedimiento de control de legalidad se va a caracterizar porque en el momento que se considere que constituye abuso u otra actividad ilícita, se va a frenar este procedimiento, siendo las causas

que se dañen o no respeten completamente los derechos de las partes interesadas o que se persiga como fin la obtención de ventajas fiscales indebidas.

Para finalizar, disponer cuales van a ser aquellas transformaciones que van a estar sujetas a la Nueva Directiva. Serán todas aquellas que ocurren en la Unión europea, y pasen a ser reguladas por la legislación de otros Estado miembro sin que siquiera llegue a la disolución, ni la liquidación y se mantenga su personalidad jurídica.

1.2.2.- Ley de modificaciones estructurales

Ahora pasamos a explicar lo que dice la LME relativo a las transformaciones. ¿Qué son las transformaciones para la Ley de Modificaciones Estructurales? Se trata del traslado del domicilio social de una empresa, pero primer debemos comenzar tratando sobre qué es el domicilio social. Definimos domicilio social de una empresa como el lugar en el que la empresa en cuestión va a tener su centro de administración y dirección central y efectiva respecto del resto de sedes. Podrá ser el lugar en el cual los socios de la sociedad podrán ejercitar sus derechos o determinar ciertas competencias territoriales, es decir, será imprescindible esta figura para el funcionamiento de la empresa.

Va a ser este el que va a aparecer mencionado en los estatutos de constitución de la sociedad y deberá ser inscrita su ubicación en el Registro Mercantil.

Puede ser que en algunos casos coincida el domicilio social con la sede social pero no confundir porque no son lo mismo, ya que la sede social a lo que se refiere es al centro principal de los intereses de dicha empresa o sociedad.

En los casos en los que ambas, domicilio y sede sociales no coinciden, puede generar problemas, pero solo para aquellos casos en los que se produce un traslado transfronterizo, no para los casos de traslados nacionales.

En el caso de la Ley de modificaciones estructurales, como bien dijimos va a ser el traslado internacional del domicilio social a lo que va a equivaler a la transformación transfronteriza. El traslado internacional de domicilio social aparecerá en la LME regulado en el título V, de los artículos 92 a 103.

Según esta ley: ¿A qué sociedades se aplicará el nuevo régimen de la LME para las sociedades que trasladen su domicilio social al extranjero que previamente tenían su domicilio social en España?

Como bien hemos mencionado, hasta que no entro en vigor la LME, no había un régimen unitario para el traslado internacional del domicilio social de las empresas españolas al extranjero, aunque si existía alguna norma que lo regulaba relativo a las sociedades anónimas(S.A.) regulado en el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas) y también había para la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada (en los artículos 72.2 y 95.b) de la Ley de Responsabilidad Limitada. Una vez que fue aprobada la ley 3/2009 de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles estos fueron derogados debido a que la Ley de modificaciones estructurales nueva pasa a regular todos los supuestos de todas las sociedades mercantiles españolas, pero sólo aquellas que estén inscritas en el Registro mercantil español, por lo tanto, todas las sociedades no inscritas y por tanto, no mercantiles o las mercantiles que no estén directamente inscritas por las circunstancias que sean, no les será aplicable lo dispuesto en la LME.

Tampoco le será aplicable a las sociedades anónimas europeas, ya que estas cuentan con su propio régimen y regulación, que va a ser en el artículo 8 y concordantes del «Reglamento (CE) N°. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», y, por último, tampoco se aplica a las sociedades que pasan a estar en liquidación o aquellas que se declaren en concurso de acreedores, como dispone el artículo 93.2 de la LME, porque una vez que están en esa situación no contienen ya el derecho de trasladar al extranjero su domicilio social. Pero ¿Por qué ven restringido su derecho de trasladar su domicilio social al extranjero? Simplemente es para la protección de los acreedores de dicha sociedad. En el caso de liquidación, supone que se ha producido cualquiera de las causas de disolución, ya sea porque ha perdido alguno de los requisitos mínimos para que continúe la actividad de la sociedad y será obligatoria su disolución o porque voluntariamente hayan querido disolverla por acuerdo de los socios.

Por otra parte, en el caso de las sociedades en concurso de acreedores, lo que dispone es que no podrá llevarse a cabo el traslado del domicilio social al extranjero y es porque, ya en la Ley concursal, se disponen todos los tipos de protección que se van a otorgar a los acreedores y se deberá velar por el mantenimiento de la sociedad concursada y de la continuidad de la actividad de la propia sociedad. Una vez que entra en concurso la sociedad, se les otorga ciertas garantías a los acreedores para su protección, y será el ordenamiento jurídico nacional el que les otorga esa protección, por ello, en caso de que se vaya a producir un traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad, contarán esos

acreedores anteriormente mencionados con el derecho de ejercer su derecho de oposición para aquellos casos en los que no se protejan debidamente sus créditos.

En cuanto al régimen jurídico del traslado internacional del domicilio social de una sociedad española al extranjero, cabe destacar que este aparecerá regulado en el artículo 92, en el cual se dispone : Que el traslado al extranjero del domicilio social de dicha sociedad mercantil española, que esté previamente inscrita en el Registro mercantil, se van a regir por lo que dispongan los tratados o convenios internacionales que estén en vigor en España y en este título sin perjuicio de los dispuesto en la Ley de sociedad anónimas europeas.

Más concretamente en el artículo 93 de la Ley de modificaciones estructurales, dispone que el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad que este inscrita en el Registro mercantil competente, que se haya creado conforme a lo que dispone la legislación española en vigor, se va a poder llevar a cabo siempre y cuando el Estado miembro al cual quiere trasladarse dicho domicilio social de la sociedad en cuestión permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de dicha sociedad.

Por último, haremos referencia a lo que dispone la exposición de motivos de la LME, disponiendo que, con esta ley uno de los principales objetivos que se busca será el lograr una mayor perfección del derecho de sociedades mercantiles. Debido al aumento considerable de las operaciones transfronterizas actuales, se buscará garantizar la efectividad del mercado común en la Unión Europea entre los Estados miembros, por la que se incorporan varias directivas, llegando a incluir por primera vez en el derecho español el traslado del domicilio social de sociedades mercantiles desde España al extranjero y viceversa, conllevando a facilitar la movilidad de las sociedades entre los distintos Estados miembros de la Unión europea. También será importante esta ley por el hecho de que va a servir para unificar y ampliar el régimen jurídico de las modificaciones estructurales dentro de las cuales estará el traslado del domicilio social de sociedades mercantiles al extranjero.

Por otra parte, en el caso de la Directiva va a utilizar otro termino diferente para tratar el traslado del domicilio social de una sociedad, que será conocido como transformacion transfronteriza, refiriéndose con estos a las operaciones societarias de las que hablamos previamente y esta situación se dará cuando una sociedad que ha sido creada conforme al

derecho de un Estado miembro de la Unión europea, se acaba convirtiendo en una sociedad que pasa a ser regida por el derecho de otro Estado miembro de la Unión europea. Esta no va a ser nueva ya que se identifica con una de las formas ya conocidas previamente, que será la transformación de sede estatutaria con cambio de nacionalidad de la sociedad. Se van a regular varios tipos de transformaciones transfronterizas, y estas serán: Transferencia de sede real¹². En este caso la sede real se va a determinar o por su administración central o por su principal establecimiento o lugar de explotación de la actividad. Está a diferencia de la que vamos a hablar a continuación, esta puede realizarse sin que exista voluntad real para ellas, sin que quienes dirijan la sociedad sean conscientes de la modificación que se ha producido en la sociedad (que no está regulada directamente en el ámbito de la Unión europea).

En cuanto a la transferencia de sede estatutaria disponemos que podrá ser de dos formas: Con cambio de nacionalidad o sin cambio de nacionalidad¹³, ¹⁴.

¹²ARENAS GARCÍA, Rafael. *derecho de sociedades europeo*. Thomson Reuters Aranzadi. Páginas 273 y 274.

Aquí tratará de lo concerniente de la transferencia de sede real, disponiendo que esta se determina por su administración central, por su principal establecimiento o explotación. En los distintos países de la UE se ha optado por un criterio u otro o por la combinación de ambos, pero el tradicional será el que identifica la sede real con la administración central, el cual recoge la jurisprudencia alemana y el cual fueron acogiendo varios países más después.

¹³ ARENAS GARCÍA, Rafael. *Derecho de sociedades europeo (2019)* páginas 287 y 288. En estas páginas se dedicará a mencionar lo que viene siendo la transferencia de sede estatutaria con cambio de nacionalidad y sin cambio de nacionalidad. Con cambio de nacionalidad tendríamos que hacer referencia a que, en este caso, la sociedad acuerda fijar el domicilio en el estado al que quiere trasladarse, a la vez que decide las modificaciones que se van a llevar a cabo para convertirla en una sociedad regida por el derecho del estado al que traslada su domicilio. El Tribunal de justicia aprovecho para indicar que sería contrario a la libertad de establecimiento impedir que una sociedad constituida en un estado trasladase su sede a otro estado cuando este cambio iba acompañado de la transformación. Por otra parte, señalamos sin cambio de nacionalidad, se produce el cambio del domicilio formal de la sociedad, pero en este caso no se adapta la sociedad al derecho del estado miembro en el que tendrá su nueva sede social.

¹⁴ GÓRRIZ LOPEZ, Carles. *Cartesio; Libertad de establecimiento y criterio que determina la lex societatis (2009)*. Cartesio era una sociedad húngara que solicitó el traslado de su domicilio social a Italia, pero manteniendo su nacionalidad, cosa que se desestimó dicha petición porque el derecho húngaro no permitía esto y apelada esta decisión se plantearon 4 cuestiones prejudiciales en las que se dispone la compatibilidad que tiene el derecho húngaro con los artículos 43 y 48 del TCE. El Tribunal se manifestó en sentido afirmativo y establece que serán los estados miembros los que establezcan los criterios para fijar la conexión entre sus sociedades y el territorio nacional. Por lo tanto, dicho literalmente así por el Tribunal: ``Un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerársela constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición´´ y

1.3.- Procedimiento de las transformaciones transfronterizas en la LME y en la Nueva Directiva

Como bien sabemos, para toda operación que vaya a ser llevada a cabo ya sea a nivel nacional o internacional, va a ser necesario que la legislación de los países regule los distintos tipos de procedimiento para las operaciones concretas que vayan a producirse, teniendo que reunir una serie de requisitos mínimos para que esa actividad sea lícita y correcta. A continuación, pasamos a mencionar los procedimientos y requisitos exigidos en la Nueva Directiva por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, y, en segundo lugar, lo mencionado sobre este tema en la legislación española de la Ley de modificaciones estructurales (Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

1.3.1.- Procedimiento y requisitos en la Nueva Directiva

Respecto a la Nueva Directiva, debemos destacar cuatro etapas principales relativas al procedimiento de transformaciones transfronterizas:

Primero deberá ser elaborado un proyecto de la operación transfronteriza que vaya a llevarse a cabo, en nuestro caso, el proyecto de transformación transfronteriza del que nos tratemos.

