

# LA DEFENSA DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS EMPRESAS EUROPEAS EN TIEMPOS DE CRISIS A TRAVÉS DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS

## *DEFENDING THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT OF EUROPEAN COMPANIES IN TIMES OF CRISIS THROUGH INTRA-EU CROSS-BORDER STRUCTURAL MODIFICATIONS*

---

**Carlos Soler Samper<sup>1</sup>**

Universidad Miguel Hernández

**Correspondence:**  
c.soler@umh.es

**Received:**  
14.07.2023

**Accepted:**  
12.09.2023

---

### **How to cite this paper**

Soler Samper, C. (2023) La defensa de la libertad de establecimiento de las empresas europeas en tiempos de crisis a través de las modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias. *Spanish Journal of Legislative Studies*. (5), p. 1-12.

DOI: <https://www.doi.org/10.21134/sjls.vi5.2041>

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado perteneciendo el autor al proyecto *PID2022-138985NB-I00. La simplificación del Derecho de sociedades (V). El coste de un gobierno corporativo sostenible*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. El autor es también parte del equipo investigador del proyecto de investigación: “La simplificación del derecho de Sociedades IV. Competencia entre ordenamientos societarios en un mercado global”, dirigido por D. Santiago Hierro Anibarro de la Universidad de Alcalá de Henares, “Proyectos de I+D+i”, en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de I+D+i. (BOE nº 220, de 13 de septiembre de 2019) 2020/2023.

## ÍNDICE

I. RELEVANCIA DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA TRANSFRONTERIZA INTRACOMUNITARIA COMO VALOR DE LA UNIÓN EUROPEA. II. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS Y SU CONEXIÓN CON LA MOVILIDAD SOCIETARIA. III. LA DIRECTIVA 2019/2121. IV. LA RELACIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA CON LA NORMATIVA CONCURSAL Y SU USO EN SITUACIONES DE CRISIS. V. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/2121 A LA NORMATIVA NACIONAL. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. NORMATIVA CONSULTADA.

## SUMMARY

I. RELEVANCE OF INTRA-COMMUNITY CROSS-BORDER CORPORATE MOBILITY AS A VALUE OF THE EUROPEAN UNION. II. INTRA-COMMUNITY CROSS-BORDER STRUCTURAL MODIFICATIONS AND THEIR CONNECTION WITH COMPANY MOBILITY. III. DIRECTIVE 2019/2121. IV. THE RELATIONSHIP BETWEEN CORPORATE MOBILITY AND INSOLVENCY LAW AND ITS USE IN CRISIS SITUATIONS. V. TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/2121 INTO NATIONAL LAW. VI. CONCLUSIONS. VII. BIBLIOGRAPHY. VIII. LEGISLATION CONSULTED.

## RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos la importancia de atender a la regulación concerniente a la movilidad de las empresas dentro de la Unión Europea. Esta movilidad debe ser atendida desde una perspectiva instrumental en la medida en la que la misma puede suponer una herramienta de la que valernos en situaciones de crisis, tal y como en la que nos encontramos actualmente. La razón de ser de este análisis reside en la existencia de la Directiva (UE) 2019/2121 y en su reciente transposición a la legislación nacional española a través del Real Decreto-ley 5/2023. Con todo ello, estudiaremos cómo un adecuado marco normativo en materia de modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas puede derivar en la defensa de uno de los principales valores comunitarios: la libertad de establecimiento reconocida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

## ABSTRACT

In this paper we will analyse the importance of paying attention to the regulation concerning the mobility of companies within the European Union. This mobility must be addressed from an instrumental perspective insofar as it can be a tool to be used in crisis situations, such as the one we are currently finding ourselves in. The reason of this analysis lies in the existence of Directive (EU) 2019/2121 and its recent transposition into Spanish national legislation through Royal Decree-Law 5/2023. As a result, we will study how an appropriate regulatory framework for intra-European cross-border structural modifications can lead to the defence of one of the main Community values: the freedom of establishment recognised in the Treaty on the Functioning of the European Union.

## **PALABRAS CLAVE**

Freedom of establishment, corporate mobility, structural modifications, intra-EU cross-border transactions, EU values.

## **KEY WORDS**

Libertad de establecimiento, movilidad societaria, modificaciones estructurales, operaciones transfronterizas intracomunitarias, valores de la Unión Europea.

