



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Autor: Daniel Chapatte Parras

Tutor: Daniel Prades Cutillas

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE GENERAL

1.- Informe requerido por CERTRONIC para la adquisición de la sociedad CIRCERÁMICA.....	3
1.1.- Entrada de CIR-CERÁMICA en el capital social de CERTRONIC (Asset Deal).....	4
1.1.1.- Autocartera con amortización del excedente.....	4
1.1.2.- Aumento de capital con aportación de marca.....	7
1.2.- Fusión por absorción.....	15
1.3.- Traslado del domicilio a Países Bajos.....	21
2.- Informe sobre las posibles vías de oponerse a la operación.....	26
3.- Anexo al Informe.....	37
4.- Bibliografía.....	39

1. INFORME REQUERIDO POR CERTRONIC S.A. PARA LA ADQUISICIÓN DE LA SOCIEDAD CIR-CERÁMICA.

El objeto del presente informe consiste en la realización de un análisis que contemple todas las vicisitudes jurídicas que puedan afectar a la operación societaria en cuestión. Y así, se llevará a cabo un estudio detallado de las diferentes vías de actuación, que será remitido, posteriormente, al Consejo de Administración de CERTRONIC.

En aras de contextualizar la operación objeto de este trabajo, trataremos de definir la finalidad de la misma, así como las distintas alternativas existentes a tal efecto. En este sentido, consideramos relevante señalar que CIR-CERÁMICA es una sociedad que carece de actividad al haber trasladado sus activos como consecuencia de una escisión. La importancia de esta premisa reside en que la finalidad de la operación no es adquirir la sociedad, sino la marca que utiliza para operar en el tráfico jurídico, cuyo prestigio es de gran valor para nuestro cliente.

De esta manera, la operación se puede configurar, principalmente, a través de dos modalidades. La primera consiste en la adquisición de la marca como activo intangible (*Asset Deal*) y, la segunda, en la adquisición del capital de CIR-CEERÁMICA (*Share Deal*). A su vez, la obtención de la marca se puede llevar a efecto mediante dos vías: (i) adquirir de los socios de CERTRONIC acciones en autocartera para, posteriormente, transmitir esas acciones a CIR-CERÁMICA a cambio de la marca, amortizando el excedente resultante; (ii) realizar un aumento de capital con aportación de marca.

El resultado de la primera modalidad (*Asset Deal*) será la entrada de CIR-CERÁMICA en el capital social de CERTRONIC, subsistiendo, así, ambas sociedades. En cambio, la segunda modalidad implica que CERTRONIC adquiere el 100% del capital de CIR-CERÁMICA, convirtiéndose, por tanto, en el socio único de esta última. Además, una vez adquirida, se llevará a cabo una fusión por absorción que conllevará su integración en una única sociedad resultante.

A lo largo del presente informe analizaremos jurídicamente ambas operaciones, detallando el procedimiento a seguir, así como cualquier vicisitud relevante que pudiera afectar a la toma de decisión.

1.1. ENTRADA DE CIR-CERÁMICA EN EL CAPITAL SOCIAL DE CERTRONIC (*ASSET DEAL*).

Como ya hemos introducido en el apartado anterior, mediante esta operación se adquiere la marca como activo intangible a cambio de acciones de CERTRONIC (ya emitidas o de nueva emisión). A diferencia de la segunda modalidad, no se adquiere la propiedad de la sociedad CIR-CERÁMICA, lo que implicaría la adquisición de todos los activos y pasivos de la sociedad, sino que sólo se adquiere el activo objeto de interés por parte de CERTRONIC.

Asimismo, existen dos vías de actuación para la obtención de la marca. Y así, analizaremos, primeramente, la posibilidad de adquirir en autocartera acciones de CERTRONIC para su posterior transmisión a CIR-CERÁMICA. En segundo lugar, plantearemos la operación desde la vía de la ampliación de capital con aportación en especie. Finalmente, desarrollaremos las conclusiones obtenidas a tal efecto.

1.1.1. AUTOCARTERA CON AMORTIZACIÓN DEL EXCEDENTE.

El punto de partida del análisis consistirá en el estudio del régimen de autocartera concebido en el derecho español. El objetivo perseguido a tal efecto es la viabilidad jurídica de la operación.

El régimen de autocartera está regulado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC). Y así, se incluye dentro del Capítulo VI, dedicado a *“los negocios sobre las propias participaciones y acciones”*. Es decir, la LSC prevé la posibilidad de que la sociedad pueda realizar negocios con sus propias acciones o participaciones sociales o, en su caso, con las de la sociedad dominante. Dicha posibilidad trae consigo una serie de riesgos para el tráfico mercantil.

Por lo tanto, para poder comprender el régimen de la autocartera, resulta imprescindible conocer la *ratio legis* de tal regulación. En primer lugar, se persigue la protección del patrimonio social y la función de garantía que cumple el capital social,

impidiendo que, a través de las negociaciones con acciones propias se lleven a cabo operaciones que puedan conllevar una liquidación encubierta del patrimonio o una restitución de las aportaciones de los socios, en detrimento de su correspondencia con el capital social en tanto cifra de garantía. Asimismo, existen riesgos asociados a la utilización de esta figura de forma irregular o abusiva por parte de los administradores, lo que puede implicar la distorsión de la voluntad social¹.

Los supuestos de autocartera que la LSC regula son los de adquisición por la sociedad de sus propias acciones o participaciones sociales o de las acciones o participaciones sociales de la sociedad dominante, bien se trate de una adquisición originaria o de una adquisición derivativa. Además, la ley distingue según el sujeto de adquisición, es decir, si adquiere una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada.

Respecto a la adquisición originaria, el artículo 134 LSC prohíbe, específicamente, que las sociedades de capital puedan suscribir sus propias acciones o participaciones de formar originaria, es decir, tanto en su fundación como en sede de ampliación de capital. El motivo de la prohibición reside en que si el desembolso se realiza con cargo al patrimonio de la sociedad no se estaría produciendo, *de facto*, incremento patrimonial alguno. Por lo tanto, CERTRONIC no podría adquirir en autocartera las acciones emitidas en el caso de ampliación de capital, supuesto que analizaremos posteriormente.

En relación con la adquisición derivativa, ésta se produce cuando la sociedad adquiere acciones que, habiendo sido suscritas o adquiridas por un tercero tras su emisión (lo que implica que ya han sido desembolsadas), pasarán a ser propiedad de la sociedad emisora. En este caso, la LSC ampara la autocartera, si bien la somete a ciertos límites y requisitos como consecuencia de la existencia de determinados riesgos, entre los que destaca la alteración de las mayorías en las juntas generales.

Pues bien, la LSC distingue dos supuestos de adquisición derivativa en las sociedades anónimas. El primero lo denominaremos “adquisiciones libres”, ya que no se someten a exigencia alguna. Incluye los siguientes casos tasados (artículo 144 LSC): (i) cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción de capital; (ii)

¹ C. GALÁN LÓPEZ, “Sociedades de Capital (III): acciones y participaciones”, en I. FERNÁNDEZ TORRES y C. ALONSO LEDESMA, *Derecho de sociedades*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, p. 197.

cuando las acciones propias formen parte de un patrimonio adquirido a título universal; (iii) cuando estén íntegramente liberadas o sean adquiridas a título gratuito; (iv) cuando las acciones sean adquiridas como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular.

De lo anterior se desprende que, en nuestro supuesto de hecho, no podemos ejercitar una adquisición libre, por lo que debemos acudir a los supuestos de “adquisiciones condicionadas”. Y así, el caso de CERTRONIC se subsume en el artículo 146 LSC, en virtud del cual, podrá adquirir sus propias acciones siempre que concurren las siguientes condiciones:

- a) *“Que la adquisición haya sido autorizada mediante acuerdo de la junta general, que deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años”.*
- b) *“Que la adquisición, comprendidas las acciones que la sociedad o persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de aquélla hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera, no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles”.*
- c) *“Que el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al veinte por ciento”.*

Por último, el citado precepto contempla la nulidad de la adquisición de acciones propias que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias. Por este motivo, CERTRONIC no podrá utilizar esta vía como medio de obtención de la marca de CIR-CERÁMICA, habida cuenta de que las acciones objeto de dicha adquisición tienen como obligación accesoria suscribir un pacto parasocial.

