

La Sociedad Anónima Europea: una reflexión sobre la dilución de su atractivo en el ámbito de las operaciones transfronterizas de fusión y traslado de la sede social^{*}

The European company: some thoughts about the dilution of its attractiveness in the field of cross-border mergers and transfers of the registered office

ALBERTO QUINTAS SEARA

Universidad de A Coruña

alberto.quintas@udc.es



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.183-209>

Resumen: La Sociedad Anónima Europea nació con la vocación de superar las dificultades tradicionalmente asociadas a la actividad transfronteriza de las empresas europeas. En este sentido, uno de sus objetivos consistía en posibilitar o, en su caso, facilitar la realización de operaciones transfronterizas de fusión y traslado de la sede social llevadas a cabo por sociedades de los diferentes Estados miembros en el seno de la Unión Europea. Sin embargo, su utilidad y atractivo como instrumento para articular estas operaciones se ha ido diluyendo con el devenir de los años, en gran medida por cuestiones vinculadas a la propia configuración de su régimen jurídico por parte del Reglamento (CE) nº 2157/2001, pero también debido a la evolución de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la libertad de establecimiento y la aprobación de determinadas normas de Derecho de la UE en el plano del Derecho societario y del Derecho tributario.

Palabras clave: Sociedad Anónima Europea; fusión transfronteriza; traslado transfronterizo de la sede social; Derecho de la UE.

Abstract: The European Company was created with the aim of overcoming the difficulties traditionally associated with the cross-border activity of European companies. In this regard, one of its objectives was to enable or facilitate the carrying out of cross-border mergers between companies from different Member States as well as the transfer of their registered office within the European Union. However, its usefulness and attractiveness as an instrument to carry out these operations has been diluted over the years, largely due to issues related to the configuration of its legal regime by Regulation (EC) No.

^{*} El autor de este trabajo es miembro del Grupo de Referencia Competitiva (2020-2023) “Derecho Público Global” de la Universidad de A Coruña financiado por la Xunta de Galicia.

2157/2001, but also due to the evolution of the ECJ jurisprudence in the field of freedom of establishment and the approval of certain rules of EU Law at the level of company law and tax law.

Keywords: European Company; cross-border merger; cross-border transfer of the registered office; EU Law.

1. EL SURGIMIENTO DE UNA FIGURA SOCIETARIA DE NATURALEZA EUROPEA

A finales de 1966, y como resultado del trabajo de un grupo de expertos dirigidos por el profesor Pieter Sanders, comenzaba ya a tomar forma la idea de una sociedad anónima de carácter europeo¹, concebida como una figura societaria de ámbito supranacional que, conviviendo con los tipos societarios propios de los diferentes Estados miembros, permitiese a las empresas cuya actividad presentase una dimensión transfronteriza optar por una u otra configuración en función de sus necesidades y ámbito de implantación, lo que, a su vez, contribuiría a avanzar de forma decisiva en el proceso de integración económica y en la efectiva realización del mercado común². En otras palabras, podría decirse que la Sociedad Europea no estaba concebida para sustituir a las formas societarias nacionales ya existentes sino que buscaba ampliar la

¹ *Vid.* Comisión Europea (1967). *Project d'un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam* (Études. Série concurrence, n°6). No obstante, conviene tener presente que se trataba de una iniciativa de origen francés surgida poco después de la firma del Tratado de Roma, y presentada en el 57 Congreso de los Notarios de Francia, celebrado en la ciudad de Tours en 1959 (*vid.* Thibierge, C. (1959). *Le statut des sociétés étrangères*. En AA.VV. *Le statut de l'Étranger et le Marché Commun. 57^e Congrès des Notaires de France*, pp.270 y ss.). El propio Sanders defendería ese mismo año la conveniencia de la creación de este nuevo tipo societario en su discurso inaugural del “Instituto de Ciencias Económicas de Rotterdam” pronunciado el 22 de octubre de 1959 (*vid.* Sanders, P. (1959). *Vers une société anonyme européenne?*. *Rivista delle Società*, 1163-1176). Sin embargo, la propuesta “formal” de creación de una sociedad anónima de carácter europeo por parte del gobierno francés a la Comisión no se produciría hasta el 15 de marzo de 1965, momento a partir del cual comenzarían a intensificarse los trabajos de estudio para conseguir su efectiva implantación (*vid.* Comisión Europea (1966). *Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies*, SEC (66) 1250).

² En este sentido, *vid.* Comisión Europea (1967). *Project d'un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam* (Études. Série concurrence, n°6), p.5.

“oferta” de las formas jurídicas accesibles a las empresas europeas para llevar a cabo su actividad³.

En 1970, este ambicioso proyecto se plasmaría en una Propuesta de Reglamento⁴ que, tras ser modificada en 1975⁵, sería finalmente abandonada en 1982⁶, en buena medida debido a que los Estados miembros no estaban preparados para acoger en sus ordenamientos nacionales el contenido profundamente innovador de la Propuesta de Reglamento⁷, e incluso veían con cierto recelo la posibilidad de crear una figura societaria que escapara al control de sus legislaciones nacionales y que pudiese competir con sus propias figuras societarias⁸. No será pues, hasta la segunda mitad de la década de los ochenta, marcada por la publicación del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la realización del mercado interior (1985)⁹ y por el decidido apoyo de su presidente, Jacques Delors, al proyecto de la Sociedad Europea, cuando se retomen los trabajos para la adopción de esta figura societaria de naturaleza supranacional.

De este modo, en 1989, verían finalmente la luz las Propuestas que a la postre, y tras más de diez años de negociaciones, se convertirían en el Reglamento (CE) nº 2157/2001¹⁰ y en la Directiva 2001/86/CE¹¹. En este

³ Vid. Colangelo, M. (2005). La «Società Europea» alla prova del mercato comunitario delle regole. *Europa e diritto privato*, (1), p.153.

⁴ Comisión Europea (1970). *Proposal for a Council Regulation embodying a Statute for European Companies*, COM (1970) 600 final.

⁵ Comisión Europea (1975). *Amended Proposal for a Council Regulation on the Statute of European Companies*, COM (1975) 150 final.

⁶ Vid. Comisión Europea (1988). *Memorandum from the Commission to Parliament, the Council and two sides of industry. Internal Market and industrial cooperation. Statute for the European company. Internal market White Paper, point 137*, COM (88) 320 final.

⁷ Vid. Synvet, H. (1990). Enfin la société européenne?. *Revue trimestrielle du droit européen*, 26(2), p.254.

⁸ En este sentido, vid. Blanquet, F. (2001). Enfin la Société Européenne: la SE. *Revue du droit de l'Union Européenne*, (1), p.69; y Cotiga, A. (2012). La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs. *Revue Lamy droit des affaires*, (71), pp.139-141.

⁹ Vid. Comisión Europea (1985). *Completing the internal market. White Paper from the Commission to the European Council*, COM (85) 310 final, en cuyo punto nº 137 se hacía referencia a la importancia de la Sociedad Europea como “instrumento necesario para la cooperación industrial en un mercado interior unificado”.

