



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 7 de abril de 2016*

«Procedimiento prejudicial — Convenio de Roma — Ley aplicable — Fusión transfronteriza — Directiva 78/855/CEE — Directiva 2005/56/CE — Fusión por absorción — Protección de los acreedores — Transferencia de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente»

En el asunto C-483/14,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Austria), mediante resolución de 28 de agosto de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 31 de octubre de 2014, en el procedimiento entre

KA Finanz AG

y

Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. M. Ilešič, Presidente de la Sala Segunda, en funciones de Presidente de la Sala Tercera, y las Sras. C. Toader y M. Berger y los Sres. E. Jarašiūnas y C.G. Fernlund (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sr. V. Tourrès, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 23 de septiembre de 2015;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de KA Finanz AG, por los Sres. S. Albiez y C. Klausegger, Rechtsanwälte;
- en nombre de la Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group, por el Sr. P. Konwitschka, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. A. Rubio González, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Braun, H. Støvlbæk y M. Wilderspin, en calidad de agentes;

* Lengua de procedimiento: alemán.

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de noviembre de 2015;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DO 1980, L 266, p. 1; EE 01/03, p. 36; en lo sucesivo, «Convenio de Roma»), de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, Tercera Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DO 1978, L 295, p. 36; EE 17/01, p. 76), en su versión modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (DO 2009, L 259, p. 14) (en lo sucesivo, «Directiva 78/855»), y de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO 2005, L 310, p. 1).
- 2 Dicha petición se ha planteado en un litigio entre KA Finanz AG, establecida en Austria, subrogada en los derechos del Kommunalkredit International Bank LTD (en lo sucesivo, «Kommunalkredit»), establecido en Chipre, y la Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group (en lo sucesivo, «Sparkassen Versicherung»), establecida en Austria, en relación con la petición de la Sparkassen Versicherung de que KA Finanz le abone determinados intereses correspondientes a unos empréstitos subordinados que había contratado con el Kommunalkredit antes de que éste fuera fusionado por absorción a KA Finanz.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Convenio de Roma

- 3 El artículo 1 del Convenio de Roma, que define su ámbito de aplicación, dispone:
«1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.
2. No se aplicarán:
[...]
e) a las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;
[...].»
- 4 El artículo 3, apartado 1, de dicho Convenio establece lo siguiente:
«Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias.

[...]»

5 A tenor del artículo 10 de dicho Convenio:

«1. La ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3 a 6 y del artículo 12 del presente Convenio regirá en particular:

- a) su interpretación;
- b) la ejecución de las obligaciones que genere;
- c) dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por su ley de procedimiento, las consecuencias de la inejecución total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que estas normas jurídicas la gobiernen;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo;

[...]

2. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que debe tomar al acreedor en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento.»

6 El Convenio de Roma fue sustituido por el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO 2008, L 177, p. 6; en lo sucesivo, «Reglamento Roma I»). A tenor de su artículo 28, dicho Reglamento se aplicará a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009.

Directiva 78/855

7 Los considerandos tercero y sexto de la Directiva 78/855 establecen:

«[...] la protección de los intereses de los socios y de los terceros exige coordinar las legislaciones de los Estados miembros relativas a las fusiones de sociedades anónimas y [...] es conveniente introducir en el Derecho de todos los Estados miembros la institución de la fusión;

[...]

[...] los acreedores, obligacionistas o no, y los portadores de otros títulos de las sociedades que se fusionen deberán ser protegidos con el fin de que la realización de la fusión no les perjudique.»

8 El artículo 13 de esta Directiva es del siguiente tenor:

«1. Las legislaciones de los Estados miembros deberán prever un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de esta publicación.

2. Con este fin, las legislaciones de los Estados miembros preverán, al menos, que estos acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de las sociedades que se fusionen haga necesaria para la protección y siempre que los citados acreedores no dispongan ya de tales garantías.