Después, todos aquellos que estén al mando de la sociedad en cuestión van a tener que crear ciertos informes para informar de todo el proyecto y procedimiento a los accionistas y trabajadores, incluyendo aquello en lo que a ellos les vaya a afectar.

Tanto el proyecto como los informes realizados a modo de información para los accionistas y partes interesadas van a ponerse a disposición de todos públicamente para que así puedan editar o realizar las observaciones que ellos estimen convenientes relativas a estos documentos. Es después cuando la empresa decide en la junta general si va a permitir o no que se produzca la transformación transfronteriza, y será la autoridad nacional del estado miembro de origen la que decide si se expide o no el certificado previo a la transformación. Si concurren todos los requisitos e informaciones necesarias, será admitido el proyecto y

requiere que tampoco haya objeciones por la parte de la autoridad competente que conoce el proyecto. Como consecuencia de disponer que es ilegal, se denegará la expedición del certificado previo de transformación.

A continuación, deberá ser elegido un perito independiente que será el designado por la autoridad competente ante la sociedad. Este perito independiente va a ser el encargado de examinar punto por punto la exactitud de los proyectos y de los dos informes elaborados por la empresa que se dirigieron a los trabajadores y a los accionistas. El informe de este perito se va a tener muy en cuenta por la autoridad competente para comprobar si hay o no abuso. Este informe se hará público, pero no van a poder aparecer públicamente ninguno de los datos que se le hayan otorgado confidencialmente por parte de la empresa.

Para finalizar, la última etapa dispone que debe comprobarse como es lógico la licitud de toda la información para comprobar que es legal y que puede continuar para adelante el proyecto, concluyen con que, además, dicha transformación ha de ser aceptada y permitida basándose en la legislación de los Estado Miembros tanto de origen como de destino.

Como es obvio, este control de legalidad está dirigido a impedir que este procedimiento sea para obtener ventajas fiscales las cuales no les pertenecen ni están justificadas, por ello buscan la creación de leyes que protejan fuertemente a los acreedores, trabajadores y socios. Uno de estos derechos que se les otorga a los accionistas con esta Directiva, al igual que en la Ley de Modificaciones Estructurales española que luego mencionaremos, va a ser el derecho de separación para aquellos casos en los que estos no estén de acuerdo con que se produzca esta transformación transfronteriza, por lo tanto, lo que deberán hacer será que cedan sus acciones a otros que quieran mantenerse en dicha sociedad tras la transformación y estos que las adquieran compensen a los que se las hayan entregado lógicamente.

La Directiva va a buscar armonizar las normas de los Estados miembros en cuestión para facilitar que esta operación transfronteriza se produzca, es decir, armonizar las normas del país en el que se constituyó dicha sociedad, con las de Estado al que se va a trasladar dicha sociedad, pero en algunos casos suceden problemas y es que esta armonización no es tan clara por tanto deberán definirse ciertos términos por los Estados Miembros en cuestión, lo cual puede generar en algunos casos inseguridad jurídica. Pero no todo es negativo, y es verdad que, gracias a esta Directiva, se va a permitir que las autoridades competentes para llevar a cabo la aceptación de dicha operación puedan finalizarla o denegarla siempre y cuando no sea realizada para un fin lícito o vulnere los derechos de los acreedores, trabajadores y los socios. Por otra parte, supondrá que las empresas que lleven a cabo estas

transformaciones transfronterizas tengan que soportar algún coste, pero eso será marcado después.

Tras haberse llevado a cabo el control de legalidad que se debe realizar, deberá ser inscrito en el Registro Mercantil (u otro registro equivalente a este) del Estado miembro de destino, en el que se situará la sociedad como nueva ubicación y por supuesto deberá ser eliminada la inscripción en el Registro Mercantil del Estado miembro de origen. Es sólo a partir de este momento a partir del cual va a producir efectos la transformación transfronteriza.

1.3.2.- Procedimiento y requisitos de la transformación LME

En el caso de la LME, respecto al procedimiento de traslado del domicilio social de la sociedad al extranjero, en primer lugar, hacemos referencia al proyecto de traslado y cómo se adopta el acuerdo de ese traslado en la Junta general o la Junta de socios. Como bien sabemos, el proyecto será el documento en el que aparece la intención que tienen los que forman esa sociedad de trasladar el domicilio social al extranjero de esa sociedad. Será el mismo trámite que se lleva a cabo relativo al proyecto de fusión, también regulado en la presente ley. En este caso comenzamos hablando del artículo 95 en el cual, dispone todo lo relativo al proyecto de traslado. La LME dice que deberá reunir unos requisitos y contenido mínimo y estos van a ser:

Por una parte, la denominación, domicilio social y todos los datos y documentos que traten sobre el Registro mercantil en el que está inscrita la sociedad en el país de origen.

Por otra parte, explicar los cambios que quieren producirse, es decir, indicar el país al que quieren trasladarse el domicilio social de la sociedad (indicar el nuevo domicilio social) y lo que van a disponer los estatutos de la sociedad sobre la sociedad a partir del momento en que se produzca el traslado.

Por último, lo derechos que van a otorgarse a todos y cada uno de los socios, acreedores y trabajadores a partir de los cuáles van a ser protegidos.

Una vez elaborado el proyecto de traslado, van a ser los administradores de la sociedad en cuestión los encargados de entregar ese proyecto de traslado elaborado en la Junta, en el

Registro Mercantil para que el registrador considere si se reúnen o no los requisitos, contenidos e información mínima, y de ser así, poder publicarlo directamente en el BORM (Boletín Oficial del Registro Mercantil). Además de entregar el proyecto elaborado, deberán entregarse todos los documentos que complementa a este, y elaborar un informe sobre las cuentas y aspectos jurídicos que se van a producir en la sociedad una vez que se haya llevado a cabo el traslado, es decir, en qué le va a afectar a la sociedad.

Una vez entregado el proyecto en el Registro Mercantil y publicado en el BORM, los administradores convocan a todos los socios de la sociedad, teniendo un plazo señalado en la ley que es de mínimo dos meses antes para que convoquen a la Junta general y decidan si se va a producir el traslado o no.

Ese anuncio debe de publicarse en el periódico de la provincia donde tiene el domicilio social la sociedad previa al traslado y disponer o señalar en estas 2 cosas:

En primer lugar, lo que dispone el artículo 95.3 que es: ``3. Los administradores están obligados a presentar, para su depósito en el Registro Mercantil correspondiente, un ejemplar del proyecto de traslado. Efectuados el depósito y la calificación del Registrador, éste comunicará al Registrador mercantil central para su inmediata publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar. La publicación de la convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre el traslado no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito``.

En segundo lugar lo que dispone el artículo 98.1 que es: ``1. La convocatoria de la junta deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta``.

Cuando se convoca y celebra la Junta general de socios de la sociedad, se trata sobre todo lo relativo al proyecto de traslado y el informe que se elabora por los administradores para decidir sobre si conviene o no que se lleve a cabo el traslado del domicilio social al extranjero. Una vez aprobado que se produzca, se deberá cancelar la inscripción en el Registro Mercantil español, para pasar a inscribirlo en el Estado miembro de destino, y se inscribirá en el que sea equivalente al Registro Mercantil español. También deberá controlarse si los estatutos existentes son conforme a la legislación del estado de destino porque de no ser así deberán ser modificados. Como en todos los casos, se exige una mayoría para aprobar ese proyecto, que en este caso será conforme a la ley del tipo societario concreto, no hay un régimen uniforme.

Por lo tanto, a modo de conclusión, destacamos que el procedimiento regulador las transformaciones transfronterizas que dispone la Nueva Directiva y el de la Ley de Modificaciones Estructurales, tienen bastante semejanza por no decir que son prácticamente iguales, a excepción de que por ejemplo, la Ley española en su LME no menciona en ningún momento la necesidad de nombra a un perito independiente para el caso de las transformaciones/traslado del domicilio social al extranjero, pero este sí que se exige para las fusiones y escisiones.

1.4.- Objetivo de la Nueva Directiva y de la LME

Como es lógico, toda norma va a tener siempre un objetivo, en este caso, la Directiva de la que estamos hablando tiene varios, los cuales vamos a destacar ahora, al igual que los dispuestos por la Ley de Modificaciones Estructurales.

1.4.1.- Objetivo de la Nueva Directiva europea

¿Cuáles van a ser los objetivos de la presente Directiva? Nosotros decimos que el objetivo va a ser triple en este caso destacando:¹⁵ /¹⁶.

¹⁵ FUENTES, Francisco. Mudanza internacional de empresas: La Directiva 2019/2121, (2019). Cada vez aumentan los casos de sociedades españolas que llevan a cabo el traslado de su domicilio social al extranjero, a países donde haya unos costes más bajos. Esto puede generar problemas como puede ser dejar en una posición vulnerable y con menor protección a los trabajadores de estos centros, y a sus acreedores también. Es por esta causa entre otras, que se quiere llevar a cabo la creación de la Directiva (UE) 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, publicada el pasado 12 de diciembre en el Diario Oficial de la Unión Europea. La Directiva contiene muchas normas que buscan el aumento de la participación de los socios y trabajadores y la protección de los acreedores de aquellas sociedades que vayan a trasladarse

¹⁶TAPIA HERMIDA, Alberto J.. Operaciones transfronterizas de sociedades. Nueva regulación europea. La Directiva (UE) 2019/2121. Este informe viene a disponer cuáles serán los cuatro objetivos principales de dicha Directiva aprobada recientemente: En primer lugar será adaptar el régimen de las fusiones transfronterizas, ampliar las operaciones transfronterizas armonizadas para abarcar además las escisiones y transformaciones transfronterizas, en tercer lugar, incentivar las operaciones transfronterizas armonizadas, con el fin de fomentar el crecimiento económico, competencia efectiva y productividad, y por último,

-El principal objetivo, considerado en la propia exposición de motivos de la Directiva, va a ser mejorar el funcionamiento del mercado interior para las sociedades y empresas, así como su ejercicio del derecho de libertad de establecimiento, lo cual define muy concretamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el derecho de cualquier sociedad constituida bajo la legislación de un Estado miembro a transformarse a una sociedad sometida al ordenamiento de otro. ¿Cuál fue el problema? Que la anterior Directiva, la 2017/132, tan solo regulaba las fusiones de sociedades de capital a nivel transfronterizo y sus escisiones nacionales. Por lo tanto, a modo de solución se crea esta Directiva a través de la cual se buscan crear ciertas normas que regulen las escisiones y transformaciones transfronterizas.¹⁷

-Por otra parte, se buscará siempre armonizar las normas de dichos Estados, buscando una completa y máxima protección que se pueda ofrecer a los derechos de los accionistas, acreedores y trabajadores de dicha sociedad y, además, aplicar ciertas medidas para evitar por todos los medios que se dé lugar a la existencia de distintas organizaciones delictivas destinadas a llevar a cabo actuaciones fraudulentas en nombre y por cuenta de la sociedad.

