

**EL TRASLADO DE SEDE SOCIAL INTRA-EUROPEO Y LA
PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS Y ACREEDORES: ANÁLISIS
DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121⁽¹⁾**

**THE INTRA-EUROPEAN TRANSFER OF THE REGISTERED
OFFICE AND THE PROTECTION OF MEMBERS AND
CREDITORS: ANALYSIS OF DIRECTIVE (EU) 2019/2121**

ÁLVARO ROBAYNA PARRES

Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES.
 - 1. **Titularidad y contenido de la libertad de establecimiento de las sociedades.**
 - 2. **Ejercicio de la libertad de establecimiento: a título primario y secundario.**
 - 3. **Modelos de atribución de la lex societatis: modelo de constitución y modelo de sede real.**
 - 4. **La cuestión de la nacionalidad de las sociedades.**
- III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES.
 - 1. **Daily mail y la trilogía centros, Überseering e Inspire Art.**
 - 2. **Cartesio y Vale: delimitación del derecho de transformación transfronteriza.**
 - 3. **Contribución del asunto Polbud.**
- IV. LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121.
 - 1. **Esquema procedimental.**
 - 2. **Mecanismos de protección de intereses de agentes afectados.**

(1) El presente estudio es una versión resumida del trabajo fin de grado del Grado en Derecho defendido por el mismo autor el 16 de julio de 2021 en la Facultad de Derecho de Universidad de Oviedo y dirigido por el profesor Miguel Iribarren Blanco.

- 2.1. Instrumentos de protección del socio.
- 2.2. Instrumentos de protección de los acreedores.

3. Consideraciones de transposición.

Resumen: El traslado intra-europeo del domicilio social se configura como una opción que permite a las sociedades elegir con posterioridad a su constitución el sistema legal que mejor se adapta a sus necesidades jurídicas. Durante décadas, esta cuestión estuvo regida únicamente por las previsiones del Derecho originario y las interpretaciones que del mismo ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La carencia de Derecho derivado que armonizase el ejercicio de la libertad de establecimiento y la divergencia entre los ordenamientos de los distintos Estados miembros de la Unión han conducido a diversas controversias en las que el Tribunal de Luxemburgo ha tenido oportunidad de delimitar el alcance y los límites de las competencias estatales para modular la movilidad transfronteriza societaria. La jurisprudencia maximalista de los jueces europeos en lo que respecta al traslado de domicilio social intracomunitario ha despertado el interés del legislador europeo para regular la cuestión. La Directiva (UE) 2019/2121, al tiempo que limita el aprovechamiento fraudulento de la libertad comunitaria para la elusión de normas nacionales, equilibra el derecho a la transformación transfronteriza con la protección de los intereses de los afectados por la operación: socios, acreedores y trabajadores.

Abstract: The intra-European transfer of the registered office allows companies to pick and choose, after their incorporation, the legal form that best suits their needs. For decades, this operation was governed solely by the provisions of the EU primary law and the case law from the EU Court of Justice. The lack of secondary legislation harmonizing the exercise of the freedom of establishment and the divergence between the national laws of the Member States have led to various disputes in which the Court of Justice has had the opportunity to define the scope and the limits of state powers to modulate cross-border mobility of companies. The maximalist jurisprudence of the European judges regarding the transfer of intra-community registered office has awakened the interest of the European legislator to regulate the matter. Directive (EU) 2019/2121, while limiting the fraudulent use of community freedom to circumvent national regulations, balances the right to cross-border transformation with the protection of the interests of those affected by the operation: members, creditors and employees.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la instauración de la libertad de establecimiento de sociedades y ante las significativas diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de la actual Unión Europea, la promulgación de una regulación armonizadora de las cuestiones societarias, en general, se consideraba esencial para el correcto funcionamiento del Mercado Único.

Dicha armonización perseguiría ofrecer unos niveles mínimos de protección de los agentes implicados en la movilidad transfronteriza, así como una aproximación de los ordenamientos nacionales en lo que respecta a la actividad empresarial⁽²⁾.

Consciente de ello, la por aquel entonces Comunidad Económica Europea (CEE, en adelante) se embarcó en un intenso periodo de armonización, aprobando una serie de Directivas relativas a la actividad societaria intracomunitaria. Sin embargo, cuando el proyecto de armonización quedó estancado, los Estados miembros se encontraron envueltos en una situación de absoluta carencia regulatoria de la cuestión que nos ocupa, al tiempo que la libertad de establecimiento reconocida por el Derecho originario comenzó a aplicarse.

La ausencia, como mencionamos, de Derecho derivado que regulase el ejercicio del derecho reconocido en el Tratado constitutivo ha conducido a que se hayan suscitado diversas controversias que han sido, necesariamente, abordadas por el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante). Con sus decisiones los jueces europeos colmaron el vacío regulatorio, implantando un sistema en el que el *case law* solventaba la inactividad normativa comunitaria. Se habían convertido, a efectos prácticos, en unos auténticos «legisladores» al establecer límites que, en cierta medida, desplazaban las soluciones nacionales⁽³⁾.

Cuando se hizo evidente que la libertad de establecimiento sería ejercitada con o sin legislación armonizadora –favorecida por una interpretación maximalista del TJUE– el legislador europeo decidió actuar⁽⁴⁾. Como veremos, la línea argumentativa seguida por el Tribunal de Luxemburgo era cada vez más permisiva con la movilidad de sociedades, en concreto con el traslado transfronterizo de sede social, abriendo la puerta a potenciales prácticas abusivas y, en definitiva, a la posible llegada del efecto Delaware al continente.

II. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES

Las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento se encuentran recogidas en la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante). En lo que respecta a la movilidad de sociedades, los artículos de interés son, principalmente, el artículo 49 y el 54 del TFUE (anteriormente arts. 43 y 48 TCE, respectivamente).

(2) GELTER, M., «Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court's Accidental Vision for Corporate Law», *ECGI Working Paper Series in Law*, n.º 287, 2015, p. 15.

(3) ARENAS GARCÍA, R., «El legislador Europeo y el DIPR de sociedades en la UE», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, p. 49.

(4) ARENAS GARCÍA, R., «La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: regulación y facilitación de la movilidad de sociedades dentro de la UE». *La Ley Unión Europea*, n.º 77, 2020, p. 22.

1. Titularidad y contenido de la libertad de establecimiento de las sociedades

El artículo 49 del TFUE consagra la libertad de establecimiento para las personas físicas al establecer que «*quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro*»⁽⁵⁾. Se trata, por tanto, de un derecho que se atribuye a los ciudadanos europeos por el mero hecho de serlo, por ostentar la nacionalidad de algún Estado miembro. Alcanza, también, a los nacionales de terceros países con los que la Unión haya establecido acuerdos que extiendan los beneficios de las libertades europeas, tales como los Estados parte del EEE⁽⁶⁾.

La libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como «*la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades [...] en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*»⁽⁷⁾. En otras palabras, se garantiza el ejercicio de una actividad económica de carácter independiente y permanente en el territorio de un Estado miembro distinto del de la nacionalidad y, en particular, la creación y gestión de sociedades⁽⁸⁾. Quedan fuera del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público⁽⁹⁾, así como las actividades contrarias al orden público, la seguridad y la salud pública del Estado en el que se ejerce el derecho de establecimiento⁽¹⁰⁾.

El artículo 54 del TFUE, por su parte, extiende la libertad de establecimiento de las personas físicas a las jurídicas; en concreto, a 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*»⁽¹¹⁾. Del precepto se desprende un doble requisito para considerar a una sociedad beneficiaria del derecho de establecimiento: haber sido constituida de acuerdo a la legislación de un Estado miembro y tener sita, alternativamente, su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro del territorio europeo. No requiere el TFUE, sin embargo, que estos tres elementos se localicen en el Estado de constitución, siendo suficiente que se encuentren en la Unión⁽¹²⁾.

(5) Art. 49, párrafo primero (TFUE).

(6) *Vid.* ARENAS GARCÍA, R. (2017), *cit. supra.* n. 3, p. 21.

(7) Art. 49, párrafo segundo (TFUE).

(8) RODAS PAREDES, P., *Libertad de establecimiento y movilidad de las sociedades mercantiles: su significado y aplicación práctica en la Unión Europea, algunos países y en el ordenamiento jurídico español* (Doctorado), Universidad de Valencia, 2010, p. 18.

(9) Art. 51, párrafo primero (TFUE).

(10) Art. 52, párrafo primero (TFUE).

(11) Art. 54, párrafo primero (TFUE).

(12) *Vid.* ARENAS GARCÍA, R. (2017), *cit. supra.* n. 3, p. 12.