Los Estados miembros establecerán las condiciones de la protección contemplada en el apartado 1 y en el párrafo primero del presente apartado. En cualquier caso, los Estados miembros deberán garantizar que los acreedores estén autorizados a dirigirse a la autoridad administrativa o judicial competente para obtener las garantías adecuadas, siempre que puedan demostrar, de forma convincente, que debido a la fusión, la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad.

3. La protección podrá ser diferente para los acreedores de la sociedad absorbente y los de la sociedad absorbida.»

9 A tenor del artículo 14 de dicha Directiva:

«Sin perjuicio de las reglas relativas al ejercicio colectivo de sus derechos, se aplicará el artículo 13 a los obligacionistas de las sociedades que se fusionen, salvo si la fusión hubiera sido aprobada por una junta de obligacionistas, cuando la ley nacional prevea tal junta, o por los obligacionistas individualmente.»

10 El artículo 15 de esa misma Directiva establece:

«Los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales, deberán gozar, en el seno de la sociedad absorbente, de derechos al menos equivalentes a los que disfrutaban en la sociedad absorbida, salvo si la modificación de estos derechos hubiera sido aprobada por una junta de poseedores de estos títulos, cuando la ley nacional prevea tal junta, o por los poseedores de estos títulos individualmente, o también si estos poseedores tienen derecho a obtener la recompra de sus títulos por la sociedad absorbente.»

11 La Directiva 78/855 fue derogada por la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DO 2011, L 110, p. 1). Con arreglo a su artículo 33, la Directiva 2011/35 entró en vigor el 1 de julio de 2011.

Directiva 2005/56

12 Del considerando 1 de la Directiva 2005/56 se desprende que la misma tiene por finalidad facilitar la realización de fusiones transfronterizas entre sociedades de capital de distintos tipos que entren en el ámbito de las legislaciones de Estados miembros diferentes.

13 De conformidad con el considerando 3 de dicha Directiva, «con el fin de facilitar las operaciones de fusión transfronteriza, resulta oportuno establecer que, si la presente Directiva no dispone lo contrario, cada sociedad que participe en la fusión transfronteriza, así como cada tercero interesado, sigan estando sometidos a las disposiciones y los trámites de la legislación nacional que serían aplicables en caso de una fusión nacional. [...]»

14 El artículo 2 de esa misma Directiva establece:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

2. “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

[...]».

- 15 El artículo 4 de la Directiva 2005/56, titulado «Condiciones relativas a las fusiones transfronterizas», establece:

«1. Salvo que la presente Directiva disponga lo contrario:

[...]

b) una sociedad que participe en una fusión transfronteriza deberá cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta. [...]

2. Las disposiciones y trámites a que se refiere el apartado 1, letra b), incluirán, en particular, los relativos al proceso de toma de decisiones sobre la fusión y, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, a la protección de los acreedores de las sociedades que se fusionen, de los obligacionistas y tenedores de títulos o acciones, así como de los trabajadores en lo relativo a los derechos distintos de los regulados por el artículo 16. [...]»

- 16 El artículo 14 de dicha Directiva, titulado «Efectos de la fusión transfronteriza», dispone, en su apartado 1:

«La fusión transfronteriza realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, letras a) y c), producirá, a partir de la fecha contemplada en el artículo 12, los siguientes efectos:

a) la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida se transferirá a la sociedad absorbente;

[...]

c) la sociedad absorbida dejará de existir.»

Derecho austriaco

- 17 El artículo 226 de la Aktiengesetz (Ley de sociedades anónimas), de 31 de marzo de 1965 (BGBl. 98/1965), en su versión aplicable a los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «AktG»), titulado «Protección de los acreedores», regula la protección de los acreedores en caso de fusión. Está redactado así:

«1. Siempre que se manifiesten en el plazo de seis meses desde la publicación del registro de la fusión, los acreedores de las sociedades afectadas deberán obtener garantías en caso de que no puedan solicitar el reembolso. Sin embargo, los acreedores sólo tendrán tal derecho si demuestran de forma convincente que la fusión constituye un riesgo para el pago de su crédito. Deberá informarse a los acreedores del derecho que les asiste con ocasión de la publicación del registro.