1.4.2.- Objetivo de la Ley de modificaciones estructurales

Como bien sabemos, previa a la entrada en vigor de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, no existía una normativa promulgada como tal relativa a las transformaciones de sociedades, por tanto es obvio que uno de los objetivos va a ser este, que no haya un vacío legal relativo a este ámbito, ya que sobre este tema estaría todo muy disperso entre los distintos regímenes de los distintos tipos de sociedades mercantiles (Ley de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, etc). Es gracias a este objetivo cumplido que hay un procedimiento existente para llevar a cabo el traslado del domicilio social de sociedades al extranjero desde España.

incorporar al derecho de sociedades los nuevos objetivos que ha supuesto la creación y modificación de la anterior directiva, como la protección social y el fomento del dialogo social debiendo los derechos de las sociedades llevar a cabo una mayor protección de aquellos derechos que les conciernen a los trabajadores, acreedores y socios.

¹⁷ HERRERO MORANT,R. (2020). Nueva Directiva (UE) 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. Revista de derecho de sociedades. Núm. 58 (Enero-Abril 2020). Pgs 1-2.

1.5.- Carencias

1.5.1.-Nueva Directiva

Como bien hemos comentado previamente, el objetivo de la presente Directiva va a ser que se permita la libre movilidad y traslado de las distintas sociedades y empresas entre Estado Miembros de la Unión Europea, a la vez que se protege a los acreedores, socios y trabajadores, pero: ¿Es mérito o en algún lugar es insuficiente? Ambas dos son correctas, ya que supondrá un gran avance a la hora de hablar de las operaciones societarias a nivel transfronterizo, pero, en algunos momentos va a suponer limitaciones a las empresas que quieran reorganizarse transfronterizamente, porque iría plenamente en contra de simplificar el actual Derecho de Sociedades previamente existente.

1.5.2.- Ley de modificaciones estructurales

Respecto a la Ley de modificaciones estructurales, considero como carencia clave, lo poco que regula en primer lugar lo relativo a la protección de los trabajadores. Ya que, pese a que estén recogidos sus derechos en la legislación laboral, más concretamente en el Estatuto de los trabajadores, me parece que, para cuestiones tan concretas como esta del traslado del domicilio social al extranjero, debería aparecer regulado al igual que aparece para la fusión y la cesión global en la presente ley.

2.- COMPARACION DE LA NUEVA DIRECTIVA Y LA LME

A continuación, voy a examinar todas y cada una de las disposiciones que aparecen reguladas en la Ley de modificaciones estructurales respecto al traslado internacional del domicilio social de sociedades y en la Nueva Directiva respecto a lo que concierne a las modificaciones que quiere llevarse a cabo de la Directiva (UE) 2017/1132 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del

Derecho de sociedades por lo tanto, realizaremos una explicación detallada de las disposiciones específicas sobre las transformaciones transfronterizas.¹⁸

2.1.- Ámbito de aplicación

En primer lugar, haciendo referencia al artículo 86 bis de la Nueva Directiva, destacamos que en este caso hará referencia al ámbito de aplicación de esta¹⁹, estableciendo la regulación que se va a producir de las transformaciones transfronterizas a nivel de la Unión Europea. Este artículo será aplicable a las transformaciones de sociedades de capital que se constituyan conforme al derecho de un Estado de la Unión Europea, cuyo domicilio social o administración central o lugar en el que realice la actividad principal de dicha sociedad esté también en la Unión Europea, en sociedades que estén sujetas al Derecho de otro Estado de la Unión Europea. En segundo lugar, dispone en qué casos no va a ser aplicable esta Directiva, que será a aquellas transformaciones transfronterizas cuyo objetivo sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público, por ejemplo, entre otros tipos de sociedades específicas. Los Estados miembros deberán velar porque no se aplique a sociedades que estén en liquidación si ya comenzó a repartir los activos de dicha sociedad entre los socios que la forman; Y en último lugar dispondrá, que los Estados en cuestión podrán decidir si aplicar o no la presente Directiva para los siguientes casos: Procedimientos de insolvencia, de liquidación distintos de los que aparecen en el apartado 3 letra a).

¹⁸ Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019. Relativa a esta nueva directiva, conocida como Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, fue creada debido a que la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo (3) no regulaba nada concerniente a las transformaciones y escisiones transfronterizas, es por esto que se vio necesaria llevar a cabo una modificación de dicha directiva para así aumentar el ámbito de aplicación de esta norma y así lograr mejorar el funcionamiento del mercado interior común entre sociedades y empresas de los distintos Estados miembros de la Unión europea.

¹⁹ GARCIMARTIN, Francisco. Modificaciones estructurales transfronterizas: La Directiva de movilidad, 2019. Francisco Garcimartin por su parte, nos va a tratar el tema de la Directiva punto por punto, disponiendo relativo al ámbito de aplicación, que esta Directiva se aplicará a las operaciones transfronterizas realizadas dentro de la Unión Europea (Intra EEE) / (aunque nosotros nos centramos únicamente en las transformaciones transfronterizas). En el caso de España, aparecerá como bien sabemos regulado en la Ley de modificaciones estructurales, pero pese a esto, la Directiva tendrá efecto inmediato desde su aprobación. Para que haya una coherencia interna, deberán ajustarse las normas de la LME con terceros Estados, en caso de existencia de contradicciones.

Por otra parte, la Ley de modificaciones estructurales dispone en su artículo 93, que dicha ley (LME) dispone que se va a poder realizar el traslado del domicilio social al extranjero tan sólo a aquellas sociedades mercantiles que estén inscritas en dicho registro, constituida conforme a la ley española y sólo si en el Estado miembro de destino se permite que se mantenga la personalidad jurídica de esta. No podrán por lo contrario trasladarse al extranjero el domicilio social de las empresas que estén en proceso de liquidación porque conllevará a que se produzca su disolución, ni tampoco a aquellas sociedades que están en concurso de acreedores, como bien dispone el artículo 93.2 de la LME.

2.2.- Definición de transformación transfronteriza

En segundo lugar, pasamos a mencionar el artículo 86 ter, el cual va a disponer cual es la definición de transformación transfronteriza basándolo en lo que dice el TJUE. Según la nueva propuesta define lo que viene siendo: Sociedad de capital, transformación transfronteriza, estado miembro de origen, estado miembro de destino y como consecuencia sociedad transformada. Para la nueva Directiva una sociedad de capital va a ser cualquiera de las mencionadas en el anexo II y que por supuesto lleve a cabo una transformación transfronteriza. Como consecuencia definirá lo que viene siendo la transformación transfronteriza que dice que será toda operación de una sociedad por la cual pasa de tener una forma jurídica en un Estado miembro a otra diferente en otro Estado miembro al que se traslada manteniendo su personalidad jurídica. Después, como Estado miembro de origen, dispone que va a ser el Estado en que está inscrita en su registro a sociedad previa a que se produzca la transformación transfronteriza. Por el contrario, el Estado miembro de destino va a ser aquel en el cual pasa a registrarse la sociedad una vez que se ha producido ya la transformación transfronteriza, cambiando su forma jurídica. Por último, define sociedad transformada que como es obvio va a ser la sociedad que ha sido constituida en el Estado miembro de destino una vez producida la transformación transfronteriza.

Respecto a la Ley de modificaciones estructurales dispone que el traslado transfronterizo del domicilio social de una sociedad se va a tratar de la movilización o cambio de domicilio del Estado de origen (que en este caso es España) al Estado de destino (cualquier otros Estado diferente), siempre llevado a cabo con el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, lo que si se cambiará será su forma jurídica ajustándola a la permitida en el estado de destino.

Por lo tanto, como podemos comprobar, tanto en el caso de la nueva Directiva como en el de la LME, define tanto la transformación transfronteriza como el traslado del domicilio social al extranjero como la modificación de la ubicación del domicilio social de dicha empresa con el mantenimiento de la personalidad jurídica.

2.3.-Información mínima del proyecto de transformación

En tercer lugar, vamos a tratar sobre el artículo 86 quinquies, que va a disponer cual es la información mínima que debe aparecer regulada en el proyecto de dicha transformación y esta información será puesta públicamente para que puedan conocerla las personas que estén interesadas en la transformación transfronteriza. Lo que va a tener que llevarse a cabo por parte del órgano de dirección o de administración de la sociedad será elaborar un proyecto de transformación transfronteriza, en el cual debe aparecer indicado todos los datos necesarios para poder llevar a cabo la transformación transfronteriza.

Por otra parte, en el caso de la LME, cabe disponer que esta recoge también en su artículo 95 cual va a ser la información que mínimamente deberá aparecer recogida en el proyecto de traslado. Los administradores que busquen trasladar el domicilio social de su sociedad a un Estado extranjero, denominado como Estado miembro de destino, deberá redactar este y ponerlo en conocimiento una vez que haya sido firmado por todos y cada uno de los que formen dicha sociedad. Las firmas se indicarán al final del proyecto junto con la causa de dicha transformación.

El artículo 95.2 de la LME va a indicarnos concretamente esa información que deberá reunir el proyecto de traslado.

Tanto en la Nueva Directiva, como en la Ley de modificaciones estructurales, hay muchos puntos en común sobre cuál es la información que ha de ser recogida en este proyecto de traslado, ya que en ambas dos deberán aparecer recogidos el lugar en el cual estaba ubicada la sociedad en el Estado miembro de origen y en el de destino, su denominación y tipo social, la fecha en la que va a ser transformada esa sociedad, derechos de protección de socios, acreedores y trabajadores entre otras cosas. Pero hay algunos datos que por ejemplo nuestra LME no regula como que aparecerán recogidos en el proyecto de traslado, que serán las consecuencias que pueda generar dicha transformación no aparecerán recogidas. Tampoco deberá aparecer si ha recibido o no alguna ayuda o subvención el Estado miembro de origen para llevar a cabo dicha transformación transfronteriza. Pero pese a que sean prácticamente iguales habrá cosas reguladas en la Directiva que no aparecen en la Ley de Modificaciones Estructurales como va a ser, que, si la sociedad ha recibido incentivo o subvención en el Estado miembro de origen o el señalar los detalles de la oferta de compensación en efectivo a los socios, de conformidad con el artículo 86 decies.

