

LAURA GARCIA WINTZER

Fusiones Transfronterizas Intracomunitarias

Trabajo de Final de Grado. Grado en Derecho. Cuarto curso.

Director: José Antonio Rodríguez del Valle

15 de mayo de 2015

Contenido

Abreviaturas	3
Introducción	4
La fusión transfronteriza intracomunitaria	5
Ley de Modificaciones Estructurales (LME)	9
Clases de fusión	10
El ámbito subjetivo de la fusión dentro de la LME: sociedades que pueden participar en una operación de fusión	10
Fusión transfronteriza no sujeta a la Ley sobre Modificaciones Estructurales ..	12
Normativa Europea	13
Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital	14
Reglamento núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea	16
Comparación de la normativa – Régimen Jurídico	17
Artículo 9.11 Código Civil	17
LME	19
Comparación de normas	19
Cuestiones relevantes: protección de los sujetos afectados	21
Régimen de protección de los accionistas minoritarios	22
Acreedores sociales	23
Participación de los trabajadores	23
Procedimiento de fusiones transfronterizas intracomunitarias	24
La fase preparatoria	25
La fase decisoria. Los acuerdos de fusión	30

La fase de ejecución.....	30
Efectos de la fusión	34
La Sucesión Universal	35
La responsabilidad por las deudas sociales.....	35
Tributación – Sucinta referencia al régimen fiscal aplicable.....	36
Estudio jurisprudencial	44
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	45
Consulta a la Dirección General de Tributos	46
Caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	47
Ejemplos de Fusiones Transfronterizas Intracomunitarias	50
Sony Europe Limited – Sony España S.A Sociedad Unipersonal	50
Sarrió S.A. – Reno di Medicis S.p.A.....	51
Resumen	52
Conclusiones	53
Bibliografía	56
Agradecimientos	56
Anexos	57
Anexo 1.....	57
Anexo 2.....	73
Anexo 3.....	82
Anexo 4.....	95
Anexo 5.....	101
Anexo 6.....	115
Anexo 7.....	135

Abreviaturas

- Art[s].: *Artículo [s]*.
- CC.: *Código Civil*.
- DGRN.: *Dirección General de los Registros y del Notariado*.
- DGT.: *Dirección General de Tributos*.
- EEE.: *Espacio Económico Europeo*.
- EEMM.: *Estados Miembros*.
- *et al: y otros autores*.
- ITPyAJD.: *Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*.
- LME.: *Ley de Modificaciones Estructurales*.
- LSA.: *Ley de Sociedades Anónimas*.
- LSC.: *Ley de Sociedades de Capital*.
- N^o/n^o: *Número*.
- p[p].: *página[s]*.
- RRM.: *Reglamento del Registro Mercantil*.
- S.A.: *Sociedad Anónima*.
- SCE.: *Sociedad Cooperativa Europea*.
- SE.: *Sociedad Anónima Europea*.
- SL.: *Sociedad Limitada*.
- [S]TS.: *[Sentencia] del Tribunal Supremo*.
- TJUE.: *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*.
- [TR]LIS.: *[Texto Refundido] de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades*.
- UE.: *Unión Europea*.

Introducción

A lo largo de este trabajo llevará a cabo un estudio sobre las fusiones transfronterizas intracomunitarias. Dado que es una figura relativamente nueva en el ordenamiento jurídico, tanto a nivel español como europeo, se ha considerado oportuno estudiar dicha operación desde diferentes perspectivas.

La elección de las fusiones transfronterizas intracomunitarias como objeto de estudio viene a partir de la valoración de las diferentes modificaciones estructurales existentes en el ámbito mercantil y las opciones que ofrecen dichas operaciones.

Las fusiones responden, en su procedimiento, a un método aristocrático y representativo, porque parten de un acuerdo inicial de los administradores de las sociedades implicadas. Las fusiones desembocan en una sola persona jurídica, que será la nueva sociedad o la absorbente¹.

Hoy en día, la creciente internacionalización de los mercados es más que visible dada la globalización de la economía, la política y la sociedad. Dicha internacionalización lleva a las sociedades a extender su actividad más allá de sus países en los que nacen como tales, y ello hace que la fusión transfronteriza suponga, cada vez con mayor frecuencia, una alternativa entre los instrumentos de reestructuraciones intragrupo².

¹ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas: Fusiones, OPAs y otros métodos alternativos. Las Directivas 2004/25/CE y 2005/56/CE” Documentos del Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2007/9, Marzo 2007, Universidad Complutense.

² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, et al, Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria, Primera Edición, 2008, Thompson Aranzadi, Garrigues, p. 97

Tradicionalmente, la falta de regulación específica en el ámbito internacional y la especial complejidad procedimental de estas operaciones han hecho que su materialización práctica se haya realizado por otros medios más sencillos que aportan mayor seguridad jurídica, aun cuando las consecuencias jurídicas finales de las mismas no sean las definitivas de la fusión³.

En esta materia, además de cuestiones mercantiles, contables, etcétera, existen limitaciones de tipo administrativo e incluso político que pueden dificultar la operación.

A continuación se estudiará en qué consisten las fusiones transfronterizas intracomunitarias, las normativas que las regulan, las limitaciones que presentan, se realizará un breve estudio doctrinal y jurisprudencial y se pondrán ejemplos de fusiones.

La fusión transfronteriza intracomunitaria

La fusión transfronteriza intracomunitaria es una operación mercantil consistente en una modificación estructural cuyo concepto debe analizarse tanto en conjunto, como separadamente. Empezaremos por el análisis separado del concepto:

- **Fusión:** según el art. 22 de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME en adelante) *“En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”*.
- **Transfronteriza:** implica la superación de las fronteras existentes. Por lo tanto, al describir la operación de fusión como transfronteriza, se le da un carácter internacional.

³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Estudios Jurídicos. Cit., p. 97

Cuando se define una fusión como transfronteriza, implica la participación de entidades de diferentes estados, lo que se ve muy relacionado con el tercer elemento: intracomunitarias.

- Intracomunitarias: ésta última característica implica que las fusiones a las que nos referimos se producen entre sociedades de la Unión Europea, excluyendo así todas las operaciones que impliquen estados terceros fuera de la Unión.

Por otro lado, cabe también definir el concepto en su conjunto. El art. 2 de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital entiende por fusión la operación mediante la cual:

“a) una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente —la sociedad absorbente—, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos o participaciones representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones, o

b) dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transfieren a una sociedad constituida por ellas —la nueva sociedad— la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos o participaciones representativos del capital social de esta nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones, o

c) Una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social”.

Por otro lado, y a nivel del Estado español, el art. 54 de la LME define dichas operaciones como “las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.”

Por lo tanto, podemos afirmar que las fusiones transfronterizas intracomunitarias son las operaciones que implican al menos dos sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del EEE, y que transfieren, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a otra sociedad.

De las definiciones, y añadiendo el art. 4 de la Directiva, y los arts. 27 y 54 LME, se extraen las siguientes conclusiones:

1. Que en las fusiones transfronterizas intracomunitarias pueden participar las sociedades de capital, siempre que en su derecho interno esté admitida su participación en la fusión.
2. Que deben cumplir unos requisitos para poder producirse⁴:
 - Ser sociedades de capital

⁴ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., pp. 296,297.

- Estar constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo (EEMM + Islandia, Noruega y Liechtenstein).
 - El domicilio social, administración central o centro de actividad principal debe encontrarse dentro del Espacio Económico Europeo.
 - Cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española – la ley española solo será aplicable si alguna de las sociedades está sujeta a la ley española.
3. Que existen 3 tipos de fusiones:
- a. Por absorción.
 - b. Creación de nueva sociedad.
 - c. Por transmisión del conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social.

Exclusiones

A parte de las fusiones incluidas en el art.4 de la Directiva, y los arts. 27 y 54 LME, existen también exclusiones, recogidas en el art. 56 LME. Pueden participar en una fusión transfronteriza, pero no les es de aplicación el capítulo II LME, por lo que solo serán factibles si las regulaciones de los respectivos países de origen se pueden armonizar para permitir la fusión⁵.

En la legislación española, según el art. 57 LME: se entiende incluida en el concepto de fusión la operación en la cual se permita que la compensación en efectivo supere el 10% del valor nominal o del valor contable de las participaciones.

A parte de las fusiones excluidas de la aplicación del capítulo II LME, existe una regulación específica para la constitución de una SCE por vía de fusión, en el Reglamento por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea 1435/2003/CE.

⁵ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 297.

Ley de Modificaciones Estructurales (LME)

Según la LME se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del EEE, cuando interviniendo, al menos, dos de ellas sometidas a la legislación de estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española. Las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en fusiones transfronterizas son las SA, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

Tal y como destacan González-Meneses y Álvarez en su monografía Modificaciones estructurales, el elemento clave en las fusiones es la noción de “integración” de varias sociedades en una única sociedad, de manera que lo propio de la fusión es la unificación de sociedades: de dos o más sociedades resulta una sola. El resultado de dicha operación es que al menos una de las sociedades afectadas debe desaparecer y por tanto extinguirse como entidad jurídica.

En cuanto a la sociedad resultante, puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (fusión por absorción). De esta fusión se desprenden 2 planos:

- Subjetivo o de los socios
- Objetivo o patrimonial

Este resultado de unificación se lleva a cabo mediante la transmisión en bloque de los patrimonios, tal y como describe la definición legal de fusión transfronteriza intracomunitaria.

Esta transmisión en bloque tiene lugar por sucesión universal – art. 23 LME: 1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades

que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.

Clases de fusión

Existen varios tipos de fusiones, dependiendo del resultado y el procedimiento que se sigue. Las posibilidades son⁶:

1. Fusión por creación de sociedad
2. Fusión por absorción
3. Fusiones impropias
4. Fusiones abreviadas
5. Fusiones simplificadas
6. Fusiones entre sociedades independientes
7. Fusiones intragrupo

A pesar de consistir en procedimientos distintos, el resultado final es el mismo para todas las fusiones, es decir la integración de dos o más sociedades en una sola.

El ámbito subjetivo de la fusión dentro de la LME: sociedades que pueden participar en una operación de fusión

La LME no dedica un precepto a determinar cuáles son los distintos tipos de sociedades o entidades que pueden participar en una fusión.

⁶ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 299.

Aun así, analizando la ley a lo largo de su articulado podemos distinguir diferentes tipos de sociedades susceptibles a participar en una operación de fusión. Estas sociedades son:

- Sociedades mercantiles
- Sociedades Civiles
- Agrupaciones de interés económico
- Cooperativas

Sociedades mercantiles

De acuerdo con la definición del art. 22 LME, existe la posibilidad de participación en la fusión de cualesquiera sociedades mercantiles, por tanto, se admiten las llamadas fusiones heterogéneas, es decir en las que participan sociedades de distinto tipo, incluso sociedades personalistas junto con sociedades de capital, y en cualquiera de sus combinaciones⁷.

Otras entidades que pueden participar en una fusión

Sociedades civiles

Los autores Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez observan que no parece razonable que, siendo posible la transformación de una sociedad civil en otra mercantil, no sea posible su integración por vía de fusión en una sociedad mercantil.

Agrupaciones de Interés Económico (AIE)

Según los autores mencionados, las AIE podrán fusionarse con cualquier tipo de sociedad mercantil y ser absorbidas por una AEIE. Las sociedades mercantiles mencionadas anteriormente también podrán participar con una AEIE en una fusión, pudiendo la beneficiaria ser tanto una sociedad mercantil como una AIE.

⁷ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 125.

Cooperativas

Se pueden incluir entre las sociedades mercantiles inscritas (aunque no lo estén en el RM) y por tanto, atendiendo al razonamiento hecho en el apartado de “sociedades mercantiles”, podrán participar en fusiones, siempre que su regulación propia lo permita⁸.

Fusión transfronteriza no sujeta a la Ley sobre Modificaciones Estructurales

El capítulo II de la LME solo se aplica a las fusiones intracomunitarias de sociedades de capital.

El régimen jurídico de estas otras fusiones transfronterizas no reguladas por la LME viene determinado por el art. 27 de la propia LME, que dispone que se aplicará la normativa de cada sociedad. Por tanto de acuerdo con el art. 27 la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales.

Según la STJCE de 13 de diciembre de 2015: en caso de que la operación sea intracomunitaria, si el derecho nacional regula una operación doméstica del tipo que se pretende, no se podrá impedir una operación equivalente intracomunitaria.

Los autores Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez observan un problema adicional causado por los arts. 8 y 9 LSC los cuales establecen una vinculación necesaria entre nacionalidad y establecimiento principal. Consideran que no cabría la fusión más que en el caso en que la sociedad adquirente tuviera su domicilio donde estuviera situado el establecimiento principal, si éste está en España. Apuntan los autores que no se podrán aplicar las normas del capítulo II que sean más permisivas que el régimen general.

⁸ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 128.

Respecto a la coordinación procedimental, será necesaria una cierta cooperación internacional, tanto desde el punto de vista documental como registral.

Para poder seguir un sistema semejante al impuesto por la LME, será necesario que se pruebe el cumplimiento de la legislación extranjera respecto del procedimiento de cada sociedad, lo que implicará que exista una cierta equivalencia institucional, pues será necesario un juicio por una autoridad de ese país equivalente al que puede emitir un notario o un registrado en España⁹.

Normativa Europea

Cuando las fusiones se plantean en el ámbito de la Unión Europea, presentan rasgos típicos derivados tanto de la existencia de disposiciones comunitarias supraestatales, como del nivel de armonización comunitaria de sus respectivas regulaciones nacionales¹⁰.

Existen dos posibles procedimientos regulados por la UE que pueden dar lugar a fusiones transfronterizas intracomunitarias. Estos procedimientos son¹¹:

- Primero, la fusión constitutiva de una SE conforme a lo previsto en la Sección 2 del Título II 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)⁴. Esta fusión puede implicar a sociedades cotizadas bien como partícipes o bien a la SE resultante.
- Segundo, la fusión que da como resultado la creación de una nueva sociedad doméstica o el crecimiento patrimonial de una sociedad doméstica preexistente; conforme a lo previsto 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. En ambos casos, pueden estar implicadas sociedades cotizadas como partícipes o como resultantes.

⁹ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 305.

¹⁰ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

¹¹ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

Tal y como se advierte en el estudio de la Universidad Complutense¹², en ambos casos es posible que la adquisición de la condición de sociedad cotizada por la SE resultante de la fusión o por la nueva sociedad sea coincidente en el tiempo a su constitución a resultas de la fusión. Teóricamente, pero, debería darse primero la constitución, y posteriormente la adquisición de la condición de sociedad cotizada.

Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital

Esta Directiva 2005/56/CE se caracteriza, desde el punto de vista normativo, por su expreso propósito de coexistencia tanto con el Reglamento comunitario de concentraciones de 2004, como con la normativa específica sobre intermediarios de crédito y otras empresas financieras; así como desde el punto de vista funcional, por su vocación de servir de instrumento de concentración transfronteriza intracomunitaria¹³.

Tal y como se desprende de la definición contenida en el art. 4 de la propia Directiva, ésta permite las fusiones transfronterizas entre sociedades de capital, siempre que se trate de sociedades constituidas de conformidad con la legislación de algún estado miembro de la UE, y tengan su domicilio, administración central o su principal establecimiento dentro de la UE. Esto permite ofrecer a estas operaciones mercantiles un marco legislativo simplificado.

¹² TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

¹³ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

El autor de la monografía Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria resume las principales provisiones de la Directiva como sigue:

- a) La Directiva es de aplicación en supuestos de fusión de dos o más sociedades, cuando al menos dos de ellas estén sujetas a la legislación de dos estados miembros. En consecuencia, en un supuesto de fusión entre una sociedad española, otra francesa y otra norteamericana, será de aplicación la Directiva en lo concerniente a las dos sociedades comunitarias, sin perjuicio de la necesidad de aplicar asimismo la *Lex Societatis* de la entidad norteamericana.
- b) En principio la Directiva está diseñada para la fusión de sociedades de capital, abriéndose la posibilidad de incluir entre éstas a las sociedades cooperativas, pero excluyendo implícitamente las sociedades civiles o entidades que supongan distintos supuestos de asociación, y explícitamente las sociedades cuyo objeto es la inversión colectiva en valores mobiliarios.
- c) Los tres tipos de fusión contemplados por la Directiva son:
 - a. La absorción por una sociedad de una o varias sociedades
 - b. La fusión de dos o más sociedades que se disuelven dando lugar a una sociedad de nueva creación
 - c. La absorción de una sociedad por la que posee la totalidad de su capital social
- d) El proceso formal de fusión es sustancialmente similar al establecido en la normativa societaria española para la fusión “doméstica”: Se debe aprobar un proyecto común de fusión, sobre el mismo deben realizarse informes de los órganos de administración de las sociedades participantes y de peritos independientes, se deben cumplir ciertos requisitos de publicidad, el proyecto debe aprobarse por las Juntas Generales de todas las sociedades, los efectos de la fusión son los mismos, etc.
- e) Se establecen mecanismos de defensa para accionistas minoritarios, trabajadores y acreedores.

- f) La Directiva establece determinadas especialidades debido al carácter transnacional de la operación, como el control de la legalidad de la fusión por las correspondientes autoridades designadas al efecto por cada Estado Miembro.

Observamos pues que la Directiva delimita de forma clara tanto su ámbito de aplicación, como la forma en que debe aplicarse, sirviendo así como base a partir de la cual puede evolucionar tanto la normativa como las formas de fusión.

Reglamento núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea

Con este reglamento se persiguen dos objetivos claros:

El primero, intentar eliminar las dificultades que implican para las sociedades las operaciones transfronterizas, entre las que encontramos las fusiones, dado que el componente internacional crea un conflicto legal a la hora de determinar las diferentes legislaciones aplicables.

En segundo lugar, y como consecuencia del primer objetivo, se pretende crear un marco normativo para la constitución de las SE, permitiendo la fusión de sociedades de Estados miembros diferentes, de forma que se faciliten todos los aspectos que a dicha constitución se refieren, ya sea a nivel procesal o legal¹⁴.

Observamos pues, que este reglamento sólo se podrá aplicar, al igual que la directiva, entre sociedades de países de la UE, quedando al margen Estados terceros.

La constitución de la SE mediante fusión

Tal y como se desprende del estudio del reglamento llevado a cabo por Manuel María Sánchez Álvarez en la monografía Estudios Jurídicos, la SE podrá constituirse mediante fusión, por creación de una sociedad holding, por creación de una filial común o una filial unipersonal y, finalmente, por transformación de una sociedad anónima nacional existente.

¹⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Estudios Jurídicos, cit., p. 107

A su vez, la SE resultante de una fusión podrá crearse mediante la absorción de una o más sociedades o mediante la constitución de una nueva sociedad.

Comparación de la normativa – Régimen Jurídico

En este apartado se lleva a cabo un estudio de las normas españolas que regulan algún ámbito en relación con las fusiones transfronterizas, como son el Código Civil y la LME. Posteriormente, se compararán estas normas con la normativa europea estudiada en los apartados anteriores.

Artículo 9.11 Código Civil

De acuerdo con el art. 9.11 CC “La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y liquidación”. De ahí se extrae uno de los principios básicos del derecho internacional privado sobre el estatuto personal aplicable a una sociedad, es decir, la aplicación de su *Lex Societatis*. Este principio indica que el estatuto personal aplicable a una sociedad es el de su nacionalidad.

El apartado segundo del art. 9.11 CC contempla específicamente los supuestos de fusión: “En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”.

Manuel María Sánchez Álvarez hace un análisis del artículo en cuestión y afirma que el art. 9.11.II CC no exige “aplicar” en sentido estricto las leyes nacionales en presencia, sino que emplea la expresión, más vaga pero también más flexible, “se tendrán en cuenta” las respectivas leyes nacionales.

El autor considera que la interpretación flexible de la norma permitirá, en ciertos aspectos, una aplicación distributiva de dichas leyes personales de las respectivas de las sociedades implicadas y, en otras ocasiones, una aplicación cumulativa de los ordenamientos prevaleciendo entonces una de las legislaciones aplicables.

El mismo autor concluye que este principio general conlleva el que para la validez de la adopción de los correspondientes acuerdos societarios en cada una de las sociedades habrá que estar a lo que establezcan para cada una de ellas sus respectivas leyes nacionales; sin embargo, la válida ejecución de la operación dependerá de lo establecido en la legislación nacional de la sociedad absorbente o resultante de la fusión. Sánchez Álvarez hace la siguiente distinción al respecto:

1. Actos previos: en relación con los contratos previos (protocolo de fusión, etc.) a los acuerdos de fusión *strictu sensu*, al no formar parte del proceso de fusión regulado legalmente, quedarán regulados por lo dispuesto en el Convenio de Roma.
2. Previsión legal de la fusión transnacional: si bien nuestro ordenamiento jurídico en el art. 9.11.II CC admite esta posibilidad también es necesario que ésta sea del mismo modo autorizada o, cuando menos, no prohibida en la ley nacional distinta de la española que entra en juego en la fusión. En cuanto a la posibilidad de la fusión se aplican cumulativamente ambas leyes nacionales.
3. Cuestiones sustantivas de la fusión: éstas se regularan por las respectivas leyes nacionales.
4. Consecuencias básicas y estructurales de la fusión: Respecto de la integración de los patrimonios de las sociedades fusionadas, y por cuanto esta cuestión afecta a la disolución de las sociedades, se aplican las respectivas leyes nacionales.

El procedimiento deberá desarrollarse paralelamente en cada uno de los países con arreglo a sus propias normas conforme al criterio distributivo, resolviéndose las discrepancias legislativas a favor del país de la sociedad beneficiaria o resultante de la fusión, siempre que dichas discrepancias no se refieran a las cuestiones internas corporativas.

En conclusión a lo que respecta el art. 9.11 CC, podemos afirmar que por norma general se estará a las leyes nacionales de las sociedades que participen en la fusión, estableciéndose preferencias de aplicación en ciertos casos, como en el de la fusión por absorción, en el que rige la ley de la sociedad absorbente.

LME

De acuerdo con la definición de fusiones transfronterizas intracomunitarias que da la propia ley, la misma se aplicara en los casos de “fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del EEE, cuando interviniendo, al menos, dos de ellas sometidas a la legislación de estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española”.