En definitiva, una vez descartada la posibilidad de ejecutar la operación por la vía de la autocartera, considero irrelevante, en lo que al objeto de este informe se refiere, profundizar en cómo se hubiera llevado a cabo esta operación en caso de no existir el

impedimento de la prestación accesoria. Por ello, lo único que cabe añadir es que, en el caso de haber podido adquirir las acciones en autocartera (suponiendo que se cumpliera con los requisitos para la convocatoria de la junta general y adopción de acuerdos, así como el consentimiento de los socios), se habría llevado a cabo un contrato de compraventa con pago en especie (artículos 325 a 345 CdC y, subsidiariamente 1.445 y ss. CC) o, incluso, un contrato de permuta (artículo 1.538 y ss. CC y artículo 346 CdC). Con las acciones que excedieran el valor de la marca, se procedería a su amortización a través de una reducción de capital social.

1.1.2. AUMENTO DE CAPITAL CON APORTACIÓN DE MARCA

El aumento de capital es una operación societaria por la que se incrementa el importe del capital social de la sociedad. Para llevar a cabo dicha operación se requiere, junto a las exigencias recogidas en la LSC para la modificación de estatutos sociales, el cumplimiento de lo establecido en los artículos 295 a 316 LSC. En el caso objeto de este informe, CIR-CERÁMICA será la que acudirá a la ampliación de capital aportando, a tal efecto, su marca como activo intangible. Y así, el artículo 300 LSC regula las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones no dinerarias que, como es lógico, deberá realizarse bajo la modalidad de emisión de nuevas acciones, y no elevando el valor nominal de las ya existentes (artículo 295.1 LSC). Además, dichas acciones llevarán aparejada una prima de emisión, conforme al artículo 298 LSC, valorando para ello no sólo el capital social, sino las reservas que conforman el patrimonio neto de CERTRONIC, así como la expectativa de crecimiento de la compañía, en aras de que CIR-CERÁMICA adquiera un porcentaje de participación que se adecúe al valor de mercado de la marca aportada.

A) Informe de Experto Independiente

No obstante, antes de desarrollar dicho procedimiento de aumento de capital, debemos analizar cómo se realiza la valoración de las aportaciones no dinerarias en las sociedades de capital. Y así, la LSC ya reconoce esta posibilidad en su artículo 58.1, al afirmar que *“en las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica”*. Y añade, en su apartado segundo,

que *“en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios”*. Como vemos, las aportaciones pueden ser dinerarias y no dinerarias, pero en ningún caso la realización de un trabajo o servicio (que en todo caso irá como prestación accesoria).

Por otro lado, la LSC prevé ciertos controles en lo que a aportaciones no dinerarias se refiere. La finalidad de dichos controles consiste en la tutela del interés de los socios y de los acreedores. El riesgo, en ambos casos, radica en la posible sobrevaloración del bien, ya que, si las aportaciones *in natura* se sobrevaloran, se estaría infracapitalizando la sociedad objeto de tal aportación.

Tratándose CERTRONIC de una SA, el artículo 67.1 LSC exige que *“en la constitución o en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine”*.

Además, el informe contendrá *“la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida”*.

La valoración que se dé a la aportación en la escritura de constitución o de aumento de capital no podrá ser superior a la realizada por los expertos (artículo 67.3 LSC). Se debe entender que la premisa anterior deroga lo dispuesto en el artículo 133.2 RRM, que obligaba al Registrador a denegar la inscripción en caso de que el valor escriturado sea superior en un 20 por 100 al valor otorgado por el experto².

El artículo 69 LSC recoge una serie de excepciones a la obligatoriedad de dicho informe. En este sentido, cabría la posibilidad de que en nuestro supuesto de hecho se diera el caso contemplado en el apartado c) de dicho precepto, en virtud del cual no será preciso el informe de experto independiente cuando *“en la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión se haya elaborado un informe por experto independiente sobre el*

² J. MARTÍNEZ ROSADO y I. FERNÁNDEZ TORRES, “Sociedades de capital (II): estructura del capital”, en I. FERNÁNDEZ TORRES y C. ALONSO LEDESMA, *Derecho de...*, op.cit., p. 149.

proyecto de fusión o escisión". Y así, CIR-CERÁMICA ha llevado a cabo una escisión, mediante la que dio traslado a todos sus activos menos la marca objeto de valoración. Como consecuencia de dicha escisión, podría haberse efectuado una valoración de dicha marca, cumpliéndose así la excepción prevista por la norma. Sin embargo, para la elaboración de este informe presuponemos que no se llevó a cabo tal valoración o, que ésta quedó ya desfasada, por su caducidad o por la modificación de las circunstancias que sirvieron de criterio para tal valoración.

Una vez determinada la obligatoriedad del informe, se procede a realizar un análisis sucinto de los trámites a seguir para el nombramiento de los expertos independientes, regulación contenida en los artículos 338 y ss. RRM. Y así, *"la solicitud de nombramiento de uno o varios expertos independientes para la elaboración de un informe sobre las aportaciones no dinerarias a sociedades anónimas o comanditarias por acciones se hará mediante instancia por triplicado, dirigida al Registrador Mercantil del domicilio social, expresando las circunstancias siguientes:*

1ª Denominación y datos de identificación registral de la sociedad, [...], así como su domicilio.

2ª Descripción de los bienes, con indicación del lugar en que se encuentren, así como del número y valor nominal y, en su caso, prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.

3ª Declaración de no haberse obtenido en los últimos tres meses otra valoración de los mismos bienes, realizada por experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.

4ª Fecha de la solicitud".

Dentro de los quince días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, el Registrador designará, conforme a las normas que se dicten y, en ausencia de éstas, a su prudente arbitrio, un experto independiente entre las personas físicas o jurídicas que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones.

Una vez sea notificado el experto, deberá formular la valoración en el plazo de un mes desde su aceptación, ampliable en caso de circunstancias especiales. En cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.

A continuación, según el artículo 346 RRM, *“emitido el informe, el experto entregará el original a la persona que hubiera solicitado su nombramiento y comunicará tal entrega al Registrador Mercantil que lo hubiera nombrado, quien lo hará constar en el expediente, que cerrará en ese momento mediante la correspondiente diligencia. Esta circunstancia se consignará asimismo al margen del asiento de nombramiento”*. La retribución del experto correrá a cargo de CERTRONIC.

Por último, la LSC se ocupa de la publicidad de dicho informe, previendo que se incorpore como anexo a la escritura de constitución o a la de ejecución del aumento del capital social. Además, una copia autenticada del mismo deberá depositarse en el RM en el mes siguiente a la fecha efectiva de su aportación (artículo 71 LSC).

La LSC hace responsable al experto frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores, de los daños causados por la valoración. Para exonerarse de dicha responsabilidad, deberá acreditar *“que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada”* (artículo 68.1 LSC).

B) Celebración de Junta General y adopción del acuerdo

Entrando ya en las obligaciones específicas de la ampliación de capital, se debe señalar que el artículo 300 LSC prevé la necesidad de un segundo informe, adicional al analizado anteriormente, que deberá ser puesto a disposición de los socios al tiempo de convocatoria de la junta general de CERTRONIC. Y así, el citado precepto afirma que *“cuando para el contravalor del aumento consista en aportaciones no dinerarias, será preciso que al tiempo de la convocatoria de la junta se ponga a disposición de los socios un informe de los administradores en el que se describirán con detalle las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor*

nominal de las participaciones sociales o de las acciones que hayan de crearse o emitirse, la cuantía del aumento del capital social y las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista”.

Respecto a la convocatoria de la junta general, no es objeto de este informe analizar los requisitos para la convocatoria de juntas (cuestión ya practicada por CERTRONIC a lo largo de su historia), por lo que sólo cabe añadir como requisito específico la puesta a disposición de los socios del informe mencionado anteriormente.

