



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Autor: Antonio García-Loarte Gómez

Tutor: Abel Veiga Copo

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE

CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL	3
1.INFORME SOLICITADO POR CERTRONIC S.A.	4
1.1 DIFERENTES ALTERNATIVAS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA MARCA CIRCERAMICA	4
1.1.1. ADQUISICIÓN POR MEDIO DE AUTOCARTERA	5
1.1.2 ADQUISICIÓN DE LA MARCA POR AMPLIACIÓN DE CAPITAL	10
1.1.3 COMPRVENTA DE LAS PARTICIPACIONES DE CIRCERAMICA Y POSTERIOR FUSIÓN CON LA MISMA.....	15
1.1.4 ALTERNATIVA MÁS CONVENIENTE PARA LLEVAR A CABO LA OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE LA MARCA.....	25
1.2 TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE CERTRONIC A LOS PAÍSES BAJOS.....	26
1.2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS A LA REALIZACIÓN DEL TRASLADO DE DOMICILIO 26	
1.2.2 EL PROCEDIMIENTO DEL TRASLADO DE DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO	28
ANEXO: CALENDARIO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES	34
2. INFORME SOLICITADO POR D^a AMPARO FABRA LLORENS Y D^a LIDON FALOMIR FABRA ...	41
a) LAS CONSECUENCIAS DE QUE D ^a AMPARO Y D ^a LIDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS	41
b) LA POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE SUS DEBERES DE LEALTAD.....	42
c) LA POSIBILIDAD DE EXIGIR A LOS DEMÁS SOCIOS QUE SE ABSTENGAN DURANTE LA VOTACIÓN DE LA JUNTA EN LA QUE DEBEN DECIDIR SOBRE EL TRASLADO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS.....	46
d) IMPUGNAR EL ACUERDO DEL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO POR ABUSIVO	50
BIBLIOGRAFÍA.....	53

CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL

La sociedad CerTronic, S.A. es una sociedad española con domicilio social en Alcora (Castellón) dedicada a la fabricación de componentes cerámicos aislantes.

El capital social de la referida entidad mercantil corresponde el 28% a la sociedad familiar Badenes-Bros, SRL, formada por dos hermanos, D. Vicente y D. José Badenes, otro 28% pertenecía al socio fundador D. Antonio Falomir Esteve, quien estaba casado con D^a. Amparo Fabra Llorens en régimen de gananciales, ambos cónyuges transmitieron un 8% del capital de CerTronic a su hija D^a. Lidón Falomir Fabra, posteriormente se produjo la ruptura del matrimonio y como consecuencia el reparto del 20% del capital social que poseían entre ambos cónyuges, pasando cada uno de ellos a ser titulares del 10% del capital social.

El 44% del capital social restante, es propiedad de un fondo de Capital Riesgo con sede en Luxemburgo, Vulture Capital, Corp, en adelante "Vulture", quien llegó a ser accionista de CerTronic en virtud de un contrato de refinanciación que supuso la salvación de la empresa castellonense inmersa en ese momento en graves dificultades derivadas de la crisis financiera de 2008, que le impidieron hacer frente a su endeudamiento bancario.

El órgano de administración de CerTronic es un Consejo de Administración formado por cinco personas: D. Vicente y D. José Badenes, D. Antonio Falomir Esteve, un consejero designado por Vulture y una plaza vacante no cubierta.

Con posterioridad a la entrada de Vulture en el accionariado de CerTronic, los socios suscribieron un pacto de socios en el que se previó la obligación para todos los accionistas de suscribir el citado pacto mediante la inclusión en los estatutos de la sociedad como prestación accesorias.

En dicho pacto se incluyeron diversas cláusulas referidas al pago de las cantidades y vencimientos del crédito pendiente que la entidad conservó y mantenía con Vulture por importe de 4 millones de euros. Destacando entre sus condiciones la necesidad del voto favorable del 67% del capital social para cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital, así como las condiciones financieras de otros préstamos con relación al vigente con Vulture, además de las propias condiciones de la deuda restante de con esta.

Entre los objetivos de CerTronic está la adquisición de la sociedad italiana CirCeramica, que, aunque carece de actividad conserva una marca de gran prestigio, en la que CerTronic está interesada. Para llevar a cabo esta operación se contemplan diferentes alternativas.

Otro objetivo de la mercantil CerTronic, es trasladar su domicilio social a los Países Bajos, para posteriormente realizar una fusión con otra filial de Vulture Nederlandse Gier-NV. Con ese objetivo Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima por el éxito de la operación a todos los miembros del Consejo de Administración que no tengan la condición de empleados de Vulture.

1. INFORME SOLICITADO POR CERTRONIC S.A.

Este informe se emite a instancias del Consejo de Administración de CerTronic con el fin de detallar las distintas alternativas para llevar cabo la adquisición de una marca propiedad de la sociedad italiana denominada CirCeramica, así como el estudio del posible traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos.

El presente informe se realizará bajo la legislación y normativa aplicable en derecho español y contendrá como anexo el calendario de las operaciones mercantiles y societarias, así como los plazos correspondientes para llevarlas a cabo.

1.1 DIFERENTES ALTERNATIVAS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA MARCA CIRCERAMICA

En primer lugar, con el objetivo de la adquisición de la marca de CirCeramica, tras haber valorado y analizado las propuestas de su Consejo de Administración, el equipo del despacho ha estudiado como llevar a cabo la operación mediante las dos potenciales vías de actuación.

La adquisición de la marca CirCeramica puede efectuarse, a través de la compra de la marca como activo intangible (*“asset deal”*) o, de otro modo, por medio de la adquisición de las participaciones de la misma (*“share deal”*)

En este sentido, dado que lo que se quiere adquirir es una marca, además deberemos ajustarnos a establecido en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, (en adelante “LM”) en virtud de la cual deberá realizarse una cesión de marca con el fin de registrar la misma de acuerdo a lo expuesto en la presente disposición legal, puesto que *“el derecho de propiedad sobre la marca se adquiere por el registro validamente efectuado”*, como indica el artículo 2.1 LM

La transmisión de la marca de CirCeramica tendrá como consecuencia directa la cesión de esta, atendiendo a lo expuesto en el artículo 47 LM, además para llevar a cabo la transmisión de la marca, será necesario cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en los artículos 49 LM (solicitud de inscripción de las modificaciones de derechos) y 50 LME (procedimiento de inscripción de las modificaciones de derechos) teniendo como fin la inscripción de la marca en la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante “OEPM”), publicándose en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPI).

Este procedimiento de inscripción es relativamente fácil, consistirá en la realización de la “solicitud inscripción de cesión de signos distintivos” proporcionada por la OEPM, debiendo adjuntar a dicha solicitud una copia del contrato, un certificado de la transferencia y el justificante del pago de la tasa.

Dejando a un lado las formalidades necesarias para la transmisión de la marca, desde el despacho advertimos que antes de tomar una decisión en algunas de las alternativas valoradas habrá que recabar el informe de un experto independiente con el objetivo de valorar la marca de CirCeramica que se pretende adquirir, en algunos casos será obligado por la ley y en otros recomendable.

A continuación expondremos como llevar a cabo la operación mediante las alternativas mencionadas.

1.1.1. ADQUISICIÓN POR MEDIO DE AUTOCARTERA

Consideraciones preliminares:

Se llevaría a cabo mediante la adquisición por parte de CerTronic de acciones en autocartera a sus socios por importe suficiente para adquirir la marca, propiedad de CirCeramica, pasando a ser CirCeramica socia de CerTronic al recibir estas acciones como contrapartida.

Una vez realizada la operación, CirCeramica pasaría a formar parte del conjunto de accionistas, habiendo por tanto una redistribución en el accionariado de CerTronic.

Una vez estudiadas todas las posibilidades acerca de los negocios sobre las acciones propias que nos ofrece el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, "LSC") podemos comprobar que en el caso que nos ocupa debemos acudir concretamente al artículo 146 LSC, en el que se regulan las adquisiciones derivativas condicionadas.

Al no haberse indicado que existan discrepancias entre los socios con relación a la operación de autocartera, entendemos que todos ellos están dispuestos a transmitir proporcionalmente a su participación en el capital social, las acciones que fueran necesarias para llevar a cabo la referida operación. Será necesario determinar el valor de las acciones, si este no se fijase de mutuo acuerdo, sería necesario acudir a un perito que determinase el precio que deberán recibir los socios por las acciones objeto de transmisión.

Antes de adquirir las acciones en autocartera, podría ser conveniente encargar la determinación del valor de la marca propiedad de CirCeramica a un experto independiente, aunque en este caso no está establecida su intervención legalmente, las garantías de objetividad que tales valoraciones tienen podrían ser apreciadas por los accionistas de CerTronic (especialmente los minoritarios). No obstante, debemos tener en cuenta que tal valoración tendría un coste que se agregaría al total de la operación.

Esta operación se puede llevar a cabo recurriendo a las figuras jurídicas de la compraventa con pago en especie o bien mediante la permuta.

La valoración resultante determinará el número de acciones que en función del valor de la marca, serán necesarias para llevar a cabo la compraventa del activo mediante pago en especie. De esta forma, CirCeramica podrá transmitir la Marca, pagando CerTronic el precio de dicho activo transmitido, entregando acciones en autocartera y posiblemente una parte en efectivo metálico, si ello fuera necesario para completar el precio.

No obstante, este supuesto también podría ser considerado como permuta, todo ello de acuerdo con lo indicado en el artículo 1538 del Código Civil (en adelante, "CC"), que dice:

"La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra".

El Doctor Sánchez Román la define como *"un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo del dominio, por el cual dos personas se obligan a transferir*

mutuamente el dominio de una o varias cosas, que al celebrar la permuta pertenecían a cada una de ellas”¹

En este caso, CirCeramica se obligaría a entregar la Marca a cambio de recibir las acciones en autocartera de CerTronic.

En este sentido, tanto la operación de permuta como la compraventa mediante pago en especie estarían amparadas por el derecho, sin embargo, la opción de la permuta se utiliza más en el ámbito financiero o bancario (*swaps*) siendo más interesante y adecuado llevar a cabo la referida operación a través de la compraventa de la marca con precio pagado en especie, dando las acciones en autocartera en concepto de precio.

Dicho contrato de compraventa con pago en especie tendrá como objetivo la transmisión de la marca propiedad de CirCeramica a CerTronic, lo que implica la cesión de marca a este último. Además la marca deberá ser registrada de acuerdo a lo dispuesto en la LM.

Fundamentando esta decisión en poder utilizar dinero como contraprestación para poder ajustar las pequeñas diferencias entre el precio exacto de la marca y el valor de las acciones entregadas.

La operación de autocartera

Como hemos indicado la operación de autocartera que se pretende realizar, consistirá en una adquisición derivativa condicionada de acuerdo con lo regulado en el artículo 146 LSC, no obstante, para poderse llevar a cabo se deberán cumplir ciertos requisitos establecidos en el propio artículo que analizaremos a continuación.

- 1. La sociedad anónima también podrá adquirir sus propias acciones y las participaciones creadas o las acciones emitidas por su sociedad dominante, cuando concurren las siguientes condiciones:*

Para que CerTronic lleve a cabo la operación de adquisición de sus propias acciones, se deberán seguir una serie de pasos, cumpliendo y respetando siempre las condiciones expuestas en el artículo anteriormente mencionado como expondremos a continuación de manera clara y ordenada:

- 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.”*

En este sentido, de acuerdo a lo expuesto en el artículo extractado, advertimos que para llevar a cabo la adquisición derivativa condicionada necesariamente debe autorizarse por la junta general de CerTronic.

¹ Sánchez Román. (2019). La permuta. Guías Jurídicas Wolters Kluwer.