2. Ejercicio de la libertad de establecimiento: a título primario y secundario

El establecimiento a título primario se materializa bien a través de la creación *ex novo* de sociedades, bien a través del traslado transfronterizo de sociedades preexistentes. La primera dimensión, explícitamente reconocida en el artículo 49 del TFUE, se refiere a la libertad de constituir y gestionar sociedades en otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. La segunda hace referencia a la posibilidad de trasladar la sede primaria de una sociedad –ya creada– a otro Estado miembro distinto del de constitución⁽¹³⁾.

Esta última posibilidad se puede desdoblar, a su vez, en dos categorías. Hablaremos de «traslado transfronterizo» propiamente dicho cuando a pesar de la transferencia se mantiene la ley aplicable a la sociedad, mientras que si con la transferencia se produce un cambio de ley aplicable estaremos hablando entonces de una «transformación transfronteriza».

Por su parte, el establecimiento a título secundario hace referencia a la situación en la que ya se llevan a cabo actividades económicas en un Estado miembro a título principal y se pretende la apertura de agencias, sucursales o filiales en otro Estado miembro⁽¹⁴⁾. Como consecuencia directa, los Estados de la Unión se encuentran obligados a reconocer automáticamente la personalidad jurídica de las sociedades válidamente constituidas en cualquier Estado miembro, así como la posibilidad de estas de establecer agencias, sucursales o filiales en territorio de otro Estado miembro. Esta interpretación ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE, ya que «*el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado*»⁽¹⁵⁾.

Por lo general, la creación de sociedades en territorio europeo y el establecimiento a título secundario, siempre que cumplan con los requisitos del artículo 54 del TFUE, raramente encontrarán obstáculos por parte del Estado de destino, ya que tal operación se fundamenta en la nacionalidad del Estado de constitución. Sin embargo, el traslado de sede real y social sí tropezará –y, de hecho, ha tropezado– con ciertas problemáticas de mayor complejidad. Esto es fruto de, como veremos, la inexistencia de legislación comunitaria armonizadora y la coexistencia, dentro del Mercado Único, de dispares legislaciones nacionales que toman distintas consideraciones en relación a los factores de conexión que determinan la ley aplicable a las sociedades.

(13) Vid. RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra*. n. 8, pp. 28-33.

(14) Art. 49, párrafo segundo (TFUE).

(15) STJCE 9 marzo 1999, Asunto C-202/97, *Centros Ltd*, FJ. 27.

3. Modelos de atribución de la *lex societatis*: modelo de constitución y modelo de sede real

La *lex societatis* hace referencia a la ley estatal que rige, en sentido amplio, una sociedad⁽¹⁶⁾. Son dos las principales teorías o modelos que inspiran los Derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión en lo que respecta a la atribución de la ley aplicable: el modelo de constitución y el modelo de sede real.

El fundamento de aplicación modelo de constitución (*incorporation theory*) se encuentra en la voluntad corporativa de los socios que, a través del contrato de sociedad, deciden el ordenamiento jurídico al que esta queda sujeta⁽¹⁷⁾. De acuerdo con esta teoría, la ley aplicable a la sociedad será la del Estado en el que ha «nacido», con independencia de dónde lleve a cabo su actividad principal⁽¹⁸⁾. Por lo tanto, si la sociedad mueve su centro de actividad principal al extranjero sin modificar su asiento registral, el factor de conexión con el Estado de origen permanece intacto y se le sigue aplicando el Derecho del Estado en el que fue *ab initio* registrada⁽¹⁹⁾; disfrutando, así, de una especie de «pasaporte» que le permitirá ser reconocida internacionalmente como sociedad del Estado en que ha sido constituida⁽²⁰⁾.

El modelo de constitución favorece en gran medida la movilidad transfronteriza de las sociedades ya que, de estar válidamente constituidas, podrán mover su actividad económica de un Estado a otro y ser, en consecuencia, reconocidas sin necesidad de reconstituirse en el Estado de destino. Esto aporta absolutas garantías de certeza jurídica, pues resulta fácilmente identificable la *lex societatis* de la sociedad sin necesidad de atender al elemento fáctico de dónde opera. A su vez, el modelo favorece ampliamente el interés de los socios, quienes en principio podrán elegir el Derecho aplicable que consideren más conveniente con independencia del lugar en el que posteriormente tengan intención de operar⁽²¹⁾.

Sin embargo, la principal problemática derivada de la aplicación de este modelo reside en la constitución de sociedades con arreglo a ordenamientos con los que no se guarda ningún tipo de vinculación objetiva. Operación que, dicho sea de paso, suele perseguir la aplicación de normativas más laxas en lo que respecta a cuestiones societarias⁽²²⁾. La intención no sería emprender actividades económicas en dicho

(16) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades»; en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitas, Navarra, 2014, p. 358.

(17) *Vid.* RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra.* n. 8, p. 58.

(18) *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2014), *cit. supra.* n. 16, p. 359.

(19) CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, 2007, p. 68.

(20) *Vid.* RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra.* n. 8, p. 62.

(21) *Vid.* CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2007), *cit. supra.* n. 19, p. 69.

(22) GONZÁLEZ LÓPEZ, J., «La crisis de identidad del Derecho societario de la Unión Europea. Comentario al asunto Polbud y a cuestiones derivadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 12/1, 2020, p. 566.

Estado, sino aprovecharse del Derecho comunitario para «burlar» la aplicación de normas más estrictas –como, por ejemplo, un desembolso mínimo de capital– exigibles en el Estado en el que la sociedad sí tiene intención real de operar.

Por su parte, el modelo de sede real (*real set theory*) se fundamenta ya no tanto en un criterio formal como es la sede social o estatutaria, sino en la idea de que la existencia y actividad de una sociedad concierne al Estado en que esta ejerce actividades económicas⁽²³⁾. La ley aplicable a la sociedad será la del Estado en el que esta tenga, además de su domicilio social, también sita su sede real, es decir, su establecimiento principal o administración central. En otras palabras, se atiende a un criterio fáctico para la determinación de la *lex societatis*. Por lo tanto, para que una sociedad pueda operar en un Estado que adopta el modelo de sede real no solo debe estar formalmente registrada en dicho Estado sino que, además, debe llevar a cabo en el mismo su actividad principal. Esto implica que, cuando una sociedad mueve su sede real de un Estado a otro, el factor de conexión que la «enlaza» con el Derecho nacional deja de existir.

Si bien es cierto que el modelo de sede real introduce dificultades adicionales en cuanto a la determinación del Derecho nacional aplicable ante una dispersión de sedes, este encuentra su justificación en razones políticas y de interés público. Su esencia es la prevención del fraude de ley, ya que al exigir la coincidencia de sedes en un mismo territorio se evita el abuso que podría derivarse de la aplicación de normas jurídicas extranjeras más «blandas», por lo que, en principio, se protege y garantiza en mayor medida los intereses de los agentes relacionados con la sociedad⁽²⁴⁾.

Para comprender por qué algunos Estados han continuado adheridos a la teoría de la sede real es necesario remontarse a los orígenes de la CEE. La hipótesis original era que el derecho societario llegaría a tal punto de armonización que la movilidad transfronteriza de sociedades no generaría problemas. En efecto, el por aquel entonces artículo 52 del Tratado constitutivo (actual 49 del TFUE) disponía que las restricciones a la libertad de establecimiento serían suprimidas progresivamente durante un periodo transitorio de doce años. Sin embargo, la entrada en la comunidad de Estados como Reino Unido e Irlanda comprometió las negociaciones y, transcurrido el periodo transitorio, el proyecto de armonización del derecho de sociedades quedó estancado⁽²⁵⁾.

En este punto, los Estados miembros se encontraron con una regulación marginal de la cuestión, al tiempo que la libertad de establecimiento comenzaba a ser aplicada⁽²⁶⁾. Permitir la libre elección de ley aplicable en su máxima expresión –a través de la aplicación por ciertos Estados del modelo de constitución– permitiría a

(23) Vid. RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra. n. 8*, p. 71.

(24) *Ídem.* pp. 72-73.

(25) Vid. GELTER, M. (2015), *cit. supra. n. 2*, p. 10.

(26) El efecto directo de la libertad de establecimiento quedó consagrado en la STJCE 21 junio 1974, *Reyners*, Asunto 2/74. El Tribunal estableció que la ausencia de regulación al respecto no podía justificar el

los operadores económicos eludir la aplicación de normas nacionales más restrictivas en detrimento de los socios y terceras partes. En consecuencia, ante la inactividad del legislador europeo, la aplicación de la teoría de la sede real se entendió justificada por algunos Estados miembros hasta alcanzar el esperado estadio de armonización⁽²⁷⁾.

4. La cuestión de la nacionalidad de las sociedades

El TFUE opta por regular la libertad de establecimiento de las personas jurídicas como una extensión de la libertad de establecimiento de las personas físicas. No obstante, se trata de ámbitos claramente diferenciados con regulaciones y principios distintos⁽²⁸⁾. En lo que respecta a la determinación de la nacionalidad de las personas físicas debemos remitirnos a los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ya que estos ostentan la competencia para determinar la adquisición y pérdida de la misma. Recuérdese el renombrado caso *Micheletti*: «la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro»⁽²⁹⁾.