## I. RELEVANCIA DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA TRANSFRONTERIZA INTRACOMUNITARIA COMO VALOR DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”) reconoce, en su título IV dedicado a la “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, el “derecho de establecimiento”. Al hablar de “derecho de establecimiento” nos referimos, tal y como refleja el artículo 49 del TFUE, a *la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*. Por su parte, el segundo apartado del mencionado artículo 54 expresa que *[p]or sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo*<sup>1</sup>.

De esta manera los artículos 49 y 54 del TFUE se erigen como los preceptos básicos de uno de los valores de la UE, que es la libertad de establecimiento de los individuos y, de manera especial en este trabajo, la libertad de establecimiento de las empresas. Lo anterior nos lleva a afirmar que la libertad de establecimiento de las empresas europeas supone uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión. Con ello, es necesario que tanto la legislación comunitaria como las nacionales creen un sistema regulatorio que garantice su efectiva protección.

Estudiar la libertad de establecimiento supone hablar, desde un punto de vista mercantilista, del

concepto de “movilidad societaria intracomunitaria”, esto es: la libertad de las empresas europeas para establecerse en países comunitarios distintos de aquellos en los que se constituyeron. Con ello, se reconoce a las empresas europeas el derecho a poder cambiar su domicilio social, para explotar su actividad económica, en un Estado europeo distinto del país donde “nació”.

La extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en esta materia ha reflejado la deficiente regulación de este derecho en la normativa y práctica comunitarias. Sin embargo, la última sentencia de relevancia al respecto, conocida como caso “Polbud”<sup>2</sup> de 2017, fue clave para el desarrollo regulatorio. Dicho pronunciamiento supuso un importante punto de inflexión en el análisis de las implicaciones concernientes a la libertad de establecimiento dentro de la UE.

En relación con “Polbud” cabe señalar que el TJUE fijó un nuevo criterio por el cual una sociedad puede llevar a cabo una operación de transformación transfronteriza, consistente en el traslado de domicilio social o estatutario a otro Estado, a partir de la constitución conforme al ordenamiento del Estado de destino. De tal forma que, dicho cambio de domicilio a través de la operación de transformación transfronteriza se encuentra amparada bajo el marco del ejercicio de la libertad de establecimiento.

El legislador europeo, a raíz de la mencionada sentencia y conocedor de una situación legislativa mercantil alejada de resolver los conflictos derivados de la interpretación de los preceptos creados para velar por la libertad de establecimiento, dio un paso hacia adelante en esta materia. El reflejo de esta iniciativa se encuentra en la

<sup>1</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>2</sup> STJUE, Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o., en liquidación, C-106/16, 25 de octubre de 2017.

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 (en adelante “Directiva 2019/2121”).

## II. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS Y SU CONEXIÓN CON LA MOVILIDAD SOCIETARIA

Tal y como ya hemos señalado, la movilidad societaria es la manifestación de uno de los valores de la Unión Europea (en adelante “UE”) recogidos en el TFUE: la libertad de establecimiento. Esta libertad ya se ha indicado que debe ser interpretada, al menos para nuestro interés de estudio, en relación con las sociedades mercantiles.

La práctica mercantil se ha visto obligada a plantearse cómo se podría conseguir la mencionada movilidad societaria. La respuesta se basa en la ejecución de las denominadas “modificaciones estructurales”. Estas operaciones, desde la perspectiva transfronteriza intraeuropea que nos interesa, son: las transformaciones, las fusiones, las escisiones y la cesión global de activo y pasivo.

Realizada la anterior precisión, y con el fin de facilitar la comprensión de este artículo, podemos definir a las modificaciones estructurales como *aquellos cambios en la sociedad que alteran radicalmente su configuración y que no pueden considerarse simples modificaciones de esta-*

*tutos*<sup>3</sup>. Es decir, son *aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad*<sup>4</sup>.

Todas estas operaciones (conforme a nuestro objeto de estudio) se llevarían a cabo de manera transfronteriza. Es decir, su consecución se produciría en otros Estados Miembros distintos del país de origen o, si también se prefiere, del Estado donde se inició la modificación estructural.