Además se deberá precisar el modo de realizar la referida operación y el número máximo de acciones que se pretenden adquirir, así como el contravalor mínimo y máximo en caso de que dicha adquisición fuese onerosa.

Finalmente, la referida operación de ningún modo podrá ser superior a cinco años, circunstancia que nos preocupa puesto que en nuestro caso la operación tendrá un carácter inmediato, teniendo en cuenta que lo que se pretende es adquirir la marca cuanto antes.

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.”*

En relación con este apartado, debemos considerar que dicha adquisición que se pretende realizar no produzca el efecto en el cual el patrimonio neto resultase inferior al importe del capital social más las reservas legales o estatutarias indisponibles.

Si bien es cierto que el apartado segundo del artículo 146 LSC se determina como límite el 20% del valor nominal de las acciones adquiridas (para el computo del referido porcentaje se tendrán en cuenta todas las acciones adquiridas), esta circunstancia no debe preocuparnos en excesivo, dado que de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 LSC, en el caso de producirse esta situación podría subsanarse la misma en el plazo no superior de un año, y como hemos advertido el carácter de la operación es inmediato, por tanto no es una cuestión que deba preocupar a la sociedad.

A mayor abundamiento, el artículo 146.3 indica que los administradores deben asegurar que se cumplen todos los requisitos establecidos para la adquisición derivativa condicionada en dicho artículo.

Finalmente, en su apartado cuarto se dispone que será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias cuando lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias, lo que podría llegar a ser un problema en nuestro caso concreto, debido a que en el pacto de socios de CerTronic se incluyó mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad como prestación accesorias la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto, teniendo en este caso que considerar si dicha prestación accesorias esta aparejada a las acciones de la sociedad.

En este sentido de acuerdo a lo establecido en el artículo 86.3 LSC que regula las prestaciones accesorias advertimos que *“Los estatutos podrán establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas”* en nuestro caso concreto, dado que no se especifica que la referida prestación accesorias esta vinculada a las acciones de la sociedad, entendemos que no se condicione la titularidad de las acciones a la realización de las prestaciones accesorias, teniendo como única intención la prestación accesorias obligar estatutariamente a los socios a suscribir dicho pacto.

Por todo ello, entendemos que la operación de adquisición derivativa condicionada cumple con todos y cada uno de los requisitos para poder llevarse a cabo.

No obstante debemos advertir que en caso de incumplimiento o infracción de las obligaciones derivadas de los negocios sobre las propias acciones, este deberá atenerse al régimen sancionador establecido en el artículo 157 LSC para estas circunstancias.

Celebración de la Junta General:

Para acometer la operación de autocartera es necesario que esta haya sido previamente autorizada mediante el acuerdo de la Junta General Extraordinaria de la Sociedad (165 LSC). Esto supone que estas adquisiciones no se pueden llevar a cabo libremente por el órgano de administración.

En primer lugar, la Junta General va a ser convocada por el Órgano de Administración de CerTronic de acuerdo a lo establecido en el artículo 166 LSC, que en nuestro caso aun al existir una vacante en el Consejo de Administración no impediría llevar a cabo la convocatoria, a mayor abundamiento, el 6 de abril de 2016 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (en adelante "BOE") una resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 14 de marzo del mismo año (en adelante "DGRN") en la que se autoriza que un Consejo de Administración incompleto legítimamente constituido tenga competencia para convocar la junta y fijar el orden del día, sin tener que ceñirse únicamente a un acuerdo de convocatoria de la Junta General con el fin de ocupar esa vacante.

La convocatoria deberá realizarse en la forma, contenido, plazo y en el lugar establecidos en la LSC para las sociedades anónimas.

- En el artículo 173 LSC se regulan las diferentes formas en que debe llevarse a cabo la convocatoria.
- En el artículo 174 se regula el contenido de la convocatoria donde debe constar el orden del día en el que figuren los asuntos a tratar (en nuestro caso concreto la adquisición de acciones propias)
- En el artículo 175 LSC regula que el lugar de la celebración será en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio social, salvo disposición contraria en los estatutos, por lo tanto en el caso que nos ocupa si no se dispone lo contrario en los estatutos será en Alcora (Provincia de Castellón)
- En el artículo 176 LSC se establece el plazo que debe mediar entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la junta, estableciéndose para las sociedades anónimas al menos un mes entre ambas fechas.

Una vez que ha sido convocada, la Junta General deberá celebrarse en el lugar y fecha indicadas en la convocatoria de acuerdo con el orden del día contenido en esta.

Dicho acuerdo de Junta General, no requiere de quórum ni mayorías especiales (artículos 194 y 201 LSC). "El acuerdo se exige porque así la mayoría de socios está de acuerdo con la

autocartera, y además, han recibido la información previa suficiente sobre los límites y, posiblemente finalidades de la misma”²

Por tanto, para que quede constituida válidamente, dado que la operación que se quiere llevar a cabo no exige un quórum de constitución reforzado, deberá cumplirse con lo establecido en el artículo 193 LSC.

Así, para la válida constitución de la Junta General, según lo indicado en el apartado primero del artículo anteriormente mencionado, será necesario que los accionistas presentes o representados tengan el 25% del capital social en primera convocatoria, y cualquiera que sea el capital concurrente para la segunda convocatoria de acuerdo con el apartado segundo del citado artículo 193 LSC.

Finalmente, la operación que se quiere llevar a cabo (que deberá figurar en el orden del día) se adoptará por la mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o debidamente representados en la Junta General, entendiéndose aprobado el acuerdo cuando el voto favorable sea superior que en contra del capital presente o representado de acuerdo a lo expuesto en el artículo 201 LSC.

Amortización del posible excedente de acciones en autocartera

Para el supuesto que una vez adquirida la marca hubiese excedente de acciones en autocartera debería procederse bien a la enajenación de dichas acciones o bien a su amortización mediante la correspondiente reducción de capital de acuerdo con lo establecido en los artículos 317 y ss. LSC.

En nuestro caso se nos ha indicado proceder a la amortización del excedente comentado, para lo cual deberemos actuar de la siguiente forma.

En primer lugar, deberemos convocar la junta general en la que se establezca en su orden del día la reducción de capital cuyo objeto será la totalidad de las acciones en autocartera.

Dicha junta habrá de convocarse de acuerdo a lo que hemos indicado anteriormente en cuanto a sus requisitos formales y legales, sin embargo, para la válida constitución de la junta general al tratarse de una reducción de capital, estaremos a lo dispuesto en el artículo 194 LSC, donde se establecen los quórums necesarios para la válida celebración y constitución de la junta.

1. *“En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital (...) será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto.*
2. *En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital”.*

Así mismo, para tomar válidamente el acuerdo de reducción de capital, debemos ajustarnos a lo establecido en el artículo 201.2 que transcribimos a continuación:

² Valpuesta Gastaminza, E. (2015). Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital (2.a ed.). Bosch, p. 376.

2. *“Para la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 194, 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 los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento”*

Una vez realizados todos los actos jurídicos que hemos indicado nos encontramos que la marca de CirCeramica ya forma parte de los activos propiedad de CerTronic, y este último, cuenta entre su accionariado con la entidad mercantil CirCeramica como accionista de la misma. Estando constituida su participación por las acciones que adquirió de CerTronic entregando a cambio de las mismas la propiedad de su marca por el mismo valor.

Siendo los socios de CerTronic desde este momento las siguientes personas físicas y entidades: Vulture, Badenes-Bros S.R.L., Antonio Falomir Esteve, Amparo Fabra Llorens, Lidón Falomir Fabra y CirCeramica.

Conclusiones sobre la adquisición de la marca a través de la entrega de acciones de CerTronic en autocartera por el importe del valor de la marca.

En esta alternativa nos encontramos con diferentes problemas que se pueden generar al adquirir la marca de esta forma, el principal es la entrada en el accionariado de CerTronic de nuevos socios con el inconveniente que esto puede suponer en el control de la sociedad, sin olvidar otros problemas de menor importancia pero que igualmente acarrear complicaciones a la hora de llevar a cabo la operación de adquisición mediante esta vía, como es el coste y las dificultades de la peritación, que aunque no obligatoria pero si conveniente de la valoración de las acciones que se van adquirir en autocartera, además de la estricta regulación de esta figura mercantil. Además, debemos tener en cuenta la más que posiblemente necesaria reducción de capital como consecuencia del excedente que deberíamos amortizar con posterioridad a la entrega de las acciones en autocartera como pago de la marca, implicando la celebración de otra junta general y el coste fiscal del impuesto de operaciones societarias aplicable a los supuestos de reducción de capital.

1.1.2 ADQUISICIÓN DE LA MARCA POR AMPLIACIÓN DE CAPITAL

La ampliación de capital es una operación societaria de modificación de estatutos por la que se incrementa el importe del capital social de la sociedad. Para llevarla a efecto es necesario aprobar dicho aumento por la Junta General con el quórum y los requisitos establecidos en la ley y los vigentes estatutos de CerTronic.

La ampliación podrá efectuarse mediante la emisión de nuevas acciones o por la elevación del valor nominal de las existentes, en ambos casos podrá realizarse por la aportación de efectivo metálico o bien mediante la aportación de bienes y derechos que sean susceptibles de poder valorarse económicamente, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 295 LSC.

En nuestro caso, se llevará a cabo mediante la aportación no dineraria de un activo de una sociedad. (La marca de CirCeramica)

Valoración de la marca por experto independiente

El artículo 67 LSC exige, en las aportaciones no dinerarias de las sociedades anónimas, que se lleve a cabo previamente la valoración del bien o derecho que se vaya a aportar por un experto independiente competente en la materia que se trate:

“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”

Continuando el citado artículo en su apartado segundo con las siguientes indicaciones:

“El informe contendrá la descripción de la aportación 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”

El nombramiento del experto independiente, lo solicitarán los administradores, y puede ser tal solicitud incluso previa al acuerdo del Consejo de Administración que convoque la Junta General que vaya a tratar el aumento de capital.³

El plazo en el que el experto debe emitir el informe es de un mes, si bien, podría pedirse una ampliación del plazo, si existiesen circunstancias especiales.

Este informe, debe ser anterior al otorgamiento de la escritura de ampliación de capital, con el fin de que las acciones que se entreguen al nuevo socio aportante, (CirCeramica) se correspondan con el valor de lo aportado (la marca), y se determine el valor nominal y en su caso la prima de emisión que le corresponde proporcionalmente al neto patrimonial de la sociedad.

En ningún caso, el valor que se otorgue a la aportación no dineraria podrá ser superior a la valoración realizada por el experto independiente de acuerdo a lo establecido en el artículo 67 LSC.

Este informe, aunque no es obligatorio por ley, ponerlo a disposición de los socios en la convocatoria de la Junta General, que ha de aprobar la ampliación por aportación no dineraria, entendemos que sería conveniente que se acompañara, con fin de que los socios, tuvieran la información adecuada para emitir su voto en la referida Junta General.

Con relación a la responsabilidad del experto, el artículo 68 LSC, nos indica que este responderá frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores, de los daños causados por la valoración, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada.

³ En este sentido se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 942/2007 de 14 Sep. 2007, Rec. 4140/2000

Convocatoria y celebración de la Junta General

Deberá convocarse la Junta General Extraordinaria que va a llevar a cabo la ampliación de capital por aportación no dineraria, en la forma y con los requisitos que hemos comentado en apartado anterior. No obstante, al tratarse de una ampliación de capital mediante aportación de activos no dinerarios, habrá que poner al tiempo de la convocatoria a disposición de los accionistas un informe del consejo de administración de CerTronic que contenga los requisitos indicados en el artículo 300 LSC.

“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”

Esto indica que la ampliación con aportaciones no dinerarias esta proyectada y estudiada con anterioridad a la celebración de la Junta General, lo que supone que el Consejo de Administración tiene acuerdos previos con los futuros aportantes sobre las condiciones en que ha de llevarse a cabo la ampliación proyectada.