Para el caso de las sociedades, sin embargo, la cuestión requiere especial atención. La nacionalidad referida a las personas jurídicas no se emplea en sentido propio, sino que actúa como mecanismo de selección de las normas aplicables al contrato de sociedad⁽³⁰⁾. Al contrario que las personas físicas, las sociedades son criaturas de Derecho que «sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento»⁽³¹⁾. De la lectura del artículo 54 del TFUE se desprende que el Tratado no muestra preferencia por ninguno de los tres puntos de conexión anteriormente expuestos, los cuales equipara «para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro»⁽³²⁾. Por tanto, queda a discreción de cada Estado miembro la elección de los vínculos de conexión entre una sociedad y su Derecho nacional, basando su sistema jurídico en el modelo de sede real o en el de constitución.

Debemos puntualizar que diversos sistemas jurídicos no acuden directamente al modelo de constitución o al modelo de sede real para la determinación de la ley aplicable a sus sociedades. Existen ordenamientos (como el español) que funcionan

incumplimiento de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento garantizadas por el Tratado (FJ. 29-32).

(27) Vid. GELTER, M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 12.

(28) Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2017), *cit. supra*. n. 3.

(29) STJCE 7 julio 1992, Asunto C-369/90, *Micheletti*, FJ. 10.

(30) URÍA, R., MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999, p. 535; citado en Rodas Paredes, P. (2010), *cit. supra*. n. 8, p. 54.

(31) STJCE 27 septiembre 1988, Asunto C-81/87, *Daily Mail*, FJ. 19.

(32) STJCE 5 noviembre 2002, Asunto C-208/00, *Überseering BV*, FJ. 57.

bajo el criterio de la nacionalidad, es decir, es la nacionalidad atribuida a la sociedad la que delimita su *lex societatis*. Sin embargo, incluso en estos sistemas subyace la aplicación de alguno de los criterios anteriormente abordados, determinándose la nacionalidad a partir del factor de conexión de la sede real o del domicilio social⁽³³⁾.

III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES

Ante la ausencia de un marco normativo común, la jurisprudencia del TJUE ha contribuido significativamente a determinar lo que supone la libertad de establecimiento en el contexto del traslado transfronterizo del domicilio social en un doble sentido: por una parte, ha eliminado algunos obstáculos que dificultaban o impedían la operación y, por otra parte, ha establecido límites a las facultades de los Estados miembros en lo que atañe a la imposición de restricciones al traslado⁽³⁴⁾.

El TJUE se ha encargado del traslado transfronterizo de sede social en tres casos particulares: *Cartesio*, *Vale* y *Polbud*. Sin embargo, para comprender la argumentación de los jueces europeos en estos asuntos, es necesario ponerlos en relación con el contexto creado a través de sus decisiones sobre el traslado de sede real desde *Daily Mail*.

1. Daily mail y la trilogía centros, Überseering e Inspire Art

La sociedad *Daily Mail and General Trust PLC* (*Daily Mail*, en adelante), domiciliada en Reino Unido, pretende el traslado de su sede de dirección (sede real) a Países Bajos con la intención de mantener su condición de sociedad inglesa, aparentemente para eludir impuestos. Esta operación, en tanto que los Estados implicados seguían el modelo de constitución, estaba permitida por ambos ordenamientos. No obstante, la legislación fiscal de Reino Unido exigía, con carácter previo al traslado, la obtención de una autorización de la Hacienda Pública. La sociedad mantuvo que no estaba sometida a obligación alguna de obtener dicha autorización al estar amparada por la libertad de establecimiento.

El TJUE, ajustando su decisión al escaso Derecho aplicable a este tipo de operaciones, señaló que no se desprende del TFUE el derecho de las sociedades «a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con

(33) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho de sociedades y conflicto de leyes. Una aproximación contractual*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, pp. 91-93.

(34) BUENO BIOT, A., «El traslado transfronterizo y la determinación de la ley aplicable (lex societatis) en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea», *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, n.º 14, 2021, p. 1047.

arreglo a cuya legislación fueron constituidas»⁽³⁵⁾. Reconoce que los Estados son libres de establecer los factores de conexión que determinan el Derecho aplicable a una sociedad en su territorio y, en consecuencia, también son libres de impedir esta sea gobernada por su Derecho si dicho factor deja de existir.

Para gran parte de la doctrina, especialmente alemana, este pronunciamiento significó la justificación de la compatibilidad de la libertad de establecimiento con la aplicación del modelo de sede real como mecanismo de protección contra el arbitraje regulatorio en el Derecho de sociedades europeo⁽³⁶⁾. Queda a discreción de los Estados miembros el permitir o no que sus sociedades trasladen su sede real a otro Estado miembro sin liquidar, algo que estas «*deben aceptar porque depende del Derecho nacional*»⁽³⁷⁾.

Desde entonces, los casos que dibujaban supuestos similares a los enunciados en *Daily Mail* daban por sentada la competencia del Estado miembro de origen para conferir personalidad jurídica a sus sociedades y venían considerando como válida toda restricción impuesta por este, ya que constituía, al fin y al cabo, la regulación de su existencia⁽³⁸⁾. La cuestión de si el modelo de sede real era compatible con el derecho de establecimiento permaneció sin respuesta durante más de una década, hasta que con el pronunciamiento en el asunto *Centros*⁽³⁹⁾ se volvió a desencadenar el debate⁽⁴⁰⁾. En este último asunto, una sociedad constituida en Reino Unido se enfrentaba a la negativa de Dinamarca de inscribir una sucursal en su territorio. Dicha sociedad, propiedad de nacionales daneses, no llevaba a cabo ningún tipo de actividad económica en Reino Unido, por lo que Dinamarca consideró que no se trataba verdaderamente de una sucursal sino de un «establecimiento principal encubierto» cuya intención era beneficiarse del Derecho europeo para eludir la normativa de sociedades danesa –que incluía un desembolso mínimo de capital para la constitución de sociedades y, por tanto, era más gravosa–.

El TJUE sostuvo que Dinamarca vulneraba la libertad de establecimiento al oponerse al registro de la sucursal. Por lo tanto, y de forma aparentemente contraria a lo fallado en *Daily Mail*, se reconoce que una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro, en el cual sigue teniendo su sede social, tiene derecho a emprender actividades económicas en otro Estado miembro, pues «*carece de importancia que la sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería lo fundamental, incluso la totalidad, de sus actividades económicas*»⁽⁴¹⁾.

(35) STJCE 27 septiembre 1988, Asunto C-81/87, *Daily Mail*, FJ. 24.

(36) Vid. GELTER, M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 15.

(37) RINGE, W., «No freedom of emigration for companies?», *European Business Law Review*, vol. 16/3, 2005, p. 16

(38) Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, J. (2020), *cit. supra*. n. 22, p. 572.

(39) STJCE 9 marzo 1999, Asunto C-202/97, *Centros Ltd.*

(40) Vid. GELTER M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 17.

(41) STJCE 9 marzo 1999, Asunto C-202/97, *Centros Ltd.*, FJ. 17.

Años después, la sentencia *Überseering*⁽⁴²⁾ vino a confirmar la interpretación hecha por el TJUE en *Centros*. En dicho asunto, los tribunales alemanes se negaban a reconocer la personalidad procesal de una sociedad constituida y domiciliada en Países Bajos que había trasladado su sede efectiva a Alemania. La sociedad había adquirido en Alemania un terreno que dedicó a fines empresariales. Con posterioridad, encargó a una sociedad alemana unas obras de renovación sobre dicho terreno, encontrando, más adelante, vicios en la ejecución de las mismas. Por esta razón, *Überseering BV* (*Überseering*, en adelante) demandó a la constructora ante los tribunales alemanes, los cuales desestimaron la demanda al considerar que la sociedad no tenía capacidad procesal.

El sistema legislativo alemán, que sigue una variante del modelo de sede real denominada «*sitztheorie*», requería para la adquisición de capacidad jurídica la previa disolución en el país de origen y su posterior reconstitución en Alemania. Ya hemos comentado cómo la aplicación del modelo de sede real se entendía razonable ante la ausencia de regulación que «calmase» las preocupaciones de los Estados miembros ante la generosa movilidad de sociedades prevista en el TFUE. Ante la disparidad normativa entre ordenamientos de la Unión, algunos Estados miembros –entre ellos Alemania– continuaron adheridos a la aplicación del modelo a fin de proteger los intereses de los socios, acreedores, trabajadores e, incluso, del propio Estado.