De ello observamos por tanto, que será suficiente con que una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española para que le sea de aplicación la LME.

Comparación de normas

Una vez se han estudiado las normas por separado, se pueden extraer las siguientes conclusiones conjuntas:

Como norma general, de acuerdo con el art. 9.11 CC y el art. 11 de la Directiva, serán de aplicación las normas nacionales de las sociedades que participen en la fusión, para llevar a cabo un control sobre la legalidad de la operación.

1. En línea con lo establecido en el art. 9.11 CC, la LME establece que se aplicará siempre que en la fusión participe al menos una sociedad de nacionalidad española.
2. Tanto en la LME como en la Directiva, se prevén supuestos de exclusión en cuanto al ámbito de aplicación, basándose sobre todo en el tipo de sociedad que participe en la operación.

3. Encontramos en ambas regulaciones, nacional y europea, unos requisitos mínimos y un marco legal establecido en cuanto al procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo una fusión transfronteriza intracomunitaria de acuerdo con la legalidad.

Cabe mencionar, que la LME es la ley que traspone la Directiva europea para incorporarla al ordenamiento jurídico español, y por lo tanto es lógico encontrar un grado de similitud muy elevado, siendo las diferencias más a nivel de especificidad (la LME especifica más), que no de contenido.

En cuanto a las dos formas de fusión previstas en la normativa europea, cabe mencionar las siguientes diferencias y semejanzas¹⁵:

Las dos formas de fusión señaladas se diferencian en las normas que las regulan, tanto en lo que se refiere al tipo de disposición comunitaria como a su grado de incorporación a los Derechos nacionales.

Otra diferencia reside en sus puntos de partida, dado que mientras el primer procedimiento (Reglamento) es apto únicamente para las sociedades anónimas, el segundo (Directiva) puede ser utilizado por todo tipo de sociedades de capital.

También encontramos una diferencia sustancial en sus puntos de llegada, porque mientras el primer procedimiento desemboca en una SE de estatuto supraestatal, el segundo lo hace en una sociedad –nueva o absorbente- doméstica.

Sin perjuicio de lo anterior, las dos formas señaladas se asemejan en sus procedimientos y efectos. Así, ambos procedimientos se inspiran en los principios de transparencia y protección de los trabajadores, socios y acreedores de las sociedades implicadas. También comparten los efectos configuradores de las fusiones en general en cuanto a la extinción sin liquidación de todas o alguna de las sociedades implicadas, la transmisión de su patrimonio y la integración de sus socios.

¹⁵ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

Tras observar esta constante relación entre la Directiva y la normativa nacional, observamos también la necesidad de hacer un análisis crítico de la Directiva, dado que permite vaticinar que la gran cantidad de remisiones –genéricas, como Derechos supletorios, y específicas, en aspectos relevantes tales como la protección de socios minoritarios y acreedores- que la Directiva hace a las leyes nacionales; unida al grado insuficiente de unificación o armonización de éstas últimas en aspectos vitales para la viabilidad de las fusiones transfronterizas (tipos de sociedades que pueden fusionarse, derecho de separación de los socios disidentes, etc.); mantenga un grado inaceptable de resistencias técnico-jurídicas a las fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en definitiva, siga condicionándolas a la compatibilidad de las leyes nacionales implicadas en cada caso¹⁶.

Cuestiones relevantes: protección de los sujetos afectados

La propia Directiva identifica tres principales grupos que podrían verse afectados de forma más clara por una fusión transfronteriza:

- Los accionistas minoritarios
- Los acreedores sociales
- Los trabajadores

Tal y como se destacó en su momento, el art. 23 LME determina que el efecto más identificativo de la fusión es el de la sucesión universal.

Es precisamente este efecto en las fusiones transfronterizas el que podría producir cierta indefensión en los mencionados colectivos, sobre todo a los correspondientes a las sociedades que desaparecen debido a la fusión pasando la sociedad resultante de la misma a estar sujeta a una jurisdicción diferente¹⁷.

¹⁶ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

¹⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Estudios Jurídicos, cit., pp. 112-113.

Los autores coordinados por Manuel María Sánchez Álvarez diferencian dos principios que sirven para proteger tales intereses que pueden verse afectados en el proceso de fusión transfronteriza:

1. Principio de transparencia: impone una serie de obligaciones que trascienden el mero cumplimiento de formalidades. Se refiere al derecho de información de dichos sujetos que a partir de los preceptivos proyectos, informes, puesta a disposición... se hace efectivo.
2. Principio de tutela que se articula sobre el principio de respeto de los derechos nacionales: la Directiva sobre fusiones transfronterizas establece el régimen jurídico general que mediante la norma de transposición correspondiente debe desarrollar tales principios. En nuestro caso, mediante la LME.

Los Estados miembros deben encontrar un equilibrio entre la protección de tales intereses, y a su vez no restringir la libertad de establecimiento al adoptar medidas para proteger los intereses, dado que si no se entraría en conflicto con el objetivo de la Directiva que en definitiva es, conseguir un marco legal que facilite las operaciones transnacionales dentro de la UE.

En conclusión, los colectivos afectados por la fusión transfronteriza son dignos de tutela y el legislador nacional debe articular mecanismos que protejan tales intereses sin comprometer la libertad de establecimiento.

Régimen de protección de los accionistas minoritarios

En la monografía de Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria se observa que el hecho de que el acuerdo de fusión transfronteriza no exija la unanimidad de los accionistas, hace que la mayoría pueda arrastrar a los socios minoritarios a una sustitución de su *Lex Societatis* en cuanto a su cualidad de socios.

Entre los mecanismos de protección de los socios minoritarios en las fusiones transfronterizas, se plantea la posibilidad del ejercicio de un derecho de separación.

Éste derecho, regulado en el art. 62 LME consiste en que “Los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza intracomunitaria que voten en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada”.

La propia LME se remite a las disposiciones para las sociedades de responsabilidad limitada para determinar las características del derecho de separación.

Acreeedores sociales

El art. 243 LSA regula el derecho de oposición, el cual actúa como garantía de los derechos de los acreedores sociales.

Este derecho se debe entender aplicable en las fusiones transfronterizas únicamente a los acreedores de las sociedades españolas afectadas, debiendo los correspondientes al resto de sociedades ampararse en los derechos que les otorguen sus correspondientes leyes personales¹⁸.

Participación de los trabajadores

El art. 238 LSA establece una obligación de información sobre la fusión a los representantes de los trabajadores.

Esta obligación de información no sólo se ve regulada en la normativa estatal, sino que la Directiva 2005/56/CE establece el sistema de participación específico en este tipo de operaciones.

La participación de los trabajadores de las sociedades involucradas se regulará por sus respectivas leyes nacionales.

¹⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Estudios Jurídicos, cit., p. 118-119

En el ámbito comunitario, la Décima Directiva va más allá, estableciendo como norma general la de que a la sociedad resultante de la fusión le serán de aplicación las normas laborales del país a cuya jurisdicción ésta esté sujeta¹⁹.

Procedimiento de fusiones transfronterizas intracomunitarias

Dentro del procedimiento de las fusiones es habitual distinguir 3 fases: la fase preparatoria, la fase de decisión y la fase de ejecución. En la primera, los órganos de administración de las sociedades participantes son los que tienen un papel principal ya que elaboran el proyecto de fusión, un documento fundamental que contiene todas las condiciones de la operación y que permiten poner a disposición de los socios y demás interesados una determinada información sobre el procedimiento. En la segunda, quien ocupa el papel principal son las juntas generales, que son las que deciden mediante la adopción de los correspondientes acuerdos de fusión, que la misma, conforme al aludido proyecto, se lleve a cabo.

Por último, en la fase de ejecución es el momento en el que se formaliza en forma documental pública la voluntad de las sociedades de fusionarse y se procede a inscribir el documento público correspondiente en el Registro Mercantil. En esta última fase es habitual la fiscalización de la regularidad jurídica del procedimiento por los agentes oficiales encargados de la documentación pública e inscripción de la operación²⁰.

Este procedimiento es igual, con carácter general, tanto para las fusiones nacionales como para las transfronterizas, pero para estas últimas, presenta algunas especialidades en alguna de las fases.

¹⁹SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Estudios Jurídicos, cit., p.119

²⁰ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 135

La fase preparatoria

Esta fase, como ya hemos dicho, está centrada en el proyecto de fusión. En las fusiones transfronterizas de sociedades cotizadas, para elaborar el proyecto es necesaria una fase de negociación previa entre los administradores de las sociedades implicadas. El art. 30 LME atribuye a los administradores la elaboración y suscripción del proyecto de fusión, lo que presupone que son ellos los responsables de todas las negociaciones previas que llevan a la fijación de un determinado contenido del proyecto de fusión²¹.

Estas negociaciones previas vienen generalmente apoyadas en estudios de viabilidad de la fusión encomendados a entidades especializadas tales como bancos de inversión, empresas de inversión, consultoras, etc. y reflejados con frecuencia en “protocolos de fusión” a los que el Derecho comunitario vigente no se refiere, sin perjuicio de las responsabilidades extracontractuales que puedan derivarse, conforme al art.1902 de nuestro Código Civil, en los casos de ruptura de mala fe de aquellos “tratos preliminares”²².

El carácter transfronterizo de la fusión resulta relevante a estos efectos también por la necesaria coordinación y sincronía de los anuncios de hechos relevantes en los respectivos mercados de valores donde coticen las acciones de las sociedades implicadas, habida cuenta de la interconexión informativa y de la negociación simultánea que puede darse en ciertos casos²³.

El proyecto común de fusión

Regulado en el art. 30 LME: 1. Los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir un proyecto común de fusión. Si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto, con indicación de la causa.

²¹ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 136

²² GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 136

²³ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

2. Una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones, participaciones o cuotas.

3. El proyecto de fusión quedará sin efecto si no hubiera sido aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión dentro de los seis meses siguientes a su fecha.

Contenido del proyecto de fusión

Se encuentra establecido en el art. 31 LME:

- Identificación de las sociedades, incluyendo ello denominación, tipo social y domicilio.
- El tipo de canje: Incidencia de la fusión en aportaciones de industria y prestaciones accesorias
- Derechos a otorgar a titulares de derechos especiales – únicamente serán preceptivas si se dan determinadas circunstancias.
- Ventajas atribuidas a los expertos y administradores – así los socios pueden juzgar si la operación se hace por motivos de beneficio de los socios o si los administradores pueden estar buscando el suyo propio.
- La fecha de participación en las ganancias – esta fecha debe estar en relación con la que se ha tenido en cuenta para la valoración de las sociedades.
- Fecha de eficacia contable
- Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión – nueva mención que supone un reforzamiento de los derechos de información.
- La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante – novedad que procede de la Directiva 2005/56/CE.

- Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión – novedad que procede de la Directiva 2005/56/CE.
- Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

El informe de los administradores

Este trámite de la primera fase se encuentra regulado en el art. 33 LME: Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores.

El contenido del informe

La ley determina:

- Un objetivo: explicar y justificar
- Una característica: detalladamente
- Y un objeto: el proyecto de fusión.

Cabe apuntar que en las fusiones transfronterizas siempre es necesario este informe, aun cuando se trate de fusiones de sociedades íntegramente participadas o de fusiones parcialmente abreviadas, casos en los que normalmente, a nivel nacional, se exime de la obligación de realización de dicho informe.

De la STS núm. 118/2007 de 15 de febrero²⁴, podemos extraer que el contenido del informe debe ser “considerado suficiente para dar cumplimiento a la ratio del precepto, que no es otra que facilitar un conocimiento que permita al socio formar criterio para ejercer su derecho a votar en un sentido o en otro. El Informe presentado, valorado sucesivamente por el Registrador y por los juzgadores de instancia, se entiende suficiente a estos fines y la revisión en esta sede sólo podría llevarse a efecto previa la demostración de una concreta omisión o desviación, o de un error apreciable, que impidiera cumplir este cometido y que pudiera viciar el acuerdo de fusión en el sentido antes indicado”.

El informe del experto o expertos independientes

El art. 34.4 LME regula la responsabilidad de los expertos: La responsabilidad de los expertos se regirá por lo dispuesto para el auditor de cuentas de la sociedad, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada.

El art. 8 de la directiva 2005/58/CE, bajo la rúbrica “informe pericial independiente” establece que: “1. Un informe pericial independiente destinado a los socios y disponible al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general contemplada en el artículo 9 para cada una de las sociedades que se fusionen. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas.

2. Como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes, designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, o autorizados por dicha autoridad, podrán estudiar el proyecto común de fusión transfronteriza y redactar un informe escrito único destinado a la totalidad de los socios.

²⁴ Anexo 1

3. El informe de los peritos contendrá como mínimo los datos previstos en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. Los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido.

4. No se exigirá un examen del proyecto común de fusión transfronteriza por parte de peritos independientes ni un informe pericial cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión transfronteriza”.

El balance de fusión

Se encuentra regulado en la sección 3ª de la LME. Consiste en un balance que ha de ser elaborado por cada una de las sociedades y es uno de los documentos que han de ser puestos a disposición de los socios y además se ha de incorporar a la escritura de fusión.

Como prácticamente todos los documentos obligatorios en la primera fase, tiene una finalidad informativa. De acuerdo con el art. 42 LME, si esa información está dirigida sólo a los socios, se puede prescindir del balance por acuerdo unánime de los mismos.

La resolución núm. 4438/2014 de 14 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)²⁵, que posteriormente estudiaremos con más detalle, hace referencia tanto al informe de los expertos como al balance, indicando el importante papel que juegan a la hora de poder inscribir una fusión transfronteriza al Registro Mercantil, impidiendo en ese caso dicha inscripción, por no cumplir los documentos con los requisitos establecidos en la ley.

²⁵ Anexo 2

La fase decisoria. Los acuerdos de fusión

Se centra en los acuerdos de las juntas generales de las sociedades implicadas.

El art. 40.1 LME establece la necesidad del acuerdo de la junta de cada una de las sociedades que participen en la fusión.

La ley permite prescindir de la intervención de la junta de socios de la sociedad absorbida y de la absorbente²⁶.

Las distintas operaciones que se llevan a cabo en esta fase son:

1. Convocatoria de la junta general: Regulado en el art. 40.2 LME. Esta convocatoria garantiza el derecho de información.
2. El acuerdo de fusión: Se encuentra regulado en los arts. 40 y 41 LME, los cuales regulan los requisitos y características del acuerdo.

La fase de ejecución

La publicación o comunicación del art. 43 supone el inicio del plazo del derecho de oposición. Una vez pasado el plazo de ese derecho, se puede realizar la fusión, otorgando escritura, y todo el proceso termina con la inscripción tal y como prevé la LME.

En cuanto a las fusiones transfronterizas se refiere, debe tenerse en cuenta la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005 en el asunto C-411/03²⁷ en el procedimiento incoado por SEVIC Systems AG cuyo fallo declara en el sentido de que los artículos 43 y 48 del TCE se oponen a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil Nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miem-

²⁶ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p.185

²⁷ Anexo 3

bro, mientras que una inscripción de ese tipo es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las dos sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro²⁸.

En la fase de ejecución es cuando los socios pueden ejercer su derecho de oposición.

El derecho de oposición de los acreedores

Regulado en el art. 44 LME: 1. La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos.

2. Dentro de ese plazo, podrán oponerse a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión, no haya vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozarán de este derecho de oposición a la fusión los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados.

Los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas.

3. En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

La razón de este derecho es que, al unirse varios patrimonios con diferente grado de solvencia, unos acreedores pueden resultar beneficiados y otros perjudicados²⁹.

²⁸ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

Efectos del ejercicio del derecho de oposición

Según el art. 44 LME los efectos son:

- Paralización del procedimiento
- Se establecen también efectos del incumplimiento de las normas sobre el derecho de oposición: será impugnabile la fusión, al dar al derecho de oposición un carácter de *conditio iuris* de la validez del acuerdo.

La escritura pública

Aspecto regulado en el art. 45.1 LME: Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas.

Las características³⁰ de la escritura son:

1. Otorgantes de la escritura: la escritura la otorgarán las sociedades que se fusionan, cabe mencionar que la sociedad creada no es otorgante, sino que se constituye en ese momento.
2. Contenido de la escritura:
 - a. acuerdo de fusión
 - b. balances de las sociedades
 - c. otros contenidos de la escritura en supuestos especiales
 - i. sociedad en concurso
 - ii. sociedad en liquidación
 - iii. en el caso de que se extinga alguna sociedad personalista
 - iv. fusiones apalancadas
 - v. fusiones abreviadas
 - vi. **fusión transfronteriza**: la declaración sobre el ejercicio del derecho de separación y en su caso la relación de los socios separados.

²⁹ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 207

³⁰ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, Modificaciones estructurales, cit., p. 216 y ss.

3. Los documentos que se incorporan o acompañan la escritura: art. 230 RRM. Entienden los mismos autores que en la actualidad no es necesario que se acompañen, pues todos los documentos van a ser incluidos en la escritura ya que son necesarios para la comprobación de la regularidad de la fusión por el notario.

La inscripción de la fusión

Regulada en el art. 46 LME: 1. La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente.

2. Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas.

Si la fusión transfronteriza tiene como protagonistas a sociedades cotizadas, se impone además una sincronía y una simetría entre dos procesos paralelos, a saber: el proceso societario que hemos descrito y el que se debe desarrollar paralelamente en el mercado de valores mediante la publicación de hechos relevantes y las admisiones, suspensiones y exclusiones de negociación de las acciones afectadas en los mercados regulados que resulten pertinentes. En particular, aquella sincronía resulta necesaria para evitar que se puedan generar flujos de información privilegiada por arbitrajes entre mercados³¹.

Por último, si las sociedades cotizadas implicadas en la fusión transfronteriza desarrollan, además, una actividad de intermediación financiera (por ejemplo, al ser entidades de crédito); el procedimiento debe tener en cuenta las autorizaciones que deben obtenerse de las respectivas autoridades nacionales de supervisión de los mercados financieros regulados³².

³¹ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

³² TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

Efectos de la fusión

Las fusiones transfronterizas producen, en principio, los mismos efectos – internos y externos- que las fusiones domésticas, tanto si siguen la forma de fusión por absorción como por creación de una nueva sociedad. Sin perjuicio de lo anterior, el carácter transfronterizo de estas fusiones provoca efectos especiales en distintos ámbitos.

Tal y como hemos podido observar a lo largo del estudio llevado a cabo, la conversión de los socios de la sociedad o sociedades absorbidas o extinguidas en socios de la sociedad absorbente o nueva puede verse alterada por el ejercicio del derecho de separación que se le reconoce en este tipo de fusiones y no en las domésticas³³.

En lo referente al ámbito externo, hemos visto como los acreedores de las sociedades implicadas pueden verse afectados, en la exigibilidad efectiva de sus créditos, por el “paso de frontera” cuando la sociedad absorbente o la nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza se domicilia en un Estado distinto del que servía de domicilio a su sociedad inicialmente deudora³⁴.

Por último, la imposición, en determinados Estados miembros, de trámites especiales para que la transmisión de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros lleva a exigir que tales trámites se apliquen por la sociedad resultante de fusión transfronteriza³⁵.

³³ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

³⁴ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

³⁵ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

La Sucesión Universal

Tal y como se ha venido indicando a lo largo de este trabajo, el efecto típico de la fusión en el ámbito externo es que el patrimonio de la sociedad/es que se extinguen se transmite en bloque (art. 22 LME) y pasa a la creada o absorbente por sucesión universal (art. 23 LME). Esta transmisión en bloque del patrimonio tiene una eficacia absoluta: se produce frente a todos, afectando tanto a los socios como a los terceros que hubieran contratado las afectadas por la fusión³⁶.

Efectos de la fusión en la legitimación procesal

En la monografía *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* se cita cierta jurisprudencia (STS 23 de octubre de 1995, SAP Barcelona de 12 de marzo de 2001) explicando que ésta entiende que la extinción de la personalidad de la fusionada implica la extinción de los poderes otorgados, siendo posible subsanar la falta de representación, pero mediante el otorgamiento de nuevo poder, no con la mera acreditación de la fusión. Esto no se aplicaría a la sociedad absorbente, cuyos poderes subsistirían.

La necesidad de inscripción registral a nombre de la sociedad nueva o absorbente

Citan los autores Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez la DGRN, quien se ha manifestado exigiendo que conste la transmisión del crédito a favor del absorbente, aunque sea por el medio del tracto abreviado y bastando con que en la escritura se testimonie suficientemente la fusión. Los autores creen que esta doctrina es incorrecta, ya que se basa en una interpretación rígida y dogmática del principio de tracto sucesivo registral.

La responsabilidad por las deudas sociales

El efecto de la sucesión universal es la responsabilidad ilimitada de la adquirente por todas las obligaciones de las sociedades extinguidas (art. 23 LME).

³⁶ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, *Modificaciones estructurales*, cit., p. 223-224

La responsabilidad prescribirá a los 5 años desde la publicación de la fusión en el BORME tal y como se encuentra establecido en el art. 21 LME.

Se prevé que esta responsabilidad no tendrá lugar en el caso de que los acreedores hayan consentido de modo expreso la fusión. Esto significa que, por tanto, no basta con que no hayan ejercitado su derecho de oposición, sino que tienen que prestar un consentimiento expreso, que, más que la fusión, es concretamente a la liberación de los socios, pues los acreedores no consienten la fusión³⁷.

Tributación – Sucinta referencia al régimen fiscal aplicable

En cuanto a la fiscalidad referente a las fusiones transfronterizas, debemos remitirnos a la ley nacional de las sociedades partícipes en la fusión. En nuestro caso, nos centraremos en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo) (LIS de ahora en adelante), que es la ley nacional que será de aplicación en las fusiones en las que participan sociedades españolas.

El Capítulo VIII del Título VII (arts. 83 y ss.) de la LIS establece un régimen especial para las operaciones en él recogidas, entre las que se encuentra la fusión, y cuya finalidad es la neutralidad impositiva. Éste concepto es de especial trascendencia, ya que representa un claro ejemplo del objetivo de la Directiva 2005/56/CE de intentar facilitar las operaciones mercantiles a nivel internacional, disminuyendo en la medida de lo posible los obstáculos que esta característica representa.