En algunas ocasiones existe una *junta preparatoria* a la de aumento de capital en la que se estudia como realizar, valorar y acordar la futura ampliación.

Igualmente será necesario que dicho informe este a disposición de los socios en el domicilio social o bien se les entregue gratuitamente, siguiendo las indicaciones del apartado dos del citado artículo 300 LSC.

Hemos de tener en cuenta que al tratarse de una ampliación de capital por aportación no dineraria, a *sensu contrario* de lo establecido en el artículo 304 LSC, no existe derecho adquisición preferente para los actuales socios de CerTronic, pues solo se concede derecho de preferencia en los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias.

Esta circunstancia da seguridad a la entrada de CirCeramica como socio por la aportación (no dineraria) de la marca de su propiedad.

Para que la referida Junta General quede válidamente constituida y pueda llevar a cabo un aumento de capital con el objetivo de adquirir la marca, es necesario un quórum de constitución reforzado tal y como se prevé en el artículo 194 LCS.

Para la adopción del acuerdo habrá de ser aprobado por la mayoría de los votos de acuerdo con lo que se establece a estos efectos en el artículo 201 LSC, en cuyo apartado tercero nos indica que los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores (con carácter general). En nuestro caso concreto de acuerdo a lo indicado en el pacto de socios de CerTronic, incluido como prestación accesoria en los estatutos de la misma, se obliga a que en el caso de que se realice un aumento de capital, el mismo se adopte con el voto favorable del 67% del capital social.

Por lo tanto de cara a la definitiva adopción del acuerdo de aumentar el capital, se requerirá el voto favorable del 67% del capital social presente o representado debidamente, de acuerdo a

lo establecido en apartado tercero del artículo 201 LSC en relación con la mayoría reforzada que se prevé en los estatutos de la entidad mercantil CerTronic.

Aumento de capital

Es una operación jurídica por la que se incrementa el importe del capital fijado estatutariamente, por lo que supone una modificación de los estatutos vigentes de la sociedad y por ello, sujeta a las normas legales y estatutarias para llevarlo a cabo. Esta regulada en el capítulo II del título VIII de la LSC.⁴

El aumento de capital tiene diferentes modalidades, aumento por elevación del valor de las acciones ya existentes, o a través de la emisión de otras nuevas. Así mismo, se puede realizar por diferentes clases de contravalor, bien en efectivo metálico o por aportaciones no dinerarias como sucede en el presente caso (marca propiedad de CirCeramica).

El aumento de capital se llevará a cabo y deberá ser acordado mediante la celebración de la correspondiente Junta General artículo 296.1 LSC, que según hemos indicado deberá ser previamente convocada de acuerdo con lo establecido legal y estatutariamente y cumpliendo con todos los requisitos al efecto. Incluyendo tener a disposición de los socios los informes de los administradores y la valoración de los expertos independientes, en los supuestos como el que nos ocupa de ampliaciones de capital mediante aportación no dineraria, a los que ya hemos hecho referencia con anterioridad.

La ampliación de capital se debe corresponder con el valor real de la marca que se aporta a la entidad CerTronic entregando acciones por el mismo valor del bien aportado.

En dicha ampliación es fundamental tener en cuenta el capital más las reservas, es decir, el neto patrimonial para entregar las acciones que representen el porcentaje de patrimonio neto correspondiente al valor real del bien aportado, entregando por tanto el número de acciones y prima de emisión que corresponda en función del valor real del bien aportado y el valor real del neto patrimonial de la sociedad, estableciéndose así el porcentaje que el nuevo socio tendrá en la sociedad de acuerdo con los valores tanto del bien aportado como del neto patrimonial de la sociedad.

Para que la junta quede validamente constituida deberán concurrir a ella accionistas presentes o debidamente representados que representen un capital social en los porcentajes indicados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 194 LSC.

Para adoptar el acuerdo de ampliación de capital por aportación de bienes no dinerarios, en nuestro caso la marca propiedad de CirCeramica a la compañía CerTronic será necesario de acuerdo con los estatutos de esta última compañía en relación con el artículo 201.3 LSC que voten a favor del acuerdo accionistas que representen al menos el 67% del capital social.

⁴ V. García Gil y S. Ugena Muñoz (2015) El aumento del capital social. Campuzano Laguillo, A.B, Sebastián Quetglas, R., Tortuero Ortiz, J. (Ed.2ª), Esquemas de derecho de las sociedades de capital (pp. 400 a 405) Tirant Lo Blanch.

La valoración que se debe tener en cuenta a los efectos de llevar a cabo esta ampliación de capital y su posterior aprobación deberá ser la contenida en el informe del experto independiente de acuerdo con lo regulado en el artículo 67 LSC.

Una vez aprobado el acuerdo de ampliación de capital la compañía CirCeramica ha pasado a formar parte de los accionistas de CerTronic en la proporción que el valor de lo aportado tiene en el patrimonio neto de esta compañía.

Una vez terminada la junta se redactará el acta de la misma firmada por todos los socios asistentes o por los representantes de los accionistas representados.

Otorgamiento de la escritura pública e Inscripción en el Registro Mercantil

Una vez celebrada la Junta General en la que se ha tomado el acuerdo de ampliación de capital y firmada por todos los socios 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, de acuerdo a lo indicado en el artículo 109 Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. (en adelante "RRM"), estos comparecerán ante notario para elevar a público dicho acuerdo, otorgando la preceptiva escritura pública del tan referido aumento.

En el contenido de la certificación que se eleva a público debe constar la descripción completa del acuerdo, en la que se indican las acciones que se entregan, así como la prima de emisión por el bien aportado, así mismo, y como consecuencia de la referida ampliación debe constar la modificación del artículo de los estatutos sociales que hará referencia al nuevo capital social de la entidad después del acuerdo.

Además de la certificación los comparecientes entregarán al notario para que se una a la escritura el informe emitido por el órgano de administración, así como, el informe del experto independiente obligatorio en este tipo de ampliaciones.

Una vez otorgada la escritura pública de ampliación de capital se procederá a la liquidación correspondiente del impuesto de operaciones societarias, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 45. B) 20.1 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. y una vez liquidada, se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil de la provincia donde radique el domicilio social de la entidad (Castellón).

La inscripción del aumento esta regulada en los artículos 165 y ss. del RRM, así el artículo 165 nos indica que el aumento de capital se inscribirá en el Registro Mercantil "*en virtud de escritura pública en la que consten los correspondientes acuerdos y actos relativos a su ejecución*" En el artículo 166 RRM se establecen los requisitos que debe contener la escritura de aumento de capital para su inscripción en el registro mercantil correspondiente. En el 167 RRM, nos indica que la escritura pública expresará los requisitos y circunstancias del capital autorizado y, el artículo 168 RRM nos indica las clases de contravalor para el aumento del capital social, cuando este como en nuestro caso sucede consista en aportaciones no dinerarias, debemos cumplir lo establecido en los artículos 133 y 134 RRM, que versan sobre la descripciones de lo bienes aportados y los requisitos exigidos para este tipo de aportación, así como para los desembolsos pendientes.

Así mismo, 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, y el título en virtud del cual las adquirieron.

Conclusiones relativas a la adquisición de la marca por ampliación de capital.

A la vista de todo lo expuesto anteriormente, la opción de la adquisición de la marca por ampliación de capital, aunque tiene alguna ventaja sobre otras alternativas entre las que destacamos la exención del impuesto de operaciones societarias por la ampliación de capital y fundamentalmente la consecución de la propiedad de la marca sin tener que entregar el importe del precio de la misma, es decir, sin emplear recursos financieros propios o ajenos de la entidad adquirente.

Sin embargo, plantea un inconveniente más importante que las ventajas indicadas, como es el que entra un nuevo socio a formar parte del accionariado de la entidad, con los problemas que sobre el control o gestión de la sociedad esto puede implicar, además existen en este caso otros problemas aunque de menor importancia, como son el coste de la intervención de los expertos independientes al necesarios de acuerdo con lo establecido en la Ley y el tiempo y complicaciones añadidas que pueden surgir como consecuencia de la junta general necesaria para poder llevar a cabo la adquisición de la referida ampliación de capital.

1.1.3 COMPRAVENTA DE LAS PARTICIPACIONES DE CIRCERAMICA Y POSTERIOR FUSIÓN CON LA MISMA

Consideraciones preliminares.

Una de las fórmulas por las que podemos llevar a cabo la adquisición de la marca, es a través de la compra de las participaciones sociales (*"share deal"*) de la entidad CirCeramica, ya que esta mantiene en su activo la marca, en este caso concreto, es su único activo.

La compraventa de las participaciones sociales llevará a CerTronic a ser propietaria de la totalidad de las participaciones sociales de CirCeramica, y de esta forma convertirse en el socio único de la entidad CirCeramica, convirtiendo de este modo a la última en Sociedad Limitada Unipersonal (S.L.U.).

La operación de la compraventa de acuerdo con la información vertida por el órgano de administración se formalizará financiándose en su totalidad, acudiendo a una entidad de crédito que facilite los recursos necesarios para adquirir las referidas participaciones. En este punto hemos de tener en cuenta lo acordado en el pacto de socios, dado que en el mismo se determinan las condiciones que deben mantener los préstamos solicitados por CerTronic en relación con las condiciones del crédito que existe con la entidad Vulture, por lo que es muy importante que este préstamo se ajuste en todo momento a las condiciones que como hemos indicado se plasmaron en el pacto de socios.

Con independencia de lo expuesto anteriormente, los administradores de CerTronic deberán analizar previamente además de las condiciones del préstamo indicadas, los costes y

amortización periódica que va a suponer el préstamo objeto de solicitud, y así ver que se ajusta a la capacidad de devolución por parte de CerTronic, de acuerdo con las previsiones de ingresos que se tengan de esta entidad. Así mismo es importante no incurrir en la figura mercantil de asistencia financiera, para evitar de esta forma las prohibiciones que establece el artículo 150 LSC.

Una vez realizada la compraventa de la totalidad de las participaciones sociales de la entidad mercantil CirCeramica, y teniendo en cuenta que ésta solo tiene la marca como activo único, sería recomendable llevar a cabo una fusión por absorción de la entidad CerTronic y la entidad CirCeramica, eliminando de esta forma todas las formalidades (en derecho italiano, foráneo a los administradores de CerTronic y, por tanto, potencialmente más costoso) relativas al mantenimiento de dos sociedades cuando el funcionamiento de CerTronic sería mucho más sencillo al convertirse en propietaria directa del único activo de la mercantil CirCeramica.

Compraventa de las participaciones de CirCeramica

Con anterioridad a formalizar en escritura pública la operación de la compraventa del 100% de las participaciones sociales de la entidad mercantil CirCeramica, es conveniente establecer entre la entidad adquirente y transmitente unos encuentros previos donde se establezcan los acuerdos marco para llevar a cabo la referida operación.

El referido acuerdo marco debería contener determinados pactos, condiciones, obligaciones y garantías que deberá incluir la escritura pública de transmisión, y que por lo tanto van a ser las condiciones esenciales de la referida operación.

En este sentido, deberemos tener en cuenta un previo acuerdo de confidencialidad, tendente a evitar los problemas que pudieran surgir en el mercado cuando se conoce una operación de estas características.

Igualmente, y con anterioridad a la formalización es importante contratar un informe de revisión jurídico-financiera o Due Diligence realizado por profesionales competentes en esta materia, no vinculados a las sociedades que intervienen en la operación, para asegurarnos del valor de los activos y de los pasivos reales de la entidad transmitente, así como analizar las posibles contingencias fiscales, sociales o judiciales que pudiera tener la entidad cuyas participaciones se pretenden adquirir.