¹⁰ Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOCE nº L 294, de 10 de noviembre de 2001, p.1). La propuesta original fue presentada por la Comisión en 1989

sentido, no podemos perder de vista que, a pocos años de la fecha límite fijada para la implantación efectiva del mercado único (1992), resultaba esencial adoptar los instrumentos jurídicos necesarios para dar respuesta a las crecientes necesidades de cooperación entre sociedades a nivel europeo y facilitar la constitución de empresas de dimensión europea que pudiesen competir con sus homólogas americanas o japonesas. Ciertamente, en el contexto económico de principios de los años ochenta, en el que la actividad empresarial ya había abandonado los límites propios del mercado doméstico adquiriendo un marcado carácter transfronterizo, resultaba imprescindible desarrollar los instrumentos legislativos adecuados a nivel europeo para que las empresas de los diferentes Estados miembros pudiesen reorganizar sus estructuras productivas y actividades a escala comunitaria.

A este respecto, las Directivas 78/855/CEE¹² y 82/891/CEE¹³, aunque útiles, no resultaban suficientes al circunscribirse respectivamente al marco jurídico aplicable a las fusiones y escisiones de naturaleza interna llevadas a cabo por sociedades anónimas con el objetivo de proteger los intereses de accionistas y terceros, de forma tal que, cuando dichas operaciones presentaban una dimensión transfronteriza, tenían que hacer frente a una serie de obstáculos derivados de la interacción entre las heterogéneas legislaciones societarias de los Estados miembros. De este modo, podría afirmarse que,

(DOCE nº C 263, de 16 de octubre de 1989, p.41), y modificada en 1991 (DOCE nº C 176, de 8 de julio de 1991, p.1). Se trataba de una propuesta “aligerada” (y en cierto modo “edulcorada”), al objeto de superar las reticencias que habían expresado los Estados miembros en relación con los anteriores proyectos, y que pivotaba en gran medida sobre el empleo de la técnica del reenvío a las legislaciones nacionales que ya se habían beneficiado de los avances del proceso de armonización en el ámbito del Derecho societario europeo (*vid. Synvet, H., op.cit.*, p.254).

¹¹ Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOUE nº L 294, de 10 de noviembre de 2001, p.22). La propuesta original fue presentada por la Comisión en 1989, conjuntamente con la Propuesta de Reglamento de la Sociedad Europea (DOCE nº C 263, de 16 de octubre de 1989, p.69) y modificada en 1991 (DOCE nº C 138, de 29 de mayo de 1991, p.8).

¹² Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOCE nº L 295, de 20 de octubre de 1978, p.36).

¹³ 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 Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas (DOCE nº L 378, de 31 de diciembre de 1982, p.47).

con el paso del tiempo, fue quedando en evidencia el distanciamiento entre el marco jurídico y el marco económico en el que operaban las empresas europeas, pues el primero seguía anclado en una dimensión nacional, mientras que el segundo era ya merecedor del adjetivo “europeo”, por lo que resultaba necesario establecer, en la medida de lo posible, una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en el seno de la Unión Europea¹⁴.

En este contexto, uno de los objetivos que se pretendían alcanzar a través de la creación de una figura societaria de naturaleza europea pivotaba sobre la eliminación de los obstáculos o barreras jurídicas que en aquel momento afectaban a determinados ámbitos de la actividad transfronteriza de las sociedades nacionales, tales como las fusiones intra-europeas¹⁵ o el traslado transfronterizo de la sede social, dificultando el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado. De hecho, ya en 1966, la propia Comisión Europea hacía referencia a que la creación de la Sociedad Europea supondría la puesta a disposición de las empresas de los diferentes Estados miembros de un instrumento de concentración y cooperación que contribuiría, cuanto menos, a simplificar las operaciones de fusión transfronteriza en la medida en que éstas podrían realizarse, por ejemplo, a través de la constitución de una Sociedad Europea, o a través de la absorción de una o varias sociedades nacionales por parte de una Sociedad Europea preexistente¹⁶.

Ciertamente, la consecución de los fines a los que aspiraba la Sociedad Europea solo sería posible a través de la elaboración de un Reglamento que garantizase un adecuado nivel de uniformidad en relación con los aspectos esenciales de su régimen jurídico, sin perjuicio de que en relación con determinadas cuestiones puntuales, el propio Reglamento pudiera remitirse a las normas previstas en los distintos ordenamientos nacionales en materia de sociedades anónimas o

¹⁴ Vid. Considerandos nº 4 y 6 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

¹⁵ En este sentido, llegó a afirmarse que “la creación de una sociedad de tipo europeo podría constituir un factor de promoción de las fusiones internacionales sin duda más decisivo que la coordinación de los derechos societarios nacionales” (vid. Roelans, J. (1970). *Régimes fiscaux applicables aux fusions de sociétés dans les États membres de la C.E.E. et perspectives communautaires*. Bruylant, p.115).

¹⁶ Vid. Comisión Europea (1966). *Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies*, SEC (66) 1250), pp.16-17.

directamente permitiese a los Estados miembros adoptar las disposiciones específicas oportunas para esta forma societaria¹⁷.

En definitiva, se trataba de que la configuración del Estatuto de la nueva Sociedad Europea estuviese investida de un fuerte carácter homogéneo, pues en su independencia residiría buena parte de su pretendido éxito¹⁸. No obstante, si tenemos en cuenta las numerosas referencias a las legislaciones domésticas que figuran en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, así como las múltiples cuestiones que quedan a la discrecionalidad de los Estados miembros (con el consiguiente impacto negativo sobre los niveles de seguridad jurídica), no resulta aventurado cuestionarse si la pretendida vocación de uniformidad ha quedado solo en papel mojado o si el precio pagado para conseguir desbloquear la aprobación del Reglamento por parte de los Estados miembros ha sido demasiado alto¹⁹.

En este sentido, resulta interesante destacar la propia evolución del concepto de la Sociedad Europea, desde su configuración en las Propuestas de Reglamento de 1970 y 1975 como una sociedad exclusivamente europea cuyos elementos definidores y régimen jurídico aparecían contemplados en un Reglamento que presentaba una clara vocación de unicidad, hacia una suerte de figura societaria híbrida (Propuestas de Reglamento de 1989 y 1991) sujeta a un Estatuto de base europea y uniforme, pero donde no faltaban referencias al Derecho interno de los Estados miembros²⁰. De hecho, se ha llegado a apuntar que

¹⁷ Vid. artículo 9 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

¹⁸ A esta cuestión ya hacía referencia el Dictamen del CESE a la Propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Europea de 1989 (DOCE n° C 124, de 21 de mayo de 1990, p.34) en su Considerando 1.2.

¹⁹ De hecho, en la consulta pública lanzada en 2012 por la Comisión Europea acerca del futuro del Derecho societario europeo, un tercio de los participantes cuestionaba el valor añadido que las formas societarias europeas aportaban a las empresas de los diferentes Estados miembros, debido, entre otros factores, a la complejidad derivada de las múltiples referencias a las legislaciones nacionales (vid. Comisión Europea (2012). *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on the future of European company law*, p.7). A este respecto, pero desde una perspectiva diferente, algunos autores han apuntado que la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 2157/2001 dio “el pistoletazo de salida a la competición entre los legisladores nacionales en relación con el derecho subsidiariamente aplicable a la SE” (vid. Vieira da Costa Cerqueira, G. (2014). Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques. *Revue trimestrielle de droit européen*, (1), p.30).

²⁰ En este sentido, vid., Synvet, H., *op.cit.*, p.255; o Esteban Velasco, G. (2003). La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial.

la Sociedad Europea se ha convertido finalmente, no en una “criatura europea uniforme”, sino en un “camaleón” cuya naturaleza jurídica depende en gran medida de la legislación del Estado miembro de su constitución/incorporación, existiendo tantos tipos de Sociedad Europea como Estados miembros²¹.