2. No tendrán derecho a exigir garantías los acreedores que, en un procedimiento de insolvencia, tengan derecho al pago preferente de su crédito con cargo a una masa constituida, en virtud de las disposiciones legales, con vistas a protegerlos y bajo la supervisión de la autoridad competente.

3. Tendrán derechos equivalentes los titulares de bonos y de títulos participativos o se les abonará una compensación adecuada por la modificación del derecho o por el derecho en sí mismo.»

18 Según el tribunal remitente, el artículo 226, apartado 3, de la AktG fue introducido para transponer el artículo 15 de la Directiva 78/855.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

19 Durante el año 2005, la Sparkassen Versicherung suscribió dos empréstitos subordinados emitidos por el Kommunalkredit. Las condiciones de emisión, idénticas para estos dos empréstitos (en lo sucesivo, «condiciones de emisión»), fijan el estatuto de los empréstitos, precisan las condiciones de su subordinación y las modalidades del pago de los intereses y designan la ley aplicable.

20 A tenor del artículo 2 de dichas condiciones de emisión:

«Estatuto. Las obligaciones derivadas de los bonos constituyen obligaciones no garantizadas y subordinadas de la sociedad emisora, con idéntico rango de prelación entre sí y frente a todas las demás obligaciones subordinadas de la sociedad emisora. En caso de disolución, liquidación o concurso de acreedores de dicha sociedad, las obligaciones derivadas de los bonos sólo podrán ser satisfechas después de los créditos no subordinados. Por tanto, no podrá abonarse ninguna cantidad por los bonos hasta que hayan sido satisfechos íntegramente los créditos de todos los acreedores no subordinados de la sociedad emisora o se hayan dotado provisiones suficientes para tales importes. Además, un bonista no podrá compensar sus créditos derivados de los bonos con créditos de la sociedad emisora. Ni la sociedad ni ningún tercero aportarán en ningún momento futuro una garantía contractual de los derechos del bonista. Ningún pacto posterior podrá limitar el carácter subordinado previsto en el presente artículo, ni podrá anticipar la fecha de vencimiento de los bonos ni reducir el plazo de preaviso aplicable.»

21 El artículo 4, apartado 1, letra b), de las condiciones de emisión tiene el siguiente tenor:

«Pago de intereses. Sólo podrán realizarse pagos de nominal o de intereses si, a raíz de dicho pago, los recursos propios pertinentes de la sociedad emisora no descienden por debajo de los mínimos exigidos por las Directrices del Banco Central de Chipre sobre el cálculo de recursos propios de los bancos.»

22 El artículo 9 de dichas condiciones de emisión estipula lo siguiente:

«Incumplimiento. En caso de liquidación o disolución de la sociedad emisora (salvo a efectos o como consecuencia de una fusión, reestructuración o saneamiento —mientras siga siendo solvente— mediante el cual la sociedad resultante asuma esencialmente todos los activos y obligaciones de la sociedad emisora), todo bonista estará facultado para declarar el vencimiento de sus bonos y exigir su reembolso inmediato por el importe establecido para la amortización anticipada [...], más los intereses devengados hasta la fecha de reembolso.»

23 Por último, el artículo 12, apartado 1, de dichas condiciones de emisión establece:

«Ley aplicable. La forma y el contenido de los bonos, así como todos los derechos y obligaciones de los bonistas y de la emisora se regirán por el Derecho alemán.»

24 Al incumplir, desde finales del año 2008, los requisitos mínimos en materia de fondos propios fijados en las Directrices del Banco Central de Chipre, el Kommunalkredit dejó de abonar a la Sparkassen Versicherung los intereses acordados en las condiciones de emisión.