A su vez, cabe destacar que estas operaciones deben clasificarse como “intraeuropeas” o “intracomunitarias”. Esto es, que la modificación estructural se lleva a cabo dentro de la UE y, por ende, de un Estado Miembro a otro país comunitario. Lo expresado reviste de interés en la medida en la que, de no ser así y encontrarnos ante operaciones “extraeuropeas” o “extracomunitarias”, deberíamos atender a un marco jurídico diferente (prestando atención también a Tratados y Convenios vigentes en los Estados Miembros) que excede de nuestro objeto de estudio.

Asimismo, y de forma breve, procedemos a identificar las operaciones que se encuadran dentro de las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas:

### 1. La transformación transfronteriza

Como hemos adelantado, esta operación permite el cambio del domicilio social o estatutario de una sociedad mercantil, de un Estado Miembro a otro, con el mantenimiento de su personalidad jurídica.

3 EMBID IRUJO, J. M., “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, CDC, 1999.

4 Tal y como definía la derogada Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

## 2. La fusión

Consiste en una operación jurídica que, afectando a dos o más sociedades, comporta la extinción de todas o de alguna de ellas y la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad, que puede ser tanto una de las sociedades afectadas como una sociedad de nueva creación<sup>5</sup>. Por tanto, una fusión puede ser: (a) una fusión por creación de una sociedad o (b) una fusión por absorción. Tanto en supuesto como en otro se produce la unificación de elementos personales, patrimoniales y de relaciones jurídicas.<sup>6</sup>

## 3. La escisión

Es una operación que se caracteriza por tener una función de reparto o disgregación patrimonial en procesos de reestructuración empresarial de diverso significado<sup>7</sup>. En la práctica suele llevarse a cabo con una finalidad de desconcentración empresarial, pudiéndose utilizar también para que la parte o partes escindidas de una sociedad sean transmitidas a sociedades preexistentes<sup>8</sup>. A su vez, podemos distinguir tres modalidades de escisión: la parcial, la total o la segregación. En todos estos casos la contraprestación consistirá en acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de la operación.

## 4. La cesión global de activo y pasivo

Consiste en una operación por la que una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario<sup>9</sup>. En la propia definición se puede apreciar la distinción respecto a la modificación estructural de escisión en la que la contraprestación deben ser acciones o participaciones.

## III. LA DIRECTIVA 2019/2121

La Directiva 2019/2121 tiene como objetivo garantizar la movilidad societaria a través de lo que ya hemos identificado como “modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias”. O, dicho de otra forma, intenta favorecer la libertad de establecimiento de las empresas a través de las operaciones de transformación, fusión o escisión dentro de la UE. Como se puede apreciar, la Directiva 2019/2121 no se centra en la cesión global de activo y pasivo (por lo que nuestro objetivo será concretamente estas operaciones mencionadas). La novedad de esta Directiva es la regulación expresa de las operaciones de escisión y transformación en la medida en la que las fusiones ya se encontraban reguladas

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J. L. “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Aranzadi, 2019, p. 576.

6 Un ejemplo paradigmático de fusión transfronteriza es el referente a la empresa “Ferrovia”. TAPIA HERMIDA, A.J., “Ferrovia: una fusión transfronteriza inversa interesante”: <http://ajtapia.com/2023/03/ferrovia-una-fusion-transfronteriza-inversa-interesante/>

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J. L. “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Aranzadi, 2019, p. 587.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J. L. “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Aranzadi, 2019, p. 587.

9 Artículo 72.1 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea

en la normativa antecesora.

La norma comunitaria pretende establecer un marco jurídico para las transformaciones y escisiones transfronterizas con el objetivo de acabar con la fragmentación legal y la inseguridad jurídica presentes en la actualidad. De esta manera el marco regulatorio de estas operaciones pasaría a equipararse al de las fusiones transfronterizas, que ya contaban con una regulación concreta y, posteriormente, desarrollada<sup>10</sup>.

Por tanto, el texto normativo busca establecer unos parámetros legales para estas operaciones. Su objetivo es proteger los intereses de los agentes implicados en las mismas. Es decir, pretende conseguir la eliminación de barreras al ejercicio de la libertad de establecimiento para asegurar la efectiva existencia de un mercado interior real, libre y armonizado. Todo ello sin olvidarse de garantizar la protección de los derechos de los socios, acreedores y trabajadores, ya que ostentan un vínculo con la sociedad objeto de estas operaciones.