En relación con el acuerdo de aumento, el artículo 296.1 LSC establece que *“el aumento del capital social habrá de acordarse por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales”*. Y así, en virtud del artículo 194 LSC, será necesaria para la válida constitución de la junta general la concurrencia de socios que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto en primera convocatoria. En segunda será suficiente la concurrencia del 25 por 100 de dicho capital.

Para la adopción del acuerdo, si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento (artículo 201 LSC). La LSC prevé la posibilidad de elevar dichas mayorías.

En este sentido, los socios de CERTRONIC han suscrito un pacto parasocial en el que refuerzan la mayoría necesaria, exigiendo un 67% de los votos para la adopción del acuerdo de aumento. Por tanto, se debe analizar la oponibilidad de ese pacto a la propia sociedad.

En primer lugar, cabe mencionar que la prestación accesoria incluida en los estatutos de CERTRONIC consiste en suscribir el pacto parasocial, no en el cumplimiento del mismo. Esta premisa es determinante a la hora de valorar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dicho pacto, cuestión que se resolverá con posterioridad en el informe de Dña. Amparo y Dña. Lidón.

En relación con la oponibilidad de los pactos parasociales, el artículo 29 LSC afirma que *“los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. Por lo tanto, cabe interpretar que tales acuerdos serán válidos entre las partes que lo hayan suscrito, no siendo oponibles a la sociedad en tanto no consten en la escritura o en los estatutos. Si bien el pacto está recogido, en cierta medida, en los estatutos de CERTRONIC, al haberse incluido como prestación accesorio, debemos reiterar que dicha prestación se limita a obligar a los socios a firmar un acuerdo. De esta interpretación se desprende que no podrían ejercitarse las acciones societarias para instar al cumplimiento del pacto, debiendo acudir a los mecanismos del derecho de obligaciones (los socios incumplidores incurrirían en responsabilidad derivada del incumplimiento del pacto).

No obstante, la cuestión se vuelve más controvertida en los *pactos omnilaterales*, es decir, aquellos suscritos por todos los socios (en el caso de CERTRONIC parece que Dña. Lidón y Dña. Amparo no lo han suscrito, aunque tienen la obligación de hacerlo). Cierta sector doctrinal³ entiende que tales pactos pueden equipararse al ordenamiento societario, por lo que cualquier acuerdo adoptado en la junta general vulnerando lo dispuesto en un pacto omnilateral sería impugnado por contravención de los estatutos sociales. Asimismo, se ha consolidado una línea jurisprudencial que les atribuye dicha oponibilidad a los pactos parasociales cuando todos los socios están sujetos a los mismos. El fundamento dado por la jurisprudencia y un amplio sector doctrinal reside en que, al existir una perfecta identidad entre el substrato personal de la sociedad y el de los firmantes, los socios no pueden escudarse en la alteridad social para mantener la validez de los acuerdos sociales adoptados con manifiesto desprecio hacia las obligaciones negociales a las que están sometidos.

En palabras de RAFAEL MARTÍNEZ DIE⁴, *“en estos casos, el principio de relatividad en que descansa la dinámica contractual no supondría un obstáculo insalvable para hacer valer lo convenido extraestatutariamente frente a la sociedad, pues ésta no sería,*

³ J. MARTÍNEZ ROSADO, “Sociedades de capital (I): constitución”, en I. FERNÁNDEZ TORRES y C. ALONSO LEDESMA, Derecho de ..., op.cit., p. 129.

⁴ A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y L. BALLESTER AZPITARTE, *Tratado de Sociedades de Capital. Tomo I. Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital (Arts. 1 a 316)*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 255.

verdaderamente, un tercero frente a lo pactado. Por eso no es de extrañar que la jurisprudencia se haya servido de la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica, ya que al aperebirse el juzgador de la concurrencia de una confusión de personalidades, es lógico que deba impedirse que la aparente autonomía del ente social sirva para amparar actos fraudulentos o abusivos (vid., por todas, las sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2011 y de 3 de noviembre de 2010)”.

La jurisprudencia también recurre a principios generales, como los de buena fe, doctrina de los actos propios o el de la interdicción del abuso de derecho. Por esta vía sería posible acudir al mecanismo de impugnación de acuerdos sociales del 204 LSC, para el caso de que CERTRONIC acordara la ampliación de capital contraviniendo la mayoría del 67% de votos favorables pactada en el pacto parasocial de referencia.

También encontramos jurisprudencia⁵ que sostiene que la impugnación de un acuerdo social sólo podrá basarse en las causas establecidas por la ley, es decir, por la contravención a la propia ley, a los estatutos o la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, por lo que para que prosperara la impugnación del acuerdo debería demostrarse que la vulneración del pacto de socios es lesivo para el interés social.

En definitiva, existen argumentos para sostener ambas posturas, por lo que es altamente recomendable que el acuerdo de ampliación de capital de CERTRONIC se adopte conforme a las mayorías estipuladas en el pacto parasocial, a fin de evitar una posible nulidad como consecuencia de una impugnación. En este sentido, parece que no habrá inconveniente alguno en alcanzar esa cifra, habida cuenta de que tan sólo Dña. Amparo y Dña. Lidón se opondrían, sumando tan sólo un 18% del capital social.

Por otro lado, tal y como se desprende del artículo 304 LSC, en el caso de ampliación de capital con emisión de nuevas participaciones y cargo a aportación no dineraria, los socios no ostentan derecho de suscripción preferente. Dicha exclusión ya se recogía desde la modificación introducida en la LME. Y así, según la RDGRN de 4 de febrero de 2012, “*el apartado dieciséis de la Disposición Final Primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, modificó la*

⁵ En este sentido, SSTs de 10 de diciembre de 2008 y de 6 de marzo de 2009.

redacción del apartado primero del artículo 158 de la Ley de Sociedades Anónimas para introducir una novedad relevante en el régimen legal del derecho de suscripción, preferente de acciones, consistente en la limitación de este derecho de los accionistas a los acuerdos de aumentos de capital social con cargo a aportaciones dinerarias y, por ende, su exclusión en los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos". De esta manera, los socios de CERTRONIC no tiene derecho de suscripción preferente, evitado, así, tener que renunciar a dichos derechos.

C) Escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil

Tras la adopción del acuerdo de ampliación de capital en junta general y, una vez aprobada el acta correspondiente, debe emitirse la certificación de la misma por el secretario del consejo de administración, con el visto bueno del presidente del mismo. Posteriormente, se comparecerá ante notario para elevar a público dicho acuerdo, otorgando la preceptiva escritura pública.

Una vez otorgada la escritura pública de ampliación de capital se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil de la Provincia donde se encuentre el domicilio social de la entidad, esto es, Castellón. Por último, los administradores procederán a la inclusión en el libro registro de socios de los nuevos accionistas, indicando el número y la clase, en su caso, de acciones que les corresponden.

Por último, se recomienda llevar a cabo la inscripción del cambio de titularidad de la marca en la Oficina Española de Patentes y Marcas, conforme al artículo 49 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM) y el artículo 34 del Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

1.2 FUSIÓN POR ABSORCIÓN.

La disyuntiva que ha sido planteada por CerTronic, basada en la compra de las participaciones correspondientes a los socios de CirCerámica, con la finalidad de hacer efectiva a posteriori la fusión por absorción de la segunda, conlleva al análisis de dos figuras, siendo éstas la compra apalancada o *leveraged buy-out (LBO)*, junto a la prohibición de asistencia financiera, regulada en el art. 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales, a lo que se le une la denominada fusión transfronteriza intracomunitaria, consecuencia de la precitada fusión de ambas mercantiles, toda vez que cada una de ellas pertenece a un Estado Miembro distinto.

Asimismo, no debemos pasar por alto que la sociedad comporta el riesgo de verse imposibilitada de generar flujos a fin de atender el pago de la deuda, existiendo, por lo tanto, un elevado riesgo de producirse un concurso de acreedores.

INTRODUCCIÓN.