2. LA SOCIEDAD EUROPEA Y LAS OPERACIONES DE FUSIÓN ENTRE SOCIEDADES DE DIFERENTES ESTADOS MIEMBROS

Tal y como hemos avanzado, una de las finalidades principales a las que se orientaba originariamente la creación de la Sociedad Europea consistía en posibilitar o, en su caso, facilitar la realización de operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros, garantizando un adecuado nivel de seguridad jurídica y la protección de los derechos los principales colectivos afectados por la operación. Ciertamente, con anterioridad a la aprobación de la Directiva

Revista Valenciana de Economía y Hacienda, (8), pp.221-224. No obstante, algunos autores como Hansen, L. (2007). Merger, moving and división across national borders – when case law breaks through barriers and overtakes Directives. *European Business Law Review*, 18(1), p.184, han apuntado que el hecho de que alguna de las cuestiones en las que el Reglamento (CE) nº 2157/2001 se remite a las legislaciones de los Estados miembros fueran objeto de armonización a través de Directivas europeas contribuye a reducir el grado de heterogeneidad que dichas remisiones introducen en el modelo de régimen jurídico de la Sociedad Europea.

²¹ *Vid.* Rickford, J. (2003). Inaugural lecture: The European Company. En Rickford, J. (Ed.), *The European Company: Developing a Community Law of Corporations*. Interselia, p.20. A este respecto, no debe perderse de vista que, tanto el Reglamento (CE) nº 2157/2001 como la Directiva 2001/86/CE, también resultan de aplicación en los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia, y Liechtenstein) de forma tal que, en realidad, podría hablarse de la existencia de 30 variantes de Sociedad Europea (*vid.* Cremers, J., Stollt, M., Vítols, S. (2013). Introduction: A decade of experience with the SE. En Cremers, J., Stollt, M., Vítols, S. (Eds.), *A decade of experience with the European Company*, ETUI, p.13). En un sentido similar, algunos autores han apuntado que esta figura societaria no puede definirse *stricto sensu* como una sociedad de nacionalidad europea, sino que simplemente se trata de una sociedad inspirada en principios europeos (así lo entienden, Blanc, G. (2002). La société européenne: la pluralité des rattachements en questions. *Le Dalloz*, (12), p.1056; o Garcimartín Alférez, F. (2002). El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (217), p.9).

2005/56/CE²², podría afirmarse que estas operaciones se llevaban a cabo en un entorno de escasa seguridad jurídica, planteaban problemas desde la óptica de la protección de los derechos e intereses de socios minoritarios, acreedores y trabajadores, y suponían un importante coste para las sociedades participantes, todo lo cual afectaba negativamente al correcto funcionamiento del mercado interior.

De hecho, a comienzos del nuevo milenio, las legislaciones societarias domésticas de la mayor parte de los Estados miembros, o bien no permitían las fusiones transfronterizas o bien establecían importantes restricciones a su realización (p.ej. Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Países Bajos o Suecia)²³. Asimismo, es importante tener presente que, incluso en relación con aquellos Estados miembros cuyos ordenamientos permitían estas operaciones (p.ej. España, Francia, Italia, Luxemburgo, o Portugal), la ausencia de una norma de Derecho europeo específica en la materia se traducía en una serie de problemas vinculados a la determinación de los requisitos, condiciones, procedimientos y consecuencias jurídicas de la fusión, así como al carácter heterogéneo de las legislaciones de los Estados miembros involucrados en la operación.

A este respecto, y con el fin de que las empresas europeas pudieran poner en común su potencial y adaptar su dimensión a las necesidades del mercado interior, cabría señalar cómo uno de los mecanismos previstos por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 para la constitución de la Sociedad Europea se articula en torno a la fusión de dos o más sociedades anónimas nacionales²⁴ que cumplan, con carácter general, los siguientes requisitos: a) que hayan sido constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro; b) que tengan su domicilio social y su administración central en el territorio de la Unión Europea; y

²² 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 (DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2005, p.1).

²³ Sobre esta cuestión, *vid.* Blanquet, F., *op.cit.*, p.87; y Colangelo, M., *op.cit.*, pp.154-155.

²⁴ Nótese cómo el propio Reglamento recoge en su anexo I la denominación concreta de las formas societarias propias de cada Estado miembro que podrán constituir mediante fusión una Sociedad Europea.

c) que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes²⁵.

No obstante, los Estados miembros disponen de la facultad para establecer que las sociedades sujetas a sus respectivos ordenamientos jurídicos, aun cumpliendo las condiciones anteriores, no puedan participar en la constitución de una Sociedad Europea por fusión en caso de que la autoridad nacional competente se oponga a ello por razones de interés público antes de la expedición del certificado exigido por el artículo 25.2 del Reglamento donde se acredite el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión²⁶. Esta posibilidad podría plantear una serie de problemas, a saber: en primer lugar, los posibles efectos discriminatorios derivados de las diferentes concepciones nacionales acerca del término “razones de interés público”, en la medida en que el Reglamento no lo desarrolla²⁷; y, en segundo lugar, los costes para las empresas participantes en la operación que podrían derivarse del ejercicio de esta facultad por parte de los Estados miembros.

Por lo que respecta a la operación de fusión propiamente dicha, el Reglamento (CE) nº 2157/2001 solo admite las modalidades “clásicas” de fusión por absorción (en cuyo caso la sociedad absorbente adoptaría la forma de Sociedad Europea) y fusión por constitución (en cuyo caso la nueva sociedad resultante del proceso sería la que adoptaría la forma de Sociedad Europea), tal y como se definen, respectivamente, en los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 78/855/CEE (actuales artículos 89.1 y 90.1 de la Directiva 2017/1132/UE²⁸)²⁹.

En relación con esta cuestión, y desde el punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo de este mecanismo de constitución de Sociedades Europeas, no debe perderse de vista que solo las sociedades anónimas

²⁵ *Vid.* artículo 2.1 del Reglamento (CE) nº 2157/2001, en relación con la posibilidad prevista en el artículo 2.5 del citado Reglamento.

²⁶ *Vid.* artículo 19 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

²⁷ En este sentido, aunque en el ámbito de las operaciones de traslado del domicilio social de la Sociedad Europea (en relación con las cuales el artículo 8.14 del Reglamento contempla una facultad similar para los Estados miembros), *vid.* González Sánchez, E., Franch Fluxà, J. (2005). The transfer of the seat of and the freedom of establishment for companies in the European Union: an analysis of ECJ case law and the regulation on the statute for a European Company. *European Taxation*, 45(6), p.229.

²⁸ Directiva 2017/1132/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE nº L 169, de 30 de junio de 2017, p.46).

²⁹ *Vid.* artículo 17.2 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

pueden participar en la creación por fusión de una Sociedad Europea. Ciertamente, y a imagen y semejanza de las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE, la sociedad anónima se convierte nuevamente en el tipo societario de referencia a la hora de fijar el ámbito de aplicación subjetivo de una norma europea en materia de Derecho de sociedades, habida cuenta de que de las cuatro modalidades previstas por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 para la constitución de la Sociedad Europea en sus diferentes variantes tan solo dos ellas están abiertas a la participación de figuras societarias distintas de la sociedad anónima, a saber: la “Sociedad Europea *holding*” y la “Sociedad Europea filial”.