Cabe destacar que la efectividad de esta norma europea precisa de un estudio conjunto con el resto de las Directivas pertenecientes al denominado “Company Law Package”. Este paquete normativo está compuesto por tres Directivas (entre las que encontramos a la 2019/2121) que tienen por objetivo la modificación de la Directiva 2017/1132. De esta forma encontramos también:

Por un lado, (a) la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración

preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

Y, por otro, a (b) la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

Es decir, el legislador busca facilitar las modificaciones estructurales transfronterizas a través de la actualización de las herramientas y procesos digitales destinados a los trámites de carácter mercantil. Además, y de forma paralela, desea convertir a las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas en una alternativa útil para rescatar a las sociedades en situación de insolvencia económica.

Por tanto, se plantea la posibilidad de utilizar esta tipología de operaciones como una solución a situaciones de crisis e incertidumbre. Como, por ejemplo, a la originada en un principio por el “Brexit” (en la medida en la que esta norma fue aprobada durante el proceso de separación del Reino Unido, concretamente en diciembre de 2019). A pesar del paso del tiempo, la inestabilidad persiste en la actualidad a raíz de la situación política resultante del conflicto armado en Ucrania.

A pesar de ello, del estudio de la Directiva surgen ciertas dudas sobre la unificación del

<sup>10</sup> La regulación de las fusiones transfronterizas ya se encontraba en 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, p. 1). Con posterioridad, la regulación se desarrolló gracias a la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

procedimiento a seguir, para la consecución de las modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias, en los países miembros con diferentes tradiciones jurídicas. Es decir, se han originado cuestiones de índole práctica con relación a la efectiva dotación de seguridad jurídica para estas operaciones mercantiles.

Como resultado, la doctrina científica ha venido cuestionándose la idoneidad de la Directiva 2019/2121 como herramienta jurídica garantista de la movilidad societaria transfronteriza intracomunitaria, la libertad de establecimiento y, como resultado, de los valores de la UE, especialmente en momentos de crisis.

#### **IV. LA RELACIÓN DE LA MOVILIDAD SOCIETARIA CON LA NORMATIVA CONCURSAL Y SU USO EN SITUACIONES DE CRISIS**

Como se ha mencionado con anterioridad, la relación entre la normativa concursal y la normativa societaria en materia de modificaciones estructurales es ineludible y necesaria. El estudio de ambas materias debe realizarse con el fin de poder dotar de seguridad jurídica a situaciones de insolvencia económica. Las mencionadas situaciones pueden ser el resultado de un contexto político-social como en el que nos encontramos en la actualidad. En el mismo distinguimos diversos elementos particulares que afectan negativamente a la economía mundial y, por defecto, a las actividades comerciales desarrolladas por las empresas en los Estados comunitarios.

De tal forma que las modificaciones estructurales transfronterizas pueden permitir contemplar una alternativa para salvaguardar la con-

tinuidad, ayuda o expansión de las sociedades mercantiles en Europa. El interés no es baladí si tenemos en cuenta todos los agentes interesados e involucrados en la actividad empresarial y a los que cuales ya hemos hecho mención en este trabajo: socios, acreedores y trabajadores. El legislador comunitario es consciente también de la evidente existencia de un sistema económico interconectado, y, además, de sus ventajas e inconvenientes.

El “Company Law Package” se concibe con el objetivo modernizar la regulación mercantilista y, con ello, dar solución a las necesidades originadas en tiempos como el vivido a raíz de la guerra en Ucrania. Por tanto, debemos anotar que una mejora o actualización en la normativa de la movilidad societaria, a través de las modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias de manera conjunta con la regulación concursal, supondrá una forma de garantizar la efectiva libertad de establecimiento en la UE en una situación de crisis como la presente.

Aun así, como algunos autores apuntan, la Directiva 2019/2121 contiene ciertos puntos de difícil interpretación o aplicación práctica. Por ejemplo, y centrándonos en el plano que nos compete en este apartado de nuestro análisis, el texto comunitario indica (en su considerando noveno) que la norma “no debe aplicarse a las sociedades en liquidación que hayan comenzado la distribución de sus activos”<sup>11</sup>. Es interesante resaltar que, como ya se ha pronunciado la doctrina científica, en la práctica puedan derivarse situaciones en las que se intente ocultar dicho estado de insolvencia. De tal forma que (a raíz de una modificación transfronteriza) se podría llevar a cabo un proceso de disolución-liquida-

<sup>11</sup> 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.



ción-extinción en un país distinto al de origen, con una regulación diferente y con los posibles riesgos que ello pudiera entrañar para los agentes involucrados o afectos a la actividad empresarial. Por tanto, *“resulta bastante obvio que el legislador europeo no ha pensado en el caso de las sociedades que no se hallen todavía incursas en cualquiera de esas situaciones (para simplificar la idea: que no hayan iniciado ningún procedimiento, ni concursal ni de refinanciación) pero proyecten hacerlo en el Estado de acogida de su nuevo domicilio”*<sup>12</sup>.

