

**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**
[DOUE, L n.º 321, de 12-XII-2019]

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN TRANSFRONTERIZAS DE SOCIEDADES DE CAPITAL

1. De todas las Directivas de la UE en materia de sociedades puede decirse sin ningún género de duda que en la actualidad la más importante de todas es la [Directiva \(UE\) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades \[DOUE, L nº 169, de 30.06.2017, cuya última versión consolidada es de 1 de enero de 2020\]](#). Es una Directiva que por su título tan modesto podría pasar desapercibida, sin embargo, viendo simplemente el índice que la propia Directiva incorpora al inicio se observa perfectamente su ambición y su trascendencia por los varios aspectos societarios que regula. Esta Directiva vino a codificar el Derecho de sociedades de la Unión Europea, codificación que era uno de los objetivos recogidos en el «*Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo— un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*» (COM (2012) 740 final), que fue comunicado por la Comisión Europea el 12 de diciembre de 2012 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

2. La norma que comentamos en esta crónica, 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 \[DOUE, L nº 321, de 12.12.2019\]](#), ha modificado de forma muy significativa la Directiva (UE) 2017/1132, al igual que lo ha hecho otra Directiva publicada también en el segundo semestre de 2019 (que es objeto de comentario en otra crónica en este mismo número de AIS), la [Directiva \(UE\) 2019/1151, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades \[DOUE L nº 186, de 11.07.2019\]](#), en concreto su utilización en la constitución y registro de sociedades. Resulta cuanto menos llamativo que antes de cumplir un año una Directiva tan trascendente y tan esperada como la Directiva 2017/1132, de 14 de junio, la Comisión Europea ya publicara —el 25 de abril de 2018— un nuevo paquete de Derecho societario con dos propuestas de sendas nuevas Directivas que habrían de modificar de forma importante aquella Directiva de codificación del Derecho de sociedades.

Esta nueva Directiva aborda la armonización normativa de tres tipos de modificaciones estructurales de sociedades exclusivamente a nivel transfronterizo, de hecho,

uno de los objetivos declarados perseguidos es contribuir en la mejora del funcionamiento del mercado interior para las sociedades y en el ejercicio de la libertad de establecimiento dentro del mismo. Ha de precisarse, no obstante, que las tres modificaciones estructurales contempladas en la Directiva —la transformación, la fusión y la escisión— no presentan el mismo grado de novedad en el ordenamiento de la UE.

3. La primera de las modificaciones estructurales que fue objeto de armonización en las comunidades europeas fue la fusión de sociedades anónimas, en 1978, y cuatro años después se hizo lo propio con la escisión de este tipo de sociedades. Esta armonización, digamos que relativamente temprana en relación con otras materias societarias, se acometió a través de dos de las directivas de sociedades que podemos denominar de *primera generación*: la *Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del art. 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas* (DOCE L 295, 20.10.78.- EE 17/Vol. 01, p. 76), y la *Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del TCEE y referente a la escisión de sociedades anónimas* (DOCE L 378, 31.12.82.- EE 17/Vol. 01, p. 111).

Hubo que esperar no obstante hasta una *segunda generación* de Directivas en materia de sociedades, ya entrados en el siglo XXI, para que se contemplara a nivel transfronterizo una operación de modificación estructural, en concreto la fusión, lo cual tuvo lugar después de mucho batallar con la *Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital* (DO L 310, de 25.11.2005), directiva que amplió el ámbito subjetivo de aplicación a todas las sociedades de capital, no limitándose a las sociedades anónimas.

Pocos años más tarde, aquéllas Directivas de primera generación sobre la fusión y la escisión de sociedades anónimas se vieron modificadas por la *Directiva 2007/63/CE, de 13 de noviembre de 2007*, que las modificó en relación al requisito de presentación de un informe de un perito independiente, y por la *Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre de 2009*, en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones —la cual modificó también la Directiva 2005/56/CE, de fusiones transfronterizas—. Tan sólo dos años después la Tercera Directiva quedaba derogada por la *Directiva 2011/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas*. (DOL 110, de 29.04.11), y a finales del año 2012 la Comisión Europea comunica al resto de instituciones aquel *Plan de acción sobre el Derecho de sociedades europeo*, entre cuyas metas estaba la codificación de la materia.