El TJUE no solo falló que la oposición de Alemania violaba la libertad de establecimiento, sino que, además, desarrolló una fundada explicación a fin de conciliar su jurisprudencia anterior. Resumidamente, mientras que *Daily Mail* versaba sobre las relaciones entre una sociedad y el Estado miembro conforme a cuya legislación se había constituido, *Überseering* versaba sobre el reconocimiento por un Estado miembro de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro⁽⁴³⁾. Admitiendo que la *lex societatis* aplicable a *Überseering* es la neerlandesa, el Tribunal reconoce *de facto* la aplicabilidad a nivel comunitario del modelo de constitución⁽⁴⁴⁾.

En la misma línea se pronuncia el TJUE en el asunto *Inspire Art*⁽⁴⁵⁾, en el que una sociedad constituida y domiciliada en Reino Unido establece una sucursal en Países Bajos con el fin de llevar a cabo la totalidad de su actividad en dicho territorio. *Inspire Art Ltd.* (*Inspire Art*, en adelante) figuraba inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam, pero no figuraba formalmente como sociedad extranjera, razón por la que se le solicita completar dicha inscripción. Para ello, la sociedad debía reunir los requisitos legales recogidos en una norma neerlandesa que la sometía a unos requisitos adicionales, en concreto, el desembolso de un capital mínimo y previsiones relativas a la responsabilidad de los administradores.

(42) STJUE 5 noviembre 2002, Asunto C-208/00, *Überseering BV*.

(43) *Ídem*, FJ. 62.

(44) *Vid.* RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra*. n. 8, p. 168.

(45) STJCE 20 septiembre 2003, Asunto C-167/01, *Inspire Art*.

Volvemos a encontrarnos con la intención de un Estado miembro de proteger los intereses de los agentes afectados aplicando su Derecho nacional. El Estado holandés argumenta que «*este régimen particularmente abierto dio lugar en la práctica a una utilización creciente de las sociedades extranjeras con fines que el legislador neerlandés no había querido y ni siquiera previsto*»⁽⁴⁶⁾. Ocurría que un gran número de sociedades que ejercía sus actividades principalmente, o incluso exclusivamente, en el mercado neerlandés era constituido en el extranjero con el fin de eludir las normas del Derecho holandés de sociedades.

El TJUE rechaza la argumentación a favor de las previsiones legales neerlandesas al no superar ninguna de estas el test de justificación necesario para apreciar su ajuste a razones de interés general⁽⁴⁷⁾. Concluye que, si bien los Estados miembros pueden implementar medidas con el fin de evitar abusos, fraudes o la elusión inaceptable de sus leyes nacionales, la imposición de requisitos como los controvertidos resulta desproporcionada⁽⁴⁸⁾.

Con estos tres pronunciamientos el TJUE ha conciliado lo establecido en *Daily Mail* con sus posteriores resoluciones a través de una clara diferenciación entre situaciones de entrada y de salida. Esta interpretación ha sido duramente criticada por la doctrina, ya que para que se pueda dar una situación de «llegada» primero hay que poder «salir», quedando la libertad de establecimiento subordinada a la discrecionalidad de cada Estado miembro⁽⁴⁹⁾. Dicha dicotomía, en realidad, conduce a una libertad de establecimiento parcial –o como algún autor ha denominado, a una «libertad de establecimiento mutilada»⁽⁵⁰⁾– cuyo fundamento parece arbitrario e ilógico⁽⁵¹⁾.

2. Cartesio y Vale: delimitación del derecho de transformación transfronteriza

Con los asuntos anteriores, las cuestiones relativas al traslado transfronterizo de sede real quedaron resueltas⁽⁵²⁾. Sin embargo, la transferencia de la sede social o estatutaria plantea problemas completamente diferentes a los que, hasta ahora, han sido expuestos. Curiosamente, comenzamos el análisis con un caso en el que el Tribunal

(46) *Ídem*, FJ. 79.

(47) Sobre el test de justificación de las restricciones impuestas por un Estado miembro en el contexto de movilidad transfronteriza de sociedades véase STJUE de 30 de noviembre de 1995, Asunto C-55/94, *Gebhard*, FJ. 37.

(48) *Vid.* GELTER, M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 21.

(49) *Vid.* RINGE, W. (2005), *cit. supra*. n. 40, p. 18.

(50) FABRIS, D., «European Companies' Mutilated Freedom. From the Freedom of Establishment to the Right of Cross-Border Conversion», *European Company Law*, vol. 16/3, 2019, p. 9.

(51) Si un Estado no permite la entrada de sociedades, estas podrán elegir otro estado en el que ejercer su libertad de establecimiento; si, por el contrario, un Estado no permite en absoluto la salida de sus sociedades, estas quedan atadas. Permitir lo primero pero negar lo segundo parece distorsionar el alcance de la libertad de establecimiento. Sobre la cuestión, *vid.* RINGE, W. (2005), *cit. supra*. n. 40, p. 18.

(52) *Vid.* ARENAS GARCÍA, R. (2020), *cit. supra*. n. 4, p. 19.

aborda un traslado de sede social sin intención de transformación. *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* (*Cartesio*, en adelante) pretendía transferir su sede estatutaria a Italia manteniendo su condición de sociedad húngara. Desde el Estado de origen se rechazó el traslado, ya que el Derecho húngaro vigente no permitía que una sociedad constituida en dicho territorio trasladase su domicilio al extranjero y, a su vez, siguiese siendo regida por dicha normativa. Hungría, en congruencia con el modelo de sede real, exige que el domicilio de sus sociedades se localice en el lugar en que se halle el centro de dirección de sus operaciones, por lo que si la sociedad dejaba de tener sita su sede estatutaria en dicho territorio se romperían los vínculos que determinan la aplicación de la *lex societatis* húngara. Así, el Estado de origen exigía que la sociedad liquidase y, posteriormente, se reincorporase en Italia⁽⁵³⁾.

En la línea de lo resuelto en *Daily Mail*, el TJUE rechaza las pretensiones de *Cartesio*, confirmando que a falta de armonización, la cuestión de si una sociedad tiene derecho a trasladarse a otro Estado miembro sin necesidad de liquidar «*constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable*»⁽⁵⁴⁾. Sin embargo, lo realmente interesante –y en cierto modo, sorprendente– de *Cartesio* es que el TJUE añadió en su resolución algo que no entraba dentro del objeto de la cuestión prejudicial planteada. El *obiter dictum* es el siguiente:

«*No obstante, semejante caso de traslado del domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio del Derecho por el que se rige debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho nacional aplicable, transformándose la sociedad en una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado miembro al que se traslada*»⁽⁵⁵⁾.

El Tribunal reconoce que si la intención de la sociedad húngara hubiera sido no solo trasladar su sede estatutaria sino también transformarse en un tipo social regido por el Derecho italiano, Hungría no podría haberse opuesto a dicha transformación si esta era admitida por Italia, siempre que la sociedad cumpliera con la normativa interna de destino sobre transformación. Por lo tanto, en los casos en que la sociedad tenga intención de transformarse en un tipo social de otro Estado –y siempre que este último lo permita– el derecho de establecimiento, a diferencia del traslado de sede real, es aplicado incluso en situaciones de salida.

Cuatro años después, el *obiter dicta* de *Cartesio* es completado. *VALE Costruzioni Srl* era una sociedad italiana que, con intención de trasladar su domicilio social y actividad a Hungría, obtuvo la cancelación de su inscripción registral en origen. Con vistas a inscribir la sociedad en el Registro Mercantil húngaro, se aprobaron los estatutos de *VALE Építési Kft* (*Vale*, en adelante) y se desembolsó el capital

(53) STJCE 16 diciembre 2008, Asunto C-210/06, *Cartesio*, FJ. 22-24.

(54) *Ídem*, FJ. 109

(55) *Ídem*, FJ. 111. Subrayado propio.

requerido por la legislación en destino. No obstante, Hungría denegó la inscripción. Con arreglo a la legislación húngara, no es posible que en su registro figure una sociedad predecesora que no fuese húngara. En otras palabras, la normativa húngara sobre transformaciones solo aplicaba a situaciones internas.

El TJUE resolvió que la normativa húngara establecía una injustificada diferencia de trato entre sociedades en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la operación que constituye, en definitiva, una restricción a la libertad de establecimiento⁽⁵⁶⁾. Si bien los Estados pueden exigir la aplicación de sus previsiones nacionales sobre transformaciones internas a las transformaciones transfronterizas, no pueden, en cambio, establecer normas que, permitiendo la transformación doméstica, no permitan la transformación de sociedades procedentes de otro Estado miembro.

3. Contribución del asunto Polbud

La sociedad de responsabilidad limitada *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.* (*Polbud*, en adelante) acuerda trasladar su domicilio social a Luxemburgo sin intención de transferir su actividad. Esto era perfectamente factible dado que en Luxemburgo no exige coincidencia entre el lugar en que se inscribe la sociedad y el lugar en el que opera. Sin embargo, la legislación de origen exige la liquidación previa al traslado del domicilio social al extranjero, razón por la que se le deniega la petición de cancelación del asiento registral. Por un lado, *Polbud* afirma que es beneficiaria de la libertad de establecimiento en tanto estaba válidamente constituida en Polonia. Por otro lado, el gobierno polaco considera que la operación en tela de juicio no queda protegida por la libertad de establecimiento en tanto que la sociedad no tenía intención alguna de llevar a cabo actividades económicas en destino⁽⁵⁷⁾.