2.4.- Elaboración del informe

En cuarto lugar, mencionamos el artículo 86 sexies y septies los cuales van a tratar sobre la elaboración de un informe por los órganos competentes para ello de la sociedad en cuestión. Respecto a la Nueva directiva, dispone que se trata de un informe que va a ser elaborado por el órgano de dirección o administración dirigido concretamente a los socios y trabajadores de la sociedad.²⁰ Es ese órgano, el que dispondrá en el informe todo aquello que sea necesario explicar relativo a los aspectos

²⁰VILÁ COSTÁ, Blanca; ARENAS GARCÍA, Rafael; MIGUEL RODRÍGUEZ, Jorge; GÓRRIZ LOPEZ, Carles; FERNÁNDEZ AMOR, José Antonio; SOLÁ MONELLS, Xavier; GARDEÑES SANTIAGO, Miguel. COMMENTS ON THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE AMENDING DIRECTIVE (EU) 2017/1132 AS REGARDS CROSS-BORDER CONVERSIONS, MERGERS AND DIVISIONS, COM (2018) 241 final. Estos disponen que, para ellos en términos generales, el deber elaborar dicho informe dirigido a los empleados se trata de una medida bastante positiva por el hecho de que les permite ser informados de toda evolución de la operación proyectada antes de llevarse a cabo, y así tengan la oportunidad de tomar las iniciativas que consideren oportunas para defender sus propios intereses.

tanto jurídicos como económicos que tienen que ver con esa transformación transfronteriza que se quiere llevar a cabo y además deberán señalar cuales van a ser las consecuencias que producirán en los trabajadores. Aparecerá en este las consecuencias que va a producir esta transformación una vez llevada a cabo en dicha sociedad y además tendrá dos secciones diferenciadas.

En primer lugar, hablará de una sección del informe destinada a los socios, explicando cómo o por qué procedimiento se señalará cual es la cantidad estipulada para dar a cada socio a modo de compensación en dinero o efectivo; Señalará también las consecuencias para los socios, y los derechos que van a estar a disposición de los socios conforme a lo que dispone el artículo 86 undecies. Esta sección no va a exigirse si los socios renuncian a obtener dicha compensación.

En segundo lugar, cabe destacar una sección que irá destinada a los trabajadores en la que va a explicar cuáles van a ser las consecuencias que se va a producir en la sociedad en cuestión relativo a las relaciones laborales entre los trabajadores y las medidas que se originen para preservarlas, al igual que se regularan las condiciones que sean modificadas relativas al empleo y los lugares en los que están asentados los centros de trabajo de dicha sociedad.

Ocurre por otra parte que, si los que han elaborado el informe, es decir, si el órgano de dirección o administración reciben un dictamen de los representantes de los trabajadores que concierne a lo mencionado anteriormente o si no existen representantes de trabajadores se lo entregarán los propios trabajadores, tanto el dictamen como el informe se otorgarán en conjunto para publicar. Esta sección relativa a trabajadores, solo se aplicará siempre y cuando en la sociedad haya más trabajadores a parte de los que formen parte del órgano de dirección o de administración, sino no existirá.

Será la sociedad la que decida si elaborará un dictamen en conjunto con las dos secciones, tanto de trabajadores como socios, o ambas irán independientes entre sí.

Una vez elaborado el informe junto con los dictámenes elaborados por los socios y trabajadores (si existieran) se van a entregar en formato electrónico al menos seis semanas antes de convocarse la junta general a los socios y los representantes de los trabajadores o si estos no existieran a los trabajadores directamente.

Respecto a lo que dispone sobre elaboración del informe en nuestra LME, cabe hablar de distintos artículos:

Nuestra LME dispone en su artículo 96, que los administradores van a ser los encargados de crear un informe en el cual se va a llevar a cabo la explicación y justificación detallada y concreta del proyecto que ha sido previamente elaborado del traslado de domicilio social de la sociedad al extranjero, tratando sobre distintos ámbitos como el jurídico, social y económico y señalando cuales van a ser las consecuencias que se van a producir sobre los socios, acreedores y trabajadores. Ya que se trata de una complicada operación este tipo de traslados, ya que no sólo ha de tenerse en cuenta una sola legislación, si no dos, y además ha de reunirse demasiados requisitos e información mínima para llevarlo a cabo, este informe deberá ser claro y preciso en todos sus aspectos. Deberá fijarse en la armonización que hay entre las legislaciones de ambos estados, tanto el de origen como el de destino y en todas y cada una de las consecuencias que podrán producirse en los socios, acreedores y trabajadores de la sociedad en cuestión, para asegurar su protección, porque debido al traslado a otro estado diferente podrían producirse modificaciones que le afectaran.

2.5.-Examen elaborado por el perito independiente

A continuación, pasamos a hablar del artículo 86 septies, en el que se refiere al informe que va a ser elaborado por un perito independiente con la información más concreta y exacta posible. Son los Estados miembros los que deben hacerse cargo de que este perito señalado sea totalmente independiente, y que examinando el proyecto de transformación elabore un informe que va a ser entregado a los socios. En este informe se van a recoger varios datos, y la información mínima será: Comprobar y demostrar si la compensación en efectivo que se entregará es o no adecuada además de indicar cómo ha llegado a esa conclusión y por qué métodos concretamente y también deberá explicar por qué cree que ese método utilizado es el correcto, y describir las dificultades para elegir el método que se utilizó. Como es obvio, para llevar a cabo la elaboración de este informe deberá este perito contar con toda la información que le sea necesaria de dicha sociedad. También hay que destacar, que esta evaluación e informe por un perito no será necesaria en los casos que a ese acuerdo hayan llegado todos los socios de la sociedad, y en el caso de los Estados,

podrán elegir si quieren que se le aplique o no a las sociedades unipersonales este artículo.

Respecto al informe realizado por el perito independiente, cabe disponer que la LME española, no dice nada de que a la hora de llevar a cabo el traslado internacional del domicilio social sea necesaria ni exigida ni la designación de un perito independiente, ni la elaboración de un informe para estudiar si puede llevarse a cabo o no por este mismo. Sí que es cierto, que sí que lo menciona en el artículo 34 de la LME relativo a un informe de expertos sobre el proyecto de fusión y también en el artículo 78 de la LME sobre un informe de expertos independientes, dentro del capítulo de la escisión, pero como bien vemos, en ningún momento menciona a un perito independiente como tal, sino que los nombra como expertos independientes.

2.6.-Publicidad del proyecto e informe

Ahora vamos a hablar de lo que dispone el artículo 86 octies²¹, que trata sobre lo relacionado con la publicidad de los proyectos de transformación transfronteriza y del informe pericial del que previamente hemos hablado. Respecto de la publicidad, en esta Directiva vamos a destacar varias cosas, empezando porque los Estados miembros deben controlar que el proyecto de transformación transfronteriza y la notificación en la cual se informa a los socios acreedores y representantes de los trabajadores en caso de que los haya y si no con los trabajadores de que pueden presentar ante la sociedad antes de convocar la junta general las observaciones y opiniones que tiene respecto al proyecto de transformación transfronteriza del que hemos hablado anteriormente . También van a poder los Estados exigir el informe del perito independiente siempre que se haya llevado a cabo, y podrán pedir que se

²¹ TAPIA HERMIDA,Alberto J. Operaciones transfronterizas de sociedades. Nueva regulación europea. La Directiva (UE) 2019/2121. Relativo a la publicidad, como bien dice este autor, se tratará del complemento para poner fin a la etapa o fase preparatoria para llegar a la aprobación de dicho proyecto de transformación transfronteriza. Los requisitos de publicidad deberán ser recogidos un mes antes de reunirse la junta general, y así la sociedad deberá publicar y poner a disposición del público en el Registro competente del Estado Miembro en cuestión (pero el de origen) ciertos documentos, como serán el proyecto y el informe por el que se informa a los socios, acreedores y trabajadores o sus representantes si existieran, que en los cinco días siguientes pueden interponer las observaciones que estimen necesarias.

publique y ponga a disposición en el registro que deba publicarse. Siempre que la sociedad lo considere conveniente, puede excluir cierta información, pero sólo si esta es confidencial, y se podrá excluir del informe del perito independiente.

También es cierto que los Estados miembros van a poder eximir a la sociedad en cuestión de que publiquen lo que acabamos de comentar si la misma sociedad, los ha puesto a disposición del público en su página web durante un cierto tiempo de forma gratuita. Pero no va a permitir esa exención si consideran que los requisitos a los que están sometidos impidan garantizar de manera correcta y plena la seguridad de su página web y la autenticidad de los documentos puestos a disposición públicamente de manera gratuita salvo que esos requisitos sean proporcionales a la consecución de los objetivos marcados por la sociedad. Si la sociedad publica el proyecto de transformación conforme a lo dispuesto recientemente, se presenta al registro del Estado miembro de origen (es decir en el cual tiene previa a la transformación transfronteriza la sociedad su domicilio social o donde se ha constituido) mínimo en un mes antes de realizar la junta general, cierta información la cual va a ser: Cual es la forma jurídica, razón social y el domicilio social de la sociedad en cuestión en el Estado miembro de origen y como consecuencia también, cual es la forma jurídica, razón social y domicilio social en el que se situara en el Estado miembro de destino. También el registro en el cual se han otorgado ciertos documentos relativos a la sociedad y cuál es su número de inscripción para ser fácilmente identificado, al igual que han de señalar los acuerdos que se adoptaron para otorgar ciertos derechos a los acreedores, trabajadores y socios o accionistas. Deberá ponerse en conocimiento cual es la página web en la que aparece toda la información de la sociedad y de manera gratuita relativa al proyecto de transformación transfronteriza, su notificación, y lógicamente el informe del perito independiente siempre y cuando este haya sido realizado, ya que no siempre será necesario. Van a ser los Estados miembros los encargados de comprobar que estos requisitos que acabamos de mencionar en este apartado sean cumplidos íntegramente, y por orden. Además, estos van a poder exigir que tanto el proyecto de transformación como las informaciones de las que también acabamos de hablar, sean publicados en el boletín nacional que se considere que es el del Estado miembro competente o en plataforma electrónica. También van a velar porque toda esta información, sea publicada y puesta a disposición del público y las partes interesadas de manera gratuita en el Registro competente teniendo la

sociedad que va a llevar a cabo dicha transformación transfronteriza pagar las tasas y los costes exigidos para que esta sea inscrita en el Registro mercantil que deba ser registrado.

Respecto a nuestra LME, en el capítulo II, artículo 95 apartado número 3, se dispone concretamente que los administradores de dicha sociedad deben presentar para que aparezca recogido en el Registro Mercantil que corresponda, un documento con el proyecto de traslado. Una vez que se entrega el depósito y es calificado por el registrador del Registro Mercantil correspondiente, lo comunicará este al registrador del Registro Mercantil Central para que lo publique cuanto antes posible en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, tanto el depósito como el día y hora en el que se ha llevado a cabo.