- 25 El Kommunalkredit fue absorbido mediante fusión por KA Finanz. Esta fusión se inscribió en el Registro mercantil y de sociedades austriaco el 18 de septiembre de 2010 y, en consecuencia, fue efectiva en esa fecha.
- 26 La Sparkassen Versicherung reclama a KA Finanz, ante los órganos jurisdiccionales austriacos, el pago de los intereses pactados en los dos empréstitos subordinados controvertidos en el litigio principal correspondientes a los años 2009 y 2010. Con carácter subsidiario, la Sparkassen Versicherung solicita que KA Finanz le conceda determinados derechos equivalentes, en el sentido del artículo 226, apartado 3, de la AktG, y responda de todos los daños y perjuicios causados por negarse a reconocerle dichos derechos.
- 27 KA Finanz alega, con carácter principal, que la operación de fusión supuso la cancelación de los empréstitos subordinados controvertidos en el litigio principal. Subsidiariamente, sostiene que no se le transmitieron las obligaciones derivadas de dichos empréstitos, ya que éstos perdieron todo su valor como consecuencia de la desaparición total de los fondos propios del Kommunalkredit.
- 28 KA Finanz considera que, dado que el pago de los intereses y del capital dependía de la dotación de fondos propios del Kommunalkredit, esos empréstitos constituían fondos propios y eran títulos participativos con arreglo al artículo 226, apartado 3, de la AktG. KA Finanz sostiene que, habida cuenta de las pérdidas sufridas por el Kommunalkredit, cuya existencia estaba amenazada y que, a 31 de diciembre de 2008, hacía públicos unos fondos propios negativos de unos mil millones de euros, los títulos controvertidos en el litigio principal habían perdido todo su valor en la fecha de la operación de fusión. KA Finanz concluye de ello que, tomando en consideración tal pérdida, no estaba obligada ni a conferir derechos equivalentes a los bonistas ni a indemnizarles.
- 29 En primera instancia, el Handelsgericht Wien (Tribunal Mercantil de Viena) desestimó la pretensión de KA Finanz de que se declare, con carácter previo, que, tras la operación de fusión, los títulos controvertidos en el litigio principal habían sido cancelados y que no se le habían transferido las deudas de Kommunalkredit derivadas de los empréstitos subordinados.
- 30 Dicho tribunal declaró que los títulos controvertidos en el litigio principal no eran ni títulos participativos ni títulos de otra índole asimilables a acciones, puesto que no constituían capitales propios ni tampoco dependían de los beneficios del Kommunalkredit. Por consiguiente, según el Handelsgericht Wien (Tribunal Mercantil de Viena), KA Finanz no tenía derecho a cancelar esos títulos en el marco de la fusión. Dicho tribunal consideró asimismo que, en el marco de la transmisión universal del patrimonio del Kommunalkredit, los empréstitos subordinados se habían transferido a KA Finanz.
- 31 El tribunal remitente precisa que el Handelsgericht Wien (Tribunal Mercantil de Viena, Austria) resolvió el litigio del que conoció sin pronunciarse sobre cuál era la ley que se le aplicaba.
- 32 El Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria) confirmó en apelación la resolución del Handelsgericht Wien (Tribunal Mercantil de Viena) tras recordar que los efectos jurídicos de una fusión afectan al estatuto personal y que la protección de los acreedores debe apreciarse con arreglo a la ley que regula dicho estatuto, en el caso de autos, el Derecho de sociedades austriaco.
- 33 El Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena) consideró que el artículo 226, apartado 3, de la AktG, en el que se basa KA Finanz para afirmar que la fusión conllevó la cancelación de los títulos controvertidos en el litigio principal, no les era aplicable. Sostuvo que sólo se rigen por dicha disposición los titulares de obligaciones cuyas características permitan asimilar a esos obligacionistas a socios o que equiparen las obligaciones a fondos propios, así como los titulares

de títulos participativos que confieren derechos que forman normalmente parte de los derechos económicos y patrimoniales de los accionistas, en concreto, el de participar en los beneficios o en la liquidación.