Al respecto del requisito de llevar a cabo actividades económicas en el Estado de destino, debemos retroceder al asunto *Vale*, donde el TJUE había reflejado su anterior jurisprudencia sobre el concepto de establecimiento, el cual «*supone una implantación real de la sociedad de que se trate en ese Estado y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste*»⁽⁵⁸⁾. Este lenguaje pudo interpretarse en el sentido de que una mera movilidad de la sede social, de no ir acompañada de una intención de operar en el Estado de destino, no estaría protegida por la libertad de establecimiento⁽⁵⁹⁾; argumento compartido por la Abogada General Kokott en sus conclusiones del caso *Polbud*⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, el TJUE resolvió la cuestión en otra dirección.

(56) STJUE 12 julio 2012, Asunto C378/10, *Vale*, FJ. 36.

(57) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ. 30 y 37.

(58) STJUE 12 julio 2012, Asunto C378/10, *Vale*, FJ. 34

(59) FILLERS, A., «Free Movement of Companies After the Polbud case», *European Business Organization Law Review*, n.º 21, 2020, p. 579.

(60) Conclusiones de la Abogada General Sra. J. Kokott, presentadas el 4 de mayo de 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, apdos. 33-38.

El TJUE estima las pretensiones de la sociedad *Polbud* y permite que esta, amparada en la libertad de establecimiento, traslade su domicilio social a fin de transformarse en un tipo societario luxemburgués. Concluye que exigirle a la mercantil que liquide resulta desproporcionado y obstaculiza la libertad de establecimiento⁽⁶¹⁾. Esta decisión supone que cualquier transformación «sobre el papel», a pesar del tinte fraudulento que pueda ostentar⁽⁶²⁾, está amparada por la libertad de establecimiento, «aun cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el primer Estado miembro»⁽⁶³⁾, siempre y cuando la operación no colisione con la legislación de destino. Además, al desconectar la transferencia de la sede social de la tradicional noción de establecimiento, se liberaliza todavía más la movilidad societaria intra-europea, abriéndose la puerta a la implantación «ficticia» de sociedades en territorios en los que no existe ningún interés comercial⁽⁶⁴⁾. Es más, con esta decisión, el TJUE incrusta –sin competencia para ello– por vía jurisprudencial una solución próxima al modelo de constitución, que queda en preponderancia⁽⁶⁵⁾.

En conclusión, la jurisprudencia recién analizada ha contribuido a aclarar el contexto de las transformaciones transfronterizas; sin embargo, el TJUE no puede, como órgano judicial, diseñar el procedimiento a través del cual materializar la operación⁽⁶⁶⁾. Se hace necesaria –y evidente– la intervención del legislador europeo: por una parte, porque dejar en manos de los Estados miembros la regulación, en el ámbito de sus respectivos ordenamientos, del procedimiento y las garantías de la operación resulta en una situación de inseguridad jurídica que repercute sobre la protección de las partes. En efecto, las soluciones nacionales a menudos son muy dispares e incluso contradictorias⁽⁶⁷⁾; es más, no todos los Estados comunitarios contemplan el traslado de sede social⁽⁶⁸⁾. Por otra parte, porque la carencia de normas armonizadoras puede dar lugar a un uso fraudulento de la libertad de establecimiento⁽⁶⁹⁾.

Antes de adentrarnos en el análisis de la Directiva, consideramos interesante mencionar el informe «*Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2020*» de la Universidad de Maastricht, que recoge datos relativos a las operaciones

(61) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ. 50.

(62) *Vid.* GONZÁLEZ LÓPEZ, J. (2020), *cit. supra.* n. 22, p. 562.

(63) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ. 38.

(64) *Vid.* FILLERS, A. (2020), *cit. supra.* n. 59, p. 581.

(65) *Vid.* GONZÁLEZ LÓPEZ, J. (2020), *cit. supra.* n. 22, p. 575.

(66) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, COM/2018/241 final - 2018/0114, p. 3.

(67) *Ídem.*

(68) Un total de 14 Estados miembros contemplan el traslado de sede social al extranjero sobre la base del Derecho nacional: Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Francia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Eslovaquia y España. *Vid.* BIERMEYER, T., MEYER, M. «*Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2020 (Edition 1)*», Maastricht University, 2020, p. 14.

(69) *Vid.* Propuesta de Directiva, *cit. supra.* n. 66, p. 3.

transfronterizas dentro de la UE entre los años 2000 y 2019. En lo que respecta a la transformación, de acuerdo con sus resultados, un total de 1.406 operaciones han tenido lugar entre los Estados miembros del EEE en dicho periodo, identificándose una mayor actividad a partir del 2013. La conclusión que pretendemos extraer es que el traslado de sede social intracomunitaria, en palabras de los autores del informe, es «*sorprendente considerando la inexistencia de regulación armonizadora al respecto*». Téngase en cuenta que la Directiva que nos disponemos a revisar será aplicable, como máximo, a partir del 31 de enero de 2023, fecha en la que finaliza el plazo de transposición⁽⁷⁰⁾.

IV. LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121

El 12 de diciembre de 2019 se publicó 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, conocida como «Directiva de movilidad transfronteriza» o «Directiva de movilidad»⁽⁷¹⁾. Esta norma pone fin a décadas en las que la transferencia intra-europea de la sede social estaba regida únicamente por el Derecho originario y la jurisprudencia del TJUE⁽⁷²⁾. Además, la Directiva también regula por primera vez las escisiones transfronterizas y modifica la Directiva (UE) 2017/1132⁽⁷³⁾ en lo relativo a la fusión transfronteriza.

De acuerdo con la Directiva, la transformación transfronteriza es:

«Una operación mediante la cual una sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica del Estado miembro de destino [...], y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica»⁽⁷⁴⁾.

Por tanto, no se requiere la previa disolución ni liquidación de la sociedad en el Estado de origen; el precepto exige que se traslade, al menos, el domicilio social, siendo el traslado de la sede real necesario solo si la ley del Estado de acogida lo exige como requisito de constitución⁽⁷⁵⁾.

Su ámbito de aplicación se reduce, como es lógico, a las operaciones de movilidad transfronterizas entre Estados miembros del EEE –los 27 Estados miembros

(70) Art. 3 (Directiva 2019/2121).

(71) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad», *Almacén de Derecho*, 2019.

(72) *Ídem*.

(73) Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada). Diario Oficial de la Unión Europea, L 169, 30 de junio de 2017, pp. 46-127.

(74) Art. 86 *ter*, apartado 2 (Directiva 2019/2121).

(75) Apdo. 44 (Directiva 2019/2121).

de la UE, Liechtenstein, Noruega e Islandia—, quedando al margen las operaciones realizadas por estos con terceros países. La Directiva se aplica a las sociedades de capital «constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado miembro, y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se hallen en el territorio de la Unión»⁽⁷⁶⁾. También se aplica a las sociedades en liquidación, salvo que hayan comenzado a repartir los activos entre sus socios, con posibilidad de extenderse a las sociedades sometidas a un procedimiento concursal o de reestructuración preventiva.

1. Esquema procedimental

El afán de contención de la Directiva puede apreciarse en la regulación del procedimiento necesario para llevar a cabo dicha operación⁽⁷⁷⁾, el cual se puede agrupar en cuatro fases⁽⁷⁸⁾ que, particularmente para la transformación, son:

(i) En la primera fase, de carácter preparatorio, se elaboran una serie de documentos a fin de que se garanticen los intereses de todas las partes interesadas, debiendo contener la información más importante al respecto de la operación⁽⁷⁹⁾. El procedimiento incluirá la elaboración del proyecto de transformación (art. 86 *quinquies*) y un informe del órgano de administración de la sociedad dirigido a los socios y trabajadores (art. 86 *sexies*). Se prevé también la elaboración de un informe pericial opinando sobre la compensación ofrecida a los socios para el caso de que estos decidan ejercer el derecho de separación (art. 86 *septies*). Establece la Directiva para cada uno de estos documentos una serie de reglas mínimas que deberán ser respetadas y completadas por los Estados miembros en su transposición, además de unas determinadas exigencias de publicidad (art. 86 *octies*).

(ii) En la segunda fase, de carácter decisorio, el proyecto de transformación es aprobado por la junta general de socios de la sociedad (art. 86 *nonies*). Sobre la mayoría requerida para su aprobación, la Directiva deja a elección de los Estados miembro la determinación de este extremo, si bien establece una regla mínima a fin de salvaguardar los intereses de los socios.