2.7.- Aprobación del proyecto

Ahora pasamos a hablar del artículo 86 nonies²², el cual va a tratar sobre todo aquello que tiene que ver con la aprobación del proyecto para que pueda llevarse a cabo la transformación transfronteriza. Esta aprobación va a ser decidida por la junta general, y es muy parecido a lo que dispone esta misma relativo a las fusiones transfronterizas. Para hablar del proceso de aprobación del proyecto de transformación transfronteriza, comenzaremos por destacar que una vez que ya hayan revisado todos y cada uno de los informes de los que hemos hablado anteriormente en los artículos 86 sexies, y artículo octies y leídos también los dictámenes que presentaron los trabajadores y de todas las observaciones que hayan realizado relativo a lo que no estaban de acuerdo de ese proyecto de transformación transfronteriza, va a ser la junta general una vez convocada por las partes interesadas para celebrarse, en la que decidirán si van a considerar que aprueban o no dicho proyecto porque se ajuste a lo que se exige. Requiere que si quiere ser aprobada o

²² TAPIA HERMIDA, Alberto J. Operaciones transfronterizas de sociedades. Nueva regulación europea. La Directiva (UE) 2019/2121. Relativo a la aprobación del proyecto, destacamos que se trata de una fase decisoria a la hora de llevar a cabo el trascurso de la operación. Hará referencia a un acto fundamental que será el que la junta general lleve a cabo la aprobación del proyecto de dicha transformación transfronteriza, pero para ello previamente deberán haber lógicamente revisado todos los documentos e informes aportados relativos a esta operación, así como las opiniones de los trabajadores de dicha sociedad los cuales se verán afectados por dicha operación transfronteriza.

modificada por la causa que sea que no estén de acuerdo, sea exigido por una mayor de 2/3 mínimo. Se va a buscar evitar que se impugne dicha aprobación por varios motivos, entre ellos destacamos dos: Porque la compensación que se les debe entregar sea inadecuada, ya se refiera a que es superior o inferior a lo que está estipulado, o, por otra parte, porque dicha información no cumpla los requisitos legales.

Según lo que dispone la Ley de modificaciones estructurales, en su artículo 97, va a tratar sobre lo que tiene que ver con la aprobación por la junta de socios, en la que el traslado del domicilio social de una sociedad, si se quiere trasladar a otro Estado miembro de la Unión europea, debe ser primero acordado por todos y cada uno de los socios, cumpliendo todos los requisitos e información que es exigida según lo regulado en la legislación del lugar de la sociedad que se traslada y conforme al procedimiento que aparece en el régimen de la sociedad del tipo que sea. Por otra parte, el artículo 98 de la LME, trata sobre la convocatoria de dicha junta y el derecho de información, en el que se dispone que la convocatoria de esta junta se va a publicar antes de ser celebrada en el BORM, que es el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en los diarios de la provincia en la que se sitúe la sociedad en el momento concreto. Se deberá publicar mínimo 2 meses antes de que se celebre la junta de socios. Para ser publicada esta convocatoria, tenemos que destacar los siguientes datos que deberán aparecer en el BORM:

Por una parte, el domicilio social que tiene en el momento de convocar la junta de socios, y el domicilio en el que quiere situarse una vez que se traslade su domicilio social al extranjero.

Por otra parte, hay un derecho a disposición de los socios y acreedores para ver si consideran que el domicilio social al que quiere trasladarse al extranjero, que aparece señalado en el proyecto de traslado transfronterizo y el informe llevado a cabo por los administradores de la sociedad en cuestión, es correcto, lícito y lo aprueban para seguir adelante con dicha transformación y también podrán solicitar las copias de esos documentos sin someterse a ningún coste. También aparecerán en la convocatoria que se va a publicar, los derechos de los que cuentan los socios, que será el derecho de separación en caso de que no estén de acuerdo con que este traslado se produzca o no, y el derecho del que gozan los acreedores, que cuentan con un derecho de oposición a que este se produzca.

A modo de comparación entre la nueva propuesta de directiva y de la LME, destacamos que en ambos casos va a tener que convocarse una junta general en la cual se considere y se vote si están o no de acuerdo con que este traslado o transformación transfronteriza se produzca. Ambas dos, van a exigir como requisito que dicha convocatoria con antelación a que se celebre dicha junta sea publicado en el Boletín Oficial del Registro competente del Estado que vaya a llevar a cabo la transformación, en el caso de la LME es el BORM.

2.8.- Garantías accionistas y su derecho de separación

Ahora pasamos a hablar del artículo 86 undecies de la Directiva, que va a tratar sobre las garantías que tienen los accionistas y el derecho de separación de todos aquellos que quieran separarse de la sociedad.

Sobre la protección otorgada a los socios, dispone que los Estados miembros son los que van a tener que garantizar que todos aquellos socios que estén en contra de que se apruebe el proyecto de transformación transfronteriza, es decir, que votan en contra en la junta general, puedan enajenar las acciones que estos tuvieran invertidos en esa sociedad de la que forman parte. Como es lógico, al enajenar esas acciones, se les tendrá que otorgar a cambio una compensación en efectivo de la que hemos hablado anteriormente en este trabajo que será decidida de manera proporcional porque si no esta será impugnada y tendrá que modificarse si esta fuera inadecuada. Deberá de ser en la junta general en la cual dispongan que quieren ejercer su derecho de separación porque están en contra de que se apruebe ese proyecto porque no les “cuadra” y deberá ser documentado ese voto en contra que ha realizado el socio que se niegue a la aprobación de este proyecto. Pero como en todas las cosas, habrá un plazo señalado para que ejerzan el derecho a enajenar sus acciones, y serán los Estados miembros los encargados de indicar cuál es ese plazo y no podrá ser superior a un mes desde que se haya llevado a cabo la junta general y esa declaración debe hacerla por vía electrónica el socio que considere que quiera ejercer ese derecho a enajenar sus acciones. Una vez ejercido ese derecho comenzará el proceso por el cual se indicará cual es la cantidad que ha de ser compensada a cada socio que ejerza su derecho a enajenar sus acciones y se procederá a ser abonado. También los Estados

miembros, deben garantizar que si esos socios consideran que se les están otorgando compensaciones muy inferiores a las que consideran que debería recibir podrán decidir exigir ante los órganos competentes que se les otorgue una compensación diferente alegando que consideran que esa ha de ser la compensación adecuada para satisfacer esa enajenación de sus acciones. Esa reclamación ha de ser ejercida dentro de un plazo también. En todo caso lo que concierne a los derechos de los socios será regido por la legislación del Estado miembro de origen en el que se sitúa hasta que se produzca la transformación transfronteriza el domicilio social de la sociedad.

Respecto a la Ley de modificaciones estructurales, en lo que concierne a los socios, hace referencia en su artículo 99, respecto al derecho de separación del que van a gozar los socios. De este sólo disponen los socios que hayan votado en contra en la junta general respecto del traslado del domicilio social de la empresa al extranjero. Además, se otorgará a los que no voten a favor por varias situaciones: Por no disponer del derecho a voto, no asistir a la Junta o a los que asistiendo a ella se abstengan de votar o son privados ilegítimamente de su derecho a voto.²³

Este derecho a separación aparecerá indicado en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital. Por lo tanto, ese artículo 99 de la LME mencionado, les va a permitir a los socios que voten contra que se produzca ese traslado al extranjero, pero van a tener un plazo señalado para ejercer su derecho a separación, que será de un mes desde que se pone en su conocimiento el acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero.

Por lo tanto, destacamos que, en ambas normativas, van a considerar que como los socios son personas clave en la propia sociedad, han de estar respaldados por leyes que les protejan, otorgándoles así derechos garantizando su protección ante las distintas situaciones que puedan producirse en la sociedad por la que se pudieran ver afectados al trasladar el domicilio social al extranjero.

2.9.- Garantías de los acreedores

²³ PÉREZ TROYA, Adoración. La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: Una primera aproximación, con particular referencia a la tutela de los socios. 2020. Revista de derecho de sociedades. Núm. 58 (Enero-Abril 2020). ISSN 1134-7686. Enero - Abril 2020

A continuación, pasamos a hablar del artículo 86 undecies, el cual va a tratar de la protección otorgada a los acreedores en caso de que se proceda a la realización de la transformación transfronteriza. En este caso, van a ser los Estados miembros los que van a elaborar un sistema por el cual se les dará una protección a los acreedores, más concretamente a sus intereses cuyos créditos hayan surgido previo a que se publique el proyecto de dicha transformación transfronteriza, siempre que estos aún no hayan vencido al momento que se publica. Serán los estados los que velarán por los acreedores en el caso de no estar satisfechos con las garantías que se les otorga en dicho proyecto, puedan en el plazo de tres meses desde que se publica, solicitar a la autoridad competente las garantías que ellos estimen adecuadas, si demuestran con pruebas y de manera real y creíble que sus derechos no están siendo respetados o están en juego por no otorgarles las garantías correctas para ello. Los Estados también podrán exigir según este artículo, que el órgano de administración o dirección de la sociedad entregue datos a través de una declaración en la que demuestre su situación financiera actual previa a publicar esa declaración, la cual se publicara junto con el proyecto de transformación transfronteriza según lo dispuesto en el artículo 86 octies de la presente Directiva. Por otra parte, junto a los mecanismos que nos encontremos de protección de acreedores regulados en la Directiva se contempla también otro mecanismo optativo, a decisión de los Estados Miembros. Este mecanismo será conocido como declaración de solvencia o solvency test.²⁴

En cuanto a la LME, dispone en su artículo 100 el derecho de oposición que van a tener los acreedores para aquellos casos en los que no estén de acuerdo en llevar a cabo ese proyecto de transformación transfronteriza. Si el crédito de estos acreedores hubiera existido antes de que se publique el proyecto de traslado de domicilio social al extranjero podrán oponerse al traslado según lo dispuesto sobre la oposición a la fusión, la cual aparece regulada en el artículo 44, que dice que los acreedores cuyos créditos existan antes de publicar en la página web de la sociedad el proyecto de fusión(igual para la transformación) o de inscribir en el registro

²⁴PULGAR EZQUERRA, Juana. Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores, 2020. Diario La Ley, N.º 9572, Sección Doctrina, 12 de febrero de 2020, Wolters Kluwer. La declaración de solvencia o solvency test, será un tema recurrente en la agenda de la comisión europea y además va a tener mucho que ver con la elaboración de ciertos deberes fiduciarios de los administradores frente a los acreedores, peor que actualmente no hay una regulación de estos en las legislaciones del bloque continental europeo.

mercantil esta y no haya vencido al momento de hacerlo, se pueden oponer hasta que se les logre garantizar todos y cada uno de sus créditos. En caso de que se consideren que tienen todos sus créditos garantizados, como es obvio, no van a tener ese derecho de oposición para ejercitarlo y si no pueden ejercerlo y lo hacen, no producirá efecto la transformación de la sociedad hasta que tengan la plena garantía de que el acreedor haya sido satisfecho o sino hasta que se preste una fianza en favor de la sociedad por una entidad de crédito, satisfaciendo así el crédito del acreedor.

Respecto a la declaración de solvencia, en el ámbito del derecho español actualmente, para casos de traslado del domicilio social internacional, no se exige ni tampoco regula como en los sistemas anglosajones esos deberes fiduciarios que mencionábamos anteriormente de los administradores frente a los administradores.