El mantenimiento en nuestra legislación de la prohibición de asistencia financiera en su inflexible y rígida redacción original convierte esa regla en un destino incierto de consecuencias no siempre claras. En sede de transacción con implicaciones en el capital de una sociedad, especialmente si supone cambio de control, es preciso corroborar en derecho que la emisora no ha allanado financieramente en modo alguno el camino de la adquirente. Y ello, en esencia, con la única justificación de impedir todo deterioro de cualquier elemento patrimonial de la sociedad derivada o ligada con el tráfico de su capital entre terceros.

1.2.2 LA COMPRA APALANCADA SEGUIDA DE FUSIÓN.

La compra apalancada o *leveraged buy-out (LBO)*, figura que ha sido mencionada anteriormente, trata de la pericia consistente en la adquisición de participaciones

mayoritarias, o totales, de una sociedad, siendo práctica habitual en su ejecución la solicitud de financiación, a través de préstamos, por parte de los adquirentes, entregando como garantía los propios activos de la sociedad que está adquiriendo o, en determinados casos, las acciones de la misma.

Es importante tener en cuenta que esta figura no se encuentra regulada legalmente, lo que puede generar perjuicios en su práctica, por no tener el interesado a qué atenerse.

Sin embargo, y a estos efectos, la Ley 3/2009, de 4 de abril, sobre Modificaciones Estructurales hace una referencia a esta figura en su artículo 35, en relación con la prohibición de asistencia financiera establecida para los casos de fusión apalancada.

En base a la financiación solicitada, esta puede ser de dos tipos: (i) financiación externa, en base a la cual los adquirentes son financiados por terceros, siendo este tercero una sociedad de nueva creación que puede actuar o no como adquirente; (ii) financiación interna, llevada a cabo por los propios accionistas de la mercantil.

Una vez realizada la referida financiación, las cantidades que hayan sido proporcionadas deberán ser restituidas sujetas a cargos aplicados sobre los ingresos que se obtengan mediante la actividad de la sociedad que ha sido adquirida mediante estos préstamos o, en muchos de los casos, a través de la venta de los activos de la misma.

A pesar de resultar en la práctica figuras muy dispares entre sí, todas ellas tienen un elemento común, basado en el coste de adquisición, siendo que éste recaerá siempre sobre la sociedad adquirida.

En relación con lo anterior, interesa resaltar la figura del **management buy-out (MBO)**, que tiene cabida cuando son los propios administradores de la sociedad adquirida los que realizan la operación. En este caso, los administradores habrán valorado la sociedad gestionada a un precio mayor que el que habrá establecido el mercado, presuponiendo que los activos sociales tendrán un mayor rendimiento que en el momento de la adquisición. Es importante tener en cuenta que éstos no constituyen la titularidad residual por no disponer de los incentivos apropiados a efectos de obtener la máxima rentabilidad de los mismos.

La verdadera imagen del MBO es la desaparición de la separación entre la propiedad, relativa a los accionistas, y el control, relativo a los administradores, que constituye la estructura típica de una sociedad anónima bursátil.

Es por ello que resulta posible afirmar que el MBO consiste en la conversión de una sociedad abierta a una cerrada.

Trasladado al presente supuesto, una vez que hayan sido restituidas las cantidades obtenidas en concepto de préstamo por parte de CerTronic por el valor de la compraventa con una entidad financiera, a través de las cuales habrá resultado posible la adquisición, la mercantil, en caso de haberlo hecho anteriormente, podrá retomar la actividad de cotización en bolsa.

Por otro lado, debemos tener en cuenta la figura del ***leveraged buy – out*** que, en la práctica, puede acarrear un mayor número de problemas.

Esta figura se relaciona con la disciplina de las acciones propias, concretamente en lo relativo a la prohibición de asistencia financiera de la mercantil a un tercero o, según el MBO, a los administradores, para adquirir las acciones de la misma.

De todo lo expuesto, es posible entender que existen distintos tipos específicos respecto a la figura de la compraventa apalancada.

Aunque la misma esté dirigida con carácter general a la compra de activos patrimoniales de la sociedad (*assets LBO*), lo normal es que la misma esté dirigida a la compra de acciones de una sociedad “objetivo”, ya sea mediante el paquete accionario, o a través de la suscripción de gran parte del capital que permita a los adquirentes obtener un control efectivo sobre la dirección de la sociedad (*stocks LBO*).

A efectos de proponer una modificación legislativa en lo que respecta al tema que estamos abordando, la prohibición de la supuesta finalización del proceso no quedará asegurada con figuras como, por ejemplo, la fusión entre sociedades que hayan sido creadas, por un lado, para la operación y, por otro, para el LBO, independientemente de su posición y, trasladado al supuesto, en el caso de la absorción por parte de CerTronic de CirCerámica.

Lo mismo ocurriría en el caso de una escisión de la sociedad “objetivo”. En este sentido, y en virtud del art. 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales, resulta necesario que la cantidad de acreedores y socios minoritarios afectados por los procesos de fusión o escisión ha de ser elevada, con la finalidad de que los mismos no se vean afectados.

No debemos pasar por alto que la finalidad de la referida prohibición es la de evitar la obtención del resultado perseguido en detrimento de los socios y acreedores de la sociedad adquirida, siendo que, precisamente para ello, se llevan a cabo mecanismos tales como la fusión, garantizando de esta manera el lugar que ocupa cada uno, inexistiendo de esta manera reproche alguno derivado de la operación.

Retomando lo anterior, el tipo primordial de un LBO sobre las acciones de la Target, es el basado en la adquisición de un préstamo por la mercantil ‘NewCo’, formada por los organizadores de la operación, a fin de afianzar el precio de venta de las acciones de la Target, estableciéndose como garantía del prestamista las acciones de la sociedad adquirida.

Posteriormente, y de manera inmediata, se producirá la fusión entre las dos sociedades, cuya denominación será la de fusión apalancada o *Merger LBO*, siendo ello en la mayoría de los casos por incorporación de la NewCo a la Target (fusión inversa o *reverse merger LBO*).

De esta manera, los socios de la mercantil absorbida lo serán asimismo en la sociedad absorbente, siendo consecuencia de ello la transmisión en bloque del patrimonio, asumiéndose de esta manera la deuda que con carácter anterior fue contraída por la sociedad que, consecuente de la absorción, ha sido extinguida frente al fiador.

LA FUSIÓN APALANCADA CON SUS SINGULARIDADES EN LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA

En términos generales, una fusión apalancada es la transacción de adquisición comercial en virtud de la cual una empresa se endeuda para adquirir el control de una o más empresas diferentes y luego proceder con la integración legal de las dos entidades.

Los procesos de compra entre diferentes sociedades mercantiles no necesariamente terminan en una fusión; sin embargo, la posterior fusión, de ser necesario, constituye una fórmula que garantiza una mejor integración del patrimonio y la transferencia efectiva del costo de la deuda al patrimonio de la sociedad adquirida.

La clave de estas operaciones de adquisición se encuentra en el monto de deuda relevante que la entidad compradora necesita para completar la venta de la empresa objetivo o objetivo, así como la transferencia, en última instancia, del costo del crédito otorgado de esa que recaerá sobre la empresa adquirida. Es por ello que esta última acción está íntimamente ligada a la noción jurídica de ayudas económicas, cuya admisibilidad y límites comentaremos más adelante.

En concreto, la figura jurídica de las fusiones apalancadas tiene su origen en el sistema anglosajón, del que recibe el nombre de Merger Leveraged Buy-Out o MLBO, y cuya aplicación se produce, en la mayoría de los casos, en el curso de operaciones de carácter antes de la fusión.

En general, el supuesto fáctico que subyace a esta “compra apalancada empresarial” es aquel bajo el cual una empresa ya existente o creada para este propósito (llamada en terminología anglosajona Vehículo de propósito especial o SPV) está endeudado con la finalidad de adquirir el control de otro o, al menos, determinados activos del mismo, procediendo con posterioridad a dicha adquisición (y, en todo caso, dentro de los 3 años siguientes a dicha adquisición) para absorber la entidad adquirente (operación denominada Forward Fusion o LBO).