Tal y como dicen Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez con esta neutralidad impositiva se pretende que la operación en sí no genere carga fiscal alguna.

³⁷ GONZÁLEZ-MENESES/ÁLVAREZ, *Modificaciones estructurales*, cit., p. 230-231

No se trata propiamente de conceder beneficios fiscales, sino que la tributación de las sociedades intervinientes o resultantes sea la misma que si no se hubiera producido la modificación estructural. Las características del régimen fiscal son:

- 1) Carácter optativo: en el momento de realizarse la operación habrá de optarse por la aplicación o no del régimen especial, haciéndolo constar en el proyecto de fusión.
- 2) Independencia de la normativa fiscal respecto de la contable.
- 3) Exención del gravamen de los impuestos indirectos o de naturaleza municipal. La sumisión a este régimen implica la exención de IVA, ITPyAJD, y del Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.
- 4) Las rentas o ganancias que se ponen de manifiesto en la modificación estructural no tributan en ese momento, produciéndose un diferimiento de la tributación de las mismas. Ello está dispuesto en el art. 84 LIS.
- 5) Los elementos patrimoniales transmitidos conservan el valor que tenían en la entidad transmitente, a efectos fiscales, lo vemos reflejado en el art. 85 LIS.
- 6) No se aplicará este régimen cuando la operación se realice principalmente con fines de fraude o evasión fiscal.

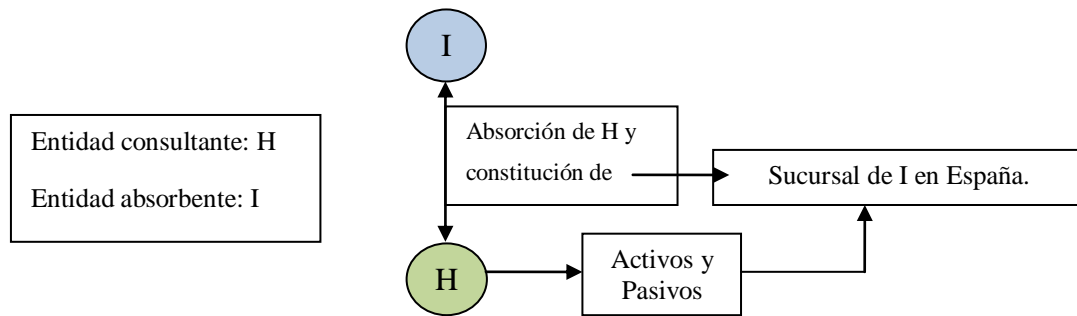
Éste último punto 6) junto con el punto 4) es una novedad de la última reforma de la LIS, que tal y como se ha dicho, pretende evitar que se lleven a cabo operaciones con fines de fraude o evasión fiscal.

Ejemplo de ello lo encontramos en la consulta vinculante minhap fusiones transfronterizas intracomunitarias número V2378-14³⁸. En ella se presenta la siguiente situación: se planteó la realización de una operación de fusión por absorción por la que la entidad consultante sería absorbida por su matriz italiana, la sociedad I. Dicha fusión transfronteriza supondría la transmisión en bloque a la sociedad italiana I de todos los activos y pasivos de la entidad consultante, si bien los mismos quedarían afectos a una sucursal en España de la sociedad italiana I absorbente, que sería constituida en el mismo momento de la fusión y con ocasión de ésta.

³⁸ Anexo 4

La sucursal, mediante dicho patrimonio empresarial afecto, continuaría la realización de las mismas actividades que venían siendo realizadas por la entidad consultante hasta el momento de la fusión.

Esquema:



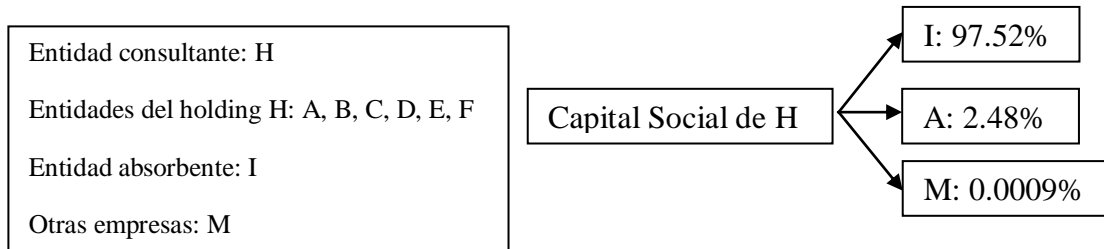
La entidad consultante actúa como sociedad holding española del grupo, siendo titular de las participaciones en las sociedades que llevan a cabo las diferentes actividades económicas desarrolladas por el grupo en España. La entidad consultante participa en el 100% de las sociedades españolas A, B, C, D y E.

La entidad consultante ostenta la condición de sociedad dominante del grupo de consolidación fiscal, y siendo las sociedades dependientes las sociedades A, B, C, D y E. Adicionalmente, otra sociedad española F se integrará en el grupo de consolidación fiscal como sociedad dependiente en 2014 puesto que la entidad consultante adquirirá por compra el 100% de su capital social antes de la finalización de 2013.

La totalidad de las acciones de la entidad consultante pertenecen a sociedades del grupo.

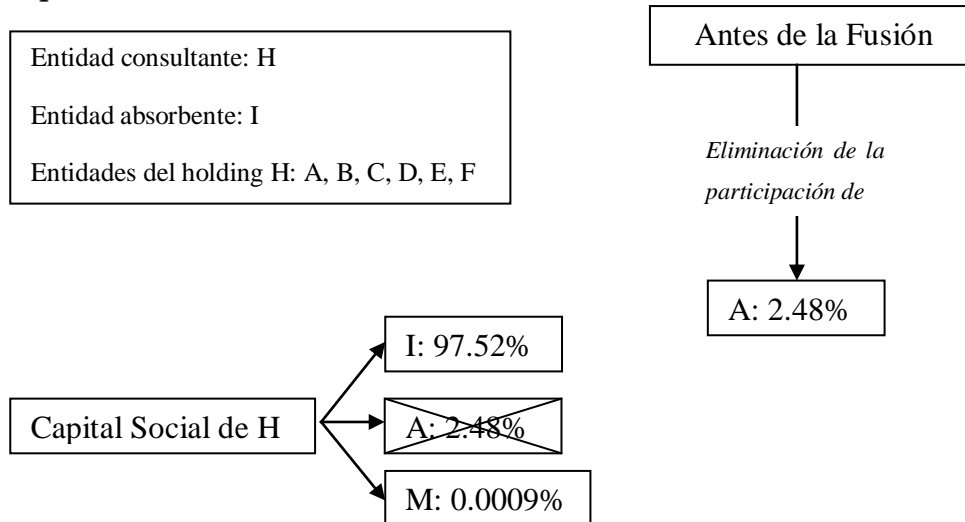
En concreto, una sociedad italiana I ostenta el 97,52% de su capital social; una de las sociedades participadas por la propia entidad consultante, la sociedad A, ostenta un 2,48% aproximadamente; y otras empresas del grupo, residentes en Italia, ostentan un 0,0009%. Este último porcentaje será adquirido por la sociedad italiana I antes de la realización de la operación de fusión.

Esquema:



Asimismo, de manera previa a la realización de la operación de fusión transfronteriza, el grupo está valorando la posibilidad de eliminar la participación minoritaria (2,48%) que la sociedad A ostenta en el capital social de la entidad consultante, constituyendo una autocartera indirecta.

Esquema:



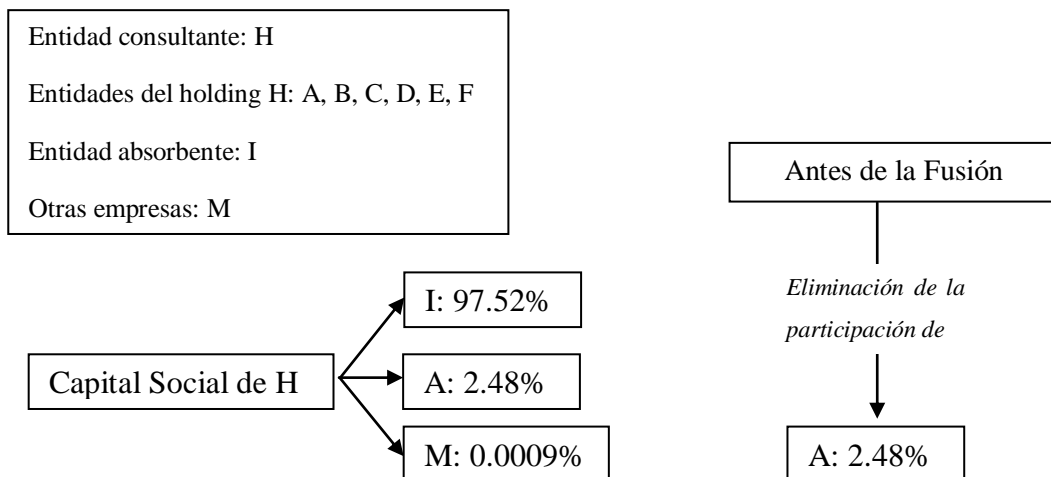
La eliminación de dicha participación minoritaria tiene como finalidad simplificar y facilitar los trámites del proceso de fusión. Dicha eliminación se realizaría mediante una operación de reducción de capital mediante adquisición por parte de la entidad consultante de acciones propias para su amortización. La transmisión de las acciones se realizaría en el seno del grupo de consolidación fiscal.

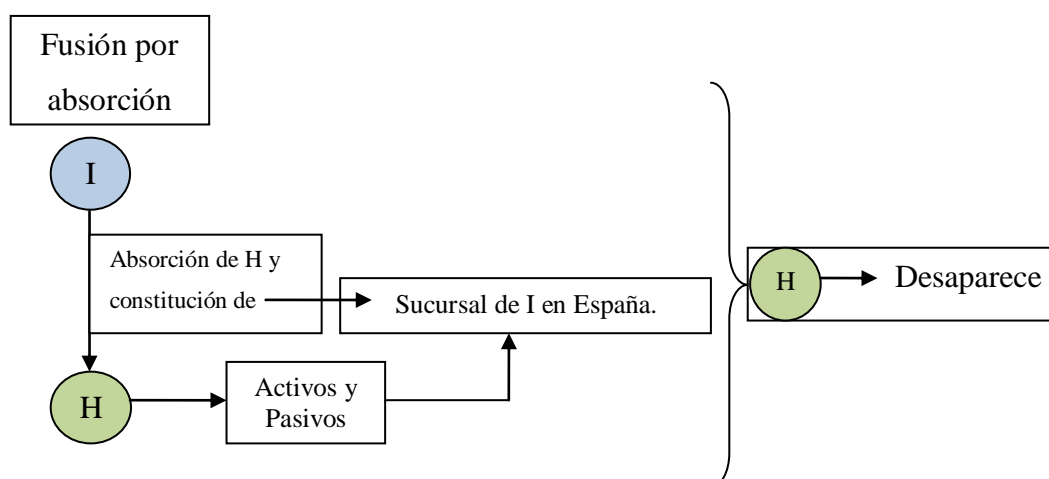
Se plantea la cuestión de si la extinción del actual grupo de consolidación fiscal por causa de la fusión por absorción transfronteriza acogida al régimen de neutralidad fiscal del capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, produciría los efectos previstos en el artículo 81 del mencionado texto legal, y en particular, si supondrá la incorporación en la base imponible consolidada de las eliminaciones pendientes de incorporar.

También se cuestiona en relación con la posible operación de reducción de capital mediante adquisición de la entidad consultante de acciones propias (2,48%) para su inmediata amortización:

- Si la renta obtenida por la sociedad A, con ocasión de la transmisión de las acciones, deberá ser objeto de incorporación en la base imponible en el momento de que la sociedad dependiente que obtiene la renta deje de formar parte del grupo fiscal o el mismo se extinga.
- Si la eventual renta obtenida en dicha transmisión, deberá ser objeto de incorporación en la base imponible con ocasión de la operación de fusión por absorción de la entidad consultante por parte de I.

De forma gráfica la situación es la siguiente:





Dado que la explicación que se daba en la consulta mencionada resultaba de difícil comprensión, se ha creído más conveniente explicar las novedades tributarias a partir de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V3354-14 de 22 de diciembre de 2014³⁹, la cual contempla una situación muy similar, pero resolviendo un supuesto mucho más complicado en cuanto a la estructura de las empresas fusionadas.

En ella se hace explicación sobre la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores que a diferencia del supuesto que la motiva, es de gran entendimiento.

Se apuntan desde la DGT los siguientes requisitos para determinar la aplicación o no del régimen especial: “si la operación que se pretende realizar se efectúa en el ámbito mercantil al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/2009, y cumple los términos establecidos en el artículo 83.1 del TRLIS, dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo.

³⁹ Anexo 5

La aplicación del régimen especial exige analizar lo dispuesto en el artículo 96.2 del TRLIS, que establece que:

“2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

(...)”.

Cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial””.

Apunta la DGT que este precepto recoge de forma expresa la razón de ser del régimen especial de las operaciones de fusión. “El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones”.

Respecto la aplicación del régimen especial, aclarece la DGT en esta consulta que “El hecho de que las entidades absorbidas se encuentre inactivas y posean bases imponibles negativas, no invalida, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial, teniendo en cuenta que no existe ningún crédito fiscal que vaya a ser objeto de aprovechamiento con ocasión de la fusión, puesto que las bases imponibles negativas pendientes de aplicación, al ser las entidades adquirentes no residentes en territorio español, se perderían de forma definitiva”.

El artículo 84.1 del TRLIS, en su letra a), dispone que no se integrarán en la base imponible de la entidad absorbida las rentas “que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados.

Cuando la entidad adquirente resida en el extranjero sólo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español. (...).”

A partir de las dos consultas y las explicaciones en ellas contenidas, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. De acuerdo con la nueva LIS, aunque se genere una renta negativa en la transmisión de participaciones, dicha renta quedará diferida hasta la transmisión de la participación a terceros, implicando esto que la sociedad a la que se le transmiten las participaciones no puede beneficiarse fiscalmente de la renta negativa generada, hasta que no se transmita a terceros⁴⁰.
2. Siguiendo en la misma línea, explican los órganos consultados que, al igual que en la transmisión no puede haber beneficiarios de la renta negativa hasta que no se transmita a terceros, en la absorción posterior a la transmisión tampoco se integrarán las rentas negativas en la base imponible.

Por lo tanto observamos que con esta novedad en la LIS, el legislador busca evitar la actuación fraudulenta de las sociedades que mediante la fusión con otras sociedades con renta negativa o cuyo resultado de la fusión fuese una renta negativa, pretendiesen obtener beneficios fiscales al incorporarlo en sus bases imponibles.

⁴⁰ Anexo 4

Así pues, cuando se produzcan fusiones en las que haya una renta negativa, ésta no implicará ningún efecto para las sociedades partícipes hasta que no se produzca una transmisión a terceros, hecho que deben tener en consideración las sociedades que se fusionen con otras con renta negativa, dado que a la entidad resultante de la fusión no le implicará ningún beneficio fiscal.

Estudio jurisprudencial

Tras la comprensión y estudio de la teoría de las fusiones transfronterizas intracomunitarias a través de monografías y estudios doctrinales, procedemos a llevar a cabo el estudio desde la perspectiva jurisprudencial.

Podemos afirmar que existen tres tipos de resoluciones o casos objetos de estudio: en un primer lugar, las resoluciones de los juzgados y tribunales nacionales, así como de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En segundo lugar, las consultas realizadas a la Dirección General de Tributos, que no deja de ser en un ámbito nacional. Finalmente están los casos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante), que consisten tanto en la resolución de casos de controversia en los que se ha producido una fusión transfronteriza intracomunitaria, como en la interpretación de normativa comunitaria que es de aplicación en los Estados Miembros. Estudiaremos un ejemplo de cada uno de los tipos, dado que el tenor de las resoluciones es muy parecido dentro de cada grupo.

Antes de entrar en el análisis de dicha jurisprudencia, debemos matizar que las fusiones transfronterizas son un tipo de operación mercantil muy reciente, y su regulación aún más, con lo que la jurisprudencia recae sobre aspectos muy similares de dichas operaciones y que a su vez son muy concretos.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

En primer lugar se estudiará la Resolución núm. 4438/2014 de 14 de marzo de 2014⁴¹, por la que la DGRN acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación impugnada por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera.

En ese caso, la compañía «Hancock Company Limited», domiciliada en Gibraltar quiere llevar a cabo las decisiones de su socio único de trasladar el domicilio social a España, modificar la denominación social («Oneiros Inversiones, S.L.») y adoptar los nuevos estatutos.

Se resuelve no practicar la inscripción solicitada por los siguientes motivos:

1. – Al no depositarse simultáneamente las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado, se infringe el art. 309.2 RRM.
- 2.–Al no justificarse con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social, se infringe el art. 94.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- 3.–Según el Balance de fecha 30 de marzo de 2013, el patrimonio no cubre el capital social, por lo que se infringe el art. 94.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Además, en dicho Balance, no coincide la cifra del capital social (art. 58 RRM).

La DGRN considera que para resolver el recurso a la decisión mencionada, “La única cuestión que se plantea en este expediente se reduce, dado el contenido del escrito de recurso, a cómo debe aplicarse el artículo 94 de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a un supuesto de traslado a España de sociedad domiciliada en el territorio de Gibraltar”.

⁴¹ Anexo 2

La DGRN afirma que debe resolver sobre si el territorio de Gibraltar forma parte del Espacio Económico Europeo o no.

Apunta la DGRN al respecto que “Por lo que interesa a este expediente, es la sujeción a los Tratados relativos a las Comunidades Europeas la que ha de determinar la pertenencia al Espacio Económico Europeo”.

Otras conclusiones de la DGRN en esta resolución son:

- En cuanto a la aplicación del derecho extranjero, apunta la DGRN que el elemento básico de toda calificación ha de ser el Derecho aplicable que cuando es extranjero excepciona el juego del principio «iura novit curia» y justifica la necesidad de acreditar que esa validez se da en contraste con el mismo. En definitiva, que al igual que en el ámbito procesal el derecho extranjero ha de ser objeto de prueba lo ha de ser en el registral a salvo que el registrador, por conocer esa legislación foránea aplicable decida bajo su responsabilidad prescindir de esa prueba.
- Que si los datos contables o la valoración de bienes aceptados por un ordenamiento extranjero deben o no ser aceptados para inscribir el traslado de domicilio a España es cuestión que depende precisamente de si se acredita o no la pertenencia al Espacio Económico Europeo como exige la norma española.

Consulta a la Dirección General de Tributos

Las consultas de éste apartado han servido para explicar de forma más esclarecedora el apartado de tributación, con lo que el análisis se va a centrar en la consulta vinculante minhap núm. V2378-14⁴², de 11 de septiembre de 2014, dado que es la que se ha explicado en menor extensión, pero merece especial atención en algunos aspectos que no se mencionan en la consulta explicada en el apartado de tributación (consulta vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V3354-14 de 22 de diciembre de 2014⁴³).

⁴² Anexo 4

⁴³ Anexo 5

En cuanto a la Consulta vinculante minhap núm. V2378-14, de 11 de septiembre de 2014, dado que el objeto de la consulta ha sido explicado de forma extendida anteriormente, nos centraremos en las conclusiones que se pueden sacar después del estudio de dicha consulta:

- Que la renta negativa que se genera en la transmisión de la participación en la entidad absorbida, quedará diferida hasta la transmisión de la participación a terceros.
- La absorción no desencadena la integración de las rentas negativas en la base imponible de la absorbente, ya que en el supuesto de la consulta se continua realizando la actividad de la entidad absorbida en sede de la absorbente.

Observamos pues, como se persigue el objetivo de evitar las fusiones con fines fraudulentos, imponiendo unas condiciones respecto las rentas negativas que hacen imposible obtener un beneficio fiscal de las mismas.

Caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Para este apartado estudiaremos el Caso FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretario de Estado dos Assuntos Fiscais. Sentencia de 10 de noviembre de 2011⁴⁴. Se ha escogido este caso porque hace un estudio e interpretación de la directiva desde una perspectiva diferente a la que se viene viendo.

En este caso, se plantean dos cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Qué sentido y alcance tiene lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva [90/434] y, en particular, cuál es el contenido del concepto "motivos económicos válidos" y del concepto "reestructuración o racionalización de las actividades" de las sociedades en operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva [90/434]?

⁴⁴ Anexo 6

2) ¿Resulta compatible con la citada norma comunitaria el criterio aplicado por la Administración tributaria en el sentido de que no existían motivos económicos graves que justificasen la solicitud formulada por la sociedad absorbente de que se le imputaran a ella las pérdidas fiscales de la sociedad absorbida, para lo cual la Administración tributaria consideró que, desde el punto de vista de la sociedad absorbente, no resultaba evidente el interés económico de la absorción, habida cuenta de que la sociedad absorbida no desarrolló actividad alguna como sociedad gestora de participaciones sociales, ni poseía participaciones financieras, por lo que, de ese modo, únicamente transmitiría pérdidas elevadas, no obstante el hecho de haberse considerado que la fusión podía entrañar un efecto positivo en términos de estructura de costes del grupo?».

El TJUE hace dos pronunciamientos:

1) *Sobre la competencia del TJUE y la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial*: Apunta el TJUE que “cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse”.

Concluye el Tribunal que “De las consideraciones anteriores resulta que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Supremo Tribunal Administrativo relativas a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 90/434, aunque éstas no regulan directamente la situación controvertida en el litigio principal”.

2) *Sobre las cuestiones prejudiciales*: Concluye el tribunal que “procede responder a las cuestiones planteadas, tal como se reformulan en el apartado 30 de la presente sentencia, que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de una operación de fusión entre dos sociedades de un mismo grupo, puede constituir una presunción de que dicha operación no se ha realizado por «motivos económicos válidos» en el sentido de dicha disposición, el hecho de que, en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida no ejerza ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la sociedad absorbente pérdidas fiscales de importe elevado y origen indeterminado, aun cuando dicha operación tenga un efecto positivo en términos de ahorro de costes estructurales para dicho grupo.