(iii) En la tercera fase, una vez aprobado el proyecto de transformación transfronteriza por la junta general de socios, la autoridad del Estado miembro de origen expedirá un certificado previo a la operación en el que se determine que se han cumplimentado todos los procedimientos y trámites necesarios (art. 86 *quaterdecies*). En el caso de que la autoridad competente determine que no se han cumplimentado

(76) Art. 86 bis, apartado 1 (Directiva 2019/2121).

(77) Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2020), *cit. supra*. n. 4, p. 22.

(78) TORRALBA MENDIOLA, E., «La Directiva 2019/2121 sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (II). La transformación transfronteriza de sociedades», GA_P, 2020, p. 4.

(79) Apdo. 12 (Directiva 2019/2121).

todos los trámites necesarios o que la transformación se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos, no expedirá el certificado e informará a la sociedad de los motivos de su decisión.

(iv) En la cuarta y última fase, verificada la legalidad de la operación desde la óptica del Estado de origen, la transformación es sometida nuevamente a control en destino en lo que atañe a la parte del procedimiento que esté sujeta a su Derecho (art. 86 *sexdecies*). Recibida la documentación y verificada la adecuación al ordenamiento jurídico de destino, la sociedad es inscrita (art. 86 *septdecies*). La escritura otorgada es de transformación, no de constitución, y así se debe reflejar en el asiento registral junto a toda la información relativa a la operación. La Directiva prevé, además, la creación de mecanismos de interconexión registral que faciliten las actuaciones de los registros (art. 86 *septdecies.3*), de forma que inmediatamente tras al registro en destino se cancele el registro en origen. Se entenderá que la transformación ha surtido efecto a partir de la fecha que el Estado miembro de destino determine, siendo dicha fecha necesariamente posterior a la realización de los controles en origen y destino (art. 86 *octodecies*).

2. Mecanismos de protección de intereses de agentes afectados

«Los derechos de las sociedades a realizar transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas deben ir de la mano y estar debidamente equilibrados con la protección de los trabajadores, los acreedores y los socios»⁽⁸⁰⁾. En el contexto de la transformación transfronteriza, más particularmente, reconoce que la ausencia de un marco común daba lugar a una fragmentación legal y a una inseguridad jurídica que se traducían, en definitiva, en la existencia de barreras al ejercicio de la libertad de establecimiento, así como a una protección de los acreedores, socios y trabajadores que distaba de ser óptima⁽⁸¹⁾.

En las siguientes páginas se abordarán los instrumentos de protección de los socios y de los acreedores, dejando fuera del análisis a los trabajadores. Sin embargo, conviene describir dos ideas que resultan fundamentales para entender el contenido de las salvaguardas recogidas en la Directiva:

(i) La Directiva 2019/2121 se configura como una Directiva de mínimos, ya que impone un estándar mínimo de protección en materia de protección de los agentes involucrados en las operaciones transfronterizas, permitiendo a los Estados la imposición de requisitos más gravosos en el acto de transposición o en cualquier otro⁽⁸²⁾. Sin embargo, el concepto de Directiva de mínimos debe ser tomado con cierto cuidado, pues de acuerdo con GARCIMARTÍN, «lo que se le da a una parte suele

(80) Apdo. 4 (Directiva 2019/2121).

(81) Apdo. 5 (Directiva 2019/2121).

(82) LUNAS DÍAZ, M. J. «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4, 1998, pp. 489.

ser a costa de la otra»⁽⁸³⁾. Como hemos visto, los Estados han intentado en múltiples ocasiones proteger los intereses de los agentes afectados por la operación, fallando en la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas⁽⁸⁴⁾. Por lo tanto, a la hora de incrementar el nivel de protección, debe entenderse que las salvaguardas de la Directiva son de mínimos pero también de máximos si no se quiere infringir el principio de proporcionalidad.

(ii) Otra idea que ha jugado un papel central a la hora ajustar las reglas de protección de los grupos afectados por las operaciones transfronterizas es la distinción entre modificación de estructura patrimonial y modificación del estatuto de la sociedad. La transformación transfronteriza solamente implica un cambio de *lex societatis*, mientras que la estructura patrimonial permanece intacta; los socios continúan siendo socios de la sociedad transformada con la misma participación. Por el contrario, la fusión y la escisión conllevan siempre una modificación patrimonial, pero no siempre un cambio de *lex societatis*. La versión final de la Directiva contempla esta doble dimensión, ofreciéndose unas soluciones determinadas para las operaciones que propician un cambio de ley aplicable y otras soluciones distintas para las que generen un cambio en la estructura patrimonial⁽⁸⁵⁾.

2.1. Instrumentos de protección del socio

2.2.1. Instrumentos de protección del socio de carácter general

(i) Adopción del acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero

Uno de los conflictos de agencia que puede darse en el contexto de la transformación transfronteriza es el de los socios *versus* los administradores de la sociedad, que pueden buscar satisfacer sus propios intereses a través de la operación dejando el beneficio de los socios en un segundo plano. Esta contraposición, conocida como la «separación entre propiedad y control» de la sociedad⁽⁸⁶⁾ es resuelta por la Directiva al establecer en el artículo 86 *nonies* que corresponde a la junta general de socios la aprobación del proyecto de transformación transfronteriza. Al tratarse de una modificación estructural que afecta de forma directa al contrato social, es lógico que la decisión quede en manos de los socios de la sociedad, sin perjuicio de la iniciativa de los administradores y su papel central en la elaboración del proyecto de transformación⁽⁸⁷⁾.

(83) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(84) Vid. FILLERS, A. (2020), *cit. supra*. n. 59, p. 575.

(85) Protección que se materializa en el derecho de los socios que no tenían o no ejercieron el derecho a enajenar sus acciones o participaciones a impugnar la relación de canje recogida en el proyecto de fusión (art. 126 bis) o escisión transfronteriza (art. 160 decies).

(86) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2002), *cit. supra*. n. 33, p. 163.

(87) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

En el caso particular del ordenamiento español, esta salvaguarda la encontramos reflejada en los artículos 160 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC, en adelante) y 97 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME, en adelante): el primero atribuye competencia a la junta de socios para deliberar y acordar el traslado; el segundo exige la aprobación de la junta de socios cumpliendo «*con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada*»⁽⁸⁸⁾.

La determinación de la mayoría necesaria para aprobar la operación es remitida a los ordenamientos internos, si bien se requiere, como mínimo, «*una mayoría no inferior a dos tercios, pero no superior al 90% de los votos asociados a las acciones o participaciones o al capital suscrito representado en la junta general*»⁽⁸⁹⁾. Añade el precepto que «*en cualquier caso, el umbral de votación no será superior al previsto en el Derecho nacional para la aprobación de las fusiones transfronterizas*»⁽⁹⁰⁾, cuya justificación se encuentra en que, de ser este umbral superior al requerido para la fusión, se produciría un cierto arbitraje entre ambas figuras ya que, a efectos prácticos, una transformación transfronteriza se puede efectuar mediante el establecimiento de una filial en el Estado de destino y una posterior fusión inversa⁽⁹¹⁾.

(ii) *El doble control de la legalidad de la operación*

El doble control llevado a cabo en el Estado de origen y, posteriormente, en el Estado de destino, asegura que la operación se haya realizado respetando las previsiones legales de cada Estado. Ambos controles son requisitos *sine qua non* para la validez y registro de la transformación. Debe mencionarse, además, que la función de control llevada a cabo en el Estado de origen va más allá de la mera comprobación de que la operación es acorde a su legislación, pues deberá también comprobar que no se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos.

En el sistema español, la certificación previa a la operación de traslado de domicilio social se encuentra regulada en el artículo 101 de la LME, disponiéndose que «*a la vista de los datos obrantes en el Registro Mercantil y en la escritura pública de traslado presentada, el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado*»⁽⁹²⁾.

(88) Art. 97 (LME); Art. 160 g) (LSC).

(89) Art. 86 *nonies*, apdo. 3 (Directiva 2019/2121).

(90) *Ídem*.

(91) Esta posibilidad se materializó a través de la STJCE 13 diciembre 2005, Asunto C411/03, *Sevic Systems Ag*, que hizo posible la transferencia de la sede social a través de una especie de «rodeo», estableciendo una filial en el Estado de destino y una subsiguiente fusión. *Vid.* FILLERS, A. (2020), *cit. supra*. n. 59, p. 584.

(92) Art. 101 (LME).

(iii) *Tutela de los intereses del socio por medio de la necesaria información previa a la ejecución de la operación*

Este derecho se satisface con la elaboración, en la fase preparatoria, del proyecto de transformación transfronteriza, del informe del órgano de administración y del informe pericial independiente⁽⁹³⁾. En primer lugar, como adelantábamos en la exposición del esquema procedimental, la transformación transfronteriza debe ir precedida de la redacción del proyecto de transformación transfronteriza elaborado por el órgano de administración de la sociedad. La Directiva establece el contenido mínimo que debe contener dicho documento a fin de que los socios conozcan las consecuencias de la operación con anterioridad a su aprobación. Se debe incluir, por ejemplo, información relativa a la forma social del Estado de origen –la actual– y la forma social a la que se pretende convertir en destino⁽⁹⁴⁾. También se recoge una serie de previsiones relacionadas con la protección particular del socio minoritario.