En el referido informe, tal y como hemos indicado, se realizará un estudio económico financiero para determinar el valor real de las participaciones objeto de compraventa.

Este informe también incluirá como se ha indicado, el estudio de las diferentes contingencias que pueden surgir en cualquier entidad y que podríamos dividir en los siguientes grupos:

- a. Contingencias fiscales: su pretensión es averiguar los posibles riesgos que se deriven de costes fiscales por ocultaciones en las diferentes declaraciones impositivas a las que esta obligada la entidad o bien defectos en las autoliquidaciones que haya podido presentar la entidad en los años aun no prescritos y que en ambos casos derivarían en una deuda que tendría que afrontar la entidad compradora, salvo que a la vista del contenido de

este informe se realizarán las retenciones en el precio u otro tipo de garantías que aseguraran que estos riesgos no sean asumidos por la compradora.

- b. Contingencias sociales: en este campo el informe contratado debería indicarnos los posibles costes que se pudieran derivar de las cotizaciones que no se ajustaran a la legislación o también las retribuciones a trabajadores que pudieran estar pendientes por cualquier circunstancia en la que se hubiera incurrido fuera de lo establecido legalmente. En este caso concreto hemos de tener en cuenta que en el momento actual no existen empleados, por lo que este campo no tendría ninguna importancia, salvo por años no prescritos en los que pudieran haber existido trabajadores en la empresa.
- c. Contingencias judiciales: en este campo se debieran indicar los posibles riesgos procedentes de procedimientos judiciales inconclusos o cualquier reclamación que estuviera en curso o bien que pudiera surgir como consecuencia de las actuaciones ilegales del tráfico empresarial de la entidad transmitente.

Por último, el informe debería recoger otros aspectos de importancia económica como son los fondos de comercio, el análisis de mercado y la importancia de las marcas desde la perspectiva de fidelización de clientes o posicionamiento en el mercado.

Con posterioridad a la firma del acuerdo marco, cuyo contenido ha sido explicado anteriormente, pasaríamos al otorgamiento del contrato de compraventa en sentido estricto, que vamos a detallar a continuación.

La compraventa de participaciones sociales deberá otorgarse en documento público, es decir, con la intervención de fedatario público (notario).

En dicho contrato de compraventa deben figurar los intervinientes haciendo constar todos los datos identificativos de los mismos, y de sus representantes en caso de ser personas jurídicas como es el caso que nos ocupa. Deberá observarse en virtud de qué poderes intervienen los representantes y la vigencia de los mismos.

Determinar con claridad el objeto del contrato, en este caso, enumerar las participaciones sociales que constituyen dicho objeto en nuestro caso. Indicando así mismo el modo en el que se transmiten.

Debemos indicar el precio y la forma de pago, así como las condiciones en las que se transmiten las participaciones. También es importante determinar las garantías para que se cumpla todo el condicionado del contrato. Igualmente es conveniente incluir las sanciones o indemnizaciones que procederían en caso de incumplimientos totales o parciales de las condiciones establecidas para cada una de las partes, llegando a establecer incluso, las acciones que las partes pudieran enervar en los supuestos indicados.

Finalizando, con estipulaciones relativas a cesiones, supuestos de nulidad, sometimiento a la jurisdicción competente y domicilios de las notificaciones etc.

Una vez finalizada la compraventa de las participaciones sociales de CirCeramica y con el fin de simplificar la gestión y aspectos formales de CerTronic, es recomendable proceder a la fusión de ambas entidades.

Fusión por absorción

A la hora de realizar la fusión por absorción de CirCeramica (sociedad absorbida) por parte de CerTronic (sociedad absorbente) debemos tener en cuenta que esta última es la propietaria de la totalidad de las participaciones sociales de CirCeramica, puesto que si concurre esta circunstancia para llevar a cabo la fusión debemos ceñirlos a lo expuesto en el artículo 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante “LME”) donde se regula la fusión por absorción de sociedad íntegramente participada.

Como hemos venido indicando, la intención de fusionarse tiene su fundamento en eliminar o extinguir de esta forma todas las formalidades relativas al mantenimiento de dos sociedades cuando el funcionamiento de CerTronic sería mucho más sencillo al convertirse en propietaria directa del único activo de la mercantil CirCeramica.

Por todo ello, la fusión por absorción tendrá como resultado la desaparición de la sociedad CirCeramica y la transmisión de su único activo (marca) a CerTronic.

En nuestro caso concreto, debemos advertir que, dado que la sociedad absorbida es italiana, estamos ante una fusión transfronteriza intracomunitaria, estando sujetos a lo expuesto en la LME para estos supuestos.

En este sentido, acudiremos también a lo establecido en los artículos 54 a 67 LME, además de lo que se prevea para estos casos en la legislación italiana, los cuales no entraremos a detallar, ciñéndonos únicamente en el ordenamiento jurídico aplicable en España.

Por todo ello, la fusión que se llevará a cabo entre CerTronic y CirCeramica, será una fusión impropia directa transfronteriza intracomunitaria, proceso muy similar a una fusión por absorción de ámbito nacional, sin embargo, deberemos tener en cuenta las peculiaridades tanto de la fusión de una sociedad íntegramente participada (artículo 49 LME) como las establecidas para las fusiones transfronterizas intracomunitarias.

I. Elaboración de un proyecto común de fusión

En primer lugar, será necesario elaborar un proyecto común de fusión de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 LME, que recogen la obligación de realizar el proyecto de fusión y el contenido del mismo.

No obstante, dado que nos encontramos ante un caso de fusión especial, debemos acudir al artículo 59 LME que regula el proyecto de fusión para las fusiones transfronterizas y las particularidades que debe tener el mismo, y de la misma manera al artículo 49.1 LME donde para el caso de las fusiones con una entidad íntegramente participada no se requerirán una serie de requisitos.

En este sentido el proyecto común de fusión necesariamente ha de incluir los apartados 9º (información acerca de la valoración del activo y del pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la resultante) y 10º (fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión) del artículo 31 LME.⁵

Por tanto, nuestro proyecto común de fusión que elaboraran los administradores la sociedad deberá contener necesariamente:

“1.ª La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil.

(...)

3.ª La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.

4.ª Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.

5.ª Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

(...)

7.ª La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

8.ª Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.

9.ª La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.

10.ª Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

11.ª Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa”

⁵ Ansón Peironcely, R. (2013). Fusión Transfronteriza Intracomunitaria. Ansón Peironcely, R, Garrido de Palma, V. M., Aranguren Urriza, R., Banacloche Pérez, J. (Ed. 1ª). Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales). (pp. 194) Tirant Lo Blanch.

Además, dado que estamos llevando a cabo una fusión transfronteriza, será necesario añadir al contenido del proyecto de fusión lo establecido en el artículo 59.2 LME:

“2. El proyecto deberá incluir, además, las menciones siguientes:

1.ª Las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen.

2.ª Si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de esta Ley”

Habiendo concluido el proyecto común de fusión, este debe necesariamente ser firmado por todos los administradores de las sociedades intervinientes, en este caso CerTronic y CirCeramica.

Debemos advertir que el proyecto común de fusión tiene únicamente una validez de seis meses a contar desde la suscripción del mismo de acuerdo con el apartado tercero del artículo 30 LME.

Una vez realizado el proyecto común de fusión, deberá ser publicado atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo 32 LME:

“1. Los administradores están obligados a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión, sin perjuicio de poder depositar voluntariamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. El hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", con expresión de la página web en que figure y de la fecha de la inserción. La inserción en la web del proyecto y la fecha de la misma se acreditarán mediante la certificación del contenido de aquélla, remitido al correspondiente Registro Mercantil, debiéndose publicar en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación.

La inserción en la página web y la publicación de este hecho en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión. La inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión.

2. Si alguna de las sociedades que participan en la fusión careciera de página web, los administradores están obligados a depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita. Efectuado el depósito, el registrador comunicará al registrador mercantil central, para su inmediata publicación gratuita en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar”

II. Informe de los administradores del proyecto común de fusión

A pesar de que en las fusiones impropias directas podrían realizarse sin la necesidad de realizar un informe de los administradores sobre el proyecto común de fusión, al darse en nuestro caso una fusión transfronteriza, es estrictamente necesaria la realización de un informe del proyecto común de fusión de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.2º LME .

En este informe, se tratarán todas cuestiones derivadas del proyecto de fusión y la justificación del mismo, dicho informe tendrá el siguiente contenido:

- a. Justificación y viabilidad de la fusión de ambas sociedades.
- b. Carácter descriptivo de la operación, y explicación del contenido del proyecto de fusión.
- c. Aspectos económicos de la fusión.
- d. La integración del único activo de CirCeramica en CerTronic
- e. Las consecuencias de la fusión para los accionistas, acreedores y trabajadores de ambas entidades.

Además conviene mencionar que en este caso no procedera realizar una ampliación de capital por parte de la sociedad absorbente de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.3º LME.

Por otro lado, debemos hacer especial hincapié en las reglas establecidas para las fusiones posteriores a la adquisición de una sociedad con endeudamiento de la adquirente, dado que en nuestro caso concreto, previamente a la compra de las participaciones sociales se ha solicitado un préstamo con una entidad financiera para llevar a cabo la operación.

Teniendo esto en cuenta, debemos ceñirnos a lo expuesto en el artículo 35 LME para estos supuestos:

“1.º 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.

2.º 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.

3.º 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.”

De acuerdo con el contenido de este artículo, debemos indicar los plazos que se prevén y el modo de satisfacer las deudas contraídas con la entidad financiera para pagar las participaciones sociales derivadas de la compraventa de CirCeramica.

Además, en el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión habría que indicar los motivos por los cuales se pretende adquirir CirCeramica, siendo el principal y único motivo la adquisición de una marca de gran prestigio.

Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero de dicho artículo, debemos analizar de manera exhaustiva si estamos incurriendo o no en una prohibición de asistencia financiera.

En este sentido, el informe realizado por un experto independiente tendrá como misión advertir si estamos o no ante un caso de asistencia financiera, por ello, a pesar de que en el artículo 49 LME se dice que no será necesario un informe de un experto independiente en las fusiones impropias directas, el artículo 35 LME si lo establece como requisito para llevar a cabo la fusión.

En cuanto a la cuestión referente a si existió o no asistencia financiera, entendemos que el objetivo de saber si estamos ante una situación en la que se deba prohibir la asistencia financiera obedece fundamentalmente a la protección de la sociedad objeto de compraventa, en nuestro caso CirCeramica, puesto que así se protege a las sociedades adquiridas de la posible deuda que tenga que afrontar la entidad adquirente.

Sin embargo, en nuestro caso concreto, teniendo en cuenta que CirCeramica no tiene ninguna actividad económica, y su único activo es una marca, ésta última no tendrá que afrontar de ningún modo la deuda de CerTronic con la entidad financiera, puesto que tras la fusión por absorción se hará frente a la deuda con los recursos de CerTronic.

Por tanto, entendemos que los expertos independientes al igual que hacemos nosotros en el presente informe, valorarán la operación de forma positiva y darán viabilidad a la misma.

III. La aprobación de la fusión por las juntas generales de accionistas.

Como hemos indicado desde un primer momento, la fusión que estamos realizando es una fusión impropia directa, en las cuales la sociedad absorbente es el propietario de la totalidad de las participaciones de la sociedad absorbida.

Por ello, ciñéndonos a lo establecido en el artículo 49.1.4º LME, no existe la necesidad de aprobar la fusión de la sociedad absorbida por su junta general de accionistas, sin perjuicio de lo que se estableciese en la legislación italiana.

Para el caso de CerTronic, tampoco sería estrictamente necesario aprobar la fusión mediante la junta general de socios, dado que el artículo 51 LME acuerda que en el caso de que la sociedad absorbente posea al menos el noventa por ciento de la sociedad absorbida, no sería necesaria la aprobación de la fusión por la junta general.