Incumbe al tribunal remitente comprobar, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan el litigio sobre el que debe pronunciarse, si concurren en el marco de dicho litigio los elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal en el sentido de dicha disposición”.

Por lo tanto, en conclusión de esta sentencia podemos decir que:

- El TJUE puede pronunciarse aun cuando se trate de asuntos puramente internos, si tienen que ver con la adecuada aplicación e interpretación de la normativa europea.
- Por otro lado, corresponde al tribunal que conoce de las cuestiones objeto del litigio, conocer si concurren los elementos de fraude o evasión fiscal en una operación de fusión.

Ejemplos de Fusiones Transfronterizas Intracomunitarias

Existen multitud de fusiones transfronterizas intracomunitarias, pero en este apartado se han elegido 2 casos, a modo de ejemplo de todo lo que se ha venido explicando a lo largo del trabajo.

Las fusiones elegidas son:

1. Sony Europe Limited – Sony España S.A. Sociedad Unipersonal
2. Sarrió – Reno di Medicis

A continuación se hace una breve explicación de cada caso, observando las especialidades de cada uno.

Sony Europe Limited – Sony España S.A Sociedad Unipersonal⁴⁵

En este caso, Sony Europe Limited fue la sociedad absorbente, y Sony España S.A.U la absorbida. El 20 de diciembre de 2010 con la disolución sin liquidación de la Sociedad Absorbida, Sony España, S.A.U., y el traspaso en bloque de todo su patrimonio social a favor de la Sociedad Absorbente, Sony Europe Limited, en el momento de efectividad, esto es, el día 31 de marzo de 2011.

A destacar de los deberes y derechos estudiados a lo largo del trabajo, observamos que en este caso concurren las siguientes circunstancias:

- Se hace constar expresamente el derecho de los accionistas y acreedores de las sociedades participantes en la fusión a obtener el texto íntegro de las decisiones de fusión consignadas, así como los balances de fusión.

⁴⁵ Anexo 7

- Se deja pública constancia del derecho de los acreedores de las sociedades intervinientes a oponerse a la citada operación en el plazo y en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales, aplicable por remisión del artículo 66.1 de la referida ley.
- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales, se hace constar que se podrá obtener, sin gastos, información exhaustiva sobre las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios en el domicilio social de Sony Europe Limited, en cuanto a la Sociedad Absorbente, y, asimismo, en el domicilio social de Sony España, S.A.U., en cuanto a la Sociedad Absorbida.

Observamos pues que queda garantizado el principio de información y el derecho de oposición, pilares básicos de las fusiones.

Sarrió S.A. – Reno di Medicis S.p.A⁴⁶

Este caso constituye un ejemplo excelente de la necesaria sincronía y simetría con que deben desarrollarse los procesos de fusión transfronteriza de sociedades cotizadas, debiéndose advertir, además, de que se desarrolló en 1998, mucho antes de la promulgación de la Directiva de 2005. El 26 y 27 de marzo de 1998, los Consejos de Administración de la compañía cotizada italiana Reno Di Medicis, S.p.A. y de la sociedad cotizada española Sarrió S.A. aprobaron el proyecto común de fusión por el que la primera absorbería a la segunda. Las Juntas generales de ambas compañías aprobaron la fusión los días 29 y 30 de junio de 1998 y la fusión tuvo efectos el 1 de diciembre de 1998. Fue de especial interés la coordinación de los procesos societarios ante los mercados de valores respectivos⁴⁷.

⁴⁶ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

⁴⁷ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas”

Resumen

A lo largo de este trabajo se han ido desglosando diferentes aspectos de las fusiones transfronterizas intracomunitarias. Empezando por las definiciones a partir de bases legales como son la LME y la Directiva 2005/56/CE y seguido del procedimiento y las especialidades que presenta el carácter transfronterizo de las fusiones. Al ir entrando en materia, se observó que los aspectos tributarios tienen una incidencia considerable en las operaciones de fusión transfronteriza, importancia tal que la propia LIS ha sido modificada para poder tratar el tema del fraude a través de las fusiones como es debido. A partir del estudio de la tributación se ha observado como las fusiones tienen una doble afectación: por un lado, a nivel nacional, debiendo cumplir las obligaciones tributarias de los estados en cuestión; y por otro lado, a nivel supranacional, debiéndose conseguir una coordinación suficiente como para lograr los efectos de la fusión por igual para los terceros.

Finalmente, se ha llevado a cabo un breve estudio jurisprudencial y casuístico de las fusiones transfronterizas intracomunitarias, observando cómo lo explicado en monografías y estudios doctrinales tiene realmente relevancia y aplicación en la práctica de dichas operaciones.

Por lo tanto podemos afirmar que éste trabajo ha estudiado las fusiones transfronterizas intracomunitarias desde diferentes perspectivas, que han permitido conocer tanto el fundamento teórico como la aplicación práctica de dichas operaciones.

Conclusiones

Tras trabajar en las fusiones transfronterizas intracomunitarias y la variedad de aspectos relacionados con las mismas, las conclusiones a las que he llegado son las siguientes:

1. La intención de la UE de intentar armonizar y facilitar al máximo éste tipo de operaciones se ve reflejada en la normativa que desarrollada sobre el tema, como son las Directivas y Reglamentos.
2. Esta intención considero que no es suficiente, dado que a pesar de existir abundante normativa y jurisprudencia sobre las operaciones transfronterizas, al final la remisión a la normativa nacional tiene un papel muy considerable, lo que hace que las trabas que intentan superarse persistan. Esta crítica viene fundamentada por varios aspectos vistos a lo largo del trabajo:
 - a. Es necesaria la coordinación entre las autoridades de los diferentes países de las sociedades implicadas para poder llevar a cabo un control de la legalidad de la fusión. Esto implica un problema, dado que la regulación mercantil aún no está unificada, y por tanto, varía entre los países y en consecuencia los requisitos no son iguales.
 - b. La remisión constante a la normativa nacional implica que se pueda producir cierta confusión entre las normas aplicables dentro de un ordenamiento jurídico concreto, lo que vuelve a ocasionar un incremento en las complicaciones a la hora de proceder con la fusión.
 - c. Además, al dejar la normativa europea en manos del derecho nacional la mayor parte de la regulación en esta materia provoca que todos los obstáculos superados en la fusión de sociedades queden anulados por el derecho nacional de los países a los que pertenecen estas sociedades, evitando así una mejora real en esta materia.
3. Por lo que se refiere a los colectivos afectados, es decir, trabajadores, socios minoritarios y accionistas, considero que la protección a nivel europeo es insuficiente.

Si bien es cierto que la normativa anuncia que deben protegerse dichos colectivos, no impone ningún tipo de sistema de protección, dejando este aspecto en manos, otra vez, de la normativa nacional de cada estado. Ello implica los problemas ya mencionados en el punto 2 respecto a la remisión a la normativa.

4. En cuanto a la tributación, considero un muy buen impulso la “neutralidad fiscal” que se quiere dar a las operaciones de modificaciones estructurales, dado que realmente es una ayuda para superar obstáculos a nivel nacional en aspectos tributarios, hecho que provoca una mayor facilidad para la fusión transfronteriza de sociedades.

Creo que es un tema muy novedoso sobre el que se puede investigar y profundizar en muchos aspectos. Ello ha significado en parte una limitación a la hora de realizar la investigación, dado que se ha escrito muy poco sobre el tema y la normativa y doctrina objeto de estudio no se han visto demasiado desarrolladas.

Entre los aspectos objeto de posible investigación diría que está el de intentar encontrar un sistema de simplificación del procedimiento de fusión, dado que ello ayudaría a que las sociedades europeas no encontrasen unas complicaciones demasiado grandes que hiciesen reconsiderar la opción de llevar a cabo éste tipo de operaciones. Una posible opción sería la de encontrar un sistema de integración de aquellas sociedades pertenecientes a estados terceros en el procedimiento, dado que actualmente en un procedimiento de fusión entre A-B-C, donde A y B pertenecen a la UE pero C no, deben desarrollarse dos procedimientos distintos, uno para el comunitario y el otro para el extracomunitario.

También creo que una posible vía de investigación, que en el fondo está relacionada con la anterior, podría ser la búsqueda de fórmulas de promoción de este tipo de operaciones dado que en mi opinión, dan una estabilidad al mercado societario y ello implica más seguridad tanto a nivel laboral como económico y jurídico.

Por lo tanto, y como conclusión final, creo que las fusiones transfronterizas son unas operaciones de modificación estructural que tienen un potencial muy elevado que debe ser explotado por las sociedades y por los estados para conseguir así los mejores resultados posibles, necesitando para ello una mayor armonización y una mayor intervención a nivel europeo, y no tanto estatal.

Bibliografía

1. GONZÁLEZ-MENESES, Manuel; ÁLVAREZ, Segismundo, Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Estudios mercantiles nº 1, Dykinson, S.L.
2. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, et al, Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria, Primera Edición, 2008.
3. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “Metodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas: Fusiones, OPAs y otros métodos alternativos. Las Directivas 2004/25/CE y 2005/56/CE” Documentos del Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2007/9, Marzo 2007, Universidad Complutense.
4. http://www.boe.es/diario_borme/
5. Buscador Aranzadi:
<https://xpv.uab.cat/maf/app/search/,DanaInfo=.aascq3fjpHj1lzAosyu0z2Cw8X3G+template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

Agradecimientos

A mi tutor, José Antonio Rodríguez del Valle, por la ayuda a lo largo del trabajo así como soporte desde el principio con idea propuesta.

Al Profesor Carlos Berdor Abad, profesor de Fiscalidad Empresarial, por su ayuda en la parte de tributación.

Anexos

Anexo 1

STS núm. 118/2007 de 15 de febrero

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 118/2007 de 15 febrero

[RJ\2007\562](#)

SOCIEDADES ANONIMAS: FUSION: nulidad: improcedencia: informe de los administradores suficiente para facilitar un conocimiento que permita al socio formar criterio para ejercer su derecho a votar en un sentido o en otro; fusión por absorción: métodos contables para determinar el valor real del patrimonio social: no se obliga a utilizar varios métodos de valoración: cuentas auditadas, aún cuando las sociedades fusionadas no tenían obligación legal de someterlas a auditoría; determinación del valor real del patrimonio social ajustada a las cuentas aprobadas y auditadas: específica valoración de la plusvalía neta derivada de la aportación del inmueble; aportaciones no dinerarias pertenecientes a la sociedad absorbida: la aportación ya se ha consolidado, y no hay que pronunciarse sobre ella, sino que la estimación se refiere al patrimonio total, y se produce en términos de valoración real: se ha de partir de las cuentas anuales, que han de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados; nulidad de los acuerdos de fusión: improcedencia: fusión por absorción: convocatoria de la junta: no se exige que la convocatoria contenga con la misma precisión los extremos a modificar que cuando se trate de una modificación estatutaria desconectada de un proceso de fusión: modificaciones propuestas a disposición de accionistas, obligacionistas o titulares de derechos especiales: carácter de universal de la junta.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 1453/2000

Ponente: Excmo Sr. Vicente Luis Montes Penades

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la

Sentencia de fecha 04-11-1999 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

En la Villa de Madrid, a quince de febrero de dos mil siete.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero, en nombre y representación de D^a Lorenza, contra la Sentencia dictada en cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao en el Recurso de Apelación núm. 201/98 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía núm. 243/97 del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Bilbao. Ha sido parte recurrida por <<Molabe, S.A.>>, representado por el Procurador D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO PRIMERO

D. Benito y otros, entre los cuales D^a Lorenza, demandaron a «Molabe S.A». interesando se declarara la anulación de determinados acuerdos, que se formulaba del siguiente modo: «... por ser nulos o, en su caso, anulables y por lo tanto sin valor ni efecto jurídico alguno los acuerdos de fusión de las juntas generales extraordinarias de fecha 22 de octubre de 1996, adoptados por las mercantiles Molabe, SA y TRAHE, SA, así como la fusión por absorción de la primera a la segunda de dichas mercantiles, ordenando, en su caso, la cancelación de la inscripción o inscripciones registrales a que haya dado lugar dicha fusión...»

SEGUNDO

En los Autos de juicio de menor cuantía núm. 243/97, ante el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao núm. 11, compareció la indicada sociedad demandada y se opuso a la demanda, solicitando su desestimación con imposición de costas.

TERCERO

El expresado Juzgado dictó sentencia en 24 de febrero de 1998. Desestimó la demanda, absolvió a la entidad demandada con imposición de las costas a los actores.

CUARTO

Apeló la sentencia D^a Lorenza, y se personó ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Cuarta, que conoció de la alzada. No se personaron los demás demandantes. La indicada Sala dictó sentencia en 4 de noviembre de 1999, Rollo 201/98. Desestimó el Recurso de apelación, confirmó la sentencia de primera instancia e impuso a la parte apelante las costas de la alzada.

QUINTO

Contra la expresada Sentencia ha interpuesto Recurso de Casación D^a Lorenza. Formula seis motivos de casación, todos ellos acogidos al ordinal 4º del artículo 1692 [LECiv/1881](#) . Oportunamente la recurrida «Molabe, S.A». ha presentado escrito de impugnación.

Se señaló, para votación y fallo, el día 25 de enero de 2007, fecha en la que efectivamente tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO

1.- La sentencia de primera instancia.-

Los actores habían postulado la nulidad de los acuerdos de fusión entre «Molabe, S.A.» y «Trahe, S.A.», por los que la primera absorbía a la segunda, señalando al efecto diversas razones que, a su juicio, determinaban la nulidad.

(a) En primer lugar, se señala la nulidad de la Junta, que se habría convocado sin cumplimentar las exigencias legales, vulnerando el artículo 240.2 [LSA](#) , pues, aún cuando hubo un primer anuncio publicado con la antelación requerida, se produjo un segundo, corrigiendo un error material del primero, sin cumplirse el término legal. El Juzgado rechaza este motivo de impugnación, al estimar que ninguna limitación supuso ello para los actores, quienes dispusieron de información, acudieron a la junta, ejercitaron su derecho de voto sin realizar protestas ni reservas al respecto.

(b) Se denuncia la infracción del artículo 235.b) LSA por razón del método seguido para calcular el valor patrimonial real de las sociedades fusionadas determinante del tipo de canje de las acciones. La valoración fue realizada por experto independiente designado por el Registrador Mercantil y los actores, a juicio del Sr. Juez de 1ª Instancia, no demuestran los resultados que se habrían obtenido a partir de las pautas valorativas que se enuncia, con lo que se carece del término de comparación indispensable para desautorizar el método de valoración empleado.

(c) No se aprecia tampoco infracción del artículo 237 LSA respecto del Informe de los Administradores sobre el Proyecto de Fusión, pues la parte actora otorga al artículo 237 un alcance desmedido, y dado que los artículos 236 y 237 LSA tratan de que los interesados puedan obtener un conocimiento adecuado, formando criterio, el Informe cumple los contenidos objetivos y formales requeridos legalmente.

(d) No se produce tampoco la infracción del artículo 261, 1, 2 y 4 LSA, en relación con el 38 7LSA, pues el Informe de los Expertos, pues los actores acuden a descalificaciones genéricas, además de que el artículo 38 no se contempla como requisito de la fusión ni como parte integrante del informe del experto a expertos independientes, ni se prueba que se haya generado una lesión cierta y efectiva de los derechos de los socios.

(e) Se plantea también la nulidad de la fusión a partir de la nulidad de los Estatutos sociales, que se consideran aprobados con infracción del artículo 144.1.a) y b), además de ser contrarios a derecho. Se desdobra ello en dos argumentos: (i) En el primero, se denuncia la infracción de lo prevenido en el artículo 144.1, a) y b). Pero en las Juntas se hallaba presente o debidamente representada la totalidad del capital social, y ninguno de los asistentes se opuso ni formuló reserva alguna. Resultaría por ello aplicable el artículo 99 LSA. (ii) En segundo lugar, se afirma el carácter contrario a Derecho de los Estatutos aprobados, y se sugiere la nulidad de la fusión a partir de la nulidad de dichas alteraciones estatutarias, pero las modificaciones estatutarias, incluso en el supuesto de que fueren nulas, no tendrían por qué arrastrar la nulidad de la fusión, sino que representan un acuerdo independiente del de fusión. Y además, se adecuan a Derecho.

2. La Sentencia de apelación.-

Destaca el escaso énfasis puesto por el apelante en el tema de la infracción del artículo 240.2 LSA (antes, sub a) puesto que se trataba de la corrección de un error material que se publicó 27 días antes de la junta, y reexamina los argumentos de nulidad de que se ocupó ya la sentencia de primera instancia [antes sub b) a sub e)].

(1) En cuanto a la incorrección del tipo de canje de las acciones, que derivaría de haber determinado erróneamente el valor real del patrimonio social, omitiendo el informe del experto independiente la exigencias del artículo 236.4 LSA, la Sala confirma la decisión del Juzgado, máxime cuando las cuentas anuales fueron aprobadas posteriormente por el Consejo de Administración al que pertenecían dos de los demandantes. Ha sido utilizado uno de los métodos posibles, y goza de la presunción de veracidad que deriva de haber sido realizado por experto independiente y por el propio Registro Mercantil, que inscribió los acuerdos.

(2) En cuanto al incumplimiento por parte de los administradores del preceptivo informe al que se refiere el ap. c) del artículo 238 LSA, la Sala considera que su contenido es suficiente, y más cuando los demandantes tuvieron ocasión de completar sus posibles lagunas interrogando a los Administradores en la propia Junta.

(3) Se reputa infringido el artículo 236, 1 y 4, LSA por parte del experto independiente, y asimismo, en relación con el artículo 38 LSA y 133.2 [RRM](#), por ausencia de información pericial respecto de las aportaciones no dinerarias. Pero la Sala considera que el Informe del experto («Attest Consulting, S.L») designado por el Registro Mercantil es suficiente, lo que se corrobora con la prueba testifical practicada en la persona del representante de dicha entidad. En cuanto a la ausencia de informe pericial específico respecto de las aportaciones no dinerarias, la Sala señala que hay valoración pericial respecto de la plusvalía neta por el inmueble aportado por «Trahe, S.A». y, en todo caso, la exigencia legal (38.3 LSA) parece referirse a las aportaciones de este tipo que se realizan en constitución o ampliación de capital, pero no en los supuestos de fusión, en los que basta con el cumplimiento de lo prevenido en el artículo 236 LSA.

(4) Se impetra la nulidad de la fusión por nulidad del acuerdo relativo a la modificación de los Estatutos sociales. La Sala entiende que el recurrente, al verificar esta petición, sobrepasa el petitum de su demanda, en el que se refería a la anulación de los acuerdos de fusión, pero no la nulidad de los nuevos Estatutos, que, en todo caso, no tiene por qué afectar a la fusión.

La Sala considera que no cabe reparo alguno a la probación de los Estatutos de la sociedad resultante de la fusión, ni desde el punto de vista formal ni desde el sustantivo. Se cumplieron los requisitos de modificación previstos en los artículos 144 y 238, f) y g) LSA, y cualquier falta de información quedó subsanada como consecuencia de que el 100% del accionariado estuvo presente o representado en la Junta extraordinaria en que se aprobó la modificación, sin disconformidad (artículo 99 LSA). Los artículo modificados no parecen objetivamente contrarios a Derecho ni pueden afectar a la validez de la fusión.

3. El Recurso.-

La recurrente suscita de nuevo estos mismos temas en los seis motivos, en los que se vuelve a las cuestiones relativas al Informe de los Administradores explicativo de la fusión , al tipo de canje, el Informe de expertos sobre la fusión , el Informe en cuanto a las aportaciones no dinerarias, la omisión en la convocatoria de las modificaciones estatutarias previstas para la resultante, y la falta del informe de los administradores sobre las modificaciones estatutarias.

SEGUNDO

En el Primero de los Motivos, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 [LE-Civ/1881](#) , la recurrente denuncia la infracción del artículo 237 de la [Ley de Sociedades Anónimas](#) , «en cuanto exige que el Informe de los Administradores explique y justifique detalladamente el proyecto de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos>>.

La recurrente reitera e insiste en una carencia o defecto que ha sido ya visto y revisado, por el Registrador Mercantil, que no tuvo inconveniente en inscribir la fusión, y por los juzgadores en las dos instancias [Vide antes, F. Primero, 1 b) y 2, (2)].

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 246 LSA, contra la fusión inscrita sólo cabe impugnación por razón de nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos, lo que remite al artículo 115 de la misma LSA, y conduce a examinar si los acuerdos pueden ser considerados contrarios a la Ley, opuestos a los estatutos o lesivos de los intereses de la sociedad en beneficio de algunos socios o de terceros.

El Informe ha sido considerado suficiente para dar cumplimiento a la ratio del precepto, que no es otra que facilitar un conocimiento que permita al socio formar criterio para ejercer su derecho a votar en un sentido o en otro. El Informe presentado, valorado sucesivamente por el Registrador y por los juzgadores de instancia, se entiende suficiente a estos fines y la revisión en esta sede sólo podría llevarse a efecto previa la demostración de una concreta omisión o desviación, o de un error apreciable, que impidiera cumplir este cometido y que pudiera viciar el acuerdo de fusión en el sentido antes indicado. No cabe oponer una idea interesada de lo que pueda constituir un « informe detallado» a la consideración efectuada por la sentencia recurrida, que, además, pone de relieve que los socios (todos ellos presentes o debidamente representados en la Junta que aprobó la fusión) pudieron recabar información sobre detalles o aspectos de su interés preguntando a los administradores.

Razones por las cuales el Motivo no puede prosperar, y queda desestimado.

TERCERO

En el Motivo Segundo, también por el cauce del ordinal 4º del artículo 1692 [LE-Civ/1881](#) , denuncia la recurrente la infracción del artículo 237 en relación con los artículos 235 b) y 236.4 [LSA](#) en cuanto que «interrelacionando los tres preceptos se exige que el Informe de los Administradores y también el de los expertos explique y justifique detalladamente el Proyecto de fusión con especial referencia al tipo de canje de las acciones, que se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social, utilizándose métodos adecuados para su determina-

ción». En definitiva, entiende la recurrente que se vulnera el artículo 237 LSA al no utilizar y desarrollar varios métodos contables para determinar el valor real del patrimonio social.