La preparación del proceso de fusión entre dos o más sociedades presupone el cumplimiento de varios requisitos, que, por lo general, incluyen la elaboración de un proyecto común de fusión (artículos 30 y 31 LME), en el informe de los administradores de cada una de las sociedades, en el proyecto de fusión (art. 33 LME) y un informe de expertos independientes sobre el mismo proyecto de fusión (art. 34 LME). Este régimen general, sin embargo, está sujeto a distintas excepciones que responden a distintos objetivos de política jurídica y que hacen referencia a la obligación de elaborar estos documentos: en algunos casos se exime de la elaboración del informe por expertos independientes, en otros de la elaboración del informe. expertos y consejeros

independientes y, finalmente, otros, la elaboración del propio proyecto de fusión común.

Como información adicional, según el art. 35, en los supuestos de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años anteriores para adquirir el control de otra que participe en la fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas: (i) El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos; (ii) El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir; y (iii) El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

Una fusión apalancada será autorizada cuando se cumplan los requerimientos de información fortalecida determinados en el artículo 35 de la LME consintiendo a los accionistas y acreedores una alta comprensión de las circunstancias y consecuencias de la maniobra para dilucidar en relación a sus derechos de voto e impugnación.

Por lo tanto, se debe entregar a las determinadas personas afectadas por la operación información primordial para la toma de decisión junto con un juicio técnico de experto independiente.

1.3. TRASLADO DEL DOMICILIO A PAÍSES BAJOS

Una vez finalizada la operación de fusión, la siguiente posibilidad planteada consiste en el traslado del domicilio social de CERTRONIC a Países Bajos. A lo largo de este apartado, se analizará la posibilidad de efectuar dicha operación, habida cuenta de que la sociedad no cuenta con actividad en el país de destino. Asimismo, se desarrollará el procedimiento a seguir para su adopción efectiva. A tal efecto, la ley aplicable es tanto la LME como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

VIABILIDAD DE LA OPERACIÓN

La primera vicisitud suscitada consiste en analizar, desde el punto de vista del derecho comunitario, la posibilidad de trasladar el domicilio de una sociedad a un estado miembro en el que ésta carezca de actividad. A este respecto, analizando tanto lo establecido en los artículos 49 y 54 TFUE como la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a dichos preceptos, podemos concluir que nada impide el traslado del domicilio social de CERTRONIC al extranjero, a pesar de no contar con una actividad en los Países Bajos en el momento de producirse dicho traslado.

El fundamento de tal aseveración se encuentra en el principio de libertad de establecimiento, que va más allá de las personas físicas, siendo de aplicación igualmente para las personas jurídicas (artículo 54 TFUE). En este sentido, la jurisprudencia del TJUE ha ido flexibilizando el régimen de traslado del domicilio social de sociedades comunitarias entre Estados miembros, hasta el punto de permitir dichos movimientos de manera prácticamente ilimitada siempre que no se incumpla ninguna norma imperativa de los ordenamientos jurídicos implicados.

Y así, desde la primera sentencia del TJUE sobre esta cuestión en el caso Daily Mail (de 27 de septiembre de 1988) en la que estableció la legitimación de los Estados de origen a imponer restricciones a los traslados, dicho tribunal ha ido evolucionando en su postura por medio, inicialmente, de los asuntos Cartesio (de 16 de diciembre de 2008) y Vale (de 12 de julio de 2012), en los que resolvió que los ordenamientos que permitiesen la transformación de sociedades debían autorizar igualmente los traslados internacionales incluso cuando dicha operación no estuviera regulada.

Por último, el TJUE definió su postura menos restrictiva por medio de la sentencia Polbud, de 25 de octubre de 2017. A través de dicha resolución, el máximo intérprete de los tratados reconoció la facultad de las sociedades de Estados miembro a trasladar su domicilio social a diferentes Estados en los que no mantuviera actividad comercial, aceptando como única motivación de la operación el hecho de disfrutar de una legislación más ventajosa.

Con el cambio del domicilio social de CERTRONIC a Países Bajos, la *lex societatis* en el Estado de origen se sustituye por la *lex societatis* aplicable a la sociedad en el Estado de destino y, de aquí, el sometimiento general al ordenamiento comunitario y a la autorización de los ordenamientos concurrentes. Y así, el traslado al extranjero de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo puede realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Además, ésta no podrá encontrarse en situación de liquidación o concurso de acreedores (artículo 93 LME). En este sentido, el ordenamiento de los Países Bajos permite el mantenimiento de la personalidad jurídica, por lo que cabe concluir que la operación de traslado es viable.

PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO

El procedimiento de traslado del domicilio social de CERTRONIC a Países Bajos puede dividirse en las fases previa, deliberativa y ejecutiva. La LME culmina las tres fases con la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (artículo 103 LME). Una vez tramitada la cancelación, la operación se completará con lo dispuesto en el ordenamiento de los Países Bajos, debiendo cumplir con lo exigido en su ley

reguladora respecto al tipo social que pretende adoptar. Sin embargo, este último aspecto no es objeto de este informe, que se limitará a exponer el régimen español del traslado de una sociedad al extranjero.

A) Fase previa. Proyecto, informe de los administradores y publicidad.

El consejo de administración de CERTRONIC deberá elaborar el proyecto de traslado, que constará del siguiente contenido mínimo, conforme al artículo 95.1 LME:

“1.ª La denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil.

2.ª El nuevo domicilio social propuesto.

3.ª Los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social.

4.ª El calendario previsto para el traslado.

5.ª Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores”.

El proyecto deberá ser firmado por todos los miembros del consejo de administración de CERTRONIC, indicando la causa para el caso de que falte alguna de las firmas (artículo 95.1 LME). Una vez cumplido lo anterior, se depositará en el Registro Mercantil un ejemplar del mencionado proyecto. Posteriormente, según el artículo 95.3 LME, *“efectuados el depósito y la calificación del Registrador, éste comunicará al Registrador mercantil central para su inmediata publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar”.* Dicho precepto añade que *“en el anuncio en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» deberán constar la denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad que se traslada, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, así como una indicación de las condiciones de*

ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores y la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, información sobre esas condiciones”.

Asimismo, el consejo de administración de CERTRONIC deberá elaborar un informe de valoración del proyecto de traslado, explicando y justificando detalladamente los aspectos jurídicos y económicos del contenido del mismo, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores (artículo 96 LME).

B) Fase deliberativa. Acuerdo de la Junta. Publicidad y derecho de separación o de oposición.

Es competencia de la junta general de CERTRONIC la adopción del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero, en virtud del artículo 97 LSC. Para la convocatoria de dicha junta general, es requisito necesario haber efectuado previamente el depósito del proyecto de traslado en el Registro Mercantil (artículo 95.3 LME).

Por otro lado, además de cumplir con las formalidades de convocatoria de junta previstas para las sociedades anónimas, el artículo 98.1 LME añade que *“la convocatoria de la junta deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta”*. Este régimen singular de convocatoria encuentra su *ratio legis* en la relevancia de los derechos de información del socio y de oposición de los acreedores, habida cuenta de la trascendencia que adquiere la operación.

Asimismo, junto a la convocatoria deberán publicarse los siguientes pronunciamientos: el domicilio actual de CERTRONIC y el domicilio que pretende tener en los Países Bajos; el derecho que tienen los socios y los acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de obtener copia de los documentos, de forma gratuita y previa solicitud. Además, se indicará *“el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y la forma de ejercitar esos derechos”* (artículo 98.2.3ª LME).

En este sentido, la LME reconoce en su artículo 99 el derecho de separación de los socios de CERTRONIC que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero, pudiendo ejercerse conforme a lo estipulado en el Título IX de la LSC, esto es, mediante escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación (artículo 348 LSC).

Por otro lado, el artículo 100 de la LME establece que *“los acreedores de la sociedad cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión”*. Dichos términos implican que la oposición podrá realizarse hasta que se le garantice su crédito aún no vencido (artículo 44.2 LME).

C) Fase de ejecución. Formalización. Certificación del Registrador Mercantil y efectos del traslado.