Como se desprende de lo expuesto, para llevar a cabo una modificación estructural transfronteriza nos encontraremos con un control *ex ante*. Este control podrá revestir, dependiendo de la regulación nacional establecida por los países comunitarios en función de la discrecionalidad otorgada por la Directiva 2019/2121, de una mayor o menor laxitud. Recordemos que estamos hablando de una Directiva que, precisamente, se caracteriza por la discrecionalidad que la misma dota a los Estados Miembros para transponer su contenido a la legislación nacional. Con ello, los controles variarán en función de lo regulado por los Estados Miembros. Eso sí, tampoco debemos olvidar que existirá un control *ex post* en el país de destino fruto de la modificación estructural. El mencionado control también dependerá de la legislación del segundo Estado Miembro involucrado en la operación.

Pero, para poder conseguir un análisis completo del marco normativo en el que intentamos ubicarnos, no sólo deberemos acudir a la normativa en materia concursal o societaria (rama del Derecho mercantil al que pertenecen las modifi-

caciones estructurales). Estamos hablando de las normas en materia fiscal, laboral, de sostenibilidad, protección del medio ambiente, etc.

A raíz de lo anterior, uno de los temores es el conocido como “forum shopping” o la búsqueda de una jurisdicción más conveniente o beneficiosa en un margen interno o transfronteriza. Dicha situación se derivaría del “race to the bottom” o competición de los Estados Miembros por ofrecer unas políticas o normas más atractivas con la finalidad de atraer a empresas a su territorio. Como hemos visto, se podría intentar buscar una regulación más laxa en materia de insolvencia o de garantías para los socios, acreedores o trabajadores.

Con todo ello, la materia de las modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias debe analizarse desde una perspectiva transversal. Desde esta visión podremos construir un sistema regulador que facilite y armonice estas operaciones para favorecer la libertad de establecimiento, especialmente en situaciones de crisis. Pero también desde una visión crítica para evitar un uso indebido de esta regulación. Como resultado, se podrán garantizar los derechos de los agentes involucrados y que son parte de la vida y actividad de las empresas europeas.

Finalmente, y sólo con la práctica lo comprobaremos de manera efectiva, deberemos analizar si este marco normativo favorece a toda clase de sociedades mercantiles o si, por el contrario, solamente estará al alcance de las grandes empresas con herramientas y recursos económicos superiores.

12 NIETO DELGADO, C., «Cambios de domicilio, insolvencia y «forum shopping»: ¿esquizofrenia europea?». *LA LEY*, Nº 14928/2018, p. 9.

## V. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/2121 A LA NORMATIVA NACIONAL

El pasado mes de junio se procedió a la transposición de la Directiva 2019/2121 a nuestro ordenamiento nacional. Como resultado ya no nos referiremos a la derogada Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Debemos atender a lo establecido en el “Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea” (en adelante “Real Decreto 5/2023”). Su entrada en vigor tiene como fecha el 29 de julio de 2023.

Tal y como se expone en el propio texto, la trasposición se produce con atraso. Recordemos que el contenido de la Directiva 2019/2121, tal y como indica la misma, debería haber sido traspuesto antes del 31 de enero de 2023.

Sin embargo, el hecho más conflictivo ha sido la trasposición efectuada a través de un Real Decreto-Ley. Esta circunstancia ya ha provocado críticas entre algunos autores que han expresado su preocupación ante una supuesta falta de cuidado ante una materia que, como hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo, requiere de una especial atención por su repercusión en los valores de la UE<sup>13</sup>.

Sin adentrarnos en el contenido del texto, debemos destacar también el análisis crítico efectuado por el Consejo Económico y Social España (CES), a través de su Dictamen 5/2023. Es llamativo señalar cómo el CES destaca la falta de concesión de *un plazo razonable para emitir su opinión preceptiva*<sup>14</sup> sobre el texto del Anteproyecto de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales<sup>15</sup>. Efectivamente, en un principio, se hablaba de un texto independiente con rango de Ley que, finalmente, reviste el rango de Decreto-Ley. Y, como podemos apreciar, no se ha concedido suficiente tiempo a un organismo público cuya finalidad es emitir una opinión crítica y especializada para aportar mejoras a futuros textos normativos.

