

Comentarios de CCBE a la propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2017/1132/UE en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

29/06/2018

El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) representa a las Abogacías de 45 países, y a través de ellas a más de 1 millón de abogados europeos. CCBE responde regularmente en nombre de sus miembros a cuestiones normativas que afectan a los ciudadanos y abogados europeos.

El 25 de abril de 2018, la Comisión Europea presentó [su propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2017/1132/UE en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas](#). Esta propuesta forma parte del "paquete de medidas de Derecho de Sociedades" de la Comisión, quien también ha presentado una propuesta de Directiva en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

La propuesta ha sido objeto de un comunicado de prensa y de [un documento de trabajo](#) sobre los resultados de la evaluación de impacto. La Comisión invitó a CCBE a participar en varias reuniones con las partes interesadas en 2017, en las que CCBE presentó en todo momento el punto de vista de la Abogacía.

CCBE desea compartir sus comentarios sobre la Directiva propuesta. CCBE ha identificado una serie de disposiciones en las que considera que deben hacerse ciertos cambios o sobre las que surge una duda específica en cuanto al método propuesto. CCBE espera tener la oportunidad de discutir estas disposiciones.

Como observación preliminar, CCBE considera que la propuesta de Directiva no es lo suficientemente clara en cuanto a los efectos legales específicos que se proponen cuando una sociedad está sujeta a un procedimiento de transformación. ¿Se pretende que la empresa existente tenga la misma entidad jurídica una vez se convierta en empresa en el Estado miembro de destino, aunque esté sujeta a las normas jurídicas aplicables al tipo de empresa elegida en el Estado miembro? ¿O bien, la intención es que haya dos empresas diferentes: una en el Estado miembro de origen y otra en el Estado miembro de destino y que la empresa en el Estado miembro de destino, establecida mediante una aportación de capital en especie de las actividades corrientes de la empresa en el Estado miembro existente, deje de existir sin entrar en estado de liquidación? Importante cuestión para la legislación del Estado miembro de destino, por ejemplo, en el caso de que existan normas sobre la evaluación de cualquier contribución en especie. Sería útil aclarar este punto para que los Estados Miembros sepan si deben aplicar estas reglas a una empresa en proceso de transformación. También puede ser importante en los casos en que los activos netos de la empresa sean inferiores al importe de su capital social en el Estado miembro de salida.

También es una cuestión relevante para los contratos y derechos inherentes a la empresa existente. Si se conserva la personalidad jurídica de la empresa, dichos derechos no deberían verse afectados por la transformación, pero podrían serlo si las actividades de la sociedad se trasladan a una nueva sociedad en

el Estado miembro de destino. Cuestión importante a fin de saber si la Directiva en relación al traspaso de empresas (Directiva 2001/23/CE) es aplicable. Si la compañía de la sociedad existente se traslada a una nueva sociedad en el Estado miembro de destino, CCBE considera que la Directiva se aplicará para dicho traslado. Sin embargo, si la sociedad tiene la misma personalidad jurídica y los empleados siguen siendo empleados de la entidad jurídica existente que está sujeta a la legislación del Estado miembro de destino, no hay traslado al que pueda aplicarse la Directiva.

El artículo 106 de la Directiva 2017/1132/UE exige que las legislaciones de los Estados miembros se ocupen al menos de la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de administración o de dirección de la empresa absorbida por los accionistas de la misma por mala conducta de los miembros de estos órganos durante la preparación y realización de la fusión. CCBE considera que debería establecerse una disposición equivalente para obligar a los Estados miembros a establecer normas de responsabilidad civil para los miembros de los órganos de administración o de dirección para una sociedad en curso de transformación así como para una sociedad objeto de una escisión.