No obstante, esto será posible siempre y cuando se cumplan todos los requisitos mencionados en dicho artículo, como son la publicación del proyecto común de fusión por las sociedades participantes en la misma, bien en su página web, o en el caso de no tenerla publicarlo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en uno de los diarios de gran circulación de la provincia, en nuestro caso concreto Castellón.

Además, la publicación del referido proyecto común de fusión debe contener la documentación exigida por el propio artículo 51 LME, siendo necesarios por tanto el propio proyecto de fusión, el informe de los administradores, el informe de los expertos independientes y finalmente las cuentas anuales y los informes de gestión de los últimos tres años, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 LME.

Sin embargo, dado que en la sociedad podemos encontrar algún socio conflictivo, consideramos que se va a tener que llevar a cabo la convocatoria de la junta general que apruebe la fusión por absorción en virtud del apartado segundo del artículo 51 LME:

“2. Los administradores de la sociedad absorbente estarán obligados a convocar la junta para que apruebe la absorción cuando, dentro de los quince días siguientes a la publicación del último de los anuncios a los que se refiere el apartado anterior, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social. En este supuesto, la junta debe ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiera requerido notarialmente a los administradores para convocarla.”

Igualmente, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 44 LME, los acreedores también tendrán el derecho a imponerse a la fusión que se pretende realizar, teniendo para ello el plazo de un mes desde que se publicó el proyecto común de fusión.

Volviendo al apartado segundo del artículo 51 LME, en el caso de que alguno de los socios exigiese correctamente la celebración de la junta general, ésta ha de ser convocada para su celebración dos meses después del requerimiento de los socios a celebrar la misma.

En el caso de que apruebe la convocatoria de la junta general, ésta se llevará a cabo de igual modo que el apartado anterior, por tanto, sin ánimo de ser reiterativos nos limitamos a decir que para realizarse nos ceñiremos a lo establecido en los artículos 194 y 201 LSC, teniendo en cuenta que será necesario el 67% de los votos para la aprobación de la fusión con la entidad CirCeramica.

IV. Publicación e inscripción de la fusión transfronteriza

La publicación e inscripción de la fusión transfronteriza que se pretende llevar a cabo habrá de cumplir con los requisitos establecidos en los siguientes artículos:

En primer lugar, el artículo 64 LME se remite a la certificación previa a la fusión en la que nos indica que el Registrador Mercantil del domicilio social de la entidad que se fusiona a la vista de los datos que obren en su registro correspondiente, certificará la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de las sociedades sujetas a la legislación española. Entregando posteriormente el correspondiente certificado.

En segundo lugar, el artículo 65 LME, establece que cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española con anterioridad a la inscripción de la misma, el Registrador mercantil procederá a examinar la legalidad del procedimiento de fusión en lo relativo a las modificaciones que se han producido en la sociedad absorbente así como a la aprobación del proyecto común de las sociedades que se fusionan. A estos efectos las sociedades deben remitir

al registrador mercantil el certificado al que se refiere el artículo 64 LME en el plazo de seis meses a partir de la expedición del mismo, además del proyecto común de fusión aprobado por la junta general de socios.

Finalmente, el artículo 66 LME regula la publicidad e inscripción de la fusión transfronteriza exigiéndole a las sociedades sujetas a la legislación española, como es el caso de CerTronic, lo dispuesto sobre la publicación de las fusiones con carácter general.

En concordancia con lo establecido en el artículo 43 LME, el acuerdo de fusión se publicará en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio social.

Así mismo el apartado segundo del artículo 66 LME, nos indica que el BORME deberá publicar una indicación para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores, y cuando proceda de los socios de las sociedades que se fusionan, indicando también la dirección donde pueda obtenerse la referida información gratuitamente.

Por último, el artículo 66 LME en su apartado tercero, nos indica que el Registro Mercantil que haya practicado la inscripción de la fusión deberá notificar con carácter inmediato a los registros donde consten inscritas las sociedades participantes, con el fin de proceder a la cancelación de las mismas.

De igual modo, es importante mencionar que la eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la absorción por parte de CerTronic en el Registro Mercantil correspondiente, tal y como establece el artículo 46 LME. Siendo por tanto la fecha de la referida inscripción la que debe constar a los efectos de la fusión realizada.

V. Conclusiones de la operación de compraventa de las participaciones de CirCeramica y posterior fusión con la misma.

Una vez estudiadas ambas operaciones, consideramos que llevar a cabo la adquisición de la marca mediante la compraventa de las participaciones sociales de CirCeramica y la posterior fusión por absorción con la misma, resulta muy interesante por los siguientes motivos:

- a. El principal y más importante de los motivos que aconsejan llevar a cabo la operación a través de estas figuras mercantiles es la no inclusión de nuevos socios en el accionariado de CerTronic, manteniéndose la sociedad por los mis accionistas antes de realizar esta operación, evitando los inconvenientes que proporcionan a las sociedades las incorporaciones de nuevos socios.
- b. A la hora realizar la compraventa, dado que el único activo de la sociedad es la marca, y la propia compañía carece de actividad económica, entendemos que el informe de revisión financiera que se pretende llevar a cabo no presentará dificultades y por ello su coste será muy reducido.

- c. Si bien es cierto que para realizar la operación se debe pedir un préstamo a una entidad financiera, como hemos visto no se incurre a través de éste en la prohibición de asistencia financiera, siendo la financiación externa una modalidad atractiva para llevar a cabo la compraventa de la marca.
- d. Entendemos que al ser una operación que requiere una reestructuración societaria será necesaria su aprobación por el 67% del capital social de CerTronic, no obstante, esto no será un impedimento debido a que no tenemos información acerca de ninguna oposición de la realización de esta operación.
- e. Es muy interesante el hecho de que posiblemente se pudiera llegar a realizar la fusión sin la convocatoria de la junta general como se establece en el artículo 51.2 LME. Sin embargo, con que tan solo se produjese este requerimiento por el 1% de los accionistas, sería obligatoria la convocatoria de la junta.
- f. Por último, hemos de hacer referencia a lo costes de la operación en dos aspectos, costes fiscales y simplificación de costes de gestión y administración. Los costes fiscales en cuanto a la operación de la compraventa de participaciones están exentos de tributación, en cuanto a la posterior operación de fusión el impuesto de operaciones societarias en las reestructuraciones empresariales entre las que se encuentra la modalidad de la fusión no están sujetas, y en cuanto a modalidad de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados la fusión está exenta de los mismos, por lo que no tenemos coste fiscal en ambas operaciones.

Además, de no tener costes fiscales como acabamos de indicar la fusión va a implicar tener una sola sociedad activa al extinguirse la entidad CirCeramica a través de la fusión por absorción, lo que simplificará todos los costes administrativos y de gestión.

Por todo ello, comprendemos que las operaciones que se pretenden realizar, por esta vía no tendrán apenas dificultad, dado que CirCeramica es una entidad aparentemente vacía, teniendo como único activo la marca, lo que supondría un proceso de compraventa y de posterior fusión por absorción muy ágil, sin que además suponga un problema el préstamo solicitado a la entidad financiera, puesto que consideramos que no se incurre en ningún momento a una posible prohibición por asistencia financiera.

1.1.4 ALTERNATIVA MÁS CONVENIENTE PARA LLEVAR A CABO LA OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE LA MARCA.

Después de examinar los efectos, los aspectos formales y los costes de las diferentes alternativas para llevar a cabo la operación de la adquisición de la marca, nos decantamos por la adquisición a través de la compraventa de la totalidad de las participaciones sociales de la entidad CirCeramica por parte de CerTronic y la posterior fusión por absorción que realiza ésta última.

1.2 TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE CERTRONIC A LOS PAÍSES BAJOS

Una vez realizada la operación de la absorción de CirCeramica se pretende trasladar el domicilio social al extranjero.

En este apartado del informe, estudiaremos como realizar dicho traslado, y las posibles complicaciones que podrían surgir a la hora de llevarlo a cabo, teniendo especial consideración en que CerTronic no desarrolla actualmente ninguna actividad en el país de destino.

1.2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS A LA REALIZACIÓN DEL TRASLADO DE DOMICILIO

El traslado del domicilio social de CerTronic al extranjero estará regido por lo establecido desde el artículo 92 al 103 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, "LME") y los Tratados y Convenios Internacionales, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 92 LME.

Para abordar la cuestión que nos plantean, nos ceñiremos a lo establecido en el artículo 93 LME, que regula el traslado del domicilio social al extranjero, los artículos 49 y 54 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, "TFUE") que rigen el principio de libertad de establecimiento, y a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") de los artículos anteriormente mencionados.

En primer lugar, respecto del artículo 93 de la LME, en su apartado primero, impone que, únicamente se podrá llevar a cabo el traslado del domicilio social al extranjero de una sociedad inscrita en el Registro Mercantil de acuerdo a la ley española, si el país de destino permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la entidad, y además se cumple con las exigencias legales del mismo.

Esto podría ser un obstáculo, sin embargo, en los Países Bajos, se admite que las sociedades constituidas en el extranjero trasladen su domicilio social sin tener que perder la personalidad jurídica, todo ello como consecuencia de que dicho estado ha optado por un criterio de determinación de la *lex societatis*⁶.

Este criterio atribuiría a la sociedad la nacionalidad del estado en el que fue constituida (*Gründungs- theorie*). De acuerdo a esta interpretación la sociedad se regirá por "*las leyes del Estado donde fueron constituidas o registradas con independencia de dónde esté localizada su sede real o efectiva y de la nacionalidad de sus socios*"⁷

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el derecho de los Países Bajos, estaría permitido, debido en parte a la flexibilidad de su legislación el traslado del domicilio social sin que se produzca la pérdida de la personalidad jurídica. Sin embargo, dado que el derecho español es

⁶ Ansón Peironcely, R. (2013). Fusión Transfronteriza Intracomunitaria. Ansón Peironcely, R, Garrido de Palma, V. M., Aranguren Urriza, R., Banacloche Pérez, J. (Ed. 1ª). Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales). (pp. 306 a 307) Tirant Lo Blanch.

⁷ Quintas Serara, A. (2017). El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, 517-574. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.04>

más estricto en este sentido, puesto que tal y como se establece en el artículo 8 LSC *“Serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido”*

De este modo entendemos que una vez finalizado el traslado del domicilio social a los Países Bajos, CerTronic no perderá su personalidad jurídica, pero cambiará la ley por la que se rige y el tipo societario en el momento en el que se cancele la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, pasando de ser una sociedad anónima española a una *“Naamloze Vennootschap”* NV holandesa (equivalente a las sociedades anónimas en Holanda). En este sentido como hemos dicho, es un proceso flexible, sin embargo, esto no impedirá que CerTronic cambie su tipo societario y su régimen legal, todo ello en base a que la legislación española no es tan permisiva o flexible que la ley holandesa.

Holanda y España, permiten que el cambio de domicilio sea mediante esta cuasi transformación en lugar del método más oneroso y complejo de disolución, liquidación y constitución de una nueva sociedad extranjera, y además en nuestro caso en los estatutos de CerTronic, se prevé que cualquier acuerdo de disolución por la mera voluntad de los socios deberá contar con una mayoría reforzada del 85% del capital social.

Como vemos, no supondrá un problema el traslado del domicilio social a los Países Bajos teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 93 LME. Sin embargo, podría plantearnos una complicación si la sociedad, a causa de severas dificultades económicas, entrara en concurso de acreedores. En ese caso, sería imposible realizar el traslado de domicilio social al extranjero, de acuerdo al apartado segundo del presente artículo.