Fruto de ese objetivo codificador se abrió paso la *tercera generación* de Directivas de sociedades con la aprobación 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*, la cual, en cuanto a modificaciones estructurales se refiere, vino a recoger una nueva regulación armonizadora de las fusiones y escisiones de sociedades anónimas, derogando la Directiva 2011/35 y la Sexta Directiva de 1982 —que

permanecía vigente—, así como un nuevo régimen de las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, derogando la Directiva 2005/56/CE.

4. Lo que ha hecho la nueva Directiva 2019/2121, de 27 de noviembre, ha sido centrarse en armonizar las legislaciones internas en cuanto al régimen jurídico transfronterizo de las modificaciones estructurales de las sociedades de capital. Para ello ha pasado a regular *ex novo* el régimen de las transformaciones transfronterizas y de las escisiones transfronterizas, y ha modificado, en aras a la uniformidad y su mejora, el régimen de las fusiones transfronterizas que recientemente se había incorporado a la Directiva 2017/1132. Así, desde el punto de vista de la novedad normativa, la cota más alta se sitúa en las transformaciones societarias, que hasta ahora no habían sido objeto de atención en el Derecho de la UE, no sólo en el plano transfronterizo sino tampoco en el nacional o interno, seguidas de las escisiones de sociedades, que sólo habían sido contempladas normativamente en el plano interno, y no en el transfronterizo. Las fusiones son las que presentan menor dosis de novedad, pues su régimen ya estaba armonizado en ambos planos, independientemente de las modificaciones introducidas ahora en el plano transfronterizo.

Señalemos además que cuando se regulan estas operaciones transfronterizas, su ámbito de aplicación abarca a todas las sociedades de capital, mientras que cuando estamos ante operaciones de carácter nacional el ámbito de aplicación se limita a las sociedades anónimas. Se han seguido pues, generalizándolos, los ámbitos de aplicación que ya se recogían para la fusión de sociedades en los Capítulos I y II, traídos de la Tercera Directiva de 1978 y de la Directiva 2005/56/CE.

5. Por lo que se refiere a cambios concretos introducidos por la Directiva 2019/2121 en la Directiva 2017/1132, ha sido el Título II, dedicado a las modificaciones estructurales, el que lógicamente se ha visto más afectado, siendo escasas las modificaciones operadas en el Título I y ninguna en el Título III.

El **Título I**, *Disposiciones generales y constitución y funcionamiento de las sociedades de capital*, se ha visto modificado únicamente en tres de sus 85 artículos, y de forma parcial, concretamente los arts. 1, 18 y 24, estos dos últimos del Capítulo III, sobre *Publicidad e interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades*.

Se modifica el artículo 1, que recoge el objeto de la Directiva. El guión sexto pasa a señalar que la Directiva establece medidas en relación con las transformaciones transfronterizas, las fusiones transfronterizas y las escisiones transfronterizas de sociedades de capital.

El artículo 18, sobre disponibilidad de copias electrónicas de actos e indicaciones, se modifica insertando una letra nueva a bis) en el apartado 3º, incorporando nuevos documentos a las que se puede acceder vía web a través del servicio de búsqueda prestado por la Comisión para todas las sociedades registradas en los Estados miembros.

El artículo 24, referente a actos de ejecución por parte de la Comisión, se modifica dando nueva redacción a la letra e), insertando una letra nueva e bis) y añadiendo un párrafo tercero. En cuanto a la nueva letra e bis), la Comisión adoptará la lista detallada de los datos que hayan de transmitirse a los fines de intercambio de información entre

registros y a los fines de publicidad a que se refieren los artículos, 86 *octies*, 86 *quindecies*, 86 *septdecies*, 123, 127 *bis*, 130, 160 *octies*, 160 *quindecies* y 160 *septdecies*, todos ellos referentes a fusiones y escisiones transfronterizas, lo cual debería tener lugar antes del 2 de julio de 2020.