El contenido último del texto ha incluido mejoras en relación con la aprobación de las conocidas como “modificaciones estructurales simplificadas”. No obstante, debemos anotar que el CES<sup>16</sup> ya señalaba ciertas ausencias en materias

13 ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Una Ley de Modificaciones Estructurales por Decreto Ley. ¿Qué puede salir mal?”, en *Almacén de Derecho*, 25 de junio de 2023: <https://almacenederecho.org/una-ley-de-modificaciones-estructurales-por-decreto-ley-que-puede-salir-mal>

14 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES. NICES: 839-2023. *Colección Dictámenes* Número 5/2023. Sobre el Anteproyecto de Ley de Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento 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.

15 ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES POR LA QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121 DEL PARLAMENTO 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: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Directiva%20Transfronterizas.pdf>

16 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES. NICES: 839-2023. *Colección Dictámenes* Número

tales como los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, los plazos, cargas o la declaración de la situación financiera que, por lo visto, no se han corregido con suficiencia.

Todo parece apuntar a que deberemos esperar para observar los efectos, a nivel nacional e internacional, del nuevo marco jurídico en materia de modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias. Esto precisará un análisis tanto de la normativa española como la del resto de Estados Miembros. De esta forma podremos apreciar si se garantiza una efectiva libertad de establecimiento en el territorio comunitario, así como la protección de los derechos e intereses del conjunto de agentes que forman parte de las operaciones transfronterizas.

## VI. CONCLUSIONES

Tal y como hemos expuesto en el presente trabajo, las modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias son la manifestación de uno de los valores fundamentales de la UE: la libertad de establecimiento de las empresas.

Debido a la aprobación de la Directiva 2019/2121 y su reciente transposición a la legislación nacional, el análisis jurídico es ineludiblemente necesario. Este estudio debe tener como objetivo garantizar la creación de un marco jurídico seguro y beneficioso para la consecución de estas operaciones. Pero, además de proteger a la empresa, se debe buscar la defensa de los derechos de todos los agentes afectados o involucrados en estas modificaciones estructurales.

A su vez, las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas pueden suponer una herramienta eficaz para asegurar la continuidad de las empresas en situaciones de insolvencia derivadas de circunstancias político-sociales concretas de crisis como la actual. Es por ello, por lo que el estudio de esta disciplina conlleva un análisis paralelo de la normativa en materia concursal.

Por tanto, tenemos que prestar especial atención a una normativa de reciente transposición que, a priori, presenta aspectos que requieren de ciertas mejoras. Sólo desde una perspectiva crítica y constructiva podremos garantizar una efectiva movilidad societaria, la protección de la libertad de establecimiento y, con todo ello, la defensa de los valores de la UE.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Una Ley de Modificaciones Estructurales por Decreto Ley. ¿Qué puede salir mal?, en *Almacén de Derecho*, 25 de junio de 2023: <https://almacendederecho.org/una-ley-de-modificaciones-estructurales-por-decreto-ley-que-puede-salir-mal>

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES. NICES: 839-2023. *Colección Dictámenes* Número 5/2023. Sobre el Anteproyecto de Ley de Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento 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.

---

5/2023. Sobre el Anteproyecto de Ley de Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento 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.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J. L. “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Aranzadi, 2019.

EMBID IRUJO, J. M., “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, *CDC*, 1999.

NIETO DELGADO, C., “Cambios de domicilio, insolvencia y «forum shopping»: ¿esquizofrenia europea?”. *LA LEY*, N° 14928/2018.

TAPIA HERMIDA, A.J., “Ferrovial: una fusión transfronteriza inversa interesante”: <http://aj-tapia.com/2023/03/ferrovial-una-fusion-transfronteriza-inversa-interesante/>

STJUE, Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o., en liquidación, C-106/16, 25 de octubre de 2017.

## VIII. NORMATIVA CONSULTADA

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea

ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES POR LA QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121 DEL PARLAMENTO 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: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/Actividad-Legislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Directiva%20Transfronterizas.pdf>

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.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.