La formalización del traslado del domicilio social a los Países Bajos se efectuará mediante escritura pública, que deberá presentarse en el Registro Mercantil del domicilio social de CERTRONIC, esto es, Castellón. El Registrador Mercantil certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse antes del traslado. La consecuencia de la expedición de dicha certificación es el cierre del Registro para nuevas inscripciones (artículo 101 LME). No obstante, la cancelación de la inscripción de CERTRONIC en el Registro Mercantil se llevará a cabo cuando *“se aporten el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio social y los anuncios de esa inscripción en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio”* (artículo 103 LME).

Por último, cabe añadir que el traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, desplegarán plenos efectos en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio en los Países Bajos (artículo 102 LME).

2. INFORME SOBRE LAS POSIBLE VÍAS DE Oponerse A LA OPERACIÓN

Con el objetivo de contextualizar el presente informe y de consensuar una metodología, considero oportuno resaltar que, a pesar de que la segunda parte del Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía supone la elaboración de un informe dirigido a un cliente distinto del anterior, es decir, de un informe independiente, no debemos olvidar que se trata de un supuesto hipotético, por lo que no volveré a reiterar todo lo estudiado con anterioridad en el informe de CERTRONIC. En este sentido, me remitiré a lo expuesto en el estudio anterior, sin desconocer que, de tratarse de un supuesto real, todo el contenido que pudiera aplicar a este informe debiera ser incluido en el mismo.

2.1 LAS CONSECUENCIAS DE QUE D^a AMPARO Y D^a LIDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS

El aspecto de mayor relevancia en el análisis de las posibles consecuencias jurídicas que pueden suscitarse como resultado de que D^{ña}. Amparo y D^{ña}. Lidón no llegaran a firmar el pacto de socios, lo encontramos en el hecho de que la suscripción de ese pacto haya sido incluida en los estatutos como prestación accesorias. Esta premisa dota de contexto al estudio que se va a llevar a cabo a lo largo de este apartado.

Comencemos, en primer lugar, definiendo qué son las prestaciones accesorias y qué función cumplen dentro de una sociedad. Pues bien, las prestaciones accesorias son las

obligaciones que los socios se comprometen a efectuar a favor de la sociedad, además de su aportación al capital social. Por tanto, la primera nota característica de estas prestaciones es que son distintas de las aportaciones de capital y no integran en ningún caso el capital social de CERTRONIC. La *ratio legis* de esta figura se encuentra en la idea de aprovechar las capacidades de los socios más allá de las puramente económicas y vincular, así, más estrechamente al socio, de manera más estable y duradera.

Respecto a sus principales características, cabe destacar que se trata de una auténtica obligación desde el momento en que nace el vínculo obligacional socio-sociedad. Además, ostentan carácter facultativo, ya que pueden existir dependiendo de lo que decida la sociedad y esté establecido en los estatutos, lo que implica que pueden preverse para todos o algunos socios. Los estatutos marcarán su carácter retribuido o gratuito, así como la posible inclusión de cláusulas penales en caso de incumplimiento de la prestación (artículo 89 LSC). Asimismo, se requiere la autorización de la sociedad para transmitir las acciones vinculadas a ellas.

Las prestaciones accesorias deben tener un contenido concreto, lo que exige el respeto de los requisitos del objeto de la obligación establecido en la teoría general de las obligaciones (artículo 1273 CC). Esto es, posibilidad, licitud y determinación. Y así, la prestación podrá consistir en dar, hacer, o no hacer.

En este sentido, es práctica habitual el establecimiento de la obligación de suscribir un pacto parasocial como prestación accesoria. Incluso, recientemente, en virtud de la RDGRN de 26 de junio de 2018, se ha declarado inscribible una prestación accesoria consistente en el cumplimiento y observancia de un pacto parasocial documentado en escritura pública. Es decir, la prestación accesoria no se limitaría a firmar el pacto, sino que se extendería a su propio cumplimiento (si bien este supuesto no es el que nos ocupa).

Una vez analizado, brevemente, el contenido de las prestaciones accesorias, se procederá a exponer las consecuencias de su incumplimiento. Para ello, debemos partir primero de una suposición o premisa que no nos ha sido dada en el supuesto de hecho.

La presunción que se realiza consiste en dar por supuesto que el consejo de administración de CERTRONIC autorizó la transmisión de las acciones tanto a Dña. Lidón como a Dña. Amparo. De hecho, en el caso de Dña. Amparo, si el consejo de administración no hubiera autorizado esa transmisión, se plantearía un conflicto entre los intereses de dicho cónyuge tras la liquidación de la sociedad de gananciales y los intereses de los socios. Esta cuestión no es pacífica, y pudiera ser de aplicación el artículo 1406.2º CC, en virtud del cual *“cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: la explotación económica que gestione efectivamente”*. No obstante, este análisis no es objeto del presente informe, por lo que presuponemos que se autorizó la transmisión.

Al tratarse de la transmisión de acciones que llevan vinculada la obligación accesoria de suscribir el pacto parasocial, la transmisión de aquéllas implica la transmisión de ésta, por lo que si no ha habido modificación alguna en los estatutos en tal sentido, se deduce que la prestación accesoria ha sido transmitida.

Pues bien, una de las consecuencias de no suscribir el pacto parasocial y, por tanto, de incumplir la prestación accesoria, es la posibilidad de que Dña. Amparo y Dña. Lidón se enfrenten a una posible cláusula penal (artículo 89.1 LSC). También podrían enfrentarse a una posible exclusión de la sociedad, es decir, a la pérdida de la condición de socios. No obstante, en ambos casos se requiere que dichos extremos estén contemplados en los estatutos de CERTRONIC, supuesto que desconocemos. En las sociedades de responsabilidad limitada, el incumplimiento voluntario de la prestación accesoria está reconocido como causa legal de exclusión de socios, sin embargo, en el caso que os ocupa deberá estar contemplado estatutariamente.

En todo caso, en los supuestos en los que procediese la expulsión habría un reembolso del valor de las acciones, procediéndose en esta situación a la reducción del capital y a la amortización de las acciones correspondientes.

2.2 LA POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE SUS DEBERES DE LEALTAD.

Para comprender los deberes asumidos por los administradores, incluido en ellos el deber de lealtad, se requiere, tras los cambios introducidos por la LSC en 2014, abordar tanto el contenido esencial de los mismos como los posibles efectos derivados de su infracción.

A tenor del art. 227.1, la LSC ofrece las principales líneas que debe seguir la actuación de los administradores en el desempeño de sus funciones, debiendo así asumir un papel y actuar *“con la lealtad de un fiel representante, de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*. Dicho precepto no solo refleja con ello la actuación *“esperada”* de los administradores, sino que, junto con el precepto siguiente (228 LSC), configura el contenido del referido *“deber de lealtad”*. Todo ello, con especial hincapié al deber de los administradores *“de evitar situaciones de conflicto de interés”* al que la LSC opta por dedicar un precepto independiente (229 LSC). Así, por medio de las anteriores previsiones, la LSC dispone el contenido y las principales obligaciones que conlleva el deber de lealtad asumido por los administradores.

Sin embargo, y tal como se expuso anteriormente, para estudiar la implicación del deber de lealtad de los administradores resulta necesario analizar también las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Así, la LSC regula a través de su Capítulo V, Título VI, la responsabilidad de los administradores ante la inobservancia de sus deberes.

Ahora bien, no cabe reducir a esta responsabilidad la única consecuencia a la cual se enfrentan los administradores en tal situación. En este sentido, el incumplimiento del deber de lealtad podría llevar aparejado al régimen de responsabilidad previsto en los arts. 236 y ss. LSC *“el ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”*, tal y como reza el art. 232 LSC.

Así, a través del régimen de responsabilidad (*art. 236 y ss.*), las posibles acciones sobre sus actos y contratos celebrados (*art. 232*), así como mediante la posible indemnización por daños y perjuicios al patrimonio social y devolución de enriquecimiento injusto (*art. 227.2 LSC*), se observa cómo la LSC dota de importancia al deber de lealtad de los administradores y configura un completo marco de consecuencias derivadas de su inobservancia.