2.10.-Información y consulta a los trabajadores

En el artículo 86 duodecies, trata sobre cuál va a ser la información y consulta que se va a otorgar a los trabajadores, y es por esto por lo que los estados miembros deben velar porque los derechos de los trabajadores de la sociedad a ser informados y consultados sobre la situación o todo lo que concierna a la transformación transfronteriza se respeten. Estos derechos sobre todo ganan importancia en la fase anterior a decir si se va a aprobar el proyecto de transformación transfronteriza o no. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que sean más favorables a los trabajadores, van a ser los Estados miembros los que van a disponer las prácticas para el ejercicio de los derechos de información y consulta conforme a lo que dispone el artículo 4 de la Directiva 2002/14/CE²⁵.

²⁵ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. En este caso haremos referencia a la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, pero más concretamente como señalamos en este documento, en su artículo 4, el cual se refiere a las modalidades prácticas de la información y la consulta, disponiendo que los Estados miembros determinarán las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de información y de consulta al nivel que proceda, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo. Y dispondrá que acciones abarca la información y consulta y cuándo y cómo se realizarán tanto la información como la consulta.

En el caso de la legislación española cabe señalar que, respecto a lo que se dispone sobre los trabajadores y su protección va a ser que van a atenerse conforme a lo dispuesto en la legislación laboral (Estatuto de los trabajadores) el cual va a ser su primera arma de protección, pero pese a esto, no se dispone que tan sólo puedan acudir a esta, ya que en la Ley de modificaciones estructurales también pero para casos aislados, que no se mencionan respecto al traslado del domicilio social de sociedades al extranjero, sino en la fusión y la cesión global, por lo tanto no nos interesa.

Considero que tanto en la Directiva como en la Ley de modificaciones estructurales, poco regula relativo a los trabajadores ya que en la propuesta tan sólo les otorga el derecho a información y consulta, y en la ley de modificaciones estructurales prácticamente nada, y más concretamente nada relativo al traslado de domicilio social al extranjero, el cual podría generar bastantes perjuicios a los trabajadores, por lo que me parece necesario que se introdujera en la presente ley más apartados relativos a la protección a los trabajadores y no sólo tratar sobre su protección en el Estatuto de los trabajadores, pese a que sea una legislación de lo más completa, con ciertas carencias.

2.11.-Participación de los trabajadores en la sociedad

En el caso del artículo 86 terdecies, resaltamos que va a tratar sobre la participación de los trabajadores en dicha sociedad que va a sufrir una transformación transfronteriza para aquellos casos en los que si esta se produce hace que peligre el derecho de participación de estos trabajadores de la sociedad. Por lo tanto, respecto a la participación de los trabajadores destacaremos varias cuestiones: Como bien dice, la sociedad que va a transformarse se debe atener a lo que dispongan las leyes del estado miembro de destino, siempre y cuando estas existan, porque va a haber muchos casos en los que estas serán inexistentes y deberá buscarse que ley se acerca más y se amolda más al ámbito de participación de los trabajadores. Pero a pesar de que las hubiera, si hay un número medio de trabajadores superior al señalado como aplicable (el límite este será impuesto por el estado de origen de la sociedad), no se aplicaran las normas de este estado miembro de destino, o si, el estado de destino no tiene el mismo nivel de participación que se aplicaba en el de origen. No producirá

la creación de nuevas obligaciones la extensión de los derechos de participación a los empleados en otros estados miembros, es decir mantendrán las mismas. Por otra parte, si la sociedad que se transforma, en régimen de participación de trabajadores, va a estar esta sociedad obligada a que actúe y adopte un tipo de sociedad con el cual se garantice la protección de esos derechos de participación de los cuales deben disponer los trabajadores, es por ello que esa sociedad deberá optar por aplicar ciertas medidas que garanticen el cumplimiento de este derecho para los trabajadores por un plazo señalado y tras todo esto, va a ser la propia sociedad la que comunique a sus trabajadores concretamente en que se basan sus derechos de participación los cuales serán protegidos.

Por otra parte, en la LME, en lo relativo al traslado transfronterizo del domicilio social no va a aparecer nada que haga referencia a la participación de los trabajadores, cosa que, si ocurre relativo a la fusión, que en el artículo 67 hace referencia a los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, por lo tanto, es una materia de las muy pocas que no aparecen reguladas en la LME respecto de la Directiva. Al igual que en el anterior apartado relativo a los derechos de los trabajadores, considero que también hay un vacío legal en nuestra LME relativo a estos, ya que es un apartado primordial por todos los cambios de circunstancias que pueden producirse al llevar a cabo el traslado del domicilio social de una sociedad al extranjero, con el que podrían generar muchas consecuencias negativas para los trabajadores y a pesar de la protección ofrecida por la legislación laboral deberían contener para los casos más concretos más regulación dentro de esta ley.

2.12.- Control de legalidad

En la Directiva se llevarán a cabo dos tipos de control de legalidad. Será en el Estado miembro de origen y en el de destino. En primer lugar, haciendo referencia al control de legalidad en el Estado miembro de origen, se dispone que se realiza a través de la concesión por la autoridad competente del certificado previo a la transformación. En cuanto al control de legalidad por el Estado Miembro de destino, aparecerá regulado

en el artículo 86 sexdecies²⁶, el cual dispone que van a ser los estados miembros en cuestión los que van a designar cual va a ser el tribunal o autoridad competente para controlar la legalidad de la transformación transfronteriza. Este control será sobre el procedimiento que se está siguiendo de la transformación, si se está cumpliendo o no con lo dispuesto legalmente. Este, estará sujeto al derecho nacional del Estado miembro de destino. Por lo tanto, lo que debe hacer dicha autoridad, va a ser controlar que se cumple con lo dispuesto en su derecho y el procedimiento se atiene al derecho nacional del Estado miembro de destino. Para facilitar el control, la sociedad presentará el proyecto de transformación transfronteriza que es aprobado por la junta general a esa autoridad en el estado de destino que se ha señalado como competente, por ello, se considera que el proyecto va a ser sometido a un doble control: Por parte del estado de destino, y de origen en esta fase. Se añade un coste temporal y económico a esta operación y se impondrán a los estados miembros la obligación de establecer mecanismos adecuados para que cualquier solicitud de la sociedad que quiere obtener la autorización del estado de destino a la transformación transfronteriza, así como la entrega de documentos, se pueda cumplimentar íntegramente sin necesidad de que los solicitantes comparezcan ante la autoridad competente del estado de destino, lo que evita desplazamientos físicos y los consiguientes costes económicos de ello.²⁷

Respecto a la ley de modificaciones estructurales, regula a un nivel mucho más bajo cual es lo que va a considerarse la certificación previa al traslado, Va a ser en el artículo 101 de la LME en el cual se va a regular el certificado previo al traslado, disponiendo que una vez que son identificados y controlados todos y cada uno de los datos relativos a la sociedad en el registro mercantil competente y la escritura pública del traslado que se presentó para poderse producir, va a ser el propio registrador de ese registro mercantil, que será el del estado miembro en el que está

²⁶ TAPIA HERMIDA, Alberto J. Operaciones transfronterizas de sociedades. Nueva regulación europea. La Directiva (UE) 2019/2121. Respecto al control de legalidad, como bien dispone el autor del presente artículo, las transformaciones transfronterizas estarán sometidas a un control público de legalidad, con el cual se reparten las competencias entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro de destino, siendo realizado a través de dos mecanismos clave: En primer lugar, a través del certificado previo, y en segundo lugar a través del control de legalidad que se realiza por parte del Estado miembro de destino.

²⁷ PULGAR EZQUERRA, Juana. Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores, 2020. Diario La Ley, N.º 9572, Sección Doctrina, 12 de febrero de 2020, Wolters Kluwer. Nos habla tanto del control de legalidad llevado a cabo en el estado de origen a través del certificado previo de transformación, como del informe del experto independiente y por otra parte nos hará también referencia a lo relativo al control de legalidad en el estado miembro de destino disponiendo que será estos los encargados de la elección del tribunal o autoridad competente.

situado el domicilio social de la sociedad antes de producirse el traslado, será este utilizado y otorgado por el registrador disponiendo que van a concurrir todos y cada uno de los requisitos que han de cumplirse para dar luz verde a que este traslado se produzca. Tras producirse este certificado, de que se puede dar paso al traslado al estado miembro de destino, ya no se considerará como inscrito en nuestro registro pasando a tener que registrarse en el del estado miembro de destino.

2.13.- Registro de la sociedad transformada

El registro aparecerá regulado en el artículo 86 septdecies, en el cual se dispone que el derecho de los estados miembros de origen y destino van a señalar las formas conforme al artículo 16, en que dan publicidad en sus respectivos registros²⁸. En los registros de dichos Estados deberán aparecer lo siguiente datos:

-En el estado miembro de destino: Indicar que esa sociedad se ha transformado a través de una transformación transfronteriza y la fecha en que esa sociedad fue transformada.

-En el estado miembro de origen: Que la cancelación ha sido debida a una transformación transfronteriza y la fecha en que esta se ha producido.

Y, por último, en los registros de ambos estados, tanto de origen como de destino, el número de registro, razón social y forma jurídica de la sociedad, y de la sociedad transformada en su caso en el estado de destino.

Los registros de los estados miembros deberán poner a disposición del público los datos de las sociedades a través de la interconexión de registros.

En el caso de la Ley de modificaciones estructurales, tendremos en nuestro artículo 101, relativa a la certificación previa al traslado, en el cual se dispone que una vez que

²⁸ Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019. Artículo 16: Relativo a la publicidad en el registro, el cual dispone que cada Estado miembro se va a abrir un expediente de cada sociedad, en un Registro competente ya sea en central, mercantil o de sociedades. Se tendrán que inscribir todas las sociedades existentes una a una y serán los propios estados los que velarán porque se otorgue a cada sociedad un código con el cual se las pueda distinguir e identificar del resto de sociedades y en las comunicaciones entre los distintos registros a través del sistema existente de interconexión.

se expida esta certificación quedará cerrado el Registro para nuevas inscripciones. (Valdecasas)²⁹.

2.14.-Efectos

Tratando del artículo 86 octodecies, este dispone cual va a ser la fecha a raíz de la cual va a surtir efecto la transformación transfronteriza. Este artículo dispone que va a ser el derecho del estado miembro de destino determinará cual será esta fecha y esta será, posterior a la realización del control al cual se refieren los artículos 86 quaterdecies y 86 sexdecies.