En cuanto a lo expuesto en los artículos 49 y 54 TFUE y lo interpretado por el TJUE en relación a los propios artículos, nada impide el traslado del domicilio social al extranjero de CerTronic a pesar de no contar con actividad en los Países Bajos en el momento de producirse dicho traslado.

Esto es así debido al principio de libertad de establecimiento, el cual es aplicable tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 54 TFUE.

En este sentido, en la Sentencia del TJUE sobre el Caso Polbud⁸, se refleja el principio de libertad de establecimiento una manera muy clara. Regulando así la posibilidad de trasladar el domicilio social a otro Estado Miembro sin que sea obligatorio que exista una conexión entre la sede real y el domicilio social de la entidad que pretende trasladarse.

Esto podría generar controversia con lo establecido en los artículos 9.2 LSC *“Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”* y el artículo 10 LSC *“En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.”*

⁸ En la [Sentencia C-106/2016 de 25 de octubre de 2017 \(caso Polbud\)](#) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre un traslado de domicilio de una sociedad de Polonia a Luxemburgo sin cambiar el lugar del ejercicio de la actividad económica y sin trasladar la sede efectiva.

Sin embargo esto no debe preocuparnos puesto que lo establecido bajo el amparo del derecho europeo prevalece a lo recogido en el derecho español, no siendo un problema el traslado del domicilio social a los Países Bajos en este sentido.

En virtud de lo cual, al conservar la sociedad que se pretende trasladar su personalidad jurídica, supone que el estado donde se traslade la sociedad, reconozca a ésta, aun no habiéndose constituido de acuerdo con su marco normativo.

Esto podría llegar a ser chocante para el país de destino. Sin embargo, se admite con el fin de favorecer las reorganizaciones empresariales, pudiendo así las sociedades adaptarse a un escenario económico en continuo movimiento.

Si bien es cierto, que se podría llevar a cabo dicho proceso mediante la disolución de la sociedad y su posterior constitución en el país donde se pretenda el traslado, esto sería un proceso tedioso y complejo. Siendo más sencillo realizar el cambio de domicilio social por medio de un procedimiento alternativo que, además de facilitar el mismo, salvaguarda los intereses de los socios o acreedores mediante exigencias de información y publicidad, mayorías reforzadas, derechos de separación, etc. Los cuales veremos a continuación cuando expliquemos el procedimiento del traslado del domicilio social al extranjero de acuerdo con lo establecido en la LME.⁹

Por todo ello, queda resuelta la posible discrepancia que pudiera haber surgido al no llevar a cabo CerTronic ninguna actividad en los Países Bajos, no existiendo ningún impedimento para acometer dicho traslado.

Finalmente, antes de abordar el procedimiento de traslado, debemos mencionar que no se indica en la referida LME la obligación de que deba intervenir en la operación del traslado de domicilio al extranjero un experto independiente, no obstante, puede que la ley del país de destino si lo requiera.

Una vez resueltas todas las cuestiones previas, desarrollaremos como se debe realizar el procedimiento de traslado.

1.2.2 EL PROCEDIMIENTO DEL TRASLADO DE DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO

El procedimiento de traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos se deberá llevar a cabo de la siguiente manera:

I. Proyecto de traslado

El Consejo de Administración de CerTronic, en primer lugar, deberá elaborar y aprobar el proyecto de traslado, debiendo ser firmado el mismo por todos los miembros del consejo de acuerdo con lo establecido en el artículo 95.1 LME.

⁹ Álvarez, S. (2017, diciembre). El traslado del domicilio social: por qué se han producido y cómo hacerlos tras el Decreto Ley 15/2017. Revista el notario, nº. 76.

En virtud del apartado segundo del artículo anteriormente mencionado, el proyecto de traslado debe obligatoriamente incluir:

“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.”

Igualmente, también debemos tener en cuenta los requisitos legales que pudieran llegar a exigir en los Países Bajos como país de destino.

Una vez elaborado el documento del proyecto de traslado, el Consejo de Administración deberá depositarlo en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, en este caso corresponde presentarlo en el Registro Mercantil de Alcora (Castellón), donde será calificado por el registrador.

Realizado el depósito y la calificación del Registrador, éste último trasladará la información al Registro Mercantil Central, el cual, comunicará que, efectivamente se ha producido el depósito y la fecha del mismo, con el objetivo de publicarse inmediatamente en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en adelante “BORME”) estos hechos.

El anuncio publicado en el BORME debe necesariamente contener: *“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”* de acuerdo con lo establecido en el artículo 95.3 LME.

Como consecuencia de haber efectuado el depósito del proyecto de traslado, el Consejo de Administración estará facultado para convocar la Junta de socios en la que se pretenda aprobar el traslado del domicilio social al extranjero, no pudiéndose celebrar la misma hasta que no transcurran dos meses desde la publicación del anuncio en el BORME como indica el artículo 98.1 LME, profundizaremos sobre esto más adelante.

Con la publicación del anuncio en el BORME se pone fin a esta fase, siendo la siguiente la elaboración del informe de los administradores del proyecto de traslado.

II. Informe de los administradores del proyecto de traslado

El Consejo de Administración de CerTronic deberá preparar un informe en el que se explique y detalle justificadamente el proyecto de traslado del domicilio social a los Países Bajos. El propio informe contendrá tanto los aspectos jurídicos y económicos del traslado, como las

consecuencias que repercutirán a los socios, acreedores y trabajadores de la sociedad, todo ello de acuerdo a lo expuesto en el artículo 96 LME.

Teniendo en cuenta la dificultad que supone la operación del traslado del domicilio social al extranjero, el informe elaborado por el Consejo de Administración tiene como misión fundamental esclarecer cualquier tipo de duda que pueda surgirle a los destinatarios del mismo, debiendo, estar especialmente detallada la parte jurídica. Concretamente, la referida al **punto de conexión de la *lex societatis*** de los países que intervienen en el traslado, las posibles **repercusiones fiscales para CerTronic y sus socios**, las consecuencias que pudieran afectar a los **acreedores** a la hora de exigir el pago o el cumplimiento de una obligación, y para finalizar, a los **empleados** de la sociedad, teniendo presente lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante “ET”) para estos supuestos, que obliga a comunicar individualmente a los empleados el proyecto de traslado (40 ET), notificarlo a sus representantes (44 ET), y finalmente realizar un periodo de consultas con los últimos (64 ET)¹⁰

El informe realizado por el Consejo de Administración de acuerdo a lo establecido en el artículo 98.2.2ª LME tendrá como destinatarios a los socios y acreedores, pudiendo estos examinar informe y el proyecto de traslado en el domicilio social o solicitar gratuitamente una copia. Sorprende como el legislador no incorpora en este precepto a los empleados de la sociedad, ya que podría ocasionar una posible impugnación del acuerdo o la negativa del Registro Mercantil a la hora de emitir la certificación previa al traslado, como indica el artículo 101 LME.

Una vez finalizado el informe de los administradores y el proyecto de traslado, procedemos a la fase en la que se debe aprobar el acuerdo del traslado en la junta de socios.

III. Acuerdo de traslado del domicilio social

El traslado del domicilio al extranjero deberá ser acordado obligatoriamente por la junta de socios, teniendo en consideración los requisitos formales y legales que establezca la sociedad CerTronic para estos supuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 LME.

En primer lugar, a diferencia de otros supuestos que se regulan en la LME como la fusión o la escisión, en el traslado del domicilio social al extranjero no se exige la comunicación de manera individualizada de la operación, debiendo publicarse la convocatoria de la junta de socios en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, en nuestro caso de Castellón, donde esta domiciliada CerTronic, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 98.1 LME.

Además, se exige que transcurran al menos dos meses entre la publicación de la convocatoria de la junta y la fecha de celebración de la misma, en virtud del precepto anteriormente mencionado.

Así mismo, el apartado segundo del artículo 98 LME señala que junto a la convocatoria de la junta será necesario que se publiquen las siguientes menciones establecidas en el propio

¹⁰ Ansón Peironcely, R. (2013). Fusión Transfronteriza Intracomunitaria. Ansón Peironcely, R, Garrido de Palma, V. M., Aranguren Urriza, R., Banacloche Pérez, J. (Ed. 1ª). Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales). (pp. 312 a 313) Tirant Lo Blanch.

artículo, si bien es cierto que, las hemos venido enumerando a lo largo del informe y las desarrollaremos con posterioridad, las exponemos a continuación tal y como se establecen en la Ley:

“1.ª El domicilio actual y el domicilio que en el extranjero pretende tener la sociedad.

2.ª 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 gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos.

3.ª El derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y la forma de ejercitar esos derechos.”

Finalmente, la junta habrá de convocarse de acuerdo a lo que hemos indicado anteriormente en cuanto a sus requisitos formales y legales, sin embargo, para la válida constitución de ésta, ya que lo que se pretende aprobar es el traslado de domicilio social al extranjero, estaremos a lo dispuesto en el artículo 194 LSC, donde se establecen los quórum de constitución reforzados para la válida celebración y constitución de la junta.

En este caso, al no estar dispuesto ningún quórum reforzado en los estatutos de la sociedad, nos ceñiremos a lo dispuesto en dicho artículo. Por ello, para que quede válidamente constituida la junta de socios será necesario *“en primera convocatoria a concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto”* o bien, *“en segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital”* de acuerdo con lo indicado en los dos primeros apartados del artículo 194 LSC.

Así mismo, para adoptar válidamente el acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero, debemos ajustarnos a lo establecido en el artículo 201.2 LSC, donde se establece que *“si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta”* para la primera convocatoria, no obstante *“se requerirá el voto favorable de los 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”*.

Una vez adoptado el acuerdo del traslado de domicilio social al extranjero, únicamente faltaría realizar la inscripción registral del mismo. Sin embargo, previamente a la tramitación de dicho proceso, la LME otorga la posibilidad de ejercer un derecho de separación a los socios que hubieran votado en contra del acuerdo, así como un derecho de oposición para los acreedores que tengan un crédito frente a la sociedad que hubiera nacido con anterioridad a la fecha de publicación del proyecto de traslado.

Comentaremos brevemente ambos derechos a continuación:

- **Derecho de separación de los socios**

El artículo 99 LME establece:

“Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital”

Así mismo, el artículo 346 LSC que indica las causas legales de separación de los socios expone lo siguiente en sus apartados primero y tercero:

“1. Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital (...)

3. En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”

Como vemos, en ambos preceptos se le concede al socio que este disconforme con el acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero la posibilidad de ejercer el derecho de separación. Sin embargo, la LME es más estricta al requerir al socio que haya votado en contra del acuerdo, mientras que en la LSC únicamente es necesario que no se hubiera votado a favor, pudiendo estos socios haberse abstenido en la votación y hacer valer su derecho.¹¹

En las sociedades anónimas, los acuerdos que otorguen la posibilidad de ejercer el derecho de separación se deberán publicar en el BORME, pudiendo sustituir la inscripción del acuerdo por la comunicación del mismo a cada uno de los socios por escrito. Siempre y cuando todas las acciones de la sociedad fuesen de carácter nominativo. Dicho derecho de separación deberá ejercitarse en el plazo de un mes, desde la fecha de la publicación o comunicación de dicho acuerdo, todo ello en virtud del artículo 348 LSC.

- **Derecho de oposición de los acreedores**

En el artículo 100 LME se establece:

“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”

Como vemos, la LME también prevé la posibilidad de que los acreedores de la sociedad ejerzan su derecho de oposición. La razón principal del mismo se debe a que el cambio de domicilio social pueda originar modificaciones en el ámbito procesal aplicable de los créditos que ostenten los acreedores frente a la sociedad, viendo estos últimos que con el acuerdo se perjudique la satisfacción de su crédito, así como las garantías del mismo.

Los acreedores podrán ejercitar su derecho de oposición en iguales condiciones que lo previsto para un supuesto de fusión, atendiendo por tanto a lo establecido en el artículo 44 LME.