El Motivo se desestima.

Además de tener en cuenta las condiciones de viabilidad de la impugnación que impone el artículo 246 [LSA](#) , antes destacadas, no es exacto que la LSA obligue a utilizar varios métodos de valoración, pues la dicción en plural del artículo 236.4 («métodos de valoración») no excluye que la valoración se haya realizado por el método que se haya entendido adecuado, y no implica que necesariamente se haya llevado a cabo por más de uno, sino que se haya justificado el tipo de canje de las acciones, en coherencia con lo que se previene en los artículos 228.3ª y 230.4º del [Reglamento del Registro Mercantil](#) . La referencia a «los métodos seguidos» para establecer el tipo de canje está orientada a que los expertos evalúen la corrección de la propuesta sobre el tipo de canje que se indica en el Proyecto de fusión (artículo 235.b) LSA), y señalen, en su caso, las dificultades de valoración, extremos sobre los que ha de recaer pronunciamiento expreso en el Informe de los Administradores (artículo 237 LSA).

Los preceptos indicados no contienen pautas o parámetros de obligada observancia, sino que remiten a los procedimientos técnicos generalmente aceptados, como en general, para la valoración de elementos integrantes de las cuentas, señala el artículo 38 del [Código de Comercio](#) , redactado por la [Ley 19/1989, de 25 de julio](#) . La descalificación formulada en términos vagos y genéricos por la recurrente, contra el criterio de los administradores, de los expertos independientes, del Registro Mercantil y de las dos sentencias de instancia, sin más precisión, no puede prosperar. Y más cuando ocurre que la «valoración real del patrimonio social» que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.b) LSA, ha de determinar el tipo de canje se basa, en el caso, en las cuentas del ejercicio 1995, aprobadas en Junta de 15 de febrero de 1996, con asistencia del 91,94% del capital social, que votó unánimemente, y ese balance fue tomado como base del de la

fusión, aprobado en 31 de mayo de 1996, y más tarde se aprobaron por el Consejo de Administración (28 de febrero de 1997), también por unanimidad, las cuentas del ejercicio cerrado en 31 de diciembre de 1996. Y se trata de cuentas auditadas, aún cuando las sociedades fusionadas no tenían obligación legal de someterlas a auditoría.

CUARTO

En el Motivo Tercero, que se acoge al ordinal 4º del artículo 1692 [LECiv/1881](#), denuncia la recurrente la infracción del artículo 237 en relación con el artículo 236.4, ambos de la [Ley de Sociedades Anónimas](#), en cuanto los Informes de los Administradores y de los Expertos han de explicar y justificar detalladamente las especiales dificultades de valoración que pudieran existir. A juicio de la recurrente, no se ha justificado la valoración de un inmueble propiedad de la absorbida («Trahe, S.A») ni el pasivo de unos compromisos acordados para completar la pensión de jubilación de dos personas de la absorbente («Molabe, S.A»).

El Motivo se desestima.

Ante todo, se ha de tener en cuenta que las «especiales dificultades de valoración» pueden existir o no (artículos 236.4 y 237 LSA), por lo que no necesariamente los Informes preceptivos deben contener pronunciamientos sobre este extremo. Pero, aún en el supuesto de que se presenten en el caso considerado, la Sala de instancia, corroborando en este punto el criterio del Juzgador de Primera Instancia, entiende que la determinación del valor real del patrimonio social fue ajustada a las cuentas aprobadas y auditadas, y estima, en el F. 2º, que «... la adición de la plusvalía neta puesta de manifiesto al valorar a precio de mercado del inmueble de la propiedad de "Trahe, S.A". y, en el caso de "Molabe, S.A"., la compensación de la plusvalía que se sigue de valorar a precio de mercado su inmovilizado material con el pasivo derivado de unos compromisos acordados para completar la pensión de jubilación de dos personas, contiene, pese a su falta de detalle y concreción, presunción de veracidad para hallar el

valor real definitivo de ambos patrimonios sociales, no sólo por venir respaldado por el criterio del experto independiente designado por el Registrador Mercantil, y por éste mismo, que en ningún momento opuso reparos a inscribir la fusión, sino porque, en la propia Junta en que (la fusión) se acordó, los actores no solicitaron datos contables complementarios y, ni en ella ni en este procedimiento, se ha aportado dato ni prueba alguna de que el método utilizado ni los conceptos tenidos en cuenta sean incorrectos...»

A ello ha de añadirse, como se señala en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia recurrida, que existe una específica valoración de la plusvalía neta derivada de la aportación del inmueble de «Trahe, S.A».

No cabe oponer a esta posición de la Sala el interesado criterio de la recurrente, sin aportar datos más precisos, ni cabe exigir en los Informes a que se refieren los artículos 237 y 236.4 LSA un detalle en base a una configuración subjetiva de la información deseada, pues se trata de que la información suministrada sea objetivamente suficiente para formar el criterio de los accionistas que han de decidir, como acertadamente señalaba el Juzgador de Primera Instancia. Pero incluso cuando el detalle que aquí se demanda fuere exigible, se habrá de tener en cuenta que la recurrente ha podido solicitarlo en la Junta (universal, como se ha destacado) y, en todo caso, ha debido demostrar la existencia de una lesión cierta o al menos potencial, derivada de (o favorecida por) las omisiones que se denuncian.

QUINTO

En el Cuarto de los Motivos, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 [LE-Civ/1881](#) , denuncia la recurrente la infracción del artículo 236.1, en relación con el artículo 38, ambos de la [Ley de Sociedades Anónimas](#) , en cuanto se omite el Informe respecto de las aportaciones no dinerarias pertenecientes a la sociedad absorbida. La tesis de la recurrente consiste en que el artículo 236.1 LSA exige

informe sobre el patrimonio de la sociedad que se extingue, que se ha de realizar por el artículo 38 (se refiere al 38.2 pero parece aludir al 38.3 LSA).

La Sala de instancia ha examinado la cuestión, ya propuesta en la instancia, en el Fundamento Jurídico Cuarto, y dice: «.. habiendo reexaminado la Sala el Informe de la empresa "Attest Consulting, S.L". (folios 229 y sigs. y 275 y sigs), que fue designada por el registrador Mercantil para cumplir con este cometido, considera que los cinco puntos o extremos en el que el mismo se desglosa son suficientes para cumplir el requisito legal, y en modo se justifica la nulidad de la fusión por el motivo indicado; se reafirma dicha impresión al examinar el contenido de la prueba testifical practicada en la persona del representante legal de dicha empresa, Sr. Alberto (folios 966 y sigs).

En cuanto a la ausencia de informe pericial específico respecto de las aportaciones no dinerarias de ambas sociedades fusionadas, cabe decir que sí existe valoración pericial respecto de la plusvalía neta por el inmueble aportado por "Trahe, S.A". (14.690.000 pesetas) y, en todo caso, la exigencia legal de dicho informe parece referirse tan solo a cuando las aportaciones no dinerarias se efectúan en el marco de una constitución de sociedad o en el de una ampliación de capital (artículo 38.3 LSA), sino que el mismo esté expresamente exigido en los supuestos de fusión, en los que basta con el cumplimiento de lo prevenido en el artículo 236 LSA, que en este caso se afirma como válido...»

El motivo no puede prosperar.

En primer lugar, porque la Sala ha examinado con rigor la información aportada y la considera suficiente y contrastada, sin que contra este criterio se haya aportado prueba o demostración de las consecuencias lesivas, actuales o potenciales, o al menos de las consecuencias sobre el tipo de canje. En segundo lugar, porque la lectura que realiza la recurrente de los preceptos que invoca no es la adecuada.

El artículo 236.1 LSA se refiere a la designación de uno o varios expertos independientes, para que emitan informe, por separado, «sobre el proyecto de fusión y el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen», pero tal informe (o tales informes) no requieren el detalle que se precisa en el artículo 38.3 LSA, pensado para los supuestos de aportación a capital de activos no dinerarios en los supuestos de constitución o de ampliación de capital. En la fusión no se produce la «aportación» de los elementos no dinerarios, pues éstos han sido ya incorporados y están sometidos al tratamiento contable legalmente previsto, sino la del patrimonio global de la sociedad que se extingue. Aquí la aportación ya se ha consolidado, y no hay que pronunciarse sobre ella, sino que la estimación se refiere al patrimonio total, y se produce en términos de «valoración real» [artículos 235.b), 236.4 y 237 LSA], para lo que se ha de partir, como en el caso de autos, de las cuentas anuales, que han de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados (artículos 177 LSA, 34.1 y 38.1 [CCom.](#)).

SEXTO

En el Motivo Quinto, también acogido al ordinal 4º del artículo 1692 [LECiv/1881](#), denuncia la recurrente la infracción del artículo 144.1.b), en relación con el artículo 238.1-f, ambos de la [Ley de Sociedades Anónimas](#), en cuanto se omitieron en la convocatoria de la Junta «los extremos estatutarios que en ella se modificaron».

El Motivo guarda estricta relación con el siguiente Motivo Sexto, introducido también al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv 1881, en el que se denuncia la infracción del artículo 144.1.a) LSA en cuanto que los administradores omitieron en su informe la justificación de gran parte de las modificaciones estatutarias que se llevaron a cabo en la Junta.

Dada la conexión existente entre ambos motivos, se procede a un examen conjunto. Los motivos se desestiman.

Como pone de relieve la Sala de instancia (Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia recurrida) los actores solicitaron la nulidad de los acuerdos de fusión, y no la de los nuevos estatutos, por lo que la postulación de nulidad de la modificación de los Estatutos, formulada en apelación, desborda el petitum de la demanda, como acertadamente señala la Sala de instancia.

A la pretensión de nulidad de los acuerdos de fusión como consecuencia de la nulidad de los acuerdos sobre modificación de los Estatutos se oponen impedimentos insoslayables. En primer lugar, la nulidad eventual o dialécticamente apreciable de las modificaciones estatutarias no implicaría la de los acuerdos de fusión, como de consuno han subrayado las dos sentencias de instancia.

En segundo lugar, han de tenerse en cuenta, para decidir sobre la regularidad de la convocatoria las previsiones especiales de los artículos 237, 238 (especialmente, ap. f) y 240 LSA, que vienen a matizar los requisitos que el artículo 144 LSA impone para la validez de la modificación de los Estatutos. Dice el artículo 144.1.b) LSA que la modificación estatutaria requiere, entre otros requisitos que no interesan hic et nunc, que se expresen en la convocatoria, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse, al propio tiempo que, en el apartado c) del mismo artículo, se prevé que en el anuncio se haga constar el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de tales documentos. Las previsiones en tema de fusión son que los administradores de cada una de las sociedades elaboren un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos (artículo 237 LSA) y que, al publicarse la convocatoria de la Junta, deberán ponerse a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, entre otros documentos, el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de las modificaciones que

hayan de introducirse en los estatutos de la sociedad absorbente [artículo 238.1.f) LSA], en tanto que para el acuerdo de fusión el artículo 240 LSA impone que se ajuste al Proyecto de fusión y exige que la convocatoria de la Junta incluya las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas y que haga constar el derecho que corresponde a los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales a examinar en el domicilio social los documentos indicados en el artículo 238, así como el de obtener la entrega o envío gratuito del texto íntegro de los mismos. Esto es, que no se exige que la convocatoria contenga con la misma precisión los extremos a modificar que cuando se trate de una modificación estatutaria desconectada de un proceso de fusión. Hay que aplicar, pues, los preceptos que contienen reglas especiales sobre la fusión, antes y con preferencia los que se refieren a la modificación de estatutos en general.

La recurrente no señala que se haya omitido el cumplimiento de la regla que impone el derecho a examinar en el domicilio social, o a recibir de modo gratuito el texto de las modificaciones, sino que se centra en la expresión, que habría de contenerse en la convocatoria, conforme al artículo 144.1b) LSA, los extremos a modificar. Sólo desde una rígida interpretación del artículo 240.2 LSA, en cuanto pudiera entenderse que entre las «menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente establecidas» se encuentra el texto completo de las modificaciones estatutarias, cabría aceptar el argumento de la recurrente. Pero ello no es así, según el sentido de los preceptos que acabamos de señalar, y más cuando se ha dado publicidad en la convocatoria, como reconoce la propia recurrente, a ciertos extremos, en tanto que en ningún momento se afirma que el texto de las modificaciones propuestas no estuviera a disposición de accionistas, obligacionistas o titulares de derechos especiales.

En tercer lugar, la Junta que aprobó la fusión tuvo el carácter de universal, conforme a lo establecido en el artículo 99 LSA, pues estuvo presente o debidamente representado la totalidad del capital social y se aceptó por unanimidad, sin protesta de especie alguna, su constitución.

Podía por tanto, como se dice en el precepto antes señalado, «tratar cualquier asunto». No hubo, a lo largo de la Junta, según se desprende del Acta, que no ha sido tampoco impugnada ni objetada, reserva o protesta. Por ello entienden con acierto las sentencias de instancia que cualquier defecto de convocatoria quedaría subsanado, además de que las modificaciones establecidas ni aparecen objetivamente contrarias a derecho ni constitutivas de abuso de derecho o fraude de Ley y, en todo caso, fueron aprobadas por unanimidad, dato que por sí mismo dificulta la impugnación, que estaría restringida a los supuestos de nulidad, en los términos de los artículos 117 y concordantes LSA.

SÉPTIMO

La desestimación de los motivos conduce a la del propio recurso, en los términos establecidos en el artículo 1715.3 [LECiv/1881](#) , con imposición de las costas al recurrente, que en este caso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º.5 de la [Ley 1/1996, de 10 de enero](#) , estaba exento de efectuar el depósito previsto en el artículo 1706.2º [LECiv/1881](#) .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero en nombre y representación de D^a Lorenza, contra la [Sentencia dictada en cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao en el recurso de apelación núm. 201/98](#) , imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.- Clemente Auger Liñán.-Rubricado.

PUBLICACIÓN. –Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D Vicente Luis Montés Penadés, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Anexo 2

Resolución núm. 4438/2014 de 14 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)

Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución num. 4438/2014 de 14 marzo 2014

[RJ\2014\2060](#)

REGISTRO MERCANTIL: INSCRIPCIÓN: SOCIEDADES ANONIMAS: Escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad domiciliada en Gibraltar: improcedencia: es preciso justificar mediante informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra de capital social exigido por el Derecho español: falta de acreditación ante el Registrador de la pertenencia de Gibraltar al Espacio Económico Europeo y de la legislación extranjera sobre la cuestión, ante la ausencia de manifestación del Registrador de conocerla.

Jurisdicción: Vía administrativa

En el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Málaga por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera, la DGRN acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación impugnada.

En el recurso interpuesto por doña N. A. M., como apoderada de la Administradora única de la sociedad «Oneiros Inversiones, S.L.», doña E. R. T., contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Málaga, don J. M. C. M. , por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera.

HECHOS PRIMERO

Por el notario de Marbella don Rafael Requena Cabo se autorizó en fecha 13 de diciembre de 2013, escritura pública por la que la compañía «Hancock Company Limited», domiciliada en Gibraltar lleva a cabo las decisiones de su socio único de trasladar el domicilio social a España, modificar la denominación social («Oneiros Inversiones, S.L.») y adoptar los nuevos estatutos.

SEGUNDO

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil Málaga... Notificación de calificación don J. M. C. M. , Registrador Mercantil de Málaga, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del [Código de Comercio](#) y 6 del [Reglamento del Registro Mercantil](#) , ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/asiento: 342/1030 F. presentación: 20/12/2013. Entrada: 1/2013/24.254,0. Sociedad: Oneiros Inversiones, S.L.

Autorizante: Requena Cabo, Rafael Protocolo: 2013/5632 de 13/12/2013. Fundamentos [de Derecho \(defectos\) 1](#).—Al no depositarse simultaneamente las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado, se infringe el art. 309.2 RRM.—2.—Al no justificarse con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social, se infringe el art. 94.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.—3.—Según el Balance de fecha 30 de marzo de 2013, el patrimonio no cubre el capital social, por lo que se infringe el art. 94.1 [Ley 3/2009, de 3 de abril](#), sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Además, en dicho Balance, no coincide la cifra del capital social (art. 58 RRM). Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. En relación con la presente calificación:... Málaga, a 23 de diciembre de 2013.—El Registrador».

TERCERO

Contra la anterior nota de calificación, doña N. A. M., en la representación que ostenta, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 17 de enero de 2014, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: 1.º Que respecto de los defectos señalados con los números 1 y 3 se llevarán a cabo modificaciones en una escritura de subsanación; 2.º Que del artículo 94 de la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, resulta que el informe de experto independiente sólo es exigible respecto de sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a España desde un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo. Que de conformidad con el Acuerdo de establecimiento del Espacio Económico Europeo se incluyen en su espacio los Estados miembros de la Unión Europea, así como Islandia, Liechtenstein y Noruega.

De conformidad con el protocolo firmado en Bruselas el 17 de marzo de 1993 el territorio de Gibraltar forma parte de dicho espacio al formar parte de los territorios en los que se aplica el Tratado de Establecimiento de la Comunidad Económica Europea en cuyo artículo 355 está incluido. Por otro lado el artículo 355 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) determina que las provisiones del Tratado serán de aplicación a los territorios europeos en los que un Estado miembro es responsable de sus relaciones exteriores como ocurre con Gibraltar de conformidad con la parte preliminar de su Constitución. Que todo lo anterior viene confirmado mediante escrito que se acompaña del Centro Europeo «Europe Direct»;

3.º Que en el ámbito del Derecho Comunitario la transferencia de sede social es consecuencia de la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 del TFUE que se ha regulado en parte en la [Directiva 2005/56](#) sobre fusiones transfronterizas. Este principio determina que la regulación de los Estados no puede interferir su aplicación real y efectiva una vez reconocidos los requisitos establecidos por la legislación española. Que la sociedad es propietaria de dos inmuebles en España cuyo valor neto es ampliamente superior al capital mínimo exigido por lo que no puede ser exigible un informe de experto independiente; 4.º Que desde la perspectiva del derecho de sociedades si el capital social es superior al mínimo exigible legalmente no puede exigirse ahora un informe que ponga en cuestión la valoración dada por los socios. Que en el supuesto es de tener en cuenta que dicha exigencia implica una violación del principio comunitario de igualdad de trato sancionado en el artículo 12 del Tratado de Constitución; y, 5.º Que desde el punto de vista contable la información aceptada por la Administración de Gibraltar sobre el patrimonio neto debe ser trasladable a la información exigida por la legislación española.

CUARTO

El Registrador emitió informe el día 30 de enero de 2014, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que notificado el notario autorizante no realizó alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 96 de la Constitución Española; 92 y 94 de la [Ley 3/2009, de 3 de abril](#) , de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 36 del [Reglamento Hipotecario](#) ; 5 y 80 del [Reglamento del Registro Mercantil](#) ; y las [Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 1981](#); 11 de junio de 1999; 4 de febrero de 2000; 21 de abril de 2003; 19 de febrero de 2004; 5 de febrero y 1 de marzo de 2005; 23 y 29 de mayo de 2006; 22 de febrero de 2012; 31 de octubre de 2013, y 24 de enero y [27 de febrero de 2014](#) .

PRIMERO

La única cuestión que se plantea en este expediente se reduce, dado el contenido del escrito de recurso, a cómo debe aplicarse el artículo 94 de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a un supuesto de traslado a España de sociedad domiciliada en el territorio de Gibraltar. A juicio del registrador es aplicable el segundo párrafo del número 1 de dicho artículo y por tanto es preciso justificar mediante informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra de capital. Por el contrario la recurrente entiende que, por formar parte del Espacio Económico Europeo, no es exigible dicho requisito.

SEGUNDO

Dice así el precepto en cuestión: «1. El traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad.

No obstante, deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España. En particular, las sociedades extranjeras de capital que pretendan trasladar su domicilio social a España desde un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español».

La cuestión debatida se reduce a determinar si el territorio de Gibraltar forma parte o no del Espacio Económico Europeo.

El artículo 2 del Convenio de 2 de mayo de 1992 por el que se establece el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte, dice así: «c) se entenderá por "Partes Contratantes", por lo que respecta a las Comunidades y a los Estados miembros de las CE, las Comunidades y los Estados miembros de las CE, o las Comunidades, o los Estados miembros de las CE. El sentido que deba darse a esta expresión en cada caso deberá deducirse de las correspondientes disposiciones del presente Acuerdo y de las competencias respectivas de las Comunidades y de los Estados miembros de las CE, tal como se desprenden del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero».

Por lo que interesa a este expediente, es la sujeción a los Tratados relativos a las Comunidades Europeas la que ha de determinar la pertenencia al Espacio Económico Europeo. En la actualidad los Tratados que regulan la Unión Europea y que sustituyen a los que regulaban la Comunidad Europea son dos: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (vide artículo 1 del primero de ellos).

El artículo 52.1 del Tratado de la Unión Europea especifica que el mismo es de aplicación en el Reino de España y su número 2, determina que: «El ámbito de aplicación territorial de los Tratados se especifica en el artículo 355 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) ».

Este último precepto a su vez recoge determinados territorios a los que son de aplicación los Tratados y ciertos territorios en los que no son de aplicación. En ninguna de ambas categorías se encuentra el territorio de Gibraltar.

De conformidad con el escrito de recurso los Tratados son de aplicación en dicho territorio por dos órdenes de razones: Por un lado por lo dispuesto en el número 3 del artículo 355 del Tratado de Funcionamiento que dispone: «3. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro». Por otro lado por la existencia de determinado protocolo de 1993.

TERCERO

Respecto de la primera cuestión, afirma la recurrente que la norma constitucional del territorio de Gibraltar dispone que sus relaciones exteriores son responsabilidad de un Estado Miembro, en concreto el Reino Unido, por lo que se cumpliría así la previsión del Tratado al ser dicho Estado miembro de la Unión.