En nuestra opinión, nos encontramos ante un planteamiento que, aun cuando resulta totalmente comprensible si lo ponemos en relación con el contexto en el que se aprobó el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y con el hecho de que la mayoría de grandes empresas que suelen participar en este tipo de operaciones de ámbito intra-europeo están constituidas bajo la forma de sociedad anónima³⁰, se ha visto en cierto modo superado por la Directiva 2005/56/CE (actualmente codificada a través de la Directiva 2017/1132/UE) cuyo ámbito de aplicación subjetivo resulta más amplio al proyectarse sobre el concepto de “sociedad de capital”³¹, lo que abre la puerta a que un buen número de PYMEs, generalmente constituidas bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada y de una importancia cardinal en el tejido empresarial de la Unión Europea, puedan llevar a cabo operaciones de fusión transfronteriza.

Asimismo, y en relación con los requisitos exigidos con carácter general por el artículo 2.1 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 a las sociedades anónimas nacionales que deseen constituir una Sociedad Europea por fusión, también se observa una mayor flexibilidad en las normas sobre fusiones transfronterizas contenidas actualmente en la Directiva 2017/1132/UE por cuanto, a estos efectos, resulta suficiente que las sociedades involucradas en la fusión tengan su domicilio social, su centro de administración efectiva, o su establecimiento principal en un Estado miembro (siempre, claro está, que hubiesen sido constituidas de acuerdo con el Derecho nacional de un Estado miembro y que al menos dos de ellas estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes).

³⁰ En este sentido, *vid.* Rickford, J., *op.cit.*, p.229.

³¹ *Vid.* artículos 118 y 119 de la Directiva 2017/1132/UE, en relación con el anexo II de la citada norma.

En segundo lugar, y desde la óptica del ámbito de aplicación objetivo de este mecanismo de constitución de la Sociedad Europea, cabría señalar cómo, nuevamente, el Reglamento (CE) n° 2157/2001 se ha visto superado por la Directiva 2017/1132/UE por cuanto, en su redacción actual, esta norma de Derecho de la UE contempla un concepto más amplio de fusión transfronteriza, dando cobertura a modalidades de esta operación no previstas por el artículo 17.2 del Reglamento³².

Asimismo, y aun sin ánimo de profundizar en la configuración del régimen jurídico de la operación (cuyo análisis detallado excedería del objeto de este trabajo), por lo que respecta a la creación de una *Societas Europaea* a través de una operación de fusión podrían plantearse algunas cuestiones problemáticas como la incertidumbre acerca de la posibilidad de que, en el marco de una fusión por absorción, la sociedad adquirente (futura Sociedad Europea) traslade su domicilio a otro Estado miembro de forma simultánea a la operación³³; la determinación de la relación de canje de los títulos, habida cuenta de los diferentes métodos de valoración de las sociedades contemplados en las legislaciones de los Estados miembros; o la falta de fijación de un contenido mínimo para el certificado de legalidad previsto en el artículo 25.2 del Reglamento.

Por otra parte, y desde el punto de vista fiscal, no conviene perder de vista cómo, desde la modificación operada en la Directiva 90/434/CEE³⁴ (actual Directiva 2009/133/CE³⁵) por parte de la Directiva 2005/19/CE³⁶,

³² *Vid.* artículos 119.2 y 120.1 de la Directiva 2017/1132/UE.

³³ No obstante, por lo que respecta a la creación de una Sociedad Europea a través de una fusión por constitución, se ha apuntado que el domicilio social de la Sociedad Europea resultante no tendría que coincidir necesariamente con el de las sociedades participantes en la operación (*vid.* Rickford, J., *op.cit.* p.21).

³⁴ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOCE n° L 225, de 20 de agosto de 1990, p.1).

³⁵ Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2009, p.34).

³⁶ Directiva 2005/19/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOUE L n° 58, de 4 de marzo de 2005, p.19). Nótese cómo una de las modificaciones introducidas por la citada Directiva consistía en la

la constitución de una Sociedad Europea a través de la fusión de dos sociedades de Estados miembros diferentes quedó definitivamente cubierta por el régimen de neutralidad fiscal contemplado en la citada Directiva lo que, sin lugar a dudas, eliminó un importante obstáculo a la creación de Sociedades Europeas a través de esta procedimiento³⁷.

A este respecto, cabría apuntar que, de acuerdo con un sector de la doctrina, incluso con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, la constitución por fusión de una Sociedad Europea podría tener al acceso al mencionado régimen de neutralidad fiscal, bien sobre la base de una interpretación conjunta del artículo 9.1, apartado c), subapartado ii) y del artículo 10 del Reglamento (CE) n° 2157/2001³⁸ (siempre que entendamos que el contenido de dichos preceptos puede extenderse al ámbito fiscal ante la ausencia de disposiciones de esta naturaleza en el citado Reglamento)³⁹, o bien partiendo de la idea de que

incorporación al anexo de la Directiva 90/434/CEE de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea, de forma tal que, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 3, apartado a) de la citada norma europea, estas figuras societarias pasarían a estar incluidas dentro de su ámbito de aplicación subjetivo junto con otras entidades jurídicas propias de los diferentes Estados miembros.

³⁷ En este sentido, *vid.* Airs, G. (2005). Amending the Mergers Directive. *The Tax Journal*, (780), p.9.

³⁸ De este modo, y en la medida en que las sociedades anónimas quedan cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE, su implementación en los ordenamientos domésticos de los Estados miembros determinaría la extensión automática de sus disposiciones a las Sociedades Europeas. En relación con esta cuestión, podría plantearse el supuesto de que dos sociedades con residencia fiscal en el mismo Estado miembro, pero constituidas con arreglo al ordenamiento de Estados miembros diferentes y sujetas al Derecho nacional de dichos Estados constituyesen una Sociedad Europea por fusión, de forma tal que la operación resultaría válida desde la óptica del Reglamento (CE) n° 2157/2001 (asumiendo que su domicilio social y su administración central estuviesen localizados dentro de la UE) pero quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE por tratarse de una operación de naturaleza interna. Sin embargo, en la práctica, este tipo de supuestos no plantearían especiales problemas en la medida en que los Estados miembros han optado por extender unilateralmente el ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones a supuestos de naturaleza estrictamente doméstica (sobre esta cuestión, *vid.* Herzig, N., Griemla, S. (2002). Steuerliche Aspekte der Europäischen aktiengesellschaft/Societas Europaea (SE). *Steuer und Wirtschaft*, (1), p.60, citado por López Rodríguez, J., Herrera Molina, P. (2004). Régimen fiscal de la Sociedad Europea. *Crónica Tributaria*, (110), p.38).

³⁹ Así lo entiende, Bell, S. (2004). Amendments to Merger Directive: a new dawn for cross-borders reorganizations?. *European Taxation*, 6(3), p.123, e incluso la propia Comisión Europea cuando, en relación con la aplicación de la Directiva de Intereses y

una discriminación en el tratamiento fiscal de la Sociedad Europea frente a las sociedades anónimas de los Estados miembros en este ámbito resultaría contraria a la libertad de establecimiento⁴⁰. No obstante, lo cierto es que la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE en relación con esta cuestión resultó de especial relevancia por cuanto zanjó definitivamente la cuestión, garantizando la neutralidad fiscal de este tipo de operaciones (siempre, claro está, que se verifique el cumplimiento de los requisitos previstos en la Directiva Fiscal de Fusiones).