¹¹ Ansón Peironcely, R. (2013). Fusión Transfronteriza Intracomunitaria. Ansón Peironcely, R, Garrido de Palma, V. M., Aranguren Urriza, R., Banacloche Pérez, J. (Ed. 1ª). Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales). (pp. 316 a 318) Tirant Lo Blanch.

Lo primero que exige dicho precepto es la comunicación o publicación del acuerdo, a fin de que los acreedores ejercitasen su derecho de oposición, si bien éstos, tendrán el plazo de un mes desde que se realizase la publicación o comunicación para oponerse.

Este derecho obliga a que la sociedad garantice al acreedor su crédito, o bien, *“notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla”* tal y como se indica en el apartado tercero del artículo 44 LME.

Una vez explicados los derechos que pueden ejercitar acreedores y socios, pasamos finalmente a la última fase del traslado del domicilio social al extranjero, siendo ésta su inscripción registral con el objetivo de formalizar el acuerdo.

IV. Formalización y ejecución del traslado

Para llevar a cabo la inscripción registral del acuerdo del traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos, en primer lugar, debemos presentar la escritura pública del acuerdo de la operación en el Registro Mercantil de Alcora (Castellón), al ser este el domicilio social de CerTronic.

Después de que se haya presentado la escritura pública del acuerdo, el propio Registro Mercantil expedirá una certificación en la que se exponga que la sociedad ha cumplido los actos y trámites necesarios que han de llevarse a cabo para formalizar el traslado del domicilio social. Una vez realizado dicho trámite se cerrará el Registro para futuras inscripciones, todo ello de acuerdo a lo expuesto en el artículo 101 LME.

Posteriormente, será el momento de otorgar la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro de los Países Bajos, como nuevo domicilio social de CerTronic. Si bien, deberemos tener en cuenta que dicho procedimiento estará sujeto al derecho de los Países Bajos, donde se pretende realizar la inscripción.

Tras la inscripción del acuerdo en el país de destino se publicará un anuncio en el BORME donde se indique que se ha producido la inscripción de la sociedad en dicho Registro, además de publicarlo en uno de los periódicos de gran circulación de Castellón, al ser la provincia donde tenía CerTronic su domicilio social.

Una vez realizado ese trámite, se presentará en el Registro Mercantil de Alcora (Castellón) la certificación de la inscripción de CerTronic en el Registro correspondiente de los Países Bajos.

Por último, se realizará la cancelación de la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil de Alcora (Castellón) en virtud del artículo 103 LME.

ANEXO: CALENDARIO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES

A continuación, desde el despacho proponemos el siguiente calendario para cada una de las posibles operaciones comentadas, comenzado el mismo desde enero de 2021.

a. Calendario de la operación de autocartera

1. Reunión previa para comunicar a los socios la valoración aproximada de la marca y poder establecer las acciones que se deberían adquirir a los socios en autocartera para poder efectuar posteriormente la transmisión de acciones para adquirir la marca propiedad de CirCeramica. **Fecha de la reunión.....5 de enero de 2020.**

2. Con posterioridad a la reunión se convocaría la junta general extraordinaria en cuyo orden del día debe constar la operación de autocartera (adquisición de determinadas acciones por la propia sociedad). El plazo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta es de al menos un mes de acuerdo con lo establecido en el artículo 176 LSC. **Fecha de convocatoria.....10 enero de 2021.**

3. **Celebración de la junta general extraordinaria.....12 febrero de 2021**

4. Una vez adquiridas las acciones en autocartera en número suficiente para poder transmitir las a cambio de la cesión de la marca, establecer fecha para comparecer en la notaría y otorgar la escritura pública de compraventa con pago en especie, consideramos que serán necesarios entre 7 y 14 días para preparar debidamente la escritura y comparecer en la notaría a los efectos de otorgar la referida escritura. **Fecha estimada para la firma de la compraventa.....22 de febrero 2021**

5. Una vez entregada por la notaría la escritura autorizada de compraventa con pago en especie procederíamos a la liquidación fiscal dentro del plazo de un mes contado desde la firma de la escritura de compraventa. **Fecha Liquidación fiscal..... antes del 22 de marzo de 2021.**

6. Cambio de titularidad de la inscripción de la marca a favor de CerTronic de acuerdo con lo establecido en la LM. **Fecha estimada de inscripción.....30 de marzo de 2021.**

7. Sería conveniente para el caso del excedente de acciones en autocartera con posterioridad a las entregadas CirCeramica a cambio de la cesión de la marca, llevar a cabo una reducción de capital por la amortización de las acciones excedentes. Para lo que sería necesario la convocatoria de una junta general en la que constara la reducción indicada. **Fecha de convocatoria.....15 de abril de 2021**

8. Celebración de la junta general extraordinaria para la reducción de capital. **Fecha de celebración de la junta.....17 de mayo de 2021.**
9. Otorgamiento de la escritura pública de reducción de capital, establecer fecha para comparecer en la notaria los representantes legales con la certificación del acuerdo de reducción de capital para la firma de la escritura pública de reducción. **Fecha de la firma de la escritura de reducción de capital.....24 de mayo de 2021.**
10. Liquidación del impuesto de operaciones societarias, necesariamente antes de 1 mes contado desde el otorgamiento de la escritura pública de reducción de capital. **Fecha de Liquidación del impuesto.....5 de junio de 2021.**
11. Presentación de la escritura pública de reducción de capital, una vez liquidada, en el Registro Mercantil correspondiente para la inscripción preceptiva de la misma. **Fecha de la presentación.....8 de junio de 2021.**

b. Calendario de la operación de aumento de capital

1. Al tratarse de un aumento de capital por aportaciones no dinerarias en sede de sociedad anónima, será preceptivo el informe emitido por expertos independientes, nombrados por el registro mercantil, sobre la valoración de los bienes aportados, (marca) artículo 67 LSC. En primer lugar, deberemos solicitar al Registrador Mercantil mediante instancia presentada en su registro el nombramiento de expertos independientes para la valoración del bien aportado, artículos 338 y 339 RRM. **Fecha de presentación de la instancia en el Registro Mercantil.....10 de enero de 2021.**
2. Dentro del plazo de 15 días desde la presentación de la instancia de solicitud, el Registrador Mercantil deberá comunicar el nombre y demás circunstancias del experto nombrado al efecto, artículo 340 RRM. **Fecha de comunicación del nombramiento del experto.....25 de enero de 2021.**
3. El experto nombrado dispondrá del plazo de un mes contado desde su aceptación para emitir el informe preceptivo solicitado, artículo 345 RRM. Suponiendo que la aceptación del nombramiento del experto se efectúa el 29 de enero de 2021, **la entrega del informe emitido por el experto se producirá el.....28 de febrero de 2021.**
4. Paralelamente, los administradores de la sociedad realizarán el informe obligatorio de acuerdo con el artículo 300 LSC, cuando el contravalor consiste en aportaciones no dinerarias. **Fecha del informe de los administradores..... 24 de febrero de 2021.**

5. Una vez emitidos los informes de los administradores de la sociedad y del experto independiente, procederemos a convocar la junta general extraordinaria para aprobar el acuerdo del aumento de capital. En dicha convocatoria es obligatorio poner a disposición de los socios el informe de los administradores 300 LSC, y aunque no esta establecido legalmente es conveniente aportar en la convocatoria el informe emitido por el experto independiente nombrado por el registro mercantil, por lo que convocaremos la junta cuando tengamos ambos informes a disposición. **Fecha de convocatoria de la junta general.....2 de marzo de 2021.**

6. Celebración de la junta general extraordinaria, al tratarse de una sociedad anónima, el plazo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta será de al menos un mes, artículo 176 LSC. **Fecha de celebración de la junta..... 4 de abril de 2021.**

7. Una vez celebrada la junta y adoptado el acuerdo de aumento de capital, se deberá otorgar la oportuna escritura pública del referido aumento, para lo que será necesario la comparecencia de los representantes legales de la sociedad en la notaria aportando la certificación del acuerdo de aumento de capital llevado a cabo en la junta general, con indicación de todos los extremos del mismo, artículo 166 RRM. Así mismo, se deberán incorporar a esta escritura el informe de los administradores de la sociedad y del experto independiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 LSC. **Fecha del otorgamiento de escritura pública..... 11 de abril de 2021.**

8. Dentro del plazo de un mes, procederemos a la liquidación fiscal del aumento de capital, por lo que deberemos presentar la copia autorizada del aumento para su liquidación. **Fecha de liquidación del impuesto.....30 de abril de 2021.**

9. Así mismo, dentro del mismo plazo de un mes contado desde el otorgamiento de la escritura pública de aumento de capital y de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 LSC, presentaremos la referida escritura pública en el registro mercantil correspondiente a los efectos de depositar el informe del experto que lleva incorporada la tan referida escritura. Igualmente, cumpliremos con lo preceptuado en el artículo 165 RRM, a los efectos de proceder a la inscripción obligatoria del aumento de capital reflejado en dicha escritura. **Fecha de presentación para su inscripción en el Registro Mercantil y depósito del informe del experto..... 8 de mayo de 2021.**

10. Cambio de titularidad de la inscripción de la marca a favor de CerTronic de acuerdo con lo establecido en la LM. **Fecha de inscripción de la marca15 de mayo de 2021.**

c. Calendario de la operación de compraventa de CirCeramica y posterior fusión

1. Realización del informe de revisión financiera “Due Diligence”. **Fecha de elaboración del informe.....10 de enero de 2021 a 5 de febrero de 2021.**
2. Firma del acuerdo marco, que contiene los pactos y condiciones de la futura compraventa de participaciones sociales. **Fecha firma del acuerdo marco.....11 de febrero de 2021.**
3. Firma de la escritura pública de la compraventa de participaciones sociales de la entidad CirCeramica, compareciendo en la notaria los representantes de las entidades transmitente y adquirente, para la firma de la referida escritura. **Fecha de la firma de la escritura.....24 de febrero de 2021.**
4. Presentación de la escritura para la liquidación fiscal correspondiente dentro del plazo de un mes contado desde el otorgamiento de la escritura. **Fecha de liquidación del impuesto (exenta).....5 de marzo de 2021.**
5. Una vez adquiridas las acciones, vamos a llevar a cabo la fusión por absorción de la entidad CerTronic, sobre su filial CirCeramica. En primer lugar, se deberá elaborar el proyecto común de fusión, los informes de los administradores de las dos sociedades participantes en la fusión. **Fecha estimada de la elaboración de los informes.....20 de marzo de 2021.**
6. Con relación al informe preceptivo en este caso de los expertos independientes procederemos mediante instancia a la solicitud del nombramiento del experto al Registro Mercantil, artículos 338 y 339 RRM. **Fecha de solicitud de nombramiento.....15 de marzo de 2021.**
7. Dentro de los 15 días siguientes a la solicitud efectuada el Registro Mercantil nombrará al solicitado experto. **Fecha nombramiento del del experto..... 30 de marzo de 2021.**
8. El plazo del experto para emitir su informe será de un mes contado desde la aceptación del mismo, suponiendo que aceptará el nombramiento con fecha 2 de abril de 2021. **La fecha de entrega del informe del experto en.....30 de abril de 2021.**
9. Publicidad necesaria del proyecto común de fusión en la página web de la sociedad (si es que la hubiese) o en el BORME con al menos un mes de anterioridad a la celebración de la junta general. **Fecha de publicación del informe..... 1 de mayo de 2021.**
10. El acuerdo de fusión se podrá llevar a cabo mediante dos tipos de procedimientos, el regulado en el artículo 51 LME, para el que no sería necesario acuerdo de la junta

general o bien en caso de que sea requerida por los socios la celebración de la junta general, esta se convocará en los dos meses siguientes al requerimiento efectuado a los administradores para la celebración de la junta.

a. Fusión sin necesidad de acuerdo en junta general:

En el caso que nos ocupa al tener más del 90% de las participaciones de la sociedad que se pretende absorber, y al haber publicado el proyecto común de fusión con un mes de antelación en la página web o en el BORME o en alguno de los diarios de mayor circulación de la provincia del domicilio social se podría llevar a cabo la fusión por absorción sin la celebración de la junta. **Fecha del acuerdo de fusión.....2 de junio de 2021.**

b. Fusión mediante acuerdo en junta general:

En nuestro caso, aun teniendo como se ha indicado más del 90% del capital de la sociedad que se pretende absorber y habiendo realizado las publicaciones correspondientes, si al menos el 1% de los socios de la entidad absorbente lo requieren será necesario la celebración de la junta para tomar el acuerdo de fusión. Caso que nos parece más que probable, por lo que indicaremos las fechas para la operación en este caso.