Así planteada, la cuestión nos reconduce a la aplicación de una norma extranjera, cuestión sobre la que esta Dirección General se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Como puso de relieve la Resolución de 1 de marzo de 2005, el elemento básico de toda calificación ha de ser el Derecho aplicable que cuando es extranjero excepciona el juego del principio «iura novit curia» y justifica la necesidad de acreditar que esa validez se da en contraste con el mismo. En definitiva, que al igual que en el ámbito procesal el derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#)) lo ha de ser en el registral (Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965 y 27 de abril de 1999) a salvo que el registrador, por conocer esa legislación foránea aplicable decida

bajo su responsabilidad prescindir de esa prueba tal como permite el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, con la obligación de dejar constancia expresa de tal proceder en el asiento que practique y a salvo el supuesto de que se justifique el Derecho extranjero por cualquiera de los otros medios previstos en dicho precepto (Resolución de 5 de febrero de 2005).

En este sentido y como ha recordado recientísimamente este Centro Directivo (Resolución de 27 de febrero de 2014), es doctrina reiterada (vid. [Resoluciones de 11 de junio de 1999](#); 4 de febrero de 2000 y [22 de febrero de 2012](#)), que cuando no resulte dicha circunstancia ni resulte manifestación del Registrador sobre su conocimiento suficiente de la legislación extranjera debe acreditarse en los términos previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, aplicable en la materia que nos ocupa por remisión del artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil.

CUARTO

El segundo argumento de la recurrente para afirmar que el territorio de Gibraltar está incluido en el Espacio Económico Europeo hace referencia a la existencia de determinado protocolo de adhesión de 1993. Cualquiera que sea la naturaleza de dicho documento, ni estuvo a disposición del Registrador en el momento de emitir su calificación (artículo 326 de la [Ley Hipotecaria](#)), ni, al parecer, es uno de los Tratados Internacionales que por estar suscritos válidamente por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96 de la Constitución Española), lo que nos reconduce a la cuestión del Derecho extranjero y su acreditación al Registrador.

QUINTO

El resto de argumentos que recoge el escrito de recurso han de seguir el mismo destino desestimatorio pues, como resulta de las consideraciones anteriores, hacen cuestión precisamente de lo que debe ser acreditado.

Si los datos contables o la valoración de bienes aceptados por un ordenamiento extranjero deben o no ser aceptados para inscribir el traslado de domicilio a España es cuestión que depende precisamente de si se acredita o no la pertenencia al Espacio Económico Europeo como exige la norma española. En fin, por la misma razón debe rechazarse la argumentación sobre el impacto que sobre el supuesto de hecho hayan de tener el principio de igualdad o la libertad de establecimiento, pues en ambos casos es preciso determinar con carácter previo la aplicabilidad de los Tratados.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 14 de marzo de 2014.

Documento extraído de la fuente oficial del organismo emisor en consonancia con lo dispuesto en la Ley 37/2007, de

16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y en su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre.

Anexo 3

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005 en el asunto C-411/03

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Caso SEVIC Systems contra SEVIC Systems

(Gran Sala) Caso Proceso penal contra SEVIC Systems AG. Sentencia de 13 diciembre 2005

[TJCE\2005\373](#)

DERECHO DE ESTABLECIMIENTO: Restricciones: Justificación: improcedencia: normativa nacional que prevé la denegación de la inscripción en el Registro Mercantil nacional de una fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad, en caso de que una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que tal inscripción es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro: existencia de razones imperiosas de interés general, como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores, que, no obstante, no impiden que la norma vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar los objetivos de protección de dichos intereses.

Jurisdicción: Comunitario

Cuestión prejudicial /

Ponente: Claus Christian Gulmann

En el asunto C - 411 / 03,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 [CE](#), por el Landgericht Koblenz (Alemania), mediante resolución de 16 de septiembre de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de octubre de 2003, en el procedimiento incoado por:

SEVIC Systems AG ,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas y K. Schiemann, Presidentes de Sala, y los Sres. C. Gulmann (Ponente) y J. N. Cunha Rodrigues, la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis y A. Borg Barthet, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Tizzano;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 10 de mayo de 2005;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

–en nombre de SEVIC Systems AG, por el Sr. C. Beul, Rechtsanwalt;

–en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y A. Dittrich, en calidad de agentes;

–en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. H. G. Sevenster y el Sr. N. A. J. Bel, en calidad de agentes;

–en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. C. Schmidt y el Sr. G. Braun, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de julio de 2005;

dicta la siguiente

SENTENCIA

1

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 43 [CE](#) y 48 CE.

2

Dicha petición fue presentada en el marco de un recurso interpuesto por SEVIC Systems AG (en lo sucesivo, «SEVIC»), sociedad establecida en Neuwied (Alemania), contra una resolución del Amtsgericht Neuwied por la que se desestima su solicitud de obtener la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión entre ella misma y Security Vision Concept SA (en lo sucesivo, «Security Vision»), sociedad establecida en Luxemburgo, debido a que el Derecho alemán relativo a las transformaciones de las sociedades sólo prevé la fusión entre sociedades que tengan su domicilio social en Alemania.

Marco jurídico

3

El artículo 1 de la Ley alemana relativa a las transformaciones de las sociedades (Umwandlungsgesetz), de 28 de octubre de 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3210), en su versión rectificada en 1995 y modificada posteriormente (en lo sucesivo, «UmwG»), con el título «Tipos de transformaciones, restricciones legales», dispone:

«1) Los sujetos de Derecho domiciliados en el territorio nacional podrán transformarse

1. mediante fusión;
2. mediante escisión [...];
3. mediante transmisión del patrimonio;
4. mediante cambio de la forma jurídica.

2) Fuera de los casos establecidos por la presente Ley, sólo será posible una transformación en el sentido del apartado 1 si está prevista expresamente por otra Ley federal o por una Ley de un Land.

3) Únicamente serán posibles excepciones a lo dispuesto en la presente Ley si están expresamente autorizadas. Se admitirán las disposiciones complementarias que figuren en contratos, estatutos o declaraciones de voluntad, salvo cuando la presente Ley contenga una regulación exhaustiva».

4

El artículo 2 de la UmwG, titulado «Tipos de fusiones», prevé:

«Los sujetos de Derecho podrán fusionarse por disolución sin liquidación

1. mediante absorción por transmisión en bloque del patrimonio de uno o varios sujetos de Derecho (sujetos absorbidos) a otro sujeto de Derecho existente (sujeto absorbente) o

2. [...]

mediante la atribución de participaciones sociales o de participaciones de socios del sujeto absorbente o del nuevo sujeto a los poseedores de participaciones (asociados, accionistas o socios) del sujeto de Derecho absorbido».

5

Las demás disposiciones de la UmwG que se refieren específicamente a la fusión por absorción someten el contrato de fusión a determinados requisitos (artículos 4 a 6), prevén la elaboración de un proyecto de fusión (artículo 8), el examen de la fusión por expertos (artículo 9 y siguientes), y la notificación de la fusión (artículo 16 y siguientes) con carácter previo a su inscripción en el Registro Mercantil del lugar del domicilio del sujeto de Derecho absorbente (artículo 19). Los artículos 20 y siguientes de la UmwG enumeran los efectos de la inscripción en dicho Registro. Disposiciones de protección en favor de terceros afectados por la fusión, en particular los acreedores, completan las disposiciones generales relativas a la fusión por absorción.

Litigio principal y cuestión prejudicial

6

El contrato de fusión celebrado en 2002 entre SEVIC y Security Vision preveía la disolución sin liquidación de esta última sociedad y la transmisión universal de su patrimonio a SEVIC, sin modificación de la denominación social de ésta.

7

El Amtsgericht Neuwied denegó la solicitud de inscripción de la fusión en el Registro Mercantil, alegando que el artículo 1, apartado 1, número 1, de la UmwG prevé únicamente las fusiones entre sujetos de Derecho con domicilio social en Alemania.

8

SEVIC interpuso recurso contra esta resolución denegatoria ante el Landgericht Koblenz.

9

Para el Landgericht Koblenz, saber si se puede denegar la inscripción de la fusión entre las sociedades anteriormente mencionadas en el Registro Mercantil sobre la base del artículo 1, apartado 1, número 1, de la UmwG depende de la interpretación de los artículos 43 [CE](#) y 48 CE en el marco de fusiones entre sociedades con domicilio social en Alemania y sociedades establecidas en otros Estados miembros (en lo sucesivo, «fusiones transfronterizas»).

10

En consecuencia, por considerar que la solución del litigio del que conocía estaba supeditada a la interpretación de las citadas disposiciones del [Tratado CE](#), el Landgericht Koblenz decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Los artículos 43 [CE](#) y 48 CE, ¿deben interpretarse en el sentido de que es contrario a la libertad de establecimiento de las sociedades denegar a una sociedad europea extranjera la inscripción en el Registro Mercantil alemán de su fusión proyectada con una sociedad alemana con arreglo a lo dispuesto en los artículos 16 y siguientes de [la UmwG] debido a que el artículo 1, apartado 1, número 1, de dicha Ley tan sólo contempla la transformación de entidades jurídicas con domicilio social en Alemania?».

Sobre la cuestión prejudicial

Observaciones preliminares

11

Procede recordar que SEVIC solicitó la inscripción en el Registro Mercantil, de conformidad con la UmwG, de la fusión con Security Vision, el contrato correspondiente a la misma preveía la absorción de esta última sociedad y la disolución sin liquidación de ésta.

12

Dicha solicitud fue denegada por el Amtsgericht Neuwied debido a que, en su artículo 1, apartado 1, número 1, la UmwG prevé que sólo los sujetos de Derecho con domicilio social en el territorio nacional pueden ser objeto de transformación por fusión (en lo sucesivo, «fusiones internas») y que, en consecuencia, esta Ley no se aplica a las transformaciones resultantes de fusiones transfronterizas.

13

Debe señalarse que, en Alemania, no existen normas generales análogas a las previstas por dicha Ley que sean aplicables a fusiones transfronterizas.

14

De ello resulta una diferencia de trato, en Alemania, entre las fusiones internas y las fusiones transfronterizas.

15

Por consiguiente, debe entenderse la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que pregunta en esencia si los artículos 43 [CE](#) y 48 CE se oponen a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que tal inscripción es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro.

Sobre la aplicabilidad de los artículos 43 CE y 48 CE

16

Contrariamente a lo que alegan los Gobiernos alemán y neerlandés, los artículos 43 [CE](#) y 48 CE se aplican a una situación de fusión como de la que se trata en el litigio principal.

17

En efecto, conforme al artículo 43 [CE](#), párrafo segundo, en relación con el artículo 48 CE, la libertad de establecimiento para las sociedades mencionadas en este último artículo comprende, en particular, la constitución y la gestión de dichas sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del Estado de establecimiento para sus propias sociedades.

18

Como señaló el Abogado General en el punto 30 de sus conclusiones, el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso que se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado, haciendo posible la participación efectiva de los operadores económicos interesados en la vida económica del referido Estado miembro, en las mismas condiciones que las aplicables a los operadores nacionales.

19

Las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. Constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 [CE](#).

Sobre la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento

20

Sobre este particular, basta recordar que, en Derecho alemán, a diferencia de lo que existe para las fusiones internas, ninguna disposición prevé la inscripción en el Registro Mercantil nacional de las fusiones transfronterizas y que, por esta razón, se deniegan de manera general las solicitudes de registro de este tipo.

21

Ahora bien, como señaló el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, una fusión como de la que se trata en el litigio principal constituye un medio eficaz de transformación de las sociedades, pues permite, mediante una sola operación, comenzar a ejercer una actividad dada sin solución de continuidad, reduciendo, por consiguiente, las complicaciones, demoras y costes resultantes de otras formas de agrupación de las sociedades, tales como los que entrañan, por ejemplo, la disolución de una sociedad con liquidación de su patrimonio y la constitución de una nueva sociedad con transmisión de los elementos del patrimonio a ésta.

22

En la medida en que, con arreglo a las normas nacionales, el recurso a tal medio de transformación de las sociedades no es posible cuando una de éstas tiene su domicilio social en un Estado miembro que no sea la República Federal de Alemania, el Derecho alemán establece una diferencia de trato entre sociedades según la naturaleza interna o transfronteriza de la fusión, que puede disuadirles de ejercer la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado.

Una diferencia de trato de este tipo constituye una restricción en el sentido de los artículos 43 [CE](#) y 48 CE, que es contraria al derecho de establecimiento y que sólo puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. Además, en tal caso, es preciso que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo así perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (véase las [sentencias de 21 de noviembre de 2002](#), W e Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, apartado 49, y de [11 de marzo de 2004](#), De Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Rec. p. I-2409, apartado 49).

Sobre la eventual justificación de la restricción

Los Gobiernos alemán y neerlandés alegan que las fusiones internas están sometidas a requisitos destinados, más en particular, a proteger los intereses de los acreedores, de los accionistas minoritarios y de los trabajadores y a preservar la eficacia de los controles fiscales y la lealtad de las transacciones comerciales. A este respecto, señalan que en las fusiones transfronterizas se presentan problemas específicos y que la solución de dichos problemas supone la existencia de normas específicas destinadas a proteger los referidos intereses en el contexto de una fusión transfronteriza que conlleva la aplicación de varios ordenamientos jurídicos nacionales a una única operación jurídica. Pues bien, tales normas requieren una armonización de la normativa a nivel comunitario.

En este contexto, el Gobierno neerlandés recuerda que la Comisión de las Comunidades Europeas sometió al legislador comunitario la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales, que fue presentada por la Comisión el 18 de noviembre de 2003 [COM(2003) 703 final], cuyos considerando primero y segundo precisan:

«– Las necesidades de cooperación y reagrupamiento entre sociedades de Estados miembros diferentes y las dificultades que encuentra, a nivel legislativo y administrativo, la realización de fusiones transfronterizas de sociedades en la Comunidad hacen necesario, para garantizar la realización y el funcionamiento del mercado interior, establecer disposiciones comunitarias con el fin de facilitar la realización de fusiones transfronterizas [...]

–[...] los objetivos previamente mencionados no pueden ser realizados adecuadamente por los Estados miembros en la medida en que se trata de establecer una normativa que contenga elementos comunes aplicables a nivel transnacional y pueden, por lo tanto, por la escala y la incidencia de la acción propuesta, lograrse mejor a escala comunitaria [...]».

Sobre este particular, debe recordarse que, si bien es cierto que las normas comunitarias de armonización son útiles para facilitar las fusiones transfronterizas, la existencia de tales normas de armonización no puede erigirse en requisito previo para la aplicación de la libertad de establecimiento consagrada por los artículos 43 [CE](#) y 48 [CE](#) (véase, en este sentido, la [sentencia de 28 de enero de 1992](#), Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249, apartado 11).

27

Además, procede observar que si bien, por razón de la adopción de la [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 (DO L 295, p. 36; EE 17/01, p. 76), existen en los Estados miembros normas armonizadas sobre las fusiones internas, las fusiones transfronterizas plantean problemas específicos.

28

No cabe excluir que existan razones imperiosas de interés general, como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores (véase la [sentencia de 5 de noviembre de 2002](#), Überseering, C-208/00, Rec. p. I-9919, apartado 92), así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales (véase la [sentencia de 30 de septiembre de 2003](#), Inspire art, C-167/01, Rec. p. I-10155, apartado 132), que, en determinadas circunstancias y respetando ciertos requisitos, puedan justificar una medida que restrinja la libertad de establecimiento.

29

Pero, además, es necesario que una medida restrictiva de ese tipo sea apta para garantizar la realización de los objetivos perseguidos y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlos.

30

El hecho de denegar de manera general, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil de una fusión entre una sociedad establecida en dicho Estado y una sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro produce el resultado de impedir la realización de fusiones transfronterizas, a pesar de que los intereses mencionados en el apartado 28 de la presente sentencia no estén amenazados.

En cualquier caso, tal norma va más allá de lo que es necesario para alcanzar los objetivos de proteger los citados intereses.

31

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 [CE](#) y 48 CE se oponen a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que una inscripción de ese tipo es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las dos sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro.

Costas

32

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

Los artículos 43 [CE](#) y 48 CE se oponen a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que una inscripción de ese tipo es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las dos sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro.

Anexo 4

Consulta vinculante minhap fusiones transfronterizas intracomunitarias número V2378-14

Consulta vinculante minhap fusiones transfronterizas intracomunitarias

CONSULTA

NUM-CONSULTA

V2378-14

ORGANO

SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas

FECHA-SALIDA

11/09/2014

NORMATIVA

TRLIS / RD Legislativo 4/2004 ; art. 19.11, 72 y 81

DESCRIPCION-HECHOS La presente consulta es ampliación de otra anterior de fecha de salida de registro de este Centro Directivo 7 de marzo de 2014 y número de referencia V0623-14.

En dicha consulta anterior se planteó la realización de una operación de fusión por absorción por la que la entidad consultante sería absorbida por su matriz italiana, la sociedad I. La operación se llevaría a cabo de acuerdo con el procedimiento y requisitos previstos en el capítulo II (De las fusiones transfronterizas intracomunitarias) del título II (De la fusión) de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Dicha fusión transfronteriza supondría la transmisión en bloque a la sociedad italiana I de todos los activos y pasivos de la entidad consultante, si bien los mismos quedarían afectos a una sucursal en España de la sociedad italiana I absorbente, que sería constituida en el mismo momento de la fusión y con ocasión de ésta. La sucursal, mediante dicho patrimonio empresarial afecto, continuaría la realización de las mismas actividades que venían siendo realizadas por la entidad consultante hasta el momento de la fusión.

La entidad consultante actúa como sociedad holding española del grupo, siendo titular de las participaciones en las sociedades que llevan a cabo las diferentes actividades económicas desarrolladas por el grupo en España. La entidad consultante participa en el 100% de las sociedades españolas A, B, C, D y E.

La entidad consultante y sus sociedades dependientes españolas tributan desde 1995 en el régimen especial de consolidación fiscal, ostentando la entidad consultante la condición de sociedad dominante del grupo de consolidación fiscal, y siendo las sociedades dependientes las sociedades A, B, C, D y E. Adicionalmente, otra sociedad española F se integrará en el grupo de consolidación fiscal como sociedad dependiente en 2014 puesto que la entidad consultante adquirirá por compra el 100% de su capital social antes de la finalización de 2013.

La totalidad de las acciones de la entidad consultante pertenecen a sociedades del grupo.

En concreto, una sociedad italiana I ostenta el 97,52% de su capital social; una de las sociedades participadas por la propia entidad consultante, la sociedad A, ostenta un 2,48% aproximadamente; y otras empresas del grupo, residentes en Italia, ostentan un 0,0009%. Este último porcentaje será adquirido por la sociedad italiana I antes de la realización de la operación de fusión.

Asimismo, de manera previa a la realización de la operación de fusión transfronteriza, el grupo está valorando la posibilidad de eliminar la participación minoritaria (2,48%) que la sociedad A ostenta en el capital social de la entidad consultante, constituyendo una autocartera indirecta. La eliminación de dicha participación minoritaria tiene como finalidad simplificar y facilitar los trámites del proceso de fusión. Dicha eliminación se realizaría mediante una operación de reducción de capital mediante adquisición por parte de la entidad consultante de acciones propias para su amortización. La transmisión de las acciones se realizaría en el seno del grupo de consolidación fiscal.

En la contestación a la consulta anterior, de número de referencia V0623-14, y fecha de salida de registro de este Centro Directivo 7 de marzo de 2014, se señaló que "Por tanto, si la operación proyectada se realiza en el ámbito mercantil al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/2009, y cumple lo dispuesto en el artículo 83.1 del TRLIS, dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo".

CUESTION-PLANTEADA 1. Si la extinción del actual grupo de consolidación fiscal por causa de la fusión por absorción transfronteriza acogida al régimen de neutralidad fiscal del capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, produciría los efectos previstos en el artículo 81 del mencionado texto legal, y en particular, si supondrá la incorporación en la base imponible consolidada de las eliminaciones pendientes de incorporar.

2. En relación con la posible operación de reducción de capital mediante adquisición de la entidad consultante de acciones propias (2,48%) para su inmediata amortización:

- Si la renta obtenida por la sociedad A, con ocasión de la transmisión de las acciones, deberá ser objeto de incorporación en la base imponible en el momento de que la sociedad dependiente que obtiene la renta deje de formar parte del grupo fiscal o el mismo se extinga.

- Si la eventual renta obtenida en dicha transmisión, deberá ser objeto de incorporación en la base imponible con ocasión de la operación de fusión por absorción de la entidad consultante por parte de I.

CONTESTACION-COMPLETA 1. En relación a la primera cuestión planteada, sobre si la operación de fusión produciría los efectos previstos en el artículo 81 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, la contesta-

ción a la consulta anterior, de número de referencia V0623-14, y fecha de salida de registro de este Centro Directivo 7 de marzo de 2014, indicó que:

“En lo que se refiere a la aplicación del régimen de consolidación fiscal, regulado en el capítulo VII del título VII del TRLIS, cabe realizar las siguientes consideraciones:

El artículo 26.2 del TRLIS establece, entre otros supuestos de conclusión del período impositivo, la extinción de la sociedad.

Por su parte, el artículo 76.1 del TRLIS dispone que “el período impositivo del grupo fiscal coincidirá con el de la sociedad dominante”.

De acuerdo con lo anterior, dado que en una operación de fusión por absorción la sociedad absorbida se extingue (artículo 23.2 de la Ley 3/2009), para ella concluye su período impositivo en la fecha de extinción y, en la medida en que hasta ese momento dicha sociedad tiene la condición de dominante del grupo integrado por ella y sus dependientes, el período impositivo de dicho grupo finaliza igualmente en la fecha en que tiene lugar la extinción de la sociedad dominante, lo cual obligaría a que todas las sociedades dependientes concluyan su período impositivo en la misma fecha.

Por su parte, el artículo 67.5 del TRLIS establece que “el grupo fiscal se extinguirá cuando la sociedad dominante pierda dicho carácter”, es decir, la realización de la operación de fusión planteada en el escrito de consulta por la cual la entidad consultante, entidad dominante de su grupo fiscal, se extingue a favor de la sociedad absorbente, determina la extinción de dicho grupo fiscal.”

La extinción de dicho grupo fiscal, conlleva los efectos establecidos en el artículo 81 del TRLIS (integración en la base imponible de las eliminaciones pendientes de incorporación, traspaso del derecho a compensar bases imponibles negativas o deducciones pendientes, etc.).