En el caso de la ley de modificaciones estructurales, disponemos que la eficacia del traslado del domicilio social se va a producir una vez inscrito ese traslado en el Registro equivalente al del estado miembro de origen, pero en el estado de destino. Es decir, para ello, previamente ha de ser cancelada la inscripción del Registro mercantil del estado de origen (en este caso España) para pasar a ser inscrito en el Registro equivalente en el estado en el que se va a asentar el domicilio social de la sociedad a partir de ese momento. Es a partir de esta fecha, por lo tanto, que el traslado va a surtir efecto. Es por esto por lo que no se va a tratar de un mero trámite, si no de un conjunto de actuaciones que deberán ser llevadas a cabo en un plazo de tiempo señalado que continúa con la cancelación en el Registro mercantil español y finaliza con la inscripción del traslado en el nuevo Registro del Estado de destino.

Esto es lo que dispone el artículo 102 de la LME relativo a este tema: `` Artículo 102. Eficacia del traslado del domicilio de la sociedad al extranjero. El traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio. ``

En el caso de España, en nuestro Registro Mercantil no van a poder estar inscritas figuras jurídicas extranjeras, es por eso por lo que si tan sólo se modifican los

²⁹ GARCÍA VALDECASAS, Jose Ángel; Estudio y resumen de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ahora, tratando de lo que dispone en su artículo el Registrador Mercantil José Ángel García Valdecasas relativo a la publicidad del acuerdo de transformación, destacamos que se ha de publicar en el BORME y en el Diario de gran circulación de la provincia. Según la Ley, no será necesaria dicha publicidad cuando se notifique el acuerdo a todos los socios a través de un procedimiento que asegure su recepción y, aunque la ley no lo disponga expresamente, tampoco será necesaria la publicidad para aquellos casos en los cuales el acuerdo sea adoptado en la Junta general, aunque no sea por unanimidad.

estatutos no se inscribe en el Registro si no que requiere del cambio de su nacionalidad directamente para poder ser inscrita.

También es cierto que para que sea totalmente eficaz como bien hemos dicho antes, no producirá efecto si no se ha cancelado primero la hoja registral en el Registro mercantil español y después se ha inscrito en el país de destino al que se va a trasladar el domicilio social de dicha sociedad. En esa transición entre la que se cancela una inscripción y pasa a realizarse otra, hasta que no está completamente cancelada no deja de ser sociedad española, y no podrá acceder a más datos ni realizar más actividades que tengan acceso a nuestro Registro Mercantil, pero aun así sigue estando supeditada a la legislación española.

Según lo dispuesto en el artículo 101 de la LME, el contenido de la certificación va a ser simplemente el disponer que se cumplen o no los requisitos que deben ser cumplidos según la presente ley, con lo que permite que en el país de destino se inscriba en su registro, el competente al Registro mercantil en España, que sería el estado de origen. También en esta han de entregarse los datos de la sociedad registrados anteriormente. Como bien mencionamos anteriormente, ahora con más profundidad, tratamos lo que concierne a la cancelación de la hoja registral de la sociedad en el estado de origen para que así pueda ser inscrita en el estado de destino. Será el encargado de emitir la certificación, y a raíz de este momento, continúa todo el proceso del traslado del domicilio social en el estado de destino, porque en el de origen ya no quedan más trámites por hacer, salvo el de cancelar la hoja registral en el Registro Mercantil español en este caso. La LME va a exigir que se entregue ese certificado emitido por el órgano que equivale en el país de destino al Registro Mercantil y una copia de los anuncios de la inscripción del traslado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio». ¿Para qué son necesarios dichos anuncios? En primer lugar, disponemos que estos se recogen en el artículo 103 de la LME y lo que se busca con estos anuncios es comunicar que ya se ha inscrito en el Registro mercantil del estado de destino el domicilio social de esa sociedad.

2.15.-Consecuencias

El artículo 86 novodecies de la directiva, va a disponer directamente cuáles van a ser aquellas consecuencias que van a producirse a partir del momento en que la

transformación transfronteriza surta efecto, es decir a partir de la fecha a la que se refiere el artículo 86 octodecies³⁰.

- a) Todo el patrimonio tanto activo como pasivo de la sociedad, incluyendo los contratos, créditos, derechos y obligaciones, van a ser los de la sociedad transformada.
- b) Los derechos y obligaciones de la sociedad que provengan de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en el momento en el que surta efecto la transformación transfronteriza van a ser los de la sociedad transformada.
- c) Y, por último, los que eran socios en la sociedad previamente a haber sido transformada pasarán a ser socios también en esa sociedad una vez que se ha llevado a cabo la transformación transfronteriza al estado miembro de destino, salvo que, por sus propios medios, hayan enajenado sus acciones o participaciones tal como dispone el artículo 86 decies apartado 1.³¹

2.16.-Responsabilidad del perito independiente

Artículo 86 vicies: Dispone que los Estados miembros establecerán normas sobre la responsabilidad del perito independiente.

Serán los Estados miembros los encargados de garantizar que este perito, ya sea persona jurídica o física, ya que así lo permite la siguiente Directiva, sea independiente en todos los casos de la sociedad que solicite el certificado previo a la producción de

³⁰ Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019. Artículo 86 octodecies: Este artículo de la nueva Directiva el cual ha sido modificado respecto a lo que disponía en la anterior directiva, dispone literalmente: `` El Derecho del Estado miembro de destino determinará la fecha en que surta efecto la transformación transfronteriza. Dicha fecha será posterior a la realización del control a que se refieren los artículos 86 *quaterdecies* o 86 *sexdecies*. ``

³¹Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019. Artículo 86 decies apartado 1: Según dispone este artículo, los Estados van a ser los que deben velar porque los socios de la sociedad de la que estamos hablando que hayan votado contra que se apruebe el proyecto de traslado transfronterizo puedan y tengan el derecho de enajenar las acciones o participaciones a cambio de una compensación que les será entregada en efectivo, según las condiciones dispuestas en los 4 siguientes apartados (Del 2 al 5). Además, son estos Estados también los que deberán exigir que se demuestre como muy tarde en la Junta general de la que hablamos anteriormente de esa oposición, expresamente a este proyecto o que dispongan de forma empresa que quieren ejercer su derecho a enajenar sus acciones y/o participaciones.

la transformación transfronteriza y que no tenga ningún tipo de conflicto con ella, y además, el dictamen elaborado por este perito, ha de ser a toda costa imparcial y objetivo, para así que pueda servir para resolver a la autoridad competente que deba conocer el caso conforme a los requisitos de independencia e imparcialidad.

Pero en el caso de nuestra LME, como también señalamos antes, no regula nada concerniente a un perito independiente que ha de ser designado, si no que menciona para las fusiones y escisiones, por ejemplo, el hecho de que pueda nombrarse un experto independiente para elaborar ese informe del que hemos hablado antes. Esto, aparece regulado en los artículos 34 de la LME y artículo 78 de la LME.

2.17.-Validez de la operación transfronteriza

Respecto artículo 86 unvicies, cabe resaltar que nos va a hablar sobre la validez de la transformación transfronteriza que está en cuestión. No siempre va a ser válida, por lo que, a continuación, mencionaremos las distintas causas en la que se considerará válida o no. No cabe declarar la nulidad total y absoluta de una transformación que haya surtido efecto en cumplimiento de los procedimientos de la presente Directiva. Este párrafo, no afecta para los casos o competencias que tengan los estados miembros que tengan que ver con su derecho penal, de prevención y lucha contra el terrorismo y su financiación, así como fiscalidad, derecho social y garantía del cumplimiento de su Ley, que será la competente para imponer las medidas y sanciones que considere necesarias y correctas en virtud de su derecho nacional, una vez que haya surtido efecto la transformación transfronteriza.

3.- CONCLUSIONES

- A. **Conclusión general:** Anterior a la Directiva de la cual hemos hablado, varios Estados miembros como son por ejemplo España e Italia, ya contenían en sus legislaciones disposiciones normativas que hacían referencia a lo que viene siendo el traslado transfronterizo de sede social ya sea para trasladarla a su territorio o de su territorio a otro Estado y sin ni siquiera ser necesario que se produjera la disolución o liquidación de dicha sociedad. Esto en ocasiones no se cumplía al 100%, por lo que la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la libertad de establecimiento contribuyó a facilitar este traslado de sede social entre Estados miembros, manteniendo su personalidad jurídica. Aun así, actualmente surgen varios problemas que dificultan estas operaciones de traslado y conlleva a un atraso en la movilidad de empresas europeas a otros Estados y conllevando también a su disminución de competitividad a nivel internacional. Para aquellos casos en los cuales la legislación societaria de los Estados en cuestión no aporta una fuerte seguridad jurídica o de protección de los colectivos afectados por el traslado transfronterizo, el legislador europeo deberá llevar a cabo el seguimiento de esta operación aplicando el derecho positivo o a través de la elaboración de una directiva o incorporando disposiciones normativas específicas que aborden este tema. En principio, deberán seguirse estas recomendaciones dispuestas por el Parlamento europeo: En primer lugar, fomentar la movilidad transfronteriza entre sociedades de los distintos Estados miembro de la UE, así como velar por una mayor seguridad jurídica o simplificar el procedimiento para que pueda desarrollarse de una manera más eficaz y rápida. También, como es obvio, deberá velar porque se reduzcan los costes para realizar este traslado (facilitándose a los Estados miembros en consecuencia) y, por último, deberá velar por garantizar y respetar todos y cada uno de los derechos de los colectivos afectados por este traslado, los cuales serán: Trabajadores, accionistas minoritarios y acreedores.
- B. **¿A qué conlleva su aprobación?** En primer lugar, la aprobación de esta Directiva (UE) 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, conllevará a

que, situaciones previamente no reguladas, pasen a tener una regulación o incluso aquellas que ya se regulaban de una forma un poco breve, pasen a tratarse con un mayor detenimiento, ya que en algunos de los casos contábamos en la previa Directiva con ciertos vacíos los cuales generaban problemas a la hora de intentar resolver o ajustar ciertos casos existentes, pero esto regulado a mayores será lo relativo a transformaciones transfronterizas y en menor medida pero también las escisiones, ya que las fusiones intracomunitarias ya aparecían reguladas en la Directiva (UE) 2017/1132 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, es por esto que la aprobación reciente de la nueva directiva generará un gran avance relativo a esto que comentamos.

- C. **¿Cómo actuará la Unión Europea?** La Unión Europea, lo que va a hacer es facilitar la reestructuración de las sociedades en el mercado único. La Unión Europea está suprimiendo los obstáculos injustificados a la libertad de establecimiento de las empresas en el mercado único, es para ello que el Parlamento junto con el Consejo europeo adoptaron dicha Directiva que facilita la realización de todo este tipo de operaciones transfronterizas de empresas de la Unión Europea.
- D. **Avances gracias a esta Directiva:** Con la Directiva y sus normas hacen que las empresas de la Unión europea saquen el máximo partido al mercado único como bien hemos dicho antes y seguir siendo competitivas no sólo en su país, sino también fuera. También con esta se han otorgado garantías para evitar todo tipo de abusos y proteger los intereses de los trabajadores, accionistas y acreedores. Esta ha introducido nuevos procedimientos para las transformaciones transfronterizas y simplificaciones a las tres operaciones, como por ejemplo el poder agilizar el procedimiento renunciando al informe destinado a los socios y a los trabajadores en caso de que los accionistas así lo acuerden o en caso de que la empresa o cualquiera de sus filiales no disponga de trabajadores. También esta Directiva va a servir para verificar la legalidad de estas operaciones y por lo tanto incluirá también un control de legalidad al que se van a someter para ver si es pertinente conforme a la legislación nacional y lucha contra las prácticas abusivas.