En especial, llama la atención la compatibilidad recogida en el art. 227.2 LSC del resarcimiento del administrador a la sociedad por los daños y perjuicios causados al patrimonio, y la obligación de restituir el enriquecimiento injusto derivado de sus actuaciones. De este modo, con independencia de haber sufrido o no daños la sociedad, percibirá los beneficios y enriquecimiento que hubiera podido obtener el administrador junto con la indemnización por daños y perjuicios.

Pese a lo anterior, no siempre ha sido claro el posicionamiento jurídico a estos efectos. Así, distintos autores entendían limitados los efectos de infringir el deber de lealtad a la posibilidad de impugnar los actos de los administradores, entendiendo por tal un efecto especial del Derecho mercantil frente a otros remedios generales del Derecho como la indemnización por daños y perjuicios.

Respecto a la posible acción de anulación sobre los actos y contratos suscritos por los administradores, es necesario analizar con detenimiento si nos encontramos ante una acción de nulidad absoluta o anulabilidad. En este sentido, como en otras ramas del Derecho, los pronunciamientos doctrinales no son unánimes. La mayor parte de la doctrina considera la acción sobre estos actos como una acción de nulidad a efectos del

art. 1300 Código Civil⁶. Los efectos de este posicionamiento implican declarar la nulidad absoluta a los contratos suscritos por los administradores, lo cual generaría una situación de inseguridad jurídica y causaría daños a la sociedad en las relaciones entabladas durante ese periodo. Una posible solución a esto es, según autores y jurisprudencia, declarar la ilicitud de la causa sobre la base del incumplimiento e infracción de los derechos individuales como socios.

Asimismo, resulta posible impugnar los acuerdos a los que se hubiese obligado a la sociedad cuando estos *“fueran contrarios a la Ley, los estatutos o lesionen el interés de la sociedad en beneficios de socios o de terceros”*, de conformidad con lo dispuesto el art. 204 LSC. Sin embargo, este precepto obliga a analizar la anulación del acto no solo como consecuencia de inobservancia del deber de lealtad, sino sobre la base de una posible lesión de los intereses de la sociedad.

Con todo ello, y a tenor de lo expuesto y previsto por la LSC, ante el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores la sociedad se encuentra legitimada para: **(i)** declarar el incumplimiento de sus obligaciones y deberes asumidos, tales como el de diligencia, lealtad o evitar situaciones de conflicto de interés; **(ii)** prohibir la intervención en el Consejo de Administración a través de sus votaciones y deliberaciones; **(iii)** impugnar los acuerdos sociales celebrados; y **(iv)** reclamar daños y perjuicios, así como restitución del enriquecimiento injusto obtenido.

Todo ello, junto con la posibilidad de declarar el incumplimiento de los deberes citados a los demandados en su cargo de Consejeros; impedir su intervención en votaciones celebradas en el Consejo de Administración y declarar nulo el acuerdo por medio de cual se adopta el traslado del domicilio de la sociedad.

2.3 LA POSIBILIDAD DE EXIGIR A LOS DEMÁS SOCIOS QUE SE ABSTENGAN DURANTE LA VOTACIÓN DE LA JUNTA.

⁶ ⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad”, Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014), Juste Mencía, J. (Coord.), Pamplona, 2015, pp. 427 y ss.

En el marco del caso que nos atañe, el acuerdo para el traslado del domicilio social de CerTronic, S.A. a los Países Bajos debe someterse, además de a los arts. 92 y ss. de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME), a las normas y Tratados internacionales.

En primer lugar, conforme al art. 97 LME, resulta necesario que el acuerdo bajo el cual se apruebe el cambio de domicilio se adopte por la Junta de Socios respetando las formalidades previstas para las Sociedades Anónimas. De este modo, la aprobación del traslado del domicilio requerirá, tal y como se desprende de los arts. 194 y 201 LSC, quórum de mayoría reforzada.

Así, tras conocer el tipo de mayoría requerido, se examinan a continuación las opciones que, bajo la normativa aplicable, puede estudiar CerTronic para lograr la abstención en la votación de la Junta.

Respecto al deber de abstención, la LSC en su art. 190 prevé un listado *numerus clausus* donde, por motivos de conflicto de intereses, los socios no se encuentran legitimados para ejercer el derecho a voto. Estas situaciones abordan la aprobación de acuerdos que, entre otros, pretendan *“autorizar a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria; excluirle de la sociedad o liberarse de una obligación o conceder un derecho”*. En este sentido, no cabe encuadrar la petición formulada en ninguna de las anteriores casuísticas u otras previstas en el precepto.

Sin embargo, dicho articulado sí prevé la posibilidad de abstener al socio en su derecho de voto respecto de aquellos acuerdos que versen sobre la dispensa de sus obligaciones emanadas del deber de lealtad. Esto es, si bien podría valorarse dicha previsión como acción alternativa ante los posibles conflictos de interés, el propio artículo lo restringe al ámbito del art. 230 LSC. De modo que, interpretando ambos preceptos de forma conjunta, resulta igualmente imposible alcanzar la pretensión deseada.

Ahora bien, resulta importante diferenciar, a la hora de estudiar el deber de abstención, sobre las figuras de socios y de administradores. En el caso de estos últimos, el voto no podrá ejercitarse tanto si el conflicto es directo como indirecto. Por el contrario, para los socios no habrá impedimento ni abstención respecto de los conflictos de intereses indirectos.

En este punto debe traerse a colación el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 febrero de 2017, en la cual analizó el conflicto de intereses de un socio administrador para decidir sobre su exención de la prohibición de competencia, permitiéndole así desarrollar una actividad igual a la que realizaba en la entidad donde ejercía de Administrador.

Para su decisión se tuvo en cuenta el citado art. 230 LSC, bajo el cual se establece la no competencia de los administradores en el ejercicio de sus funciones, si bien deja abierta la posibilidad de la propia Junta General de eximir de esta prohibición al Administrador. Sin embargo, cuando dicho Administrador era a su vez Socio surgía un nuevo conflicto de intereses al no ser posible el voto del Administrados sobre este aspecto. Ello, en tanto el propio beneficiado no podía decidir o votar sobre su propia dispensa y autorización de competencia j a la sociedad.

Sin perjuicio de esta Sentencia, la doctrina se ha venido pronunciado sobre la posibilidad de construir una interpretación sobre esta base en el caso de la abstención en la votación de la junta cuando se trate de un interés directo del socio. No obstante, no resulta posible acordar una línea de actuación genérica, sino que deberá estarse a las peculiaridades de cada caso concreto y conflictos de intereses que vinculen al socio.

Con todo ello, cabe encontrar en la dispensa del art. 190 LSC una alternativa para casuísticas donde exista un conflicto de interés que no tengan cabida en los anteriores apartados. A estos efectos, el apartado tercero prevé que, en aquellos casos donde el voto del socio sea decisivo, los demás socios deberán acreditar el claro conflicto de intereses en contra de la sociedad.

En nuestro caso, la filial objeto de fusión Vulture, quien ostenta el 44% de los votos de nuestra sociedad CerTronic y cuenta con un miembro en el Consejo, es la parte con interés en la aprobación del acuerdo de traslado de domicilio. A estos efectos, conforme a lo analizado en el apartado tercero del art. 190 LSC, cabría acreditar tal voto como decisivo para la consecución de la operación de traslado que, además requeriría mayoría reforzada, para impugnar el acuerdo adoptado. En este caso, Vulture debería probar la ausencia de conflicto de interés que, teniendo en cuenta su domicilio, no resultaría fácil de sustentar.

En definitiva, la alternativa en este caso será la impugnación del acuerdo por parte de D^ª Amparo Fabra y D^ª Lidón Falomir como socias de la entidad y contar, con al menos, un 1% del capital como exige el art. 206.1 LSC.