- A continuación deseamos compartir los siguientes comentarios sobre los artículos de la legislación propuesta que siguen:

Artículo 86c.3: CCBE sugiere que los Estados miembros velen por que la autoridad competente del Estado miembro de origen no autorice la transformación transfronteriza cuando, una vez examinado el caso, y habida cuenta de todos los hechos y circunstancias determine que constituye un abuso de derecho o constituya un acto fraudulento. CCBE considera que este enfoque propuesto sigue la decisión del TJUE, como por ejemplo en los casos de *Centros* y *Cadbury*, y no requiere que una autoridad competente determine si existe una ventaja o un perjuicio fiscal "Indebido". La redacción utilizada en la propuesta parece sugerir que una situación que ni siquiera constituye un abuso cumpliría las condiciones.

Artículo 86d.1(c): Este artículo tendría que referirse al instrumento o instrumentos propuestos para la constitución de la empresa en el Estado miembro de destino (en la medida en que la constitución tan solo se convertirá en la constitución de la empresa cuando surja efecto la transformación).

Artículo 86g: El artículo no permite saber con qué rapidez el experto independiente debe preparar su informe (suponiendo que la empresa proporcione toda la información y documentos relevantes de la empresa cuando se le ha solicitado). Al menos, debería existir la obligación de presentar el informe sin demoras injustificadas.

Artículo 86h.5: Cuando el registro transmita la información pertinente al boletín nacional, ¿podrá el Estado Miembro seguir cobrando los costes de publicación en el boletín nacional?

Artículo 86i.3: CCBE indica que debe establecerse que " Los Estados miembros se aseguran de que la aprobación o cualquier enmienda " (y no "la aprobación de cualquier enmienda"). Del mismo modo, CCBE considera que el párrafo 4 sería más claro si dijera: "La Junta General también decide sobre cualquier instrumento de enmienda a la constitución de la empresa que conlleva a la transformación."

Artículo 86j.1: Se sugiere la siguiente modificación únicamente para la versión en inglés: " Member States shall ensure that the following members of a company carrying out a cross-border conversion..." (los Estados miembros velarán por que los siguientes miembros de una empresa que efectúen una transformación transfronteriza...").

Artículos 86j.3: En la línea 7, CCBE considera que la redacción debe ser la siguiente: "Los Estados miembros deberán asegurarse de que la empresa pueda recibir la aceptación de una oferta de manera electrónica a una dirección proporcionada por la empresa para tal fin". Lo importante es que el accionista que desee aceptar una oferta para comprar sus acciones pueda hacerlo electrónicamente si la empresa ha proporcionado una dirección para ello.

Artículo 86j.5: Las empresas pueden prever disposiciones en sus estatutos que prevean el arbitraje. CCBE entiende que una empresa está capacitada para incluir tales disposiciones y que los accionistas son libres de recurrir al arbitraje si así lo desean, pero también son libres de exigir una compensación ante un tribunal nacional según se estipula en este artículo. Sería útil que los considerandos clarifiquen que las empresas aún pueden establecer disposiciones de arbitraje en sus estatutos, siempre que no sean obligatorias.

Artículo 86o: Sería útil establecer un período de tiempo máximo (que no sea muy largo) que se pueda fijar con la finalidad de que el certificado previo a la transformación entre en vigor.

Artículo 86p.4: Sería aconsejable incluir un plazo de tiempo para que el Estado miembro competente decida si aprueba la transformación transfronteriza.

Artículo 86q.3: Cuando un Estado miembro retira una empresa cuya transformación ha tenido lugar, debería existir la obligación de notificar a los Estados miembros en el que la empresa tenga una sucursal que la transformación ha tenido lugar.