En segundo lugar, el informe del órgano de administración o dirección también cumple funciones informativas, ya que debe incluir una sección destinada exclusivamente a los socios, donde se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos de la operación y en particular «*las consecuencias de la transformación transfronteriza para la actividad empresarial futura de la sociedad*»⁽⁹⁵⁾. Dicha sección también debe explicar la compensación en efectivo y el método empleado para determinarla, así como las consecuencias de la transformación para los socios y las vías de recurso disponibles tanto para el ejercicio del derecho de separación como para la reclamación de la compensación en efectivo complementaria. Este informe debe ser puesto a disposición de los socios como mínimo seis semanas ante de la celebración de la junta general en la que, en su caso, se apruebe la operación, pudiéndose omitir su elaboración cuando así lo decidan todos los socios de la sociedad –a través de un acuerdo de junta general, se entiende–.

En España, la regulación del informe de los administradores puede encontrarse en el artículo 96 de la LME, donde se establece que los administradores de la sociedad, en el contexto de un traslado de domicilio social al extranjero, están obligados a elaborar un informe «*explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores*»⁽⁹⁶⁾.

En tercer lugar, prevé la Directiva la elaboración de un informe pericial destinado a los socios que examine el proyecto de transformación transfronteriza. Una de las funciones de este dictamen es el examen de la adecuación de la compensación en efectivo ofrecida a los socios que se separan de la sociedad, teniendo en cuenta «*todo precio de mercado de las acciones o participaciones en la sociedad antes del anuncio de la propuesta de transformación o el valor de la sociedad sin considerar*

(93) PALÁ LAGUNA, R., «La Directiva 2019/2121 sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (III). La protección de los socios», *GA_P*, 2020, p. 4.

(94) Art. 86 *quinquies* (Directiva 2019/2121).

(95) Art. 86 *sexies*, apdo. 1, párrafo segundo (Directiva 2019/2121).

(96) Art. 96 (LME).

el efecto de la transformación propuesta»⁽⁹⁷⁾ y recogiendo, al menos, indicaciones sobre los métodos empleados para determinar dicha compensación y su idoneidad, entre otros. El perito estará facultado para obtener de la sociedad toda la información necesaria para cumplir con su labor y, al igual que ocurre con el informe del órgano de dirección, se puede eludir la elaboración del informe cuando así lo hayan acordado todos los socios de la sociedad.

2.1.2. Instrumentos de protección específicos del socio minoritario

Los socios minoritarios que hayan votado sin éxito en contra de la modificación estructural verán como el régimen legal aplicable al contrato de sociedad cambia en contra de su voluntad⁽⁹⁸⁾. Este cambio puede implicar el menoscabo de sus intereses si la sociedad se traslada a un Estado en el que las reglas de voto, las mayorías, las previsiones del derechos de información y responsabilidad (entre otras) resultan menos garantistas que en origen; ello sumado al consecuente cambio de la competencia judicial, pasando a ser los tribunales del Estado de destino los competentes de conocer de las acciones de impugnación de acuerdos sociales⁽⁹⁹⁾.

A su vez, puede darse el caso de que la transformación sea ineficiente o redistributiva, escenario bajo el que el conjunto de los socios sale perdiendo tras la modificación pero no todos por igual. Cabe la posibilidad de que ciertos socios –los dominantes– ganen con el cambio a costa de las pérdidas que van a padecer los demás, alterando los derechos y obligaciones que rigen el contrato de sociedad a favor de unos y en perjuicio de otros. Este riesgo se conoce como riesgo de expropiación y afecta típicamente a las «minorías» de la sociedad⁽¹⁰⁰⁾.

La Directiva soluciona todas estas cuestiones permitiendo que los socios minoritarios que hayan votado en contra de la operación «*tengan derecho a enajenar sus acciones o participaciones, a cambio de una compensación en efectivo adecuada*»⁽¹⁰¹⁾. Los Estados miembros son libres de «*hacer extensivo ese derecho también a otros socios, por ejemplo a socios titulares de acciones o participaciones sin derecho de voto*»⁽¹⁰²⁾, quedando a su discreción en transposición.

Para evitar que el ejercicio del derecho de separación perjudique al cálculo de los costes derivados de la operación, la Directiva reconoce a los Estados la facultad de exigir «*que se demuestre adecuadamente, a más tardar en la junta general, la oposición expresa al proyecto de transformación transfronteriza o la intención de los socios de ejercer el derecho a enajenar sus acciones o participaciones, o ambas*»⁽¹⁰³⁾,

(97) Art. 86 septies, apdo. 1 (Directiva 2019/2121).

(98) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(99) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(100) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2002), *cit. supra*. n. 33, p. 148.

(101) Art. 86 decies, apdo. 1, párrafo 1 (Directiva 2019/2121).

(102) Apdo. 18 (Directiva 2019/2121).

(103) Art. 86 decies, apdo. 1, párrafo 3 (Directiva 2019/2121).

permitiendo, asimismo, que la constancia de dicha oposición se considere como prueba de voto en contrario.

El plazo de ejercicio del derecho de separación debe ser establecido por los Estados, no pudiendo superarse un mes desde la aprobación del proyecto de transformación. Asimismo, queda también en manos de los Estados miembros el plazo en el que haya de abonarse la compensación en efectivo indicada en el proyecto de transformación transfronteriza, no pudiendo expirar dicho plazo más allá de dos meses desde que la transformación transfronteriza es efectiva.

¿Qué ocurre si los socios consideran que la compensación ofrecida en el proyecto de transformación transfronteriza no se ha fijado adecuadamente? En caso de que efectivamente se aprecie que la compensación es inadecuada, el socio disconforme disfrutará de una compensación en efectivo complementaria, pudiendo extenderse la resolución de la autoridad competente al resto de socios que ejerzan el derecho de separación o que hayan manifestado la intención de ejercerlo. Téngase en cuenta que la compensación en efectivo recogida en el proyecto de transformación habría sido valorada previamente en la fase preparatoria por un perito independiente.

En España, la regulación de esta institución en el contexto del traslado transfronterizo del domicilio social se encuentra reconocida en el artículo 99 de la LME, estableciéndose que «*los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad [...]*». No obstante, en lo que respecta al ejercicio de dicha facultad, la Ley remite a la LSC que, a su vez, en el artículo 346.3 vuelve a remitir a la LME. Además, el derecho de separación del socio, tal y como es regulado en el sistema jurídico español, difiere del previsto en la Directiva en que la compensación ofrecida al socio que decide separarse está fijada desde un primer momento en el proyecto de transformación transfronteriza (en contraste con el sistema español en el que la junta de la sociedad adopta el acuerdo social de transformación y el socio ejercita su derecho sin conocer el importe que recibirá)⁽¹⁰⁴⁾.

2.2. Instrumentos de protección de los acreedores

«*Existe el riesgo de que la transformación afecte negativamente a los intereses de los acreedores actuales. En particular, podría ser que a partir de ahora la sociedad estuviera sujeta a unas normas menos estrictas en cuanto a la protección del capital y la responsabilidad. En vista de ello, no sería censurable que dichos acreedores pudieran exigir garantías adecuadas si pudiesen demostrar que la transformación compromete la satisfacción de sus créditos ya existentes*»⁽¹⁰⁵⁾.

(104) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una propuesta de reforma legislativa sobre la pérdida del status socii en la separación y exclusión». *La Ley mercantil*, n. 75 (diciembre), 2020, pp. 2-3.

(105) *Vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott, cit. supra. n. 60, apdo. 60.

En *Polbud*, concretamente, el TJUE reconoció algunos posibles mecanismos a los que pueden recurrir los Estados a fin de salvaguardar los intereses de los acreedores, y en particular mencionó «*la constitución de garantías bancarias o de otras garantías equivalentes*»⁽¹⁰⁶⁾. Otro de los cambios a los que se enfrentan los acreedores de la sociedad que se transforma es el cambio del foro, modificándose los criterios que determinan la competencia general de los tribunales para conocer de las acciones judiciales en reclamación del pago de sus derechos de crédito⁽¹⁰⁷⁾. Esto implica que, salvo que concurra algún otro criterio de conexión con el Estado de origen, los acreedores ya no podrán demandar a la sociedad en origen, sino que deberán acudir a los tribunales del Estado de destino⁽¹⁰⁸⁾. Por último, el traslado también puede tener consecuencias a efectos concursales, cambiando el régimen aplicable en perjuicio de los acreedores⁽¹⁰⁹⁾.