- 34 Pues bien, dicho tribunal declaró que no ocurría así en el caso de autos, como podía deducirse de las condiciones de emisión. El Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena) añadió que esas condiciones no establecen que los empréstitos controvertidos no se adeuden con carácter definitivo si los capitales propios se reducen por debajo del umbral mínimo prudencial, sino sencillamente que no son exigibles mientras no se cumplan esos requisitos mínimos.
- 35 KA Finanz interpuso un recurso de casación ante el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Austria), como precisa ese tribunal, que tenía por objeto saber si el artículo 226, apartado 3, de la AktG se aplica a los empréstitos subordinados controvertidos en el litigio principal.
- 36 Para poder resolver el litigio principal, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) se pregunta acerca de la ley aplicable a dicho litigio. Dicho tribunal precisa a este respecto que se había acordado, al suscribir los empréstitos controvertidos en el litigio principal, aplicar la ley alemana, que la sociedad emisora de dichos empréstitos, en el caso de autos, Kommunalkredit, tenía su sede en Chipre, y que la sociedad que absorbió al Kommunalkredit, KA Finanz, y la que suscribió dichos empréstitos, en el caso de autos la Sparkassen Versicherung, tienen su sede en Austria.
- 37 Dicho tribunal pone de relieve que el Reglamento Roma I no es aplicable a los empréstitos controvertidos en el litigio principal, ya que éstos se concluyeron antes del 17 de diciembre de 2009.
- 38 Además, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) se pregunta, por una parte, si los títulos controvertidos en el litigio principal son títulos en el sentido del artículo 15 de la Directiva 78/855 y, por otra parte, si las normas relativas a la protección de los acreedores establecidas en dicho artículo se oponen a una disposición nacional, como el artículo 226, apartado 3, de la AktG, en virtud de la cual una sociedad emisora de títulos distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales, puede rescindir unilateralmente la relación jurídica que la une con los poseedores de dichos títulos e indemnizarles.
- 39 En esas circunstancias, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma en el sentido de que el ámbito excluido “Derecho de sociedades” comprende:
- a) operaciones de reorganización, como fusiones y escisiones, y
 - b) la cláusula de protección de acreedores del artículo 15 de la Directiva 78/855, con motivo de operaciones de reorganización?
- 2) ¿Se llega a la misma conclusión aplicando el artículo 15 de la Directiva 2011/35?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, ¿lleva a la misma conclusión el ámbito excluido del artículo 1, apartado 2, letra d), del Reglamento Roma I, como disposición que sucede al artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma, o aquél debe ser interpretado de forma diferente? En caso afirmativo, ¿de qué manera?
- 4) ¿Se desprenden del Derecho primario de la Unión, como la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE, la libre prestación de servicios del artículo 56 TFUE o la libre circulación de capitales y pagos del artículo 63 TFUE, exigencias en cuanto al tratamiento de las fusiones por las normas sobre conflicto de leyes, en particular sobre la cuestión de si es aplicable el Derecho nacional del Estado de la sociedad absorbida o el Derecho nacional de la sociedad absorbente?

- 5) En caso de respuesta negativa a la cuarta cuestión prejudicial, ¿se desprenden del Derecho derivado de la Unión, como la Directiva 2005/56, la Directiva 2011/35, o la Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, Sexta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas [DO 1982, L 378, p. 47; EE 17/01, p. 111], principios en cuanto a las normas de conflicto que se deben aplicar y en particular en cuanto a si la ley aplicable es la ley nacional del Estado de la sociedad absorbida o la ley nacional de la sociedad absorbente, o pueden determinar libremente las normas nacionales sobre conflicto de leyes cuál es el Derecho nacional sustantivo aplicable?
- 6) ¿Debe interpretarse el artículo 15 de la Directiva 78/855 en el sentido de que, en caso de fusión transfronteriza, el emisor está facultado frente al poseedor de títulos distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales, especialmente bonos subordinados, para cancelar la relación jurídica y separar a los beneficiarios?
- 7) ¿Se llega a la misma conclusión aplicando el artículo 15 de la Directiva 2011/35?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