En definitiva, podría afirmarse que el Reglamento (CE) n° 2157/2001, aprovechándose de la labor de armonización previa llevada a cabo por la Directiva 78/855/CEE e inspirándose en su contenido, vino a establecer un marco de seguridad jurídica para la realización de fusiones de naturaleza transfronteriza cuyo resultado era la creación de una Sociedad Europea que diese respuesta a las necesidades de cooperación transfronteriza de las empresas europeas y que garantizase la protección de los principales colectivos afectados por estas operaciones.

Sin embargo, el “restrictivo” régimen jurídico configurado por el Reglamento (CE) no 2157/2001 en relación con la propia sociedad en general, y en relación con la modalidad de constitución por fusión en particular⁴¹, unido a la existencia de un marco jurídico armonizado (configurado originariamente por el legislador europeo a través de la Directiva 2006/56/CE y plasmado actualmente en los artículos 118 a 134

Cánones (DOUE n° L 157, de 26 de junio de 2003, p.49) a las Sociedades Europeas (que no figuran en su anexo), afirma que “en la práctica la SE disfruta ya de las ventajas que le reconoce la Directiva, porque el Estado miembro donde tiene su domicilio social está obligado a permitir que se acoja al mismo tratamiento a que se acogería el tipo de sociedad anónima correspondiente a nivel nacional.” (*vid.* apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final, de 11 de noviembre de 2011). No obstante, también pueden encontrarse autores como Van den Broek, H. (2012). *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Tax Obstacles*. Wolters Kluwer, p.155, que, sobre la base de lo establecido en el Considerando n°20 del Preámbulo del Reglamento (CE) n° 2157/2011, defienden la no aplicabilidad de estos preceptos en materia fiscal y, por ende, la falta de acceso de la Sociedad Europea al régimen de la Directiva 2009/133/CE con anterioridad a su incorporación al anexo de dicha norma comunitaria.

⁴⁰ En este sentido, *vid.* López Rodríguez, J., Herrera Molina, P., *op.cit.*, p.30-32.

⁴¹ Así lo han calificado, Bidaud, H., Franceschi, J.M. (2007). *Cross-Border Mergers in Europe: The Fall of the Last Barriers*. *Tax Notes International*, 46(5), p. 470.

Directiva 2017/1132/UE) que no solo garantiza que las operaciones de fusión transfronteriza puedan realizarse con adecuados niveles de seguridad jurídica (más allá de alguna cuestión puntual como, por ejemplo, la aplicación de cláusula anti-abuso introducida a través de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE⁴²)⁴³ y protección de los derechos de socios minoritarios, acreedores, y trabajadores, sino que, en determinados aspectos resulta más flexible que el Reglamento (p.ej. al proyectar su ámbito de aplicación subjetivo sobre las sociedades de capital y no exclusivamente sobre las sociedades anónimas, o al contemplar más modalidades de la operación de fusión), ha diluido el atractivo de la Sociedad Europea como vehículo a través del cual instrumentar estas operaciones.

De hecho, y a título ilustrativo, cabría señalar cómo del total de 3.000 Sociedades Europeas existentes a fecha de 12 de marzo de 2018, tan solo el 4% se habían constituido mediante fusión de sociedades anónimas sujetas al ordenamiento de diferentes Estados miembros⁴⁴.

⁴² Directiva 2019/2121/UE 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 n° L 321, de 12 de diciembre de 2019, p.1).

⁴³ Nótese que, aun cuando no constituye el objeto de este trabajo realizar un examen exhaustivo de todos los aspectos problemáticos que se plantean en relación con las normas aplicables a las fusiones transfronterizas y contenidas en la Directiva 2017/1132/UE, sí que conviene referirse sucintamente a la cláusula anti-abuso contemplada en los apartados 8 y 9 del artículo 127 de la citada Directiva y que también se incluye en el ámbito de las operaciones de transformación y escisión transfronteriza (apartados 8 y 9 de los artículos 86 *quaterdecies* y 160 *quaterdecies* de la Directiva, respectivamente). A este respecto, y desde la óptica de la seguridad jurídica, cabría llamar la atención sobre la amplitud con la que dicha cláusula está formulada, lo cual podría dificultar la valoración acerca del carácter abusivo de la operación por parte de las autoridades nacionales competentes e introducir divergencias en su aplicación por parte de los Estados miembros. En relación con esta cuestión, y teniendo en cuenta que dicha cláusula se enmarca en el contexto de la emisión del certificado previo a la fusión (a la transformación, o a la escisión), existe el riesgo de que los Estados miembros encuentren incentivos a la adopción de un enfoque “restrictivo” a la hora de aplicar la citada cláusula con el fin de evitar la salida de sociedades de sus respectivos territorios. Ahora bien, debe tenerse presente que la interpretación de dicha cláusula anti-abuso deberá realizarse a la luz de la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE.

⁴⁴ *Vid.* Carlson, A. (2018). *SE founding in Europe*. European Trade Union Institute, p.10. <http://fr.worker-participation.eu/Societe-europeenne-SE/Facts-Figures>.

3. LA SOCIEDAD EUROPEA Y LAS OPERACIONES DE TRASLADO TRANSFRONTERIZO DE LA SEDE SOCIAL

Más allá de las fusiones entre sociedades de distintos Estados miembros, la Sociedad Europea también estaba llamada a posibilitar o, en su caso, a facilitar las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social. Ciertamente, desde la óptica del Derecho societario europeo, la atribución de esta facultad a la Sociedad Europea por parte del Reglamento (CE) nº 2157/2001 sin que ello conllevara su disolución ni la creación de una nueva persona jurídica⁴⁵, supuso un importante paso adelante frente a los obstáculos existentes al traslado transfronterizo de la sede social de las sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros ya que, en ausencia de una norma europea específica al respecto, la realización de estas operaciones con mantenimiento de la personalidad jurídica y cambio de *lex societatis* resultaba difícilmente viable en la práctica debido a los problemas derivados de la interacción de las legislaciones internas de los Estados miembros de origen y de destino (tanto si optaban por el modelo de constitución como si optaban por el modelo de la sede real), apenas mitigados por una jurisprudencia del TJUE escasamente desarrollada en la materia por aquel entonces⁴⁶.

A este respecto, no puede perderse de vista que, el hecho de que la sociedad que pretendía trasladar su sede social se viese obligada a disolverse y liquidarse en el Estado miembro de origen para, posteriormente, reconstituirse en el Estado miembro de destino, daba lugar al surgimiento de elevados costes, a la aparición de importantes obstáculos de naturaleza administrativa, así como a toda una serie de problemas vinculados a la protección de los derechos de los socios minoritarios, acreedores, y trabajadores de la sociedad. De hecho, incluso en aquellos supuestos en los que los Estados miembros contaban en sus respectivas legislaciones societarias domésticas con normas que posibilitaban estas operaciones (con modificación de la *lex societatis* y mantenimiento de la personalidad jurídica), su carácter heterogéneo determinaba que la operación de traslado transfronterizo de la sede social no pudiese realizarse en adecuadas condiciones de seguridad jurídica y

⁴⁵ Esta posibilidad, no contemplada explícitamente en la Propuesta de Reglamento de 1991, aparece recogida ahora en el artículo 8 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

⁴⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* Comisión Europea (2007). *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC (2007) 1707, pp. 9-10.

protección de los intereses de los principales colectivos afectados por la misma⁴⁷.