Artículo 86s.1 (a) y (c): Si la intención es que la empresa sujeta a transformación siga manteniendo la misma personalidad jurídica, CCBE no considera apropiado referirse a los activos y pasivos o derechos y obligaciones como "traspasados" a la empresa transformada. Mencionar la continuación de la existencia de la sociedad parece más apropiado. Sin embargo, si la intención es que el negocio de la empresa se ceda a la nueva empresa en el Estado miembro de destino, CCBE considera preferible especificar que se trasladan todas las actividades (negocio) de la empresa, incluidos todos los contratos, licencias, créditos, derechos y obligaciones y buena fe. CCBE también considera útil especificar que cualquier traslado opera como una sucesión general llevado a cabo por el funcionamiento de la Ley. En el párrafo 3, CCBE supone que la responsabilidad de la sociedad transformada por las pérdidas resultantes de las diferencias en el sistema legal nacional solo debería surgir en el caso de los contratos celebrados después de que la sociedad haya anunciado que desea transformarse y siempre que la otra parte no haya sido informada. Esto sería extremadamente costoso (y haría que la transformación fuese muy poco atractiva o imposible) si fuera necesario aplicarlo a los contratos celebrados antes de esa fecha, ya que la empresa no puede informar a la parte contratante o a la contraparte de la transformación transfronteriza antes de la celebración de los contratos. También será difícil identificar las pérdidas que resultan de la diferencia de los sistemas judiciales. La ley que rige el contrato no será modificada por la transformación.

Artículo 122a.1: El párrafo 2 establece que la fecha contable prevista en el proyecto común de fusión transfronteriza será la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto, a menos que las empresas fusionadas determinen una fecha alternativa que satisfaga las disposiciones del apartado a) y b). CCBE considera que este segundo párrafo se aplicará, independientemente de si la empresa resultante de la fusión transfronteriza prepara o no sus estados financieros de conformidad con las normas internacionales de contabilidad. Si este no es el objetivo, CCBE cree que esto debe aclararse. ¿Será que las Normas Internacionales de Información Financiera se apliquen para determinar la fecha contable para fines contables, pero que esté párrafo se aplique

solo a los fines del Derecho de sociedades? Esto puede resultar importante, por ejemplo, para motivos de impuestos. Por ello CCBE considera necesaria una aclaración. En el párrafo (b), la referencia a "la fecha del balance inmediatamente posterior a la fecha en que surte efecto la fusión transfronteriza" no es muy clara. CCBE entiende que esto significa que la empresa resultante de la fusión debe elegir una fecha contable que le permita cumplir con la legislación nacional del Estado Miembro en el que esté constituida cuando prepare sus estados financieros anuales y que debe elaborar sus estados financieros anuales en la fecha del balance elegido de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que esté constituida (así, por ejemplo, si la fusión surte efecto el 1 de junio de 2020 y la fecha contable elegida de conformidad con la legislación del Estado miembro afectado es el 31 de diciembre, la compañía preparará sus estados financieros anuales "balance contable" al 31 de diciembre de 2020 una vez que la fusión entre en vigor). La referencia "inmediatamente" después de la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto puede inducir a error y se sugiere que el balance se elabore el día después de que la fusión entre en vigor. Incluso sería más claro referirse a la fecha del balance "que ocurre en primer lugar" después de la fecha en que entra en vigor la fusión transfronteriza.

Artículo 123.2, párrafo 2: CCBE considera que la palabra "unless" (*a menos que*) debe eliminarse de la versión en inglés.

Artículo 123.6: Cuando el registro transmita la información pertinente al boletín nacional, ¿puede el Estado Miembro seguir percibiendo ingresos por su publicación en el boletín nacional?

Artículo 126a. 2y 3: CCBE considera que las palabras "une ou plusieurs des" y "un ou plusieurs des" (uno o más de) deberían insertarse al comienzo de los subpárrafos (a) y (b). El párrafo 2 autoriza la venta de las participaciones a los socios restantes de las sociedades fusionadas o a terceros de acuerdo con lo que disponga la empresa. Sin embargo, el párrafo 3 se refiere únicamente a las empresas que se fusionan al hacer una oferta. Debería ampliarse la redacción para tratar el caso en que las empresas fusionadas se ponen de acuerdo para que socios de la empresa o terceros ofrezcan la posibilidad de pagar una correcta compensación en efectivo para las participaciones. En el párrafo 3, novena línea, se debería exigir a los Estados miembros que garanticen que las sociedades fusionadas puedan recibir la aceptación de una oferta de saldo comunicada electrónicamente a una dirección proporcionada por estas para este propósito. El último párrafo debería indicar "Toutefois, l'acquisition d'une société qui fusionne"(sin embargo, la adquisición de una sociedad fusionada).