- 40 Con carácter preliminar, hay que señalar que, en virtud del artículo 2, letra a), del Primer Protocolo de 19 de diciembre de 1988 relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DO 1989, L 48, p. 1), el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre las cuestiones relativas a dicho Convenio en el marco de una petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal).
- 41 Además, hay que recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el contexto de hecho 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 también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los datos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones que se le plantean (sentencia de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331, apartado 29 y jurisprudencia citada).
- 42 A este respecto, debe señalarse, en primer término, que al no haber entrado en vigor la Directiva 2011/35 hasta el 1 de julio de 2011, es decir, con posterioridad a la fecha de los hechos en el litigio principal, la segunda cuestión prejudicial, la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que se refiere a la interpretación de dicha Directiva, y la séptima cuestión prejudicial son inadmisibles.
- 43 En segundo término, el Reglamento Roma I, cuyo artículo 28 establece que se aplicará a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, como ha indicado también el tribunal remitente, no estaba aún en vigor cuando se celebraron los contratos controvertidos en el litigio principal, a saber, durante el año 2005. Por tanto, la tercera cuestión prejudicial es inadmisibile.
- 44 En tercer término, consta que el litigio principal se refiere a los efectos, en unos empréstitos subordinados, de una fusión por absorción entre dos sociedades. En consecuencia, la primera cuestión prejudicial es inadmisibile en la medida en que versa sobre la interpretación del artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma por lo que respecta a las escisiones de sociedades. Por otra parte, dado que la Directiva 82/891 se refiere a la escisión de sociedades anónimas, también es inadmisibile la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que tiene por objeto la interpretación de esa Directiva.

- 45 De ello resulta que sólo son admisibles la primera cuestión prejudicial, en cuanto no versa sobre la interpretación de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma por lo que respecta a las escisiones de sociedades, la cuarta cuestión prejudicial, la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2005/56, y la sexta cuestión prejudicial.
- 46 Por lo que respecta a las cuestiones prejudiciales primera, cuarta y quinta, de la petición de decisión prejudicial se desprende que el tribunal remitente planteó estas cuestiones prejudiciales para poder pronunciarse sobre qué ocurre, tras la fusión por absorción del Kommunalkredit por KA Finanz, con los contratos controvertidos en el litigio principal, lo que, a su juicio, conlleva necesariamente resolver, con carácter previo, la cuestión de la ley aplicable a esos contratos después de dicha fusión.
- 47 Por consiguiente, hay que considerar que el objeto de las cuestiones prejudiciales primera, cuarta y quinta, en cuanto son admisibles, es, en esencia, determinar la ley aplicable, en atención al Derecho de la Unión, tras una fusión por absorción transfronteriza, por una parte, a la interpretación, al cumplimiento de las obligaciones y a los modos de extinción de un contrato de empréstito celebrado por la sociedad absorbida y, por otra parte, a la pretensión de un acreedor, en los términos en que la Sparkassen Versicherung la formuló con carácter subsidiario, de invocar la protección de los acreedores establecida en el artículo 15 de la Directiva 78/855.
- 48 Por lo que respecta a la sexta cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea que se dilucide, en esencia, si el artículo 15 de la Directiva 78/855 debe interpretarse en el sentido de que esta disposición confiere derechos a la emisora de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales.
- 49 Para responder a la cuestión de la ley aplicable, tras una fusión por absorción transfronteriza, a la interpretación, al cumplimiento de las obligaciones y a los modos de extinción de un contrato de empréstito celebrado por la sociedad absorbida, procede examinar, en primer lugar, si el Convenio de Roma es aplicable a ese contrato, y en qué medida.
- 50 En este contexto, es necesario señalar que, a tenor del artículo 1, apartado 1, del Convenio de Roma, las disposiciones de este Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.
- 51 No obstante, como excepción a esa norma de competencia material, el artículo 1, apartado 2, letra e), de dicho Convenio excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas al Derecho de sociedades, asociaciones o personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica.
- 52 Del informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad de París I (DO 1980, C 282, p. 1), se desprende que las cuestiones relativas al Derecho de sociedades, asociaciones o personas jurídicas no fueron incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma como consecuencia de los trabajos entonces en curso en materia de Derecho de sociedades en las Comunidades Europeas. De ese informe resulta también que los actos que regulan la disolución de sociedades, como la fusión o la concentración de sociedades, figuran entre los mencionados por la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de dicho Convenio. Por consiguiente, éste no se aplica a la fusión de sociedades.
- 53 No obstante, dado que de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que los contratos controvertidos en el litigio principal estaban comprendidos, antes de que el Kommunalkredit fuera absorbido mediante fusión por KA Finanz, en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma y que