De este modo, una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, con domicilio social y administración central en el territorio de la Unión Europea, y que hubiese tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años, que estuviese interesada en trasladar su sede social a otro Estado miembro, podría transformarse en una Sociedad Europea y, a continuación, llevar a cabo la operación de traslado con arreglo a lo establecido en el artículo 8 del Reglamento⁴⁸. Asimismo, y en caso de que las características de la forma societaria europea no se adaptasen finalmente a las necesidades de la empresa, ésta siempre tendría la posibilidad de transformarse nuevamente en una sociedad anónima sujeta a la legislación nacional del Estado miembro de destino de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 66 del Reglamento, sin que ello diese lugar a la disolución ni a la creación de una nueva persona jurídica.

En relación con esta cuestión, conviene tener presente cómo el Reglamento (CE) n° 2157/2001 ha establecido dos supuestos que podrían impedir el traslado del domicilio social por parte de una Sociedad Europea. El primero de ellos hace referencia a la imposibilidad de llevar a cabo dicha operación en aquellos supuestos en los que se haya iniciado, en relación con la Sociedad Europea en cuestión, un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos u otros procedimientos análogos⁴⁹, mientras que el segundo pivota sobre la posibilidad de que la autoridad competente del Estado miembro en el que se encuentre registrada la Sociedad Europea, pueda oponerse por razones

⁴⁷ Vid. Quintas Seara, A. (2017). El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (57), pp.523-533.

⁴⁸ A este respecto nótese cómo el artículo 37.3 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 establece la imposibilidad de trasladar el domicilio social de forma simultánea al proceso de la transformación de una sociedad anónima nacional en Sociedad Europea. De acuerdo con Blanquet, F., *op. cit.*, p.91, esta prohibición responde a la necesidad de limitar el riesgo de huida al Derecho nacional de la sociedad que se transforma en Sociedad Europea, de forma tal que el ordenamiento por el que venía rigiéndose la sociedad nacional seguirá resultando de aplicación a la Sociedad Europea en todos los ámbitos no cubiertos por el Reglamento, como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia o el Derecho concursal.

⁴⁹ Vid. artículo 8.15 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

de interés público a aquellas operaciones de traslado de domicilio social que supongan un cambio en la legislación aplicable a la sociedad, siempre que así esté previsto por la legislación de dicho Estado miembro y debiendo admitirse recurso contra dicha oposición ante la autoridad judicial competente⁵⁰, lo que, como ya hemos apuntado al referirnos a la modalidad de constitución por fusión de la Sociedad Europea, podría dar lugar a la existencia de prácticas discriminatorias por parte de los Estados miembros, así como introducir un factor de riesgo para las Sociedades Europeas interesadas en realizar estas operaciones debido al coste potencial que la paralización del traslado del domicilio social podría suponer⁵¹.

Sin embargo, uno de los aspectos más problemáticos desde la óptica de la pretendida contribución de la Sociedad Europea a la movilidad transfronteriza de las empresas de los diferentes Estados miembros⁵², radica en la exigencia por parte del artículo 7 del Reglamento de que el domicilio social y la administración central de la Sociedad Europea se encuentren situados en el mismo Estado miembro⁵³, dejando incluso en manos de los Estados miembros la posibilidad de exigir que el domicilio social y la administración central se encuentren localizados en el mismo lugar dentro de su territorio.

⁵⁰ Vid. artículo 8.14 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

⁵¹ De hecho, algunos autores como Fernández del Pozo, L. (2003). El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea). *Revista de Derecho mercantil*, (250), p.1542, ya criticaron en su momento la introducción de esta posibilidad en el contenido del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

⁵² Una lista más detallada de los problemas que plantea la operación de traslado transfronterizo de la sede social de la Sociedad Europea puede encontrarse en Comisión Europea (2010). *Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2010 on the Statute for a European Company (SE)*, SEC (2010) 1391 final, pp.7-13.

⁵³ Nótese cómo este precepto debe ser interpretado en relación con la norma de conflicto prevista en el artículo 3.1 del propio Reglamento donde se establece que “a efectos de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2 [relativos respectivamente a la Sociedad Europea propiamente dicha, a la Sociedad Europea *holding*, y a la Sociedad Europea filial], se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social”. Sobre esta cuestión, *vid.* Fernández del Pozo, L., *op.cit.*, p.1523.

De hecho, este requisito, alineado con la denominada “teoría de la sede real”⁵⁴ y que no figuraba en la Propuesta de Estatuto de la Sociedad Europea de 1970, fue introducido en la Propuesta de Reglamento de 1989, gracias a la presión ejercida por la mayoría de Estados miembros que optaban por el “modelo de la sede real” (p.ej. Bélgica, Francia o Alemania), frente a la minoría que seguía el “modelo de la incorporación” (p.ej. Reino Unido, Irlanda o Países Bajos), alegando las dificultades que existirían para controlar a las Sociedades Europeas en el territorio del Estado miembro donde estuviese situada su administración central si la legislación de dicho Estado no podía aplicarse por quedar éstas sometidas al ordenamiento jurídico del Estado miembro de su constitución⁵⁵, así como la aparición de “*letter-box companies*” y el temido “efecto Delaware”⁵⁶.

En definitiva, podría afirmarse que el requisito impuesto implícitamente por el artículo 7 del Reglamento relativo a que la sede de la administración central de la Sociedad Europea deba trasladarse junto con su domicilio social al mismo Estado miembro⁵⁷, viene a difuminar el posible atractivo de una operación que, ya de por sí encorsetada en el estricto régimen del artículo 8 del Reglamento, puede ser vista con cierto recelo por parte del sector empresarial.

Si a esto sumamos que, tras la modificación operada por la Directiva 2019/2121/UE, se han incorporado a la Directiva 2017/1132/UE una serie de disposiciones orientadas a dotar de un marco jurídico armonizado a las operaciones de transformación transfronteriza mediante

⁵⁴ Así lo entienden, entre otros, Wymeersch, E. (2003). *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law. ECGI Working Paper Series in Law*, (8), p.33; Fernández del Pozo, L., *op.cit.*, p.1520; y Garcimartín Alférez, J. (2006). La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE. *Noticias de la Unión Europea*, (252), p.141. De hecho, el propio Considerando nº27 del Reglamento (CE) nº 2157/2001 establece que “habida cuenta del carácter específico y comunitario de la SE, el régimen de la sede real que el presente Reglamento establece para la SE se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros y no prejuzga de las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades”.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* Blanquet, F., *op.cit.*, pp.87-88.

⁵⁶ *Vid.* Lenoir, N. (2008). *The Societas Europaea (SE) in Europe. A promising start and an option with good prospects. Utrecht Law Review*, 4(1), p.18.

⁵⁷ Nótese cómo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Reglamento (CE) nº 2157/2001, el incumplimiento de este requisito, una vez concedido un determinado plazo a la sociedad infractora para regularizar su situación, conduciría a la liquidación de la sociedad.

las cuales las sociedades de los diferentes Estados miembros pueden articular el traslado de su sede social de un Estado miembro a otro con mantenimiento de la personalidad jurídica⁵⁸, bien podría decirse que la utilidad de la Sociedad Europea como instrumento para llevar a cabo estas operaciones ha sufrido un impacto directo en su línea de flotación, al dejar de configurarse como la única opción que garantizaba un adecuado nivel de seguridad jurídica, una protección adecuada a los principales colectivos afectados por dichas operaciones (socios minoritarios, trabajadores y acreedores), así como unos costes razonables⁵⁹. En este sentido, resulta ilustrativo que entre los años 2004 y 2017 tan solo el 4,7% de las Sociedades Europeas registradas hubiese llevado a cabo una operación de traslado transfronterizo de su sede social⁶⁰.