2. En segundo lugar, la ampliación a la consulta V0623-14, pregunta sobre el tratamiento que se debería dar a las rentas que surjan con ocasión de la transmisión a la entidad consultante, por parte de la sociedad A, de acciones propias (2,48%) para su inmediata amortización.

Dicha transmisión generará una renta por la diferencia entre el valor fiscal de la participación a nivel del grupo fiscal y el valor de transmisión de dicha participación, con independencia del valor que tenga dicha participación en la entidad A, a nivel de su declaración individual.

En el caso de que esta renta sea positiva, se eliminará en la base imponible consolidada en los términos establecidos en el artículo 72.1 del TRLIS:

“1. Para la determinación de la base imponible consolidada se practicarán la totalidad de las eliminaciones de resultados por operaciones internas efectuadas en el período impositivo.

Se entenderán por operaciones internas las realizadas entre sociedades del grupo fiscal en los períodos impositivos en que ambas formen parte de él y se aplique el régimen de consolidación fiscal.”

A su vez, dicha renta eliminada se deberá integrar en la base imponible con ocasión de la operación de fusión planteada, como consecuencia de la extinción del grupo fiscal, de conformidad con lo indicado anteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.1 del TRLIS:

“1. En el supuesto de que existieran, en el período impositivo en que se produzca la pérdida del régimen de consolidación fiscal o la extinción del grupo fiscal, eliminaciones pendientes de incorporación, bases imponibles negativas del grupo fiscal o deducciones en la cuota pendientes de compensación, se procederá de la forma siguiente:

a) Las eliminaciones pendientes de incorporación se integrarán en la base imponible del grupo fiscal correspondiente al último período impositivo en el que sea aplicable el régimen de consolidación fiscal.

Lo anterior no se aplicará cuando la entidad dominante adquiriera la condición de sociedad dependiente de otro grupo fiscal que estuviese tributando en régimen de consolidación fiscal o sea absorbida por alguna sociedad de ese otro grupo en un proceso de fusión acogida al régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta Ley, al cual se integran todas sus sociedades dependientes en ambos casos. Los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible de ese otro grupo fiscal en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley.”

No obstante, en caso de existir una renta negativa con ocasión de la diferencia entre el valor fiscal, para el grupo consolidado, de las participaciones que A posee en la entidad consultante y el precio de transmisión de las mismas, dicha renta negativa se integrará en la base imponible individual de la entidad A, reconociendo la pérdida real que se produce en el grupo fiscal.

No obstante, el apartado 11 del artículo 19 del TRLIS establece que:

“11. Las rentas negativas generadas en la transmisión de valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades, cuando el adquirente sea una entidad del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, se imputarán en el período impositivo en que dichos valores sean transmitidos a terceros ajenos al referido grupo de sociedades, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo.

Lo dispuesto en este apartado no resultará de aplicación en el supuesto de extinción de la entidad transmitida.”.

De acuerdo con el precepto transcrito, la renta negativa que se genera en la transmisión de la participación en la entidad consultante, por parte de A, quedará diferida hasta la transmisión de la participación a terceros.

Asimismo, la absorción posterior de la entidad consultante por la entidad I no desencadena la integración de las referidas rentas negativas en la base imponible de A, al continuar realizándose la actividad de la entidad absorbida en sede de la absorbente (a través de un establecimiento permanente en España).

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Anexo 5

Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V3354-14 de 22 de diciembre de 2014

Dirección General de Tributos

Consulta vinculante num. V3354-14 de 22 diciembre 2014

[JT\2015\293](#)

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores: requisito de ausencia de fines de evasión: operación de fusión planteada con el objetivo de simplificar la estructura societaria del grupo y eliminar la duplicidad de costes de estructura: motivo económico válido: régimen especial procedente: doctrina administrativa.

Jurisdicción: Vía administrativa

La DGT dicta, con carácter vinculante, Resolución contestando a la consulta formulada sobre la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

Órgano

SG de Impuestos sobre las Personas Jurídica **Fecha-salida**

22/12/2014

Normativa

[TRLIS](#) / RD Legislativo ; art. 83, 84 y 96.2

Descripción-hechos

El grupo X es un grupo multinacional de origen estadounidense que está en la vanguardia mundial en ciencia e ingeniería, trayendo al mercado productos, materiales y servicios innovadores, para ayudar a encontrar soluciones a desafíos tales como el abastecimiento de alimentos saludables al crecimiento de la población mundial, la reducción de la actual dependencia de combustibles fósiles o la protección de las personas y el medioambiente.

El grupo posee filiales en todo el mundo, y en España cuenta con dos sociedades holding, A y B, que fueron constituidas en el ejercicio 2001 por las sociedades luxemburguesas LUXA y LUXB, respectivamente, con la finalidad de servir de sociedades holdings de la inversión del grupo en Europa, Norte de África y Asia. En la actualidad, LUXA continua siendo el socio único de A y LUXB de la entidad B.

El único activo de A es una participación de un 10% en el capital de una sociedad holding con residencia fiscal en Países Bajos (H1). H1 tiene una participación sustancial, siempre superior al 5% (directa e indirectamente) en el capital social de multitud de sociedades operativas residentes en diversos países. En concreto, H1 posee indirectamente el 37,65% de la entidad C, sociedad española operativa. C participa íntegramente en las entidades:

- C1, sociedad operativa residente fiscal en España,

- C2, sociedad operativa residente fiscal en Portugal, y
- C3 sociedad operativa residente fiscal en Austria, que posee el 99,99% de C3Sub, sociedad operativa residente fiscal en Corea.

Por su parte, B participa en la sociedad holding con residencia fiscal en Países Bajos H2, en un 25%. A su vez, H2 ostenta el resto del capital social de H1 (90%).

Ninguna de las dos sociedades holdings españolas posee empleados. Dichas sociedades no han recibido dividendos de sus filiales desde su fecha de constitución, ni generado rentas derivadas de la transmisión de participaciones ni tampoco han generado ningún tipo de renta empresarial.

A fecha de cierre de 2013 el valor de mercado de H1 era inferior al valor fiscal de su participación en sede de la entidad A e igual al valor fiscal de su participación en sede de B. Tanto A como B tienen bases imponibles negativas pendientes de compensación.

Actualmente, el grupo X se está planteando llevar a cabo las siguientes fusiones impropias el 31 de diciembre de 2014:

- La entidad A transmitiría como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, derivada del proceso de fusión, el conjunto de su patrimonio social a su socio único, la entidad LUXA.
- La entidad B transmitiría como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, derivada del proceso de fusión, el conjunto de su patrimonio social a su socio único, la entidad LUXB.

La finalidad de estas operaciones consiste en la simplificación de la estructura societaria del grupo X y la eliminación de la duplicidad de costes de estructura derivados del mantenimiento de estas dos sociedades holding en España, que no aportan valor añadido alguno al negocio del grupo.

No existirían beneficios fiscales derivados de la aplicación del régimen de neutralidad. Respecto a las bases imponibles negativas pendientes de aplicación, al ser las entidades adquirentes no residentes en territorio español, se perdería el derecho a su compensación de forma definitiva.

Cuestión-planteada

Las entidades A, B y sus socios luxemburgueses, pretenden acoger ambas fusiones al régimen de neutralidad fiscal del capítulo VII del título VIII del texto refundido de la [Ley del Impuesto sobre Sociedades](#) . Alternativamente, en caso de no resultar aplicable el régimen de neutralidad fiscal, las entidades A y B pretenden aplicar la exención para evitar la doble imposición regulada en el artículo 21 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En concreto plantean:

- Si procede la aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VII del texto refundido de la [Ley del Impuesto sobre Sociedades](#) a la operación planteada. Y si los motivos alegados tienen la consideración de económicamente válidos a estos efectos.
- En caso contrario, si la eventual pérdida obtenida por A (por el diferente valor contable y fiscal de su participación en H1) sería deducible en el ejercicio de la fusión por extinguirse esta sociedad.
- Si procede la aplicación de la exención del artículo 21 del texto refundido de la [Ley del Impuesto sobre Sociedades](#) a la plusvalía que pudiera ponerse de manifiesto en la fusión en sede de la entidad B, derivada de su participación en H2.

Contestación-completa

El capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante [TRLIS](#)), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, regula el régimen fiscal especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

La operación de fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada se encuentra definida en el artículo 83.1.c) del [TRLIS](#) en los siguientes términos:

“c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.”

En el ámbito mercantil, el artículo 54 siguientes de la [Ley 3/2009, de 3 de abril](#) , sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, establecen el concepto y requisitos de las operaciones de fusión transfronteriza intracomunitaria. Igualmente, el artículo 49 en relación con el artículo 22 y siguientes de la [Ley 3/2009](#) establecen el concepto y los requisitos de las operaciones de fusión por absorción de una entidad íntegramente participada de forma directa por otra.

Por tanto, si la operación que se pretende realizar se efectúa en el ámbito mercantil al amparo de lo dispuesto en la [Ley 3/2009](#) , y cumple los términos establecidos en el artículo 83.1 del [TRLIS](#) , dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo.

Por último, la aplicación del régimen especial exige analizar lo dispuesto en el artículo 96.2 del [TRLIS](#) , que establece que:

“2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.

En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

(...)

Este precepto recoge de forma expresa la razón de ser del régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, que justifica que a las mismas les sea aplicable dicho régimen en lugar del régimen general establecido para esas operaciones en el artículo 15 del [TRLIS](#) . El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones.

Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial.

En el escrito de consulta se indica que las operaciones planteadas se realizarían con la finalidad de simplificar la estructura societaria del grupo X y eliminar la duplicidad de costes de estructura derivados del mantenimiento de estas dos sociedades holding en España, que no aportan valor añadido alguno al negocio del grupo.

El hecho de que las entidades absorbidas se encuentre inactivas y posean bases imponibles negativas, no invalida, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial, teniendo en cuenta que no existe ningún crédito fiscal que vaya a ser objeto de aprovechamiento con ocasión de la fusión, puesto que las bases imponibles negativas pendientes de aplicación, al ser las entidades adquirentes no resi-

dentes en territorio español, se perderían de forma definitiva. Asimismo, los datos de la consulta afirman que no existirían beneficios fiscales derivados de la aplicación del régimen de neutralidad. De acuerdo con lo anterior, las operaciones de fusión señaladas pueden considerarse económicamente válidas a los efectos previstos en el artículo 96.2 del [TRLIS](#).

El artículo 84.1 del [TRLIS](#) , en su letra a), dispone que no se integrarán en la base imponible de la entidad absorbida las rentas “que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados.

Cuando la entidad adquirente resida en el extranjero sólo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español. (...).”.

A estos efectos, se considerarán situadas en territorio español las participaciones que las sociedades A y B poseen en las entidades no residentes H1 y H2. De acuerdo con los datos aportados en el escrito de consulta, la absorción de las entidades A y B supone la transmisión de las participaciones en las entidades H1 y H2, respectivamente, a las entidades absorbentes que no residen en territorio español. Al no quedar dichas participaciones afectas a un establecimiento permanente situado en territorio español, deberá integrarse en la base imponible de las entidades A y B las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de las operaciones de fusión por absorción.

En relación con la transmisión de la participación en el capital de H1 a la entidad LUXA con ocasión de la fusión de la entidad A, de acuerdo con los datos aportados, dicha operación determina la existencia de una renta negativa, que deberá integrarse en la base imponible de la entidad A con ocasión de su disolución sin liquidación.

Por otra parte, la transmisión de la participación de H2 a la entidad LUXB con ocasión de la fusión de la entidad B, se genera una renta positiva, por lo que se plantea la posibilidad de aplicar la exención prevista en el artículo 21 del [TRLIS](#).

Al respecto, el artículo 21 del [TRLIS](#) , establece los requisitos y condiciones que deben reunir los dividendos o plusvalías de entidades no residentes en territorio español para estar exentos en el Impuesto sobre Sociedades. En concreto, el apartado 2 del citado artículo establece que:

“2. Estará exenta la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad no residente en territorio español, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de separación del socio o disolución de la entidad.

El requisito previsto en el párrafo a) del apartado anterior deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. Los requisitos previstos en los párrafos b) y c) deberán ser cumplidos en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación.

No obstante, en el caso de que los requisitos previstos en los párrafos b) o c) no se cumplieran en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación, la exención prevista en este apartado se aplicará de acuerdo con las siguientes reglas:

- Respecto de aquella parte de la renta que se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte que se corresponda con los beneficios generados en aquellos ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior

- Respecto de aquella parte de la renta que no se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, la misma se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante el tiempo de tenencia de la participación, considerándose exenta aquella parte que proporcionalmente se corresponda con la tenencia en los ejercicios en que se hayan cumplido conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior.

La parte de la renta que no tenga derecho a la exención prevista en el párrafo anterior se integrará en la base imponible, teniendo derecho a la deducción establecida en el artículo 31 de esta Ley. No obstante, a los efectos de lo establecido en el párrafo a) del apartado 1 del citado artículo, se tomará exclusivamente el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto, por la parte que proporcionalmente se corresponda con la renta que no tenga derecho a la exención correspondiente a aquellos ejercicios en que no se hayan cumplido los requisitos establecidos en los párrafos b) o c) del apartado anterior, en relación con la renta total obtenida en la transmisión de la participación.

Cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VIII del título VII de esta Ley, se aplicará la exención en las condiciones establecidas en el párrafo d) de este apartado.

No se aplicará la exención cuando el adquirente resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención tendrá las especialidades que se indican a continuación:

a) Cuando la entidad no residente posea, directa o indirectamente, participaciones en entidades residentes en territorio español o activos situados en dicho territorio y la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15 por ciento del valor de mercado de sus activos totales.

En este supuesto, la exención se limitará a aquella parte de la renta obtenida que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, respecto de la tenencia en ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior. Asimismo, por la parte de la renta que se corresponda, en su caso, con ejercicios en que no se hayan cumplido los requisitos establecidos en los párrafos b) o c) del apartado anterior, a los efectos de lo establecido en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 31 de esta Ley, se tendrá en cuenta exclusivamente el importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por la parte de la renta que se corresponda con la tenencia en aquellos ejercicios.

(...)

Con arreglo a los hechos recogidos en el escrito de consulta, la sociedad H2 participa en el 90% del capital de la entidad H1.

Así, teniendo en cuenta la remisión que hace el artículo 21.2 del [TRLIS](#) respecto de los requisitos establecidos en el apartado 1 del mismo precepto, debe tenerse en cuenta que la renta a que se refiere el citado apartado 2 se puede corresponder con beneficios obtenidos por las entidades participadas directa o indirectamente. Así, en el caso de rentas derivadas de la transmisión de participaciones en entidades no residentes en territorio español, a efectos de determinar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 21.1.c) del [TRLIS](#), deberá valorarse si, al menos el 85% de los ingresos de cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación en la sociedad H2 se corresponde con las rentas a las que se refieren los párrafos 1º y/o 2º de la referida letra.

Puesto que la entidad H2 tiene la condición de entidad holding, se entenderá cumplido el referido requisito cuando, al menos, el 85% de los ingresos del ejercicio obtenidos por las entidades en las que la misma participa, incluidas todas las filiales participadas de segundo y posterior nivel, en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación, procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero, en los términos previstos en el artículo 21.1.c) del [TRLIS](#) .

Para ello, resulta necesario analizar que en cada ejercicio de tenencia de la participación, los ingresos del subgrupo H2 que se corresponden con rentas empresariales a las que se refieren los párrafos 1º y 2º del artículo 21.1.c) del [TRLIS](#) , representan más del 85% de los ingresos totales, debiendo tomar en consideración, a tales efectos, en cada ejercicio de tenencia, todos los ingresos obtenidos por las distintas filiales directa o indirectamente participadas por H2, en proporción al porcentaje de participación poseído, debiendo tomar en consideración, a tales efectos, si, respecto de los mismos se cumplen o no los requisitos exigidos en el artículo 21.1 del [TRLIS](#) , y excluyendo de los mismos, en su caso, aquellos ingresos que procedan de dividendos efectivamente distribuidos por las referidas entidades, por cuanto, de tenerse en cuenta estos últimos, se produciría una duplicación en el cómputo de los mismos. Y ello con independencia de cuál haya sido la política de distribución real de dividendos realizadas por las entidades participadas en segundos o ulteriores niveles, por cuanto la misma no puede alterar la tributación de la transmisión de la participación directa que se pretende realizar. En tal supuesto, la renta derivada de la transmisión de la participación en la sociedad H2 quedará exenta en la parte que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada (H2) durante el tiempo de tenencia de su participación.

Por el contrario, si en alguno de los ejercicios de tenencia de la participación, la agregación de los ingresos obtenidos por las distintas filiales, derivados de la realización de una actividad empresarial en el extranjero, en los términos previstos en el artículo 21.1.c) del [TRLIS](#) , sin computar las distribuciones de dividendos que hubieran podido realizarse, tal y como se ha señalado anteriormente, ni las rentas derivadas de la reversión de deterioros de valor de las participaciones, no representa más del 85% de los ingresos totales de H2, resultará de aplicación la regla de proporcionalidad establecida en el artículo 21.2, párrafos tercero y cuarto, del [TRLIS](#) , previamente transcritos, por lo que la renta derivada de la transmisión de la participación en la sociedad H2 quedará exenta, únicamente, en la parte que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada (H2) durante el tiempo de tenencia de su participación, respecto de la tenencia en ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del artículo 21.1 del [TRLIS](#) . Asimismo, por la parte de la renta que se corresponda , en su caso, con ejercicios en que no se cumplan cumulativamente los requisitos establecidos en el artículo 21.1, letras b) y c) del [TRLIS](#) , a los efectos de lo establecido en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 31 del [TRLIS](#) , se tendrá en cuenta exclusivamente el importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por la parte de la renta que se corresponda con la tenencia en aquellos ejercicios.

Una vez sentado lo anterior, cabe señalar adicionalmente que la entidad consultante, de acuerdo con lo manifestado por la consultante el valor de mercado de las participaciones que la sociedad H2 ostenta indirectamente en el capital de la sociedad española C y C1, supera el 15% del valor de mercado de los activos totales de la sociedad H2, por lo que procederá de aplicación la regla especial prevista en la letra a) del apartado 2 del citado artículo 21 del [TRLIS](#).

En tal supuesto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.2.a) del [TRLIS](#) , la exención, en relación con los períodos impositivos en que se cumpla lo dispuesto en el citado artículo, se limitará a aquella parte de la renta obtenida con ocasión de la transmisión de la participación en la sociedad H2 que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos, generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación en aquellos ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del artículo 21.1 del [TRLIS](#) .

En este supuesto, aun cuando las entidades C y C1 sean residentes en territorio español, deberá analizarse si estas poseen participaciones en entidades residentes en territorio español o activos situados en dicho territorio y, en ese caso, si la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15% del valor de mercado de sus activos totales. De producirse dicha circunstancia, la exención, en relación con los períodos impositivos en que se cumpla lo dispuesto en el citado artículo, se limitará a aquella parte de la renta obtenida con ocasión de la transmisión de la participación en la sociedad H2 que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos, generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación en aquellos ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del artículo 21.1 del [TRLIS](#) . A los efectos de computar el patrimonio de la entidad situado en territorio español, no deberán computarse las participaciones en entidades no residentes en territorio español, sino sólo las participaciones en entidades residentes en el mismo, de manera que si las segundas no representan más del 15% del valor de mercado de los activos totales de la entidad, no procederá la aplicación de la regla establecida en el artículo 21.2.a) del [TRLIS](#) , puesto que el valor de mercado de H2 se deriva en más de un 85% de su participación en entidades no residentes que cumplen los requisitos establecidos en dicho artículo 21.

La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por la consultante, sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas y que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podrían alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de la totalidad de las circunstancias.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la [Ley 58/2003, de 17 de diciembre](#), General Tributaria.

Documento extraído de la fuente oficial del organismo emisor en consonancia con lo dispuesto en la Ley 37/2007, de

16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y en su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre.

Anexo 6

Caso FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretario de Estado dos Assuntos Fiscais. Sentencia de 10 de noviembre de 2011

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Caso FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais

(Sala Quinta) Caso FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. Sentencia de 10 noviembre 2011

[TJCE\2011\349](#)

DERECHO DE EMPRESAS: Derecho de sociedades: Régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de distintos Estados miembros: Directiva 90/434/CEE: excepción a su aplicación por los Estados miembros: abuso de derecho [art. 11.1 a)]: ámbito de aplicación: estimación: fusión entre dos sociedades de un mismo grupo, se presume que dicha operación no se ha realizado por «motivos económicos válidos», cuando en la fecha de la fusión, la sociedad absorbida no ejerza ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la sociedad absorbente pérdidas fiscales de importe elevado y origen indeterminado, aun cuando dicha operación tenga un efecto positivo en términos de ahorro de costes estructurales para dicho grupo: órgano jurisdiccional nacional: determinación de la existencia de elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal.

Jurisdicción: Comunitario

Cuestión prejudicial / Ponente: J.-J. Kasel

En el asunto C-126/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 [TFUE](#) , por el Supremo Tribunal Administrativo (Portugal), mediante resolución de 3 de febrero de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de marzo de 2010, en el procedimiento entre Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA y Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais , en el que participa: Ministério Público, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta), integrado por el Sr. M. Safjan, Presidente de Sala, y el Sr. J.-J. Kasel (Ponente) y la Sra. M. Berger, Jueces; Abogado General: Sr. J. Mazák; Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de julio de 2011;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA, por el Sr. F. Castro Silva, advogado;
- en nombre del Gobierno portugués, por los Sres. L. Inez Fernandes y J. Menezes Leitão, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. M. Muñoz Pérez, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. C. Wissels y M. de Ree, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. F. Penlington, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. R. Lyal y la Sra. M. Afonso, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

SENTENCIA

1

La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 11, apartado 1, letra a), de la [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 (DO L 225, p. 1).