En la práctica, algunos ordenamientos disponen de derechos de veto que paralizan la operación transfronteriza hasta que se garanticen los créditos, mientras que otros se limitan a simplemente reconocer un derecho a obtener garantías condicionado a la existencia de un peligro real del cobro. Esta multiplicidad de regulaciones generaba, en el fondo, una desprotección de los acreedores, especialmente de aquellos que no disponen de la información o asesoramiento adecuados para identificar la *lex societatis* aplicable a su deudor⁽¹¹⁰⁾.

El legislador introduce en el articulado de la Directiva tres mecanismos a través de los cuales armonizar las reglas de protección de los acreedores y salvaguardar sus intereses. Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis, conviene realizar una matización: la Directiva protege los intereses de los «acreedores actuales». Se presupone que los acreedores que, tras haberse publicado el proyecto de transformación, celebran con la sociedad actos jurídicos de los que se deriven derechos de cobro ya son conocedores de la situación y, por tanto, podrán actuar en consecuencia y protegerse contractualmente –o simplemente no contratar–. Por su parte, si los créditos ya han vencido, la reclamación de cumplimiento será presentada en origen⁽¹¹¹⁾.

(i) *El sistema adecuado de protección de intereses de los acreedores*

La primera de las salvaguardas, de carácter obligatorio, se formula en los siguientes términos: «*los Estados miembros establecerán un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación transfronteriza y aún no hayan*

(106) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ 58.

(107) MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La Directiva 2019/2121 sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (IV). La protección de los acreedores», *GA_P*, 2020, p. 1.

(108) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*, n. 71.

(109) *Ídem*.

(110) Vid. MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2020), *cit. supra*, n. 202, p. 2.

(111) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*, n. 71.

vencido en el momento de dicha publicación»⁽¹¹²⁾. Dichas garantías deben figurar en el proyecto de transformación transfronteriza⁽¹¹³⁾.

¿Qué ocurriría si los acreedores consideran que las garantías ofrecidas no son suficientes para asegurar la protección de sus créditos no vencidos? El acreedor que objetivamente considere que su crédito no está suficientemente protegido por las garantías que la sociedad ha ofrecido y demuestre que su derecho cobro está en peligro dispone de la posibilidad de, dentro de los tres meses a contar desde la publicación del proyecto, solicitar que se le otorguen las garantías que, al caso, se consideren adecuadas. Debe existir, no obstante, una relación de causalidad entre el peligro de su crédito y la operación de transformación, y, además, que la sociedad no le haya ofrecido garantías adecuadas para la protección del mismo; ambos extremos a probar por el acreedor. En la práctica, resulta dudoso que, en el contexto de una transformación transfronteriza, el acreedor sea capaz de demostrar que su crédito, efectivamente, se encuentra en peligro; sobre todo cuando dicha operación, como hemos visto, no comporta cambios en la estructura patrimonial de la sociedad.

Esta regulación contrasta con el derecho de oposición tal y como es reconocido en nuestro Derecho nacional, donde los acreedores de créditos no vencidos sí pueden oponerse a la operación, que no tendrá lugar hasta que se les garanticen adecuadamente. La LME, en lo que respecta al traslado internacional del domicilio social, recoge en su artículo 100 el derecho de oposición de los acreedores cuyos créditos no vencidos no están garantizados, quedando la operación de transformación paralizada hasta que efectivamente se aseguren los derechos de cobro. Para el régimen del ejercicio de dicha facultad, la norma remite al artículo 44 de la LME, relativo a las fusiones.

(ii) *La declaración de solvencia*

La segunda garantía hace referencia a la posibilidad de los Estados miembros de exigir que el órgano de administración o de dirección de la sociedad expida una declaración que refleje con exactitud la situación financiera actual de la misma en una fecha no anterior a un mes antes de la publicación de dicha declaración. Se trata, por tanto, de una salvaguarda facultativa a publicar junto con el proyecto de transformación transfronteriza⁽¹¹⁴⁾. Con respecto al contenido, en la declaración debe constar que dicho órgano «no conoce ningún motivo por el que la sociedad, después de que la transformación surta efecto, no pueda responder de sus obligaciones al vencimiento»⁽¹¹⁵⁾.

La Directiva, sin embargo, no entra a regular en mayor profundidad la cuestión de la declaración de solvencia, reconociendo que «dado que las tradiciones jurídicas varían entre los Estados miembros en lo que respecta al uso de las declaraciones de solvencia y sus posibles consecuencias, debe corresponder a los Estados miembros

(112) Art. 86 *undecies*, apdo. 1 (Directiva 2019/2121).

(113) Art. 86 quinquies f) (Directiva 2019/2121).

(114) Art. 86 *undecies*, apdo. 2 (Directiva 2019/2121).

(115) *Ídem*.

determinar las consecuencias apropiadas de prestar declaraciones falsas o engañosas»⁽¹¹⁶⁾. Por lo tanto, se remite a los órganos legislativos de cada Estado miembro para el ulterior desarrollo la cuestión.

(iii) *Prórroga del foro interno*

La tercera y última garantía recogida en la Directiva ataja el riesgo procesal al que se enfrentan los acreedores en el marco de una transformación transfronteriza: el cambio de competencia general de los tribunales⁽¹¹⁷⁾. En este sentido, la Directiva otorga una prórroga del foro general a aquellos acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación transfronteriza durante un periodo de dos años desde que tiene lugar la operación⁽¹¹⁸⁾. De esta forma, se persigue reducir el riesgo de conductas oportunistas por parte del deudor que, trasladándose al extranjero, incrementa el coste procesal de sus demandantes⁽¹¹⁹⁾.

Esta garantía deberá articularse, por tanto, con el resto de normas de Derecho internacional privado existentes en materia de competencia judicial internacional previstas por el Reglamento (UE) 1215/2012⁽¹²⁰⁾ conocido como Bruselas I bis; ello sin perjudicar la aplicación de acuerdos de jurisdicción exclusiva o cláusulas arbitrales⁽¹²¹⁾.

3. Consideraciones de transposición

En España, la transformación transfronteriza está regulada en la LME bajo la denominación de traslado internacional de domicilio social. No obstante, la denominación de «traslado internacional de domicilio social» no expresa bien la naturaleza de la operación⁽¹²²⁾. En congruencia con la terminología utilizada por el TJUE, cuando una sociedad traslada su domicilio social al extranjero –pasando a estar sujeta a la legislación del Estado miembro de destino y conservando su personalidad jurídica– nos encontramos ante una «transformación transfronteriza» propiamente dicha.

En relación a la competencia judicial internacional, dichas exigencias podrían recogerse en diversos instrumentos a nivel nacional: bien en la LME, junto con el resto de artículos relativos al traslado de domicilio social; bien en una ley específica aprobada particularmente para la transposición de la Directiva; o bien en la LOPJ,

(116) Apdo. 25 (Directiva 2019/2121).

(117) *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(118) Art. 86 *undecies*, apdo. 4 (Directiva 2019/2121).

(119) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(120) Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. OJ L 351, 20.12.2012, pp. 1-32.

(121) *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(122) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud», *Almacén de Derecho*, 2017.

ya que es en esta última donde se regula la cuestión de la competencia judicial internacional de origen interno. No obstante, deberá tenerse en cuenta que esta regulación tiene preferencia sobre el Reglamento recién mencionado por ser fruto de armonización europea⁽¹²³⁾.

Por último, la Directiva reconoce a los socios minoritarios disidentes el derecho «*a enajenar sus acciones o participaciones, a cambio de una compensación en efectivo adecuada*»⁽¹²⁴⁾. Lo que en nuestro ordenamiento se denomina «derecho de separación» deberá ser reformulado para adaptarse a las exigencias de la norma de Derecho derivado. En particular, vimos como una de las principales diferencias entre ambas instituciones era la obligación de contemplar desde una fase inicial la compensación en efectivo para el caso de que el socio decida, efectivamente, separarse de la sociedad que se transforma. La necesidad de transposición puede ser el pretexto para perfeccionar la vigente remisión circular en lo que respecta al ejercicio del derecho de separación⁽¹²⁵⁾.

A su vez, la transposición puede aprovecharse para dar respuesta a una de las actuales cuestiones de Derecho societario nacional en lo que respecta a la pérdida del *status socii* en el contexto de la separación y exclusión. Esta laguna legal, que nada prevé en relación al momento preciso en que se pierde la condición de socio, ha propiciado múltiples controversias internas y una doctrina dividida⁽¹²⁶⁾. El problema radica en la apreciación de la cuestión bien desde la óptica de la tesis de la declaración de voluntad –el socio pierde su condición desde que notifica su intención de desvincularse de la sociedad–, bien desde la tesis del reembolso –la ruptura del vínculo con la sociedad ocurre tras el pago o reembolso de la cuota correspondiente al socio que ejerce su derecho de separación, siendo la notificación de tal intención un mero presupuesto–.

(123) Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2020), *cit. supra*. n. 4, p. 25.

(124) Art. 86 *decies* (Directiva 2019/2121).

(125) Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2020) *cit. supra*. n. 105, p. 2.

(126) Ídem, pp. 4-7.