Gracias a esto, de ser una práctica abusiva permitirá que las autoridades bloqueen dicha operación. Conllevara al igual a que todos los trabajadores gocen de su derecho a información y su participación en la operación y que se les pida consulta. Según cifras otorgadas por la Comisión, existen en torno a 24 millones de sociedades en la Unión europea, de las cuales en torno a un 80% son de capital y en torno al 98-99% de estas son pequeñas y medianas empresas las cuales, estas últimas serán los principales beneficiarios del gran ahorro que generará esta presente Directiva.

- E. **En el caso de la legislación española:** Por otra parte, hay que destacar que, a diferencia del ámbito europeo, en el caso de la legislación española, contamos con una ley muy completa que ya hacía referencia previamente a lo que vienen siendo las transformaciones transfronterizas, conocidas con el nombre de traslado del domicilio social de empresas españolas al extranjero, aunque también regula la situación contraria, es decir, de empresas extranjeras al territorio español. Esta ley será la conocida como Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pero a pesar de que nuestra legislación ya lo regulara previamente, deberá una vez aprobada la Directiva (ya aprobada desde diciembre de 2019) armonizar y asegurar la compatibilidad de las normas dispuestas en nuestra legislación con la Nueva directiva relativa a transformaciones, fusiones y escisiones, al igual que tendrá que hacer otros Estados miembros de la Unión Europea. Nuestra ley incluirá gran variedad de operaciones, pero en algunos casos podría generar inseguridad jurídica por el hecho de que ciertos campos quedan sin regularse completamente o muy limitados por lo que para buscar la solución a este problema se crean modificaciones. Por otra parte, sí que es cierto que la Ley española de modificaciones estructurales ha de reunir y fortalecer todos aquellos mecanismos que sirvan para llevar a cabo la protección de las partes interesadas en llevar a cabo las transformaciones en cuestión. Actualmente, encontramos gran cantidad de casos en los cuales muchas empresas y sociedades, deciden cerrar sus centros en España para trasladarlo y continuar su actividad en otros países miembros de la Unión Europea donde los costes de instauración, producción o régimen fiscal son más bajos. Esto generará en la mayor parte de los casos, problemas para los trabajadores de estos centros que deben mudarse, por el hecho de que sus

condiciones se verán afectadas (aunque no necesariamente siempre para mal) y también dejará en situación vulnerable a los acreedores que tienen poco margen para poder actuar o mostrar su decisión u observaciones en estos casos. Por lo tanto, con esta Directiva aprobada en diciembre de 2019, lo que se pretendió era dotar de una mayor protección a los socios, acreedores y trabajadores ya que estaban en situaciones vulnerables una vez que ese traslado a otros Estado miembro de la Unión Europea se producía.

F. **¿Cuándo se produce su trasposición?** Esta Directiva, se publicó el pasado 12 de diciembre en el Diario Oficial de la Unión Europea. La trasposición de esta deberá ser elaborada antes del 31 de enero del año 2023 y tendrá medidas destinadas a la consecución de conseguir mayor información y participación de los socios minoritarios y trabajadores, así como a la protección de los acreedores de las sociedades que tengan previsto trasladarse, existiendo la posibilidad que los diferentes Estados de la Unión puedan impedir a las compañías su traslado internacional si estas se encuentran incursas en procedimientos de insolvencia y manteniendo el foro general en el estado de origen, de modo que los empleados y acreedores podrán reclamar en la jurisdicción donde se encontraba el centro y no en el lugar del traslado. Es por esto, que a pesar del gran plazo que se ha dado para su trasposición, 3 años nada más y nada menos, será un trámite complicado el que los Estados que forman parte de dicha Directiva (Los de la unión europea) la adapten a su normativa o legislación ya que en la mayor parte de los casos se considera que esta Directiva sobreprotege a los socios minoritarios y trabajadores. A la espera de ver como los estados miembros la incorporan a su normativa, es evidente que todas aquellas empresas que se vayan a trasladar a otro estado miembro de la Unión europea en un tiempo no muy lejano van a tener que con asesoramiento legal para así poder cumplir con todas las nuevas obligaciones que ha previsto la Nueva Directiva para actuar legal y correctamente. Más concretamente en el caso de la trasposición de dicha Directiva al derecho español disponemos que, España fue de los primeros países europeos que han regulado el traslado internacional del domicilio social como modificación estructural en el marco de la LME y es por esto que no supondrá como en otros ordenamientos un cambio de concepción de dicha operación, porque ya la regula como tal. Para la trasposición tenemos varios elementos clave como estos: Deberá producirse un

cambio terminológico que sustituya la referencia a «traslado internacional de domicilio por transformación transfronteriza». Además, deben adoptarse opciones de política legislativa para indicar cual será el ámbito de aplicación de esta Directiva. Además, debe de regular la figura del experto independiente y su estatuto jurídico, así como la adaptación del derecho de separación de los socios a la directiva de movilidad. También se deberá articular el certificado previo de autorización de la operación y la cláusula antifraude, así como determinar la autoridad competente para este control. Regular el derecho de acreedores de elección del foro competencial, adecuar el derecho de oposición de los acreedores a la publicación del proyecto de transformación al planteamiento de la Directiva de movilidad por lo que se pasa a regular un derecho a obtener garantías adicionales. Y para finalizar, como bien hemos mencionado previamente, deberá abrirse un debate sobre la incorporación de la declaración de solvencia a nuestro derecho como técnica de protección de los acreedores más próximos a la insolvencia.

Bibliografía

ÁLVAREZ, Segismundo y GONZÁLEZ MENESES, Manuel, (s.f.). Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. *seminario de derecho privado*. Manuel GONZÁLEZ-MENESES y Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2011), Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Dykinson, Madrid, p. 163. 2ª Edición. Colección: Estudios mercantiles.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo. Directiva de fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas, novedades mucha incertidumbre, 24 de Julio de 2019 (Artículo disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/24/directiva-fusiones-escisiones-transformaciones-transfronterizas-novedades/>).

ARENAS GARCÍA, Rafael. derecho de sociedades europeo. Thomson Reuters Aranzadi. Páginas 273- 274 y 287-288. 7 nov. 2019, Número de Edición: 1. Páginas: 434. Lugar de edición: PAMPLONA. Colección: ARANZADI DERECHO MERCANTIL 1153

FUENTES, Francisco. Mudanza internacional de empresas: La Directiva 2019/2121, (2019). Dic 19, 2019. Artículo disponible en: Abogados y economistas, <https://www.sueabogados.com/mudanza-internacional-de-empresas-la-directiva-ue-2019-2121/>.

GARCÍA VALDECASAS, José Ángel; Estudio y resumen de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Artículo de internet disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2009-estructurasociedades.htm>

GARCIMARTIN, Francisco. Modificaciones estructurales transfronterizas: La Directiva de movilidad, 2019. Dic 18, 2019 | Derecho Internacional, Derecho Mercantil, Francisco Garcimartín, Legislación. Artículo de internet disponible en: <https://almacenederecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad/>

GÓRRIZ LÓPEZ, Carles. Cartesio; Libertad de establecimiento y criterio que determina la lex societatis. Posted on 13 January 2009 by Carles Górriz López. Actualidad de derecho mercantil. Artículo disponible en: <https://blogs.uab.cat/dretmercantil/2009/01/13/cartesio-libertad-de-establecimiento-y-criterio-que-determina-la-lex-societatis/>

HERRERO MORANT, R. (2020). Nueva Directiva (UE) 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. Revista de derecho de sociedades. Núm. 58 (Enero-Abril 2020). Pgs 1-2.

MARTÍNEZ RIVAS, Francisco. El caso Cartesio: (STJCE 16 de Diciembre de 2008, Cartesio) CDT Vol. 1, No 1 (2009). *Cuadernos de Derecho Transnacional-CDT EISSN: 1989-4570* editada por el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

PÉREZ TROYA, Adoración. La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: Una primera aproximación, con particular referencia a la tutela de los socios. 2020. Revista de derecho de sociedades. Núm. 58 (Enero-Abril 2020). ISSN 1134-7686. Enero - Abril 2020

PULGAR EZQUERRA, Juana. Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE) 2019/2121: prevención del fraude y protección de socios y acreedores, 2020. Diario La Ley, Nº 9572, Sección Doctrina, 12 de febrero de 2020, Wolters Kluwer

QUINTAS SERARA, A. (2017). El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, 517-574. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.04>

SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime. Las transformaciones transfronterizas y su control en la propuesta directiva. Almacen de derecho, Jun 15, 2018 ,Derecho Internacional, Derecho Mercantil, Legislación. Artículo de internet disponible en: <https://almacenederecho.org/las-transformaciones-transfronterizas-control-la-propuesta-directiva/>

TAPIA HERMIDA, Alberto J. Operaciones transfronterizas de sociedades. Nueva regulación europea. La Directiva (UE) 2019/2121. 31 DICIEMBRE, 2019. Artículo de internet disponible en: <http://ajtapia.com/2019/12/operaciones-transfronterizas-de-sociedades-nueva-regulacion-europea-2/>

TORRALBA MENDIOLA, Elisa. La Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (II). La transformación transfronteriza de sociedades. Análisis, enero 2020. Artículo disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/01/La-Directiva-2019-2121-sobre-transformaciones-II.pdf>

VILÁ COSTÁ, Blanca; ARENAS GARCÍA, Rafael; MIGUEL RODRÍGUEZ, Jorge; GÓRRIZ LOPEZ, Carles; FERNÁNDEZ AMOR, José Antonio; SOLÁ MONELLS, Xavier; GARDEÑES SANTIAGO, Miguel. COMMENTS ON THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE AMENDING DIRECTIVE (EU) 2017/1132 AS REGARDS CROSS-BORDER CONVERSIONS, MERGERS AND DIVISIONS, COM (2018) 241 final.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Cartesio(Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-210/06 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Szegedi Ítéltábla (Hungria), mediante resolución de 20 de abril de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de mayo de 2006, en el procedimiento relativo a Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA VALE Építési Kft, (Sala Tercera), de 12 de julio de 2012, En el asunto C-378/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Legfelsőbb Bíróság (Hungria), mediante resolución de 17 de junio de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de julio de 2010, en el marco de una solicitud de inscripción en el Registro Mercantil presentada por VALE Építési Kft

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Conocido con este nombre desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hasta nuestros días, pero tiene su origen en Roma (1957).