Por ello, en nuestra opinión, y vista la interpretación que de los artículos 49 y 54 del TFUE relativos a la libertad de establecimiento ha venido realizando el TJUE, quizás no estaría de más plantearse la posibilidad de acometer una reforma del Reglamento (CE) nº 2157/2001 al objeto de eliminar la exigencia de que el domicilio social y la sede de la administración central de la Sociedad Europea tengan que estar localizados en el mismo Estado miembro⁶¹. De hecho, esta idea de independencia entre la localización del domicilio social y la sede de

⁵⁸ Vid. artículos 86 bis a 86 unvicies de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, nótese cómo la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *VALE Építési* y *Polbud* ya había abierto previamente la puerta a la realización de estas operaciones sobre la base de lo establecido en los artículos 49 y 54 del TFUE (vid. SSTJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési kft.*; y de 25 de octubre de 2017, asunto C- 106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*).

⁵⁹ De hecho, en la consulta pública lanzada por la Comisión Europea en 2012 acerca del futuro del Derecho societario europeo, un buen número de participantes había resaltado que la “imagen y marca Europea”, junto la posibilidad de realizar determinadas operaciones transfronterizas (traslado de domicilio social) con un importante ahorro en costes, constituían el principal valor añadido de las formas societarias de naturaleza europea (vid. Comisión Europea (2012). *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on the future of European company law*, p.6).

⁶⁰ Vid. Carlson, A., *op.cit.*, p.12.

⁶¹ En este sentido, vid. Comisión Europea (2010). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, COM (2010) 676 final, pp.8-9. A favor de esta opción se ha mostrado Ringe, W.G. (2007). *The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment. Journal of Corporate Law Studies*, 7(2), pp.200-201.

administración central en el contexto de formas societarias de naturaleza europea podemos encontrarla en la Propuesta de Reglamento relativa al estatuto de la “Sociedad Privada Europea”⁶² (retirada en 2013⁶³), así como en la Propuesta de Directiva relativa a las “Sociedades Unipersonales Privadas de responsabilidad limitada”⁶⁴.

Ahora bien, desde el punto de vista fiscal, no debe perderse de vista que, a diferencia de lo que sucede con las formas societarias propias de los diferentes Estados miembros, la operación de traslado del domicilio social de una Sociedad Europea de un Estado miembro a otro queda cubierta por el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE, con arreglo a las normas establecidas en sus artículos 12 a 14. No obstante, lo cierto es que esta suerte de ventaja comparativa de la que disponía la Sociedad Europea frente a las formas societarias nacionales como mecanismo para llevar a cabo operaciones de traslado transfronterizo de la sede social se ha ido diluyendo con la evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida⁶⁵ y la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE⁶⁶ (cuyo ámbito de aplicación

⁶² Vid. artículo 7 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, COM (2008) 396 final, de 25 de junio de 2008.

⁶³ Vid. Comisión Europea (2013). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Adecuación y eficacia de la normativa (REFIT): Resultados y próximas etapas*, COM (2013) 685 final.

⁶⁴ Vid. artículo 10 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, COM (2014) 212 final, de 9 de abril de 2014, donde simplemente se establecía que “la SUP tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Unión”. No obstante, con fecha de 28 de mayo de 2015 el Consejo publicó un texto transaccional en el que se suprime esta regla lo que se traduce, por aplicación del sistema de fuentes previsto en el artículo 7.4 del texto del Consejo, en que esta cuestión quedará regulada por el Derecho nacional del Estado miembro donde se encuentre registrada la SUP (sobre esta cuestión, vid. Velasco San Pedro, L.A. (2017). De la *Societas Privata Europaea* a la *Societas Unius Personae* en las propuestas europeas. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(1), p.338).

⁶⁵ A título de ejemplo, podrían traerse a colación, entre otras, las SSTJUE de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10, *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*; de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12, *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH v. Finanzamt Hamburg-Mitte*, o de 21 de mayo de 2015, asunto C- 657/13, *Verder LabTec GmbH & Co. KG v. Finanzamt Hilden*.

⁶⁶ Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el

subjetivo se proyecta sobre todos los contribuyentes sujetos al Impuesto sobre Sociedades en uno o varios Estados miembros⁶⁷).

A este respecto, conviene recordar que, aun cuando la realización de una operación de traslado transfronterizo de la sede social con mantenimiento de la personalidad jurídica no dé lugar *stricto sensu* a una transmisión de elementos patrimoniales, el Estado miembro de origen podría proceder al gravamen de las plusvalías latentes a través de los denominados impuestos de salida en aquellos supuestos en los que la citada operación determine el cese de la residencia fiscal de la sociedad en su territorio. En este sentido, cabría señalar cómo la citada Directiva, por una parte, impide a los Estados miembros, en aquellos supuestos de traslado de la residencia fiscal desde un Estado miembro a otro Estado miembro o a un tercer país, exigir impuestos de salida en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente en el Estado miembro de origen⁶⁸ y, por otra parte, impone a los Estados miembros la obligación de otorgar al contribuyente el derecho a aplazar el pago de los impuestos de salida (fraccionándolo a lo largo de cinco años) exigidos con motivo del traslado de la residencia fiscal de un Estado miembro a otro o incluso a un tercer país que sea parte del Acuerdo sobre el EEE en relación con los activos que no sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente en el Estado miembro de origen con posterioridad al traslado de la residencia fiscal⁶⁹.

funcionamiento del mercado interior (DOUE nº L 193, de 19 de julio de 2016, p.1). Un buen análisis sobre el contenido de la citada norma de Derecho de la UE puede encontrarse en Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A. (2017). La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?. *Revista de Contabilidad y Tributación*, (407), pp.5-56.

⁶⁷ Vid. artículo 1 de la Directiva 2016/1164/UE.

⁶⁸ Vid. artículo 5.1, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE.

⁶⁹ Vid. artículo 5.2, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE. A este respecto, conviene tener presente que, tratándose de países que sean parte del Acuerdo del EEE, el otorgamiento del derecho al aplazamiento de los impuestos de salida antes mencionado queda supeditado a que dichos países hayan celebrado un acuerdo con el Estado miembro del contribuyente o con la Unión sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas (DOUE nº L 84, de 31 de marzo de 2010, p.1).

4. CONCLUSIONES

La *Societas Europaea* nació con la vocación de superar las dificultades tradicionalmente asociadas a la actividad transfronteriza de las empresas establecidas en los diferentes Estados miembros, contribuyendo de este modo al establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior, pieza clave en el proceso de integración europea. En concreto, uno de los objetivos a los que estaba orientada en sus orígenes esta forma societaria europea consistía en posibilitar o, en su caso, facilitar la realización de operaciones de fusión entre sociedades de los diferentes Estados miembros, así como el traslado de su sede social de un Estado miembro a otro.