6. Como decimos, el **Título II** de la Directiva 2017/1132 se ha visto ampliamente modificado, comenzando por el mismo epígrafe, que pasa de ser *Fusiones y escisiones de sociedades de capital* a ser ahora *Transformaciones, Fusiones y Escisiones de las sociedades de capital*, incorporando así las transformaciones dentro de dicho Título II. Es no obstante un epígrafe confuso, pues el Título II no recoge un régimen completo de las transformaciones, sino sólo de las de carácter transfronterizo. La confusión continúa después con los capítulos, pues en la actualidad hay dos Capítulos I, incomprensiblemente. Esta circunstancia —deficiencia o errata formal— debería ser objeto de corrección, lo que afectará a la numeración de los Capítulos subsiguientes.

Se ha añadido en este Título un nuevo **Capítulo I** dedicado a las *transformaciones transfronterizas*, compuesto por veinte artículos nuevos, del art. 86 *bis* al art. 86 *unvicies*. El art. 86 *ter* define la *transformación transfronteriza* como «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 que figura enumerada en el anexo II, y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica». Este Capítulo regula en concreto: el Proyecto de transformación transfronteriza, el Informe del órgano de administración o de dirección a los socios y a los trabajadores, el Informe pericial independiente, la Publicidad previa a la aprobación de la operación, la aprobación por la Junta general, la protección de los socios, acreedores y trabajadores, el Certificado previo a la transformación y su transmisión a través del sistema de interconexión de registros, el Control de legalidad por el Estado miembro de destino, el Registro, la fecha de efectos y las consecuencias de la transformación, los Peritos independientes, y, por último, la validez de la operación.

A continuación de este Capítulo I nuevo se mantiene, incomprensiblemente, repetimos, de forma casi esotérica, **otro Capítulo I** sobre la *fusión de sociedades anónimas*, que es el que había previamente, y que no se ha visto modificado en modo alguno en sus artículos 87 a 117.

El **Capítulo II**, que continúa dedicándose a las *fusiones transfronterizas de sociedades de capital*, ha resultado modificado de forma amplia e importante. Aunque sigue tratándose de los artículos 118 a 134, se ha ampliado su articulado con cinco artículos nuevos: los artículos 126 *bis*, *ter* y *quater* (protección de socios, acreedores y trabajadores), el art. 127 *bis* (Transmisión del certificado previo a la fusión) y el art. 133 *bis* (Peritos independientes). Además de ello, se han visto modificados prácticamente todos sus artículos, a excepción de los artículos 118 (ámbito de aplicación) y 129 (fecha de efectos de la fusión). En algunos preceptos su texto ha sido directamente sustituido por otro, con un contenido ampliado; es lo que sucede con el art. 123 (Publicidad previa a la aprobación), el art. 124 (Informe del órgano de administración o de dirección

a los socios y trabajadores), el art. 127 (Certificados previos a la fusión) y el art. 130 (Registro). Señalemos también que se ha incluido una nueva modalidad de fusión a las tres existentes previamente, donde la sociedad absorbente no está obligada a emitir nuevas acciones o participaciones (art. 119), que se han modificado e introducido nuevos supuestos en los que no se aplica el régimen del Capítulo II (art. 120), y que también se han introducido cambios en el Proyecto común de fusión (art. 122).

El **Capítulo III** sigue ocupándose de la *escisión de sociedades anónimas*, no habiéndose visto modificado ninguno de sus artículos 135 a 160.

Por último, se ha añadido un nuevo **Capítulo IV** referente a las *escisiones transfronterizas de sociedades de capital*, Capítulo que está compuesto por los artículos 160 *bis* al art. 160 *quatervicies*, observándose una errata más, pues no existen el art. 160 *duovicies* ni el art. 160 *tervicies*, saltando del *unvicies* al *quatervicies*.

Este Capítulo nuevo regula en concreto: el Proyecto de escisión transfronteriza, el Informe del órgano de administración o de dirección destinado a los socios y trabajadores, el Informe pericial independiente, la Publicidad previa a la aprobación de la escisión, la aprobación por la Junta general, la protección de los socios, acreedores y trabajadores, el Certificado previo a la escisión y su transmisión a través del sistema de interconexión de registros, el Control de legalidad por los Estados miembros de las sociedades beneficiarias, el Registro, la fecha de efectos y las consecuencias de la escisión transfronteriza, los trámites simplificados en la escisión por segregación, los Peritos independientes, y, por último, la validez de la operación.