2

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA (en lo sucesivo, «Foggia - SGPS») y el Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (Secretario de Estado de asuntos fiscales; en lo sucesivo, «Secretário de Estado») en relación con la negativa de este último a autorizar que se lleve a cabo una transferencia de pérdidas fiscales como consecuencia de una operación de fusión de empresas que forman parte del mismo grupo.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3

Con arreglo al noveno considerando de la [Directiva 90/434](#), «conviene prever la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal [...]».

4

El artículo 6 de la [Directiva 90/434](#) , que figura en su título II, relativo a las normas aplicables a las fusiones, escisiones y canjes de acciones, establece:

«En la medida en que los Estados miembros apliquen, cuando las operaciones a que hace referencia el artículo 1 se efectúen entre sociedades del Estado de la sociedad transmitente, disposiciones que permitan que la sociedad beneficiaria asuma las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal, los Estados miembros ampliarán la aplicación de dichas disposiciones a la asunción, por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio, de las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal».

5

El artículo 11 de [la Directiva 90/434](#) , incluido en el título V de ésta, que lleva por título «Disposiciones generales», establece, en su apartado 1:

«Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participen en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;

[...]».

Normativa nacional

6

El Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (código del impuesto sobre sociedades; en lo sucesivo, «CIRC»), en su versión aplicable al litigio principal, incluye un artículo 67, relativo a la posibilidad de transferir las pérdidas fiscales, cuyos apartados 6, 7 y 10 son del siguiente tenor:

«6. A efectos de la aplicación de los artículos 68 y 70 [del CIRC], en la parte relativa a las fusiones y escisiones de sociedades de diferentes Estados miembros de la Unión Europea, el término "sociedad" tendrá el sentido indicado en el anexo de la Directiva 90/434.

7. El régimen especial que establece la presente subsección se aplicará a las operaciones de fusión y de escisión de sociedades y de aportación de activos, tal como se definen en los apartados 1 a 3, en las que intervienen:

a) sociedades con domicilio social o con dirección efectiva en territorio portugués, sujetas al impuesto sobre sociedades y no exentas, cuyo beneficio imponible no se determina por el régimen simplificado;

b) una o varias sociedades de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que todas las sociedades cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3 de la [Directiva 90/434](#) ;

[...]

10. El régimen especial que se establece no se aplica ni en todo ni en parte cuando las operaciones comprendidas en el ámbito de dicho régimen tienen como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales la evasión fiscal, lo que puede considerarse acreditado, en particular, cuando los ingresos de las sociedades de que se trata no están sujetos en su totalidad al mismo régimen de impuesto de sociedades o cuando las operaciones no se han realizado por motivos

económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en las mismas, en cuyo caso se procede a las correspondientes liquidaciones adicionales del impuesto».

7

El artículo 69, apartados 1 y 2, del CIRC dispone lo siguiente:

«1. Las pérdidas fiscales de las sociedades fusionadas podrán deducirse de los beneficios imponibles de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente hasta el final del plazo al que se refiere el artículo 47, apartado 1, que empezará a computar a partir del ejercicio al que se refieran, siempre que el Ministro de Hacienda dé su autorización, a petición de los interesados mediante solicitud dirigida a la Dirección General Tributaria antes del final del mes siguiente a aquel en que se inscriba la fusión en el Registro Mercantil.

2. Únicamente se concederá la autorización si se demuestra que la fusión se realiza por motivos económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la misma, y se inscribe en una estrategia de reorganización y de desarrollo de la empresa a medio o a largo plazo, con efectos positivos en la estructura de producción, a cuyo efecto deberán facilitarse todos los datos necesarios u oportunos con el fin de obtener un perfecto conocimiento de la operación contemplada, tanto en sus aspectos jurídicos como en los económicos».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

8

Mediante una operación de fusión de 29 de septiembre de 2003, Foggia - SGPS, sociedad portuguesa que opera en el sector de la gestión de participaciones sociales, absorbió a otras tres sociedades de gestión de participaciones sociales que pertenecían al mismo grupo.

9

Mediante escrito dirigido al Secretario de Estado recibido el 28 de noviembre de 2003, Foggia - SGPS solicitó, con arreglo al artículo 69, apartado 1, del CIRC, la autorización para deducir de sus eventuales beneficios imponibles las pérdidas fiscales constatadas, pero aún no amortizadas, de las sociedades absorbidas correspondientes a los ejercicios 1997 a 2002 inclusive.

10

El Secretario de Estado accedió a dicha solicitud por lo que respecta a dos de las tres sociedades, pero, mediante resolución de 6 de octubre de 2004, desestimó la transferencia de pérdidas fiscales de Riguardiana - SGPS SA (en lo sucesivo, «Riguardiana»), basándose en que la operación de fusión de ésta con Foggia - SGPS no presentaba ningún interés económico para esta última.

11

A este respecto, los servicios del Secretario de Estado subrayaron que, en los años de que se trata, Riguardiana había dejado de tener una cartera de participaciones, que prácticamente no había obtenido ingresos de su actividad y que únicamente había invertido en títulos. Por otra parte, no estaba claro el origen de las pérdidas fiscales de dicha sociedad, que ascendían a alrededor de 2 millones de euros, inscritas en la declaración fiscal del ejercicio 2002. Si bien es cierto que eliminar a Riguardiana de la estructura del grupo puede acarrear una reducción de los gastos de administración y de gestión de éste, el Secretario de Estado consideró no obstante que dicho efecto positivo en términos de costes estructurales no presentaba un interés económico para Foggia - SGPS.

12

El 24 de enero de 2005, Foggia - SGPS interpuso un recurso administrativo especial ante el Tribunal Central Administrativo Sul con el fin de obtener la anulación de la citada resolución denegatoria y la adopción de un acto administrativo que autorizara la transferencia de pérdidas fiscales en cuestión, recurso que fue desestimado por dicho órgano judicial.

13

El 3 de diciembre de 2008, Foggia - SGPS interpuso recurso de casación ante el Supremo Tribunal Administrativo, órgano jurisdiccional de última instancia.

14

En su resolución de remisión, dicho tribunal recuerda que la existencia de «motivos económicos válidos» constituye uno de los dos requisitos acumulativos establecidos en el artículo 69, apartado 2, del CIRC y que el Secretário de Estado goza de una facultad discrecional para apreciar si se cumple dicho requisito. No obstante, el tribunal remitente alberga dudas acerca de la apreciación hecha por el Secretário de Estado de los términos «motivos económicos válidos» en relación con el mismo concepto que figura en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) .

15

En dichas circunstancias, el Supremo Tribunal Administrativo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Qué sentido y alcance tiene lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva \[90/434\]](#) y, en particular, cuál es el contenido del concepto "motivos económicos válidos" y del concepto "reestructuración o racionalización de las actividades" de las sociedades que participan en operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva [90/434]?

2) ¿Resulta compatible con la citada norma comunitaria el criterio aplicado por la Administración tributaria en el sentido de que no existían motivos económicos graves que justificasen la solicitud formulada por la sociedad absorbente de que se le imputaran a ella las pérdidas fiscales de la sociedad absorbida, para lo cual la Administración tributaria consideró que, desde el punto de vista de la sociedad absorbente, no resultaba evidente el interés económico de la absorción, habida cuenta de que la sociedad absorbida no desarrolló actividad alguna como sociedad gestora de participaciones sociales, ni poseía participaciones financieras, por lo que, de ese modo, únicamente transmitiría pérdidas elevadas, no obstante el hecho de haberse considerado que la fusión podía entrañar un efecto positivo en términos de estructura de costes del grupo?».

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia y la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

16

En sus observaciones escritas, el Gobierno portugués, por una parte, alega que el Tribunal de Justicia es incompetente para pronunciarse acerca de la petición de decisión prejudicial y, por otra parte, sostiene que dicha petición es inadmisibles por carecer de pertinencia las cuestiones que plantea el órgano judicial remitente.

17

En primer lugar, dicho Gobierno considera que el litigio principal se enmarca en un contexto puramente nacional. Por ello, duda que dicho litigio entre en el ámbito de aplicación de la [Directiva 90/434](#) y, en consecuencia, de la competencia del Tribunal de Justicia habida cuenta de que el Derecho de la Unión no regula de modo directo ni indirecto los hechos planteados ante el tribunal remitente.

18

A este respecto procede recordar que, en virtud del artículo 267 [TFUE](#) , párrafo primero, el Tribunal de Justicia será competente, en particular, para pronunciarse con carácter prejudicial «sobre la interpretación de los Tratados» y sobre «la [...] interpretación de los actos adoptados por las instituciones [...] de la Unión».

19

Ciertamente, ha quedado acreditado que el litigio principal versa sobre una disposición de Derecho nacional que se aplica en un contexto puramente nacional.

20

No obstante, de los autos transmitidos al Tribunal de Justicia se desprende que las reestructuraciones nacionales y transfronterizas están sujetas, con arreglo al artículo 67 del CIRC, al mismo régimen fiscal por lo que respecta a las fusiones y que la norma que permite denegar dicho régimen fiscal cuando no existen motivos económicos válidos, prevista en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#), debe aplicarse igualmente a las situaciones puramente internas.

21

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse ([sentencias de 17 de julio de 1997](#) , Leur-Bloem, C-28/95, Rec. p. I-4161, apartado 32; de [15 de enero de 2002](#) , Andersen og Jensen, C-43/00, Rec. p. I-379, apartado 18, y de [20 de mayo de 2010](#), Modehuis A. Zwijnenburg, C352/08, Rec. P. I-0000, apartado 33).

22

Procede añadir que corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho de la Unión, puesto que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen y a la interpretación de las disposiciones de este Derecho (sentencias antes citadas [Leur Bloem](#) , apartado 33, y [Modehuis A. Zwijnenburg](#) , apartado 34).

23

De las consideraciones anteriores resulta que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Supremo Tribunal Administrativo relativas a la interpretación de las disposiciones de la [Directiva 90/434](#) , aunque éstas no regulan directamente la situación controvertida en el litigio principal.

24

En segundo lugar, el Gobierno portugués sostiene que la petición de decisión prejudicial es inadmisibles debido a que no existe ninguna relación entre la interpretación solicitada del artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) , cuyos términos se reproducen en el artículo 67, apartado 10, del CIRC, y el objeto del litigio principal, que se refiere al artículo 69, apartado 2, del mismo código, relativo a la posibilidad de transferir las pérdidas fiscales, contemplada en el artículo 6 de dicha Directiva.

25

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 [TFUE](#) , corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para

poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las [sentencias Leur-Bloem](#) , antes citada, apartado 24; de [22 de diciembre de 2008](#) , Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, p. I-10627, apartado 16, y de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, Rec. P. I-0000, apartado 30).

26

En efecto, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse las [sentencias de 7 de junio de 2007](#) , Van der Weerd y otros, C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apartado 22; [Les Vergers du Vieux Tauves](#), antes citada, apartado 17, y Paint Graphos y otros, antes citada, apartado 31).

27

Pues bien, en el presente asunto no puede sostenerse válidamente que la interpretación de la [Directiva 90/434](#) no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal ni que el problema sea de naturaleza hipotética, dado que la petición del tribunal remitente se dirige precisamente a poder responder a una cuestión relativa a la compatibilidad de la postura adoptada por el Secretario de Estado por lo que atañe al concepto de «motivos económicos válidos» con el

mismo concepto que figura en el artículo 11, apartado 1, letra a), de dicha Directiva

28

Al contrario de lo que sostiene el Gobierno portugués, de ello se desprende que debe declararse la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

29

No obstante, respecto del tenor de la segunda cuestión, debe recordarse la reiterada jurisprudencia según la cual, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 [TFUE](#) , pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación de Derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo (véanse, en particular, las [sentencias de 15 de diciembre de 1993](#) , Hünermund y otros, C-292/92, Rec. p. I-6787, apartado 8, y de [6 de marzo de 2007](#) , Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. P. I-1891, apartado 36).

30

Habida cuenta de lo anterior, procede considerar que, mediante sus dos cuestiones, que deben examinarse conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en sustancia, si el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) debe interpretarse en el sentido de que puede considerarse que una operación de fusión entre dos sociedades de un mismo grupo ha sido efectuada por «motivos económicos válidos», en el sentido de dicha disposición, cuando tiene un efecto positivo en términos de costes estructurales para dicho grupo, aun cuando la sociedad absorbida no ejerce ninguna actividad, no posee ninguna participación financiera y únicamente transfiere pérdidas por un importe elevado a la sociedad absorbente.

Sobre las cuestiones prejudiciales

31

En primer lugar procede señalar que el régimen fiscal común establecido por la [Directiva 90/434](#) , que comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales (véanse las [sentencias Leur-Bloem](#) , antes citada, apartado 36, y de [5 de julio de 2007](#) , Kofoed, C-321/05, Rec. p. I-5795, apartado 30).

32

Los motivos de la operación proyectada vuelven a tener importancia al hacer uso de la facultad conferida a los Estados miembros por el artículo 11, apartado 1, de dicha [Directiva](#) , de no conceder el beneficio de las disposiciones de dicha Directiva (sentencia Modehuis A. Zwijnenburg, antes citada, apartado 42).

33

Más en concreto, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) , los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de canje de acciones tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Esta misma disposición precisa, entre otras cosas, que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo (véanse, en ese sentido, las sentencias antes citadas [Leur-Bloem](#) , apartados 38 y 39, y Kofoed, apartado 37).

34

El Tribunal de Justicia ya ha precisado que del tenor y de los objetivos de dicho artículo 11 y de los de la [Directiva 90/434](#) en general resulta que el concepto de «motivos económicos válidos» en el sentido del mencionado artículo 11, apartado 1, letra a), va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición (sentencia Leur-Bloem, antes citada, apartado 47).

35

En consecuencia, puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada.

36

En efecto, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#), la constatación de que una operación de fusión tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal y, por tanto, no se efectúa por motivos económicos válidos, puede constituir una presunción de que dicha operación tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal.

37

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma. En efecto, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal, excede-

ría de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la [Directiva 90/434](#) ([sentencia Leur-Bloem](#) , antes citada, apartados 41 y 44).

38

En el marco de dicho examen global deben tomarse en consideración los elementos mencionados por el órgano judicial remitente, a saber el hecho de que, en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida ya no ejercía ninguna actividad de gestión propia, que ya no tenía ninguna participación financiera y que la sociedad absorbente pretendía asumir las pérdidas de la sociedad absorbida que aún no habían sido amortizadas desde un punto de vista fiscal.

39

No obstante, ninguno de estos elementos por sí solo puede considerarse decisivo.

40

En efecto, una fusión o una reestructuración efectuada en forma de absorción de una sociedad que no ejerce actividades y que no aporta activo propio a la sociedad absorbente puede no obstante considerarse, respecto de esta última, realizada por motivos económicos válidos.

41

Del mismo modo, tampoco se excluye que una fusión por absorción de una sociedad con dichas pérdidas pueda tener motivos económicos válidos en la medida en que el artículo 6 de la [Directiva 90/434](#) hace referencia expresamente a las disposiciones legislativas que autorizan la asunción de las pérdidas de la sociedad absorbida que aún no han sido amortizadas desde un punto de vista fiscal.

42

Por el contrario, el hecho de que dichas pérdidas fiscales sean de un importe elevado y que su origen no esté claramente determinado puede constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, toda vez que la operación de fusión por absorción de una sociedad sin aportación de activo sólo tiene como objetivo obtener un beneficio puramente fiscal.

43

De ese modo, el tribunal remitente se pregunta, basándose en los términos «reestructuración» y «racionalización» utilizados en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) , si el efecto positivo en términos de costes estructurales, que resulta de la reducción de los gastos administrativos y de gestión del grupo a raíz de la fusión por absorción, puede constituir un motivo económico válido en el sentido de dicho artículo.

44

Para responder a dicha pregunta, procede señalar que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) , al establecer una excepción a las normas fiscales que establece la directiva 90/434, debe interpretarse de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe ([sentencia Modehuis A. Zwijnenburg](#), antes citada, apartado 46).

45

Del tenor del mencionado [artículo 11, apartado 1, letra a\)](#) , y más en concreto de los términos «como son la reestructuración o la racionalización», se desprende que las operaciones de ese modo contempladas constituyen ejemplos de motivos económicos válidos y que deben interpretarse de acuerdo con ese último concepto.

46

Como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 47 de la [sentencia Leur-Bloem](#) , antes citada, debe entenderse que los conceptos de reestructuración y de racionalización son más amplios que la búsqueda de una ventaja meramente fiscal y que las operaciones de reestructuración y de racionalización que sólo persiguieran tal objetivo no pueden constituir un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición.

47

Por tanto, nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de éste pueda tener motivos económicos válidos. No obstante, ése no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal.

48

Al respecto, procede añadir que el ahorro de los costes resultante de la reducción de los gastos administrativos y de gestión mediante la desaparición de la sociedad absorbida es inherente a toda operación de fusión por absorción en la medida en que esta última implica, por definición, una simplificación de la estructura del grupo.

49

Pues bien, si se admite sistemáticamente que el ahorro de los costes estructurales resultantes de la reducción de los gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta los otros objetivos de la operación proyectada, y más en particular las ventajas fiscales, la regla enunciada en el

artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer, con arreglo al noveno considerando de dicha Directiva, la facultad de estos últimos de denegar la aplicación de las disposiciones previstas por la Directiva en caso de fraude o de evasión fiscal.

50

Por otra parte, el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#), refleja el principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido el abuso de derecho. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho (véanse, en ese sentido, las [sentencias de 9 de marzo de 1999](#) , Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24; de [21 de febrero de 2006](#) , Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartados 68 y 69, y Kofoed, antes citada, apartado 38).

51

A este respecto, incumbe al tribunal remitente comprobar, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan el litigio en el que debe pronunciarse, si, en función de los criterios enunciados en los apartados 39 a 51 de la presente sentencia, concurren en el marco de dicho litigio los elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal en el sentido del artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) .

52

Por tanto, procede responder a las cuestiones planteadas, tal como se reformulan en el apartado 30 de la presente sentencia, que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la [Directiva 90/434](#) debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de una operación de fusión entre dos sociedades de un mismo grupo, puede constituir

una presunción de que dicha operación no se ha realizado por «motivos económicos válidos» en el sentido de dicha disposición, el hecho de que, en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida no ejerza ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la sociedad absorbente pérdidas fiscales de importe elevado y origen indeterminado, aun cuando dicha operación tenga un efecto positivo en términos de ahorro de costes estructurales para dicho grupo. Incumbe al tribunal remitente comprobar, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan el litigio sobre el que debe pronunciarse, si concurren en el marco de dicho litigio los elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal en el sentido de dicha disposición.

Costas

53

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 11, apartado 1, letra a), de la [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, debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de una operación de fusión entre dos sociedades de un mismo grupo, puede constituir una presunción de que dicha operación no se ha realizado por «motivos económicos válidos» en el sentido de dicha disposición, el hecho de que, en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida no ejerza ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la sociedad absorbente pérdidas fiscales de importe elevado y origen indeterminado, aun cuando dicha opera-

ción tenga un efecto positivo en términos de ahorro de costes estructurales para dicho grupo. Incumbe al tribunal remitente comprobar, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan el litigio sobre el que debe pronunciarse, si concurren en el marco de dicho litigio los elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal en el sentido de dicha disposición.

Anexo 7

Sony europe limited y sony españa, s.a., sociedad unipersonal

BOLETÍN OFICIAL DEL REGISTRO MERCANTIL

Núm. 248

Miércoles 29 de diciembre de 2010

Pág. 40024

cve: BORME-C-2010-37973

SECCIÓN SEGUNDA - Anuncios y avisos legales

FUSIONES Y ABSORCIONES DE EMPRESAS

37973

*SONY EUROPE LIMITED(SOCIEDAD ABSORBENTE)SONY ESPAÑA, S.A.,
SOCIEDAD UNIPERSONAL(SOCIEDAD ABSORBIDA)*

Anuncio de fusión transfronteriza comunitaria.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, la "Ley de Modificaciones Estructurales"), aplicable por remisión de lo dispuesto en el artículo 66.1 de la referida ley, se hace público que el accionista único de Sony Europe Limited y el accionista único de Sony España, S.A.U., decidieron en fecha 20 de diciembre de 2010 aprobar la fusión transfronteriza comunitaria de las referi-

das sociedades mediante la absorción de Sony España, S.A.U., por parte de Sony Europe Limited, con la disolución sin liquidación de la Sociedad Absorbida, Sony España, S.A.U., y el traspaso en bloque de todo su patrimonio social a favor de la Sociedad Absorbente, Sony Europe Limited, en el momento de efectividad, esto es, a las 23.59 horas del día 31 de marzo de 2011, según se dispone en el Proyecto Común de Fusión de fecha 24 de septiembre de 2010, depositado en el Registro Mercantil de Barcelona en fecha 14 de octubre de 2010 y en el Registro de Sociedades para Inglaterra y el País de Gales ("Registrar of Companies for England and Wales") en fecha 15 de octubre de 2010, y aprobado por los referidos accionista único de Sony Europe Limited y el accionista único de Sony España, S.A.U., en fecha 20 de diciembre de 2010 con ocasión de la aprobación de la fusión transfronteriza comunitaria que por el presente se hace pública.

Se hace constar expresamente el derecho de los accionistas y acreedores de las sociedades participantes en la fusión descrita a obtener el texto íntegro de las decisiones de fusión consignadas, así como los balances de fusión. Del mismo modo, se deja pública constancia del derecho de los acreedores de las sociedades intervinientes a oponerse a la citada operación en el plazo y en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales, aplicable por remisión del artículo 66.1 de la referida ley.

Asimismo, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales, se hace constar que se podrá obtener, sin gastos, información exhaustiva sobre las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios en el domicilio social de Sony Europe Limited, esto es, c/o Legal Department, The Heights, Brooklands, Weybridge, Surrey KT13 0XW, Reino Unido, en cuanto a la Sociedad Absorbente, y, asimismo, en el domicilio social de Sony España, S.A.U., esto es, Avenida Diagonal, número 633, 08028 Barcelona, España, en cuanto a la Sociedad Absorbida.

Barcelona, 23 de diciembre de 2010.- Don Jesús Huici Larrea, Secretario del Consejo de Administración de Sony España, S.A.U.

ID: A100094733-1

D.L.: M-5188/1990 - ISSN: 0214-9958