Artículo 126a.5: CCBE entiende que las palabras "para la sociedad fusionada en cuestión" deberían insertarse después del "pago en efectivo" en la primera línea.

Artículo 126.6: Las empresas pueden prever disposiciones en sus estatutos que prevean el arbitraje. CCBE entiende que una empresa está capacitada para incluir tales disposiciones y que los accionistas son libres de recurrir al arbitraje si así lo desean, pero también son libres de exigir una compensación ante un tribunal nacional según se estipula en este artículo. Sería útil que los considerandos clarifiquen que las empresas aún pueden establecer disposiciones de arbitraje en sus estatutos, siempre que no sean obligatorias.

Artículo 126a.8: CCBE considera que en la última línea se debe indicar "**au plus tard**" (a más tardar) un mes (en lugar de "**dans un délai d'un mois**".- en el plazo de 1 mes), para permitir que los socios inicien una acción antes de que la fusión transfronteriza surta efecto, en vez de tener que esperar a que surta efecto. CCBE considera que sería útil permitirlo tanto para los socios como para las

empresas fusionadas, ya que entendemos que dichas empresas querrán recibir información sobre dichas acciones lo antes posible.

Artículo 133.8: CCBE considera que la tercera línea debe decir "negociaciones con el grupo específico de negociación" (en lugar de "dentro de un").

Artículo 160b(2): CCBE considera que en la primera línea debe escribirse que la "empresa escindida" es una empresa "que inicia una operación de escisión transfronteriza" (en lugar de "en el marco de una operación de escisión").

Artículo 160b(3)(a): En la primera línea, es apropiado indicar "una sociedad escindida **que es** objeto de una disolución sin entrar en liquidación" (en lugar de "que ha sido objeto de una disolución sin entrar en liquidación"), ya que la disolución tiene lugar solo cuando la escisión/separación toma efecto. Debería incluirse un "o" al final del párrafo (a).

Artículo 160e.3: CCBE considera aquí que las palabras "y dónde debe continuar existiendo" deberían insertarse después de "la sociedad escindida" más o menos en la tercera línea. También opina que la última frase debería ser "El importe de tal responsabilidad solidaria está limitado para cada empresa, al valor de los activos netos atribuidos a cada empresa en la fecha de la escisión". Este cambio aclararía que la limitación solo se aplica a una responsabilidad solidaria que no ha sido explícitamente atribuida.

Artículo 160f: CCBE no comprende la ausencia de referencia a las normas internacionales de contabilidad (mientras que el artículo 122a se refiere a ellas). Los comentarios de CCBE en relación al artículo 122a también son válidos aquí.

Artículo 160i: Los comentarios sobre el artículo 86g también son válidos aquí. En el artículo 160i, apartado 3 (f), sería conveniente hacer referencia a los establecimientos propuestos, al volumen de negocios neto y al resultado propuesto, a la composición propuesta del balance y al lugar en que deben pagarse las cotizaciones a la seguridad social para las empresas beneficiarias, etc. dado que ninguno de estos elementos existirá en el momento de realizar el informe.

Artículo 160j.1: Nos parece conveniente rectificar que "los Estados miembros garantizan que los Estados miembros" (en lugar de "los Estados miembros").

Artículo 160i.2: En la tercera línea del párrafo 3, CCBE considera que la palabra "unless"(a menos que) debería eliminarse de la versión inglesa.

Artículo 160j.5: Cuando el registro transmita la información pertinente al boletín nacional, ¿podrá el Estado Miembro seguir cobrando los costes de publicación en el boletín nacional?

Artículo 160k.1: En la tercera línea, CCBE propone insertar "la" antes de "escisión transfronteriza".

Artículo 160k.3: En la primera línea se debería poner "la aprobación o cualquier enmienda" (en lugar de "la aprobación de cualquier enmienda").