las partes contratantes habían elegido, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de dicho Convenio, la ley alemana como ley aplicable a esos contratos, procede determinar si esa ley sigue regulando dichos contratos tras la mencionada fusión y, por tanto, en virtud del artículo 10, apartado 1, de dicho Convenio, su interpretación, el cumplimiento de las obligaciones que generen y sus modos de extinción.

- 54 Para ello, es necesario analizar, en segundo lugar, los textos adoptados en materia de fusión de sociedades por el legislador de la Unión Europea. En este contexto, procede señalar que esta materia fue objeto de dos normativas destinadas, simultáneamente, a organizar el procedimiento de fusión y a regular los efectos jurídicos de la fusión, a saber, por una parte, la Directiva 78/855, adoptada, como se desprende de su tercer considerando, con el fin de coordinar las legislaciones de los Estados miembros relativas a las fusiones de sociedades anónimas e introducir en el Derecho de todos los Estados miembros la institución de la fusión, y por otra parte, la Directiva 2005/56, adoptada, como resulta de su considerando 1, con el fin de facilitar la realización de fusiones transfronterizas entre sociedades de capital de distintos tipos que entren en el ámbito de las legislaciones de Estados miembros diferentes.
- 55 Pues bien, dado que el litigio principal se refiere a la suerte que han de correr determinados empréstitos subordinados tras una fusión transfronteriza, hay que determinar, sobre la base de la Directiva 2005/56, el efecto de esa fusión en empréstitos de tal naturaleza.
- 56 Del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2005/56 se desprende que una fusión por absorción es la operación mediante la cual una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente, a saber, la sociedad absorbente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo.
- 57 Por lo que respecta al efecto de tal operación, del artículo 14, apartado 2, letra a), de dicha Directiva resulta que la fusión transfronteriza producirá, a partir de la fecha de efecto de dicha fusión, la transferencia de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente.
- 58 Así pues, una fusión por absorción implica que la sociedad absorbente adquiere la sociedad absorbida íntegramente, sin la extinción de las obligaciones que provocaría una liquidación, y produce, sin novación, la subrogación de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente como parte en todos los contratos celebrados por aquélla. Por consiguiente, la ley que era aplicable a esos contratos antes de la fusión sigue siendo la ley aplicable tras dicha fusión.
- 59 De ello se infiere que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que la ley aplicable, tras una fusión por absorción transfronteriza, a la interpretación, al cumplimiento de las obligaciones y a los modos de extinción de un contrato de empréstito, celebrado por la sociedad absorbida, es la que era aplicable a ese contrato antes de dicha fusión.
- 60 Por lo que respecta a la protección de los acreedores en una fusión transfronteriza que invoca la Sparkasse Versicherung en su pretensión subsidiaria, hay que señalar que del considerando 3 y del artículo 4 de la Directiva 2005/56 resulta que una sociedad que participe en una fusión transfronteriza sigue estando sometida, en cuanto a la protección de sus acreedores, a las disposiciones y a los trámites de la legislación nacional que sería aplicable en una fusión nacional.
- 61 De ello resulta que las disposiciones que regulan la protección de los acreedores de la sociedad absorbida, en un caso como el controvertido en el litigio principal, son las de la legislación nacional que se aplicaban a esa sociedad.
- 62 Como los Estados miembros, en una fusión nacional, deben cumplir los artículos 13 a 15 de la Directiva 78/855 en lo relativo a la protección de los acreedores, están obligados, por tanto, a cumplir también esas disposiciones en una fusión transfronteriza.