El nuevo art. 160 *ter* define qué ha entenderse por escisión a efectos de este Capítulo, diferenciando entre *escisión total*, *escisión parcial* y *escisión por segregación*, recogiendo el art. 160 *novodecies* las consecuencias de cada una de estas modalidades de escisión transfronteriza. Llama la atención la diferente terminología utilizada con respecto a la escisión nacional del Capítulo III que le precede, en el cual se habla de *escisión por absorción* (art. 136) y *escisión por constitución de nuevas sociedades* (art. 155). Con independencia de que pueda tratarse de la misma operación o de otra diferente, convendría que se unificara la terminología empleada en ambos capítulos.

Otro caso de falta de paralelismo terminológico entre la escisión nacional y la transfronteriza lo encontramos en la *compensación* que puede estipularse junto a la atribución de títulos o participaciones a los socios. Así, en el Capítulo III se habla de *compensación en especie*, y en el Capítulo IV de *pago en efectivo*, cuando en uno y otro caso se refieren a lo mismo. Debe señalarse que en el régimen de la fusión tampoco hay uniformidad y se habla de *compensación en dinero* para la fusión nacional del Capítulo I y de *compensación en efectivo* para la fusión transfronteriza del Capítulo II.

7. Del régimen jurídico de la 2017/1132 como resultado de la Directiva 2019/2121, podemos señalar, en suma, que regula el control de legalidad de la transformación, fusión y escisión transfronterizas antes de que surta efecto, regulando, bien ex novo, o bien introduciendo cambios (en el caso de la fusión), el proyecto de la operación transfronteriza propuesta, el informe destinado a los socios y a los trabajadores de la sociedad o sociedades implicadas y el informe del perito independiente, la Publicidad previa

a la aprobación de la operación y la aprobación por la Junta general de la sociedad o sociedades, el Certificado previo a la operación, el control de legalidad de la operación, el Registro, la fecha de efectos, las consecuencias de la operación transfronteriza y la validez de la operación.

Especial trascendencia tiene la incorporación a la Directiva 2017/1132 de preceptos que incrementan el nivel de protección de los socios, los acreedores y los trabajadores de forma paralela en cada una de las tres operaciones transfronterizas, así como el denominado *Certificado previo a la operación*, que ha de ser expedido por la autoridad, o autoridades, designada/s por el Estado miembro de la sociedad o sociedades que lleven a cabo la operación, verificando el cumplimiento de todos los requisitos y la correcta cumplimentación de todos los procedimientos y trámites en ese Estado, controlando además que la operación no se lleve a cabo con fines abusivos o fraudulentos, incluso delictivos, siendo necesario hasta el punto que las autoridades de los EEMM de la sociedad o sociedades que resulten de la operación no podrán darlas de paso sin tal certificado. Se prevé además la transmisión de este certificado a través del sistema de interconexión de registros regulado en el Título I de la Directiva.

Tal es la importancia que en las operaciones transfronterizas se atribuye al control de legalidad que si se sigue el procedimiento establecido en la Directiva no es posible declarar la nulidad absoluta de la operación, «en aras a la seguridad jurídica».

8. Si bien ha de verse como positiva la codificación del Derecho de sociedades iniciada por la Directiva 2017/1132, no puede afirmarse lo mismo de la senda seguida por ésta una vez aprobada la Directiva 2019/2121. Cuando la codificación de una materia viene seguida en un margen temporal tan corto de modificaciones tan numerosas y sustanciales, y además con el cúmulo de confusión, incorrecciones y erratas que se han puesto de manifiesto, la sensación que queda no puede ser más que agrí dulce. No digamos si a ello añadimos la multiplicidad de artículos replicados con infinidad de adverbios numerales (como sucede con los artículos 86, 86 *bis*..., 160, 160 *bis*..., 160 *quatervicies*), lo que dificulta el seguimiento de la Directiva y complica las varias transposiciones que han de acometerse en los ordenamientos internos, las cuales han de tener lugar a más tardar el 31 de enero de 2013.

Nos quedamos no obstante con lo positivo: con la armonización producida en una materia tan relevante como estas tres modificaciones estructurales transfronterizas, y con las novedades implantadas para una mayor protección de los socios, acreedores y trabajadores y para incrementar la seguridad jurídica en estas operaciones.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es