Artículo 160k.4: El párrafo sería más claro si se indicase lo siguiente: "La Junta General también decide sobre cualquier enmienda de los instrumentos de constitución de una sociedad escindida".

Artículo 160l.3: Se debería permitir que la empresa recibiera una tercera oferta realizada por los socios restantes o por un tercero (véase el comentario sobre el artículo 126 bis 2). En la séptima línea, los Estados miembros deben asegurarse de que las sociedades fusionadas puedan recibir la aceptación de una oferta que se comunique electrónicamente a una dirección proporcionada por

esas empresas a tal efecto. En el último párrafo debería poner "Sin embargo, la adquisición por parte de la sociedad escindida (...)".

Artículo 160l.5: Las empresas pueden prever disposiciones en sus estatutos que prevean el arbitraje. CCBE entiende que una empresa está capacitada para incluir tales disposiciones y que los accionistas son libres de recurrir al arbitraje si así lo desean, pero también son libres de exigir una compensación ante un tribunal nacional según se estipula en este artículo. Sería útil que los considerandos clarifiquen que las empresas aún pueden establecer disposiciones de arbitraje en sus estatutos, siempre que no sean obligatorias.

Artículo 160l.7: CCBE considera que la cuarta línea debe poner "au plus tard" (a más tardar) un mes (en lugar de " dans un délai d'un mois".- en el plazo de 1 mes), para permitir que los socios inicien una acción antes de que la fusión transfronteriza surta efecto, en vez de tener que esperar a que surta efecto. CCBE considera que sería útil permitirlo tanto para los socios como para las empresas fusionadas, ya que entendemos que dichas empresas querrán recibir información sobre dichas acciones lo antes posible.

Artículo 160l.8: CCBE considera que en las líneas tercera y séptima se debería decir "una sociedad beneficiaria" (en lugar de "la sociedad beneficiaria").

Artículo 160m.3 (b): CCBE considera que en la tercera línea se debería poner "la" sociedad escindida (en lugar de "una sociedad escindida ").

Artículo 160p.1: La autoridad competente debe especificar que la lista de elementos será propuestas o a la espera de (dado que las empresas beneficiarias aún no ejercerán sus actividades).

Artículo 160q.1: Sería útil incluir un período de tiempo máximo para la entrada en vigor del certificado previo a la escisión.

Artículo 160r.4: Sería útil indicar un período de tiempo máximo en el cual se debe tomar la decisión de aprobar una escisión transfronteriza.

Artículo 160s.3: CCBE opina que en la quinta línea se debe hacer referencia a la última de las notificaciones para tratar un caso en el que las notificaciones de las autoridades competentes para las empresas beneficiarias tengan lugar en fechas diferentes. Igualmente sería útil que el registro de la empresa objeto de la escisión notifique al (los) registro (s) de las sucursales que la escisión ha tenido lugar.

Artículo 160u.1 (b): CCBE considera que en la primera y segunda línea se debe precisar "una o más" sociedades beneficiarias dado que los socios de la empresa objeto de la escisión pueden convertirse en socios de una sola de las sociedades beneficiarias o, si existen muchas empresas beneficiarias, de algunas pero no de todas.

Artículo 160u.2: CCBE considera que lo que pone en la quinta línea del segundo párrafo debería aplicarse únicamente a los contratos celebrados después de que se haya anunciado la escisión propuesta (ver nuestro comentario sobre el Artículo 86s 1 (a) y (c)).

Artículo 160u.3 (b): CCBE opina que en la segunda línea se debe poner "una o más" empresas beneficiarias.

Artículo 160u.3 (c): CCBE considera que la redacción debe parecerse a la del artículo 160u1(c): los derechos y obligaciones de la empresa objeto de la escisión resultante de los contratos de trabajo o de las relaciones laborales existentes en la fecha en que la escisión transfronteriza surta efecto se trasladan a la empresa o empresas beneficiarias respectivas en la fecha de entrada en vigor de la escisión transfronteriza.