A este respecto, no conviene perder de vista que, en el momento de la aprobación del Reglamento (CE) nº 2157/2001, la ausencia de disposiciones normativas de Derecho de la UE que abordasen específicamente la problemática que planteaban dichas operaciones, así como el escaso desarrollo de la jurisprudencia del TJUE en la materia, se traducían en que la realización de operaciones transfronterizas de fusión y de traslado de la sede social (con mantenimiento de la personalidad jurídica y cambio de *lex societatis*) por parte de sociedades de los diferentes Estados miembros debía hacer frente a numerosos obstáculos jurídicos, así como a elevados costes, lo que se traducían, bien en la imposibilidad efectiva de llevar a cabo tales operaciones o bien en que su realización estuviese sometida a importantes restricciones, problemas de seguridad jurídica, e insuficiente protección de socios minoritarios, acreedores y trabajadores.

En este contexto, la Sociedad Europea se concebía como un instrumento que podía contribuir a la movilidad transfronteriza de las empresas europeas, así como a que estas pudiesen adaptar su estructura y dimensión a las necesidades del mercado interior, posibilitando que las operaciones anteriormente citadas se llevaran a cabo dentro de un marco en el que se garantizase un adecuado nivel de seguridad jurídica y la protección de los derechos e intereses de los principales colectivos afectados por las mismas.

Sin embargo, el importante papel que estaba llamada a desempeñar en este ámbito la Sociedad Europea no ha llegado finalmente a consolidarse, en buena medida por cuestiones vinculadas a la configuración del régimen jurídico aplicable a la propia sociedad, así como al mecanismo de constitución por fusión y a la operación de

traslado transfronterizo de su domicilio social, pero también debido a la evolución de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la libertad de establecimiento, así como a la aprobación de diversas normas de Derecho de la UE, principalmente en el plano del Derecho societario, aunque también en el plano del Derecho fiscal.

En este sentido, no puede perderse de vista que las normas contenidas en la actual redacción de la Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones y transformaciones transfronterizas han diluido la ventaja comparativa o el atractivo de la Sociedad Europea frente a las formas societarias nacionales en este ámbito al configurar un marco jurídico armonizado que, al margen de algunas cuestiones puntuales (p.ej. la incertidumbre acerca de la aplicación de la cláusula anti-abuso introducida por la Directiva 2019/2121/UE en relación con la emisión del certificado previo a la fusión o transformación transfronteriza), permite a las sociedades de capital de los Estados miembros (y no solo a las sociedades anónimas) llevar a cabo operaciones transfronterizas de fusión y traslado de la sede social (vía transformación) en un contexto de seguridad jurídica, y de adecuada protección de los derechos de socios minoritarios, acreedores, y trabajadores.

Asimismo, y aun cuando las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social llevadas a cabo por sociedades constituidas con arreglo a la legislación de los diferentes Estados miembros quedan extramuros del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE, a diferencia de lo que sucede cuando dichas operaciones son efectuadas por una Sociedad Europea, lo cierto que la progresiva limitación de las facultades de los Estados miembros en materia de impuestos de salida como resultado de la evolución de la jurisprudencia del TJUE así como de la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, ha contribuido a difuminar la ventaja comparativa de la Sociedad Europea frente a las formas societarias nacionales en aquellos supuestos en los que el traslado de la sede social determine el traslado de la residencia fiscal de la sociedad en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- Airs, G. (2005). Amending the Mergers Directive. *The Tax Journal*, (780), 9-11.
- Bell, S. (2004). Amendements to Merger Directive: a new dawn for cross-borders reorganizations?. *European Taxation*, 6(3), 119-127.
- Bidaud, H., Franceschi, J.M. (2007). Cross-Border Mergers in Europe: The Fall of the Last Barriers. *Tax Notes International*, 46(5), 469-472.
- Blanc, G. (2002). La société européenne: la pluralité des rattachements en questions. *Le Dalloz*, (12), 1052-1057.
- Blanquet, F. (2001). Enfin la Société Européenne: la SE. *Revue du droit de l'Union Européenne*, (1), 65-109.
- Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A. (2017). La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?. *Revista de Contabilidad y Tributación*, (407), 5-56.
- Carlson, A. (2018). *SE founding in Europe*. European Trade Union Institute.
- Colangelo, M. (2005). La «Società Europea» alla prova del mercato comunitario delle regole. *Europa e diritto privato*, (1), 147-178.
- Cotiga, A. (2012). La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs. *Revue Lamy droit des affaires*, (71), 139-143.
- Cremers, J., Stollt, M., Vitols, S. (2013). Introduction: A decade of experience with the SE. En Cremers, J., Stollt, M., Vitols, S. (Eds.), *A decade of experience with the European Company*, ETUI, pp.9-21.

- Esteban Velasco, G. (2003). La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial. *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, (8), 213-249.
- Fernández del Pozo, L. (2003). El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea). *Revista de Derecho mercantil*, (250), 1479-1583.
- Garcimartín Alférez, F. (2002). El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (217), 7-38.
- Garcimartín Alférez, J. (2006). La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE. *Noticias de la Unión Europea*, (252), 131-142.
- González Sánchez, E., Franch Fluxà, J. (2005). The transfer of the seat of and the freedom of establishment for companies in the European Union: an analysis of ECJ case law and the regulation on the statute for a European Company. *European Taxation*, 45(6), 219-231.
- Hansen, L. (2007). Merger, moving and división across national borders – when case law breaks through barriers and overtakes Directives. *European Business Law Review*, 18(1), 181-204.
- Herzig, N., Griemla, S. (2002). Steuerliche Aspekte der Europäischen aktiengesellschaft/Societas Europaea (SE). *Steuer und Wirtschaft*, (1), 55-77.
- Lenoir, N. (2008). The Societas Europaea (SE) in Europe. A promising start and an option with good prospects. *Utrecht Law Review*, 4(1), 13-21.
- López Rodríguez, J., Herrera Molina, P. (2004). Régimen fiscal de la Sociedad Europea. *Crónica Tributaria*, (110), 27-78.

- Quintas Seara, A. (2017). El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (57), 517-574.
- Rickford, J. (2003). Inaugural lecture: The European Company. En Rickford, J. (Ed.), *The European Company: Developing a Community Law of Corporations*. Intersetia, pp.13-33.
- Ringe, W.G. (2007). The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment. *Journal of Corporate Law Studies*, 7(2), 185-212.
- Roelans, J. (1970). *Régimes fiscaux applicables aux fusions de sociétés dans les États membres de la C.E.E. et perspectives communautaires*. Bruyllant.
- Sanders, P. (1959). Vers une société anonyme européenne?. *Rivista delle Società*, 1163-1176.
- Synvet, H. (1990). Enfin la société européenne?. *Revue trimestrielle du droit européen*, 26(2), 253-273.
- Thibierge, C. (1959). Le statut des sociétés étrangères. En AA.VV. *Le statut de l'Étranger et le Marché Commun. 57^e Congrès des Notaires de France*, pp.270 y ss.
- Van den Broek, H. (2012). *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Tax Obstacles*. Wolters Kluwer.
- Velasco San Pedro, L.A. (2017). De la *Societas Privata Europaea* a la *Societas Unius Personae* en las propuestas europeas. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(1), 327-341.
- Vieira da Costa Cerqueira, G. (2014). Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques. *Revue trimestrielle de droit européen*, (1), 7-39.

Wymeersch, E. (2003). The Transfer of the Company's Seat in European Company Law. *ECGI Working Paper Series in Law*, (8), 1-36.