Por otro lado, podría observarse también un conflicto de interés ante la representación en el Consejo de Administración de socios de CerTronic, como por ejemplo D. Vicente y D. Antonio Falomir. Por ello, debe analizarse detenidamente este supuesto en línea con la Sentencia del Alto Tribunal antes estudiada y el art. 229 LSC, contemplando en la misma prohibiciones de actuación de los socios que ostenten a la par el cargo de Administrador.

Como hemos visto, dicho artículo establece la obligación del Administrador de abstenerse ante determinadas situaciones que contemplen conflicto de interés, si bien no se contempla el traslado del domicilio al extranjero como una de ellas. Por tanto, al no quedar encuadrado en dicho listado, no resulta posible obligar a abstenerse en la votación del acuerdo a los socios-administradores de CerTronic.

2.4 IMPUGNAR EL ACUERDO DEL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO POR ABUSIVO

Para determinar el modo de impugnar los acuerdos entendidos abusivos debemos acudir a lo dispuesto por los arts. 204-208 LSC.

El art. 204 LSC recoge aquellos casos ante los que se puede impugnar un acuerdo, tales como casos contrarios a la Ley, a los estatutos o lesiones los intereses de la sociedad en beneficio propio o de terceros.

En este caso, no tratándose de un acuerdo contrario a la Ley o los estatutos, la impugnación deberá versar sobre la lesión del interés de la sociedad en beneficio de los socios que, aunque en este caso no genere un perjuicio para el patrimonio social, ha resultado abusivo.

Lo anterior, en tanto el cambio de domicilio al extranjero de la compañía no responde a una necesidad de la misma, sino a un interés de la filial ante la fusión. Es posible observar cómo desde el principio Vulture ha actuado sobre sus propios intereses, en lugar de las necesidades de CerTronic. Esto puede evidenciarse ante las fusiones con sociedades en

las que ya contaba con participación (*CirCerámica*) o el deseo de cambiar el domicilio a los Países Bajos para fusionarse con la entidad holandesa *Nederlandse GlerNV*.

Así, sobre la base de lo anterior y de los efectos que las operaciones de fusión pueden conllevar, por ejemplo, en forma de prima a los miembros de Consejo, hacen que los votos a favor no respalden un beneficio para *CerTronic*, sino para *Vulture*.

Es por ello que el acuerdo de traslado, junto con la retribución prometida tras la fusión por *Vulture*, puede ser considerado como lesivo para los intereses de la sociedad, beneficiando únicamente al socio *Vulture* en su actividad y que, por ende, resulta impugnabile conforme al art. 204.1 LSC.

Así, y a tenor de lo expuesto, los motivos de la demanda versarán sobre (i) el abuso de derecho por la mayoría (art. 7.2. CC); (ii) existencia de mala fe por parte de *Vulture* y socios-administradores que actuaron en su propio interés y beneficio; y (iii) ausencia de un interés y fin común para las sociedades en las operaciones de *CerTronic* (1665 CC).

Analizados los motivos de demanda, es importante establecer quién ostenta la legitimación para impugnar el acuerdo de traslado. Así, D^ª. Amparo Fabra y D^ª Lidón Falomir ostentan legitimación suficiente para interponer demanda, individual o conjunta, en cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la ley y dentro del plazo de 1 año (plazo de caducidad) conforme al art. 205 LSC. Esto es, para contar con la legitimación debida se cumplirán los siguientes requisitos:

- (i) representar al menos un 1% del capital social de *CerTronic*;
- (ii) ser socias antes de la aprobación del acuerdo de *CerTronic*;
- (iii) posibilitar la intervención de los socios que votaron a favor del traslado;
- y
- (iv) no alegar defectos de formar en la adopción previamente no denunciados en su momento.

El cauce judicial para interponer la demanda descansará sobre el juicio ordinario conforme a lo establecido por la LEC en el art. 399 y ss.; desprendiéndose del procedimiento una resolución estimando o desestimando la pretensión. Sin embargo, y en tanto no exista aun pronunciamiento judicial, las demandantes podrán instar la

suspensión del acuerdo impugnando, tal y como prevé la LEC en su 727, paralizando los efectos de forma cautela mismo hasta la Sentencia del Tribunal.

Finalmente, podemos encontrar dos casuísticas. La primera de ellas, la emisión de una sentencia desestimatoria que no conllevaría efectos frente a terceros. Por el contrario, en caso de ser estimadas las pretensiones, los efectos de la Sentencia recaerían sobre los socios de CerTronic, si bien los efectos a terceros no afectarían a sus derechos previamente adquiridos de buena fe.

En definitiva, la estimación de la demanda interpuesta por D^a Amparo y D^a Lidón conllevaría, conforme al art. 208.1 LSC, declarar nulo el acuerdo por el que se aprueba el traslado al extranjero del domicilio; debiendo asimismo inscribirse en el Registro Mercantil y publicarse en el BORME un extracto de la resolución. Adicionalmente, y en caso de estar inscrito el acuerdo, los efectos de la sentencia alcanzarían dicha inscripción y cancelarían tanto esta como sus asientos posteriores que contradijesen lo acordado. Todo ello, a tenor de lo establecido en el art. 208.2 LSC.

3. ANEXO AL INFORME DE CERTRONIC

CALENDARIO DE LAS DIFERENTES OPCIONES DE OPERACIONES MERCANTILES ANALIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

- **Adquisición de la marca de Cir-Cerámica mediante ampliación de capital**

Un mes entre convocatoria y celebración de la Junta General de accionistas que adopte el acuerdo de adquisición de la marca mediante ampliación de capital.

Un mes para la emisión del informe del experto independiente.

Un mes entre convocatoria y celebración de la Junta General para la aprobación del informe del experto independiente y adopción del acuerdo de ampliación de capital social para adquirir la marca de Cir-Cerámica.

- **Adquisición de las participaciones sociales de Cir-Cerámica**

Habrà que marcar un plazo, que variará según las circunstancias para la realización de lo que recomendamos como una exhaustiva due diligence.

- **Fusión por absorción de CerTronic con respecto a Cir-Cerámica**

i. Fase preparatoria:

Proyecto común de fusión confeccionado por ambas compañías (no consta plazo normativo si bien aconsejamos no dilatar el mismo).

Un mes entre la publicación en la página web de ambas sociedades de dicho informe y la celebración de Junta General de accionistas que adopte el acuerdo de fusión. En dicho periodo los administradores deberán elaborar un informe justificando el proyecto.

Un mes para la emisión de informe sobre el proyecto de fusión por experto independiente.

ii. Fase decisoria:

Celebración de la Junta General para aprobación del proyecto de fusión que deberá ser convocada con un mes de antelación.

Un mes para posibles impugnaciones del acuerdo desde la publicación del mismo en el BORME.

iii. Fase ejecutoria:

Otorgamiento de escritura pública e inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

▪ **Traslado del domicilio social a los Países Bajos**

En cuanto a la emisión por parte del órgano de administradores de un proyecto de traslado no consta plazo normativo si bien aconsejamos no dilatar el mismo.

Tampoco existe plazo normativo en cuanto a la emisión de calificación por parte del Registrador Mercantil del domicilio social ni del Registro Mercantil Central.

Dos meses para el anuncio de traslado de domicilio social al extranjero en el BORME.

Por lo que respecta a la elaboración de un informe justificando el proyecto de traslado así como sus consecuencias por parte del órgano de administración de CerTronic no consta plazo normativo si bien aconsejamos no dilatar el mismo.

Deberán transcurrir dos meses entre la publicación de la convocatoria del Junta General de accionistas para aprobar el traslado del domicilio social y la celebración de la misma.

Será preciso el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo de traslado del domicilio social en el BORME para ejercitar el posible derecho de separación o de oposición de los accionistas.

4. BIBLIOGRAFÍA

- I. FERNÁNDEZ TORRES y C. ALONSO LEDESMA, *Derecho de sociedades*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2017.
- A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y L. BALLESTER AZPITARTE, *Tratado de Sociedades de Capital. Tomo I. Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital (Arts. 1 a 316)*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017.
- M. JORDANO LUNA, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, 2016.
- Boletín Oficial del Estado
- Bases de datos jurídicas: Aranzadi y Vlex.