- 63 Pues bien, mientras que los artículos 13 y 14 de dicha Directiva se refieren a la protección de los acreedores no obligacionistas y obligacionistas, el artículo 15 de dicha Directiva versa sobre la protección de los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales.
- 64 Se plantea entonces la cuestión de saber cómo distinguir los títulos mencionados en el artículo 15 de la Directiva 78/855 de los demás títulos de crédito.
- 65 A este respecto, de los trabajos preparatorios de dicha Directiva, en este caso, la propuesta de una Tercera Directiva del Consejo tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a las fusiones de sociedades anónimas (DO 1970, C 89, p. 20), y la propuesta modificada de una Tercera Directiva del Consejo tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a las fusiones de sociedades anónimas [COM(72) 1668 final], se desprende que los títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales con arreglo al artículo 15 de dicha Directiva, se refieren, entre otros títulos, a las obligaciones convertibles en acciones, las obligaciones a las que correspondan derechos de suscripción preferente del capital social, las obligaciones participativas en beneficios y los derechos de suscripción.
- 66 Por consiguiente, tales títulos son los que confieren a sus poseedores derechos más amplios que la mera devolución de los créditos e intereses acordados. Por tanto, ocurre lo mismo, en concreto, con los títulos que reconocen a sus poseedores el derecho a canjearlos por acciones o el derecho a participar en los beneficios de la sociedad emisora.
- 67 En el caso de autos, de las condiciones de emisión, en los términos planteados por el tribunal remitente, resulta que los títulos controvertidos en el litigio principal no parecen conferir a sus poseedores derechos más amplios que la mera devolución de los créditos e intereses acordados. Así pues, parece que esos títulos no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 15 de la Directiva 78/855, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente.
- 68 En caso de que dicho tribunal llegase a la conclusión contraria, hay que señalar que el artículo 15 de la Directiva 78/855 establece que los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales con arreglo a esa disposición, deberán gozar, en el seno de la sociedad absorbente, de derechos al menos equivalentes a los que disfrutaban en la sociedad absorbida, salvo si la modificación de estos derechos hubiera sido aprobada por una junta de poseedores de estos títulos, cuando la ley nacional prevea tal junta, o por los poseedores de dichos títulos individualmente, o también si estos poseedores tienen derecho a obtener la recompra de sus títulos por la sociedad absorbente.
- 69 Por consiguiente, del tenor literal del artículo 15 de la Directiva 78/855 se desprende que su objeto es proteger los intereses de los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales.
- 70 Pues bien, dado que de la petición de decisión prejudicial resulta que el artículo 226, apartado 3, de la AktG fue introducido para transponer el artículo 15 de la Directiva 78/855 y que la primera de dichas disposiciones parece conferir a la emisora de tales títulos el derecho a rescindir unilateralmente la relación jurídica que la une con los poseedores de dichos títulos y a separarlos, procede señalar que tal derecho es ajeno al tenor literal y al objetivo del artículo 15 de la Directiva 78/855, ya que esta última disposición confiere derechos a los propietarios de esos mismos títulos pero no a su emisora. Por tanto, una disposición como el artículo 226, apartado 3, de la AktG no puede ser transposición del artículo 15 de la Directiva 78/855.

71 De ello se infiere que el artículo 15 de la Directiva 78/855 debe interpretarse en el sentido de que esa disposición confiere derechos a los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales, pero no a la emisora de tales títulos.

Costas

72 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 al presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia, distintos de aquellos en que hayan incurrido dichas partes, no pueden ser objeto de reembolso.

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

1) El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que:

- **la ley aplicable, tras una fusión por absorción transfronteriza, a la interpretación, al cumplimiento de las obligaciones y a los modos de extinción de un contrato de empréstito, como los contratos de empréstito controvertidos en el litigio principal, celebrado por la sociedad absorbida, es la que era aplicable a ese contrato antes de dicha fusión;**
- **las disposiciones que regulan la protección de los acreedores de la sociedad absorbida, en un caso como el controvertido en el litigio principal, son las de la legislación nacional que se aplicaban a esa sociedad.**

2) El artículo 15 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, Tercera Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, en su versión modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que esa disposición confiere derechos a los poseedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales, pero no a la emisora de tales títulos.

Firmas