Fecha en la que los socios deben solicitar la celebración de la junta general (dentro de los 15 días siguientes al último de los anuncios realizados artículo 51.2. LME) **Fecha en la que los socios efectúan el requerimiento.....12 de mayo de 2021.**

Fecha en la que los administradores deberán convocar la junta general una vez requeridos para ello por socios que representen más del 1% del capital de la sociedad absorbente (dentro de los dos meses siguientes al requerimiento efectuado por los socios 51.2 LME). **Fecha de convocatoria.....5 de junio de 2021.**

Fecha para la celebración de la junta general que llevará a cabo la fusión por absorción (debiendo mediar al menos un mes desde la fecha de la convocatoria). **Fecha de celebración de la junta.....7 de julio de 2021.**

Cumpliendo de esta forma con lo previsto en el artículo 176 LSC y en el 51.2 LME.

11. Formalización de la escritura pública de fusión, una vez aprobada por la junta general el acuerdo de fusión (ya que hemos considerado el supuesto más que probable debido a la posible oposición de socios disidentes de realizarse la operación mediante el acuerdo de junta), los representantes de la sociedad absorbente comparecerán en la notaria para otorgar la oportuna escritura pública de fusión, incorporándose a la misma la certificación del acuerdo de la junta general

así como los informes de los administradores de ambas sociedades y el informe emitido por el experto independiente nombrado al efecto por el Registro Mercantil.

Fecha del otorgamiento de la escritura pública de fusión.....11 de julio de 2021.

12. Dentro del mes siguiente al otorgamiento de la escritura pública de fusión presentaremos la copia autorizada de la misma a liquidación, aunque esta operación de reestructuración no esta sujeta a imposición indirecta. **Fecha de presentación a liquidación del impuesto..... 15 de julio de 2021.**

13. Presentación de la escritura pública de fusión para su posterior inscripción en el Registro Mercantil correspondiente, la escritura se presentará en el Registro del domicilio social de la absorbente, de acuerdo con la legislación española. **Fecha de presentación de la escritura.....20 de julio de 2021.**

14. Certificación previa a la fusión, “el registrador mercantil del domicilio social de la (absorbida) certificará la correcta realización de los actos y tramites previos a la fusión por parte de las sociedades sujetas a la legislación española a las que se le entregará sin demora el correspondiente certificado” artículo 64 LME. **Fecha de presentación ante el Registro del domicilio social de la absorbida.....22 de julio 2021.**

15. Antes de proceder a la inscripción, el Registrador Mercantil controlará la legalidad del procedimiento relativo a la realización de la fusión y del proyecto común de las sociedades que se fusionen, a estos efectos se remitirá al Registrador Mercantil el certificado al que se refiere el artículo 64 LME, en el plazo de 6 meses a partir de su expedición, artículo 65 LME. **Fecha de presentación del certificado.....20 de octubre de 2021**

16. Inscripción de la fusión en el Registro Mercantil y cancelación de los asientos de la sociedad absorbida, cuando el Registrador Mercantil haya practicado la inscripción de la fusión en su registro, correspondiente al domicilio social de la absorbente, notificará de inmediato a los registros donde este inscrita la sociedad absorbida para que procedan a su cancelación, artículo 66.3 LME. **Fecha estimada de inscripción de la escritura.....18 de noviembre de 2021.**

d. Calendario de la operación del traslado del domicilio social a los Países Bajos

1. Elaboración del proyecto de traslado y presentación del mismo en el Registro Mercantil correspondiente. **Fecha para la elaboración del proyecto de traslado y presentación en el Registro Mercantil.....4 de diciembre de 2021.**

2. Calificación del proyecto de traslado por el Registro Mercantil y posterior publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. **Fecha estimada de calificación y publicación.....2 de enero de 2022.**

3. Elaboración del Informe por parte del Consejo de Administración (justificando detalladamente el proyecto de traslado) **Fecha de elaboración del informe.....18 de enero de 2022.**

4. *“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” artículo 98 LME.* **Fecha de la convocatoria.....23 de enero de 2022.**

5. Celebración de la junta general para la aprobación del acuerdo del traslado del domicilio social. **Fecha para la celebración de la junta general.....25 de marzo de 2022.**

6. Escritura pública del acuerdo del cambio del domicilio social a los Países Bajos. Una vez aprobada por la junta general el acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero, los representantes legales de la entidad deberán comparecer ante notario para otorgar la oportuna escritura pública del referido cambio de domicilio. **Fecha de otorgamiento de escritura pública de cambio de domicilio.....31 de marzo de 2022**

7. Presentación del acuerdo de traslado ante el Registro Mercantil correspondiente al antiguo domicilio social. **Fecha de presentación.....5 de abril de 2022.**

8. Emisión del certificado previo al traslado por el Registro Mercantil, artículo 101 LME (del cumplimiento de los actos y trámites realizados antes del traslado) **Fecha estimada de la emisión del certificado.....5 de mayo de 2022.**

9. Inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil del nuevo domicilio social, la escritura pública de traslado de domicilio, una vez obtenida la certificación a la que se refiere el artículo 101 LME, se presentará en el Registro Mercantil correspondiente al nuevo domicilio, donde obtendrá eficacia el traslado, artículo 102 LME. **Fecha de presentación para la inscripción en el nuevo registro.....10 de mayo de 2022.**

10. Una vez que se acredite la inscripción en el Registro Mercantil del nuevo domicilio y se hayan publicado los anuncios de esa inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia, donde la sociedad tuviere su domicilio se procederá a la cancelación de la inscripción de la sociedad en el registro mercantil del anterior domicilio, artículo 103 LME. **Fecha estimada de cancelación de la inscripción.....9 de junio de 2022.**

2. INFORME SOLICITADO POR D^a AMPARO FABRA LLORENS Y D^a LIDON FALOMIR FABRA

En este informe elaborado a instancias de D^a Amparo y D^a Lidón se desarrollan las posibles causas de oposición a la operación, mediante el estudio y regulación jurídica de las siguientes circunstancias:

- a. Las consecuencias de que nunca llegaran a firmar el pacto de socios.
- b. La posibilidad de alegar el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores de CerTronic.
- c. La posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que se deben decidir sobre el traslado del domicilio social Países Bajos.
- d. Impugnación del correspondiente acuerdo por abusivo.

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

Los pactos de socios, son acuerdos entre los propios socios de la sociedad de carácter parasocial, al no poder ser oponibles, ni frente a la sociedad, ni frente a terceros, por ello es un contrato que solo tendrá validez entre los socios que lo suscriban.

Teniendo en cuenta las características indicadas de los pactos parasociales, a la vista del supuesto que nos ocupa, entendemos que CerTronic ha incluido la firma del pacto de socios como prestación accesorias (86 LSC) con el fin de exigir a sus socios dicho cumplimiento mediante las obligaciones que contienen las prestaciones accesorias que se incluyen en los estatutos de una sociedad, pudiendo exigir así desde la sociedad dicho cumplimiento a los socios¹².

La posibilidad de incorporar la suscripción del pacto de socios como una prestación accesorias contenida en los estatutos, esta respaldada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 26 de junio de 2018, dicha resolución da viabilidad a la incorporación de los pactos parasociales dentro de las prestaciones accesorias fijadas en los estatutos reforzando y garantizando el cumplimiento de las obligaciones que se pretendiesen¹³.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, antes de entrar a valorar que sucedería en el supuesto de no haber firmado el pacto de socios, debemos analizar la situación concreta del referido pacto en el caso que nos ocupa. Al considerarse la firma del pacto de socios obligatoria para todos ellos mediante la inclusión en los estatutos de una prestación accesorias que obliga a la totalidad de los socios a la firma del tan referido pacto social, oponerse a la firma del mismo

¹² Peyra Torrella, J. M. a. (2020, 16 junio). Las prestaciones accesorias como instrumento para reforzar los pactos entre socios. Legal Today.

¹³ Pujol I Camps, A. (2018, 9 octubre). El cumplimiento del pacto de socios como prestación accesorias. Ambit Assessor.

por parte de algun socio implicaría un incumplimiento grave por parte del mismo, como veremos a continuación.

El incumplimiento de estas prestaciones accesorias al incluirse en los estatutos son obligatorias, y tienen tanta importancia como las obligaciones establecidas estatutariamente para los socios. Estas prestaciones que pueden consistir en obligaciones de hacer o no hacer, estan reguladas en el artículo 187 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, "RRM")

Por todo ello, el incumplimiento por parte de los socios (D^a Amparo Fabra Llorens como D^a Lidón Falomir Fabra) puede ocasionarles graves efectos, siempre que estemos ante un incumplimiento sustancial y evidente. En este caso, la sociedad puede exigir al socio su cumplimiento, pudiendo establecerse incluso clausulas penales en los estatutos, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 127 RRM.

Además hemos de tener en cuenta que en las sociedades limitadas el incumplimiento voluntario de las prestaciones accesorias es causa de exclusión, en virtud de lo indicado en el artículo 350 LSC. No obstante, también podría ser causa de exclusión en la sociedad anonima, si así lo establecieran los estatutos sociales de la misma. Cuestión que desconocemos en el caso concreto que nos ocupa.

En todo caso, en los supuestos en los que procediese la expulsión habría un reembolso del valor de las acciones o participaciones al socio, procediendose en esta situacion a la reducción del capital y la amortización de las acciones correspondientes, a menos que fuesen adquiridas por la sociedad en autocartera.

Todo esto, nos lleva a considerar la gran importancia que tiene para el socio el cumplimiento de lo establecido en los estatutos a través de las prestaciones accesorias incluidas en los mismos, que como vemos podrían llegar incluso a prescindir del socio incumplidor, siempre y cuando se den todos los requisitos que hemos indicado en este punto.

Hemos de tener todo esto muy en cuenta, en el sentido de que si se cumplieran todos los requisitos y aun siendo una sociedad anonima, pudiera darse la situación (por estar así contemplado en los estatutos) de la exclusión de los socios incumplidores, (D^a Amparo Fabra Llorens como D^a Lidón Falomir Fabra) acarreando su pérdida de condición de socio, y como consecuencia de ello la posibilidad de poder impugnar como tal los acuerdos de la junta general de socios que veremos a continuación en este informe.

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

En una sociedad, los administradores estan obligados a actuar en el interés de la misma, y en ningún caso aprovecharse de su cargo como vehículo para lucrarse individualmente o buscar un beneficio personal injustificado, en perjuicio de la sociedad o de los socios de ésta, como ocurre en el presente caso.

El concepto de lealtad de los administradores en el ámbito societario consiste por tanto, en la actuación de los mismos en beneficio de la sociedad, prevaleciendo siempre este a los intereses

particulares del propio administrador o de terceros. Este deber se puede ver vulnerado en nuestro caso por la conducta de los administradores de CerTronic.

El deber de lealtad se define en el artículo 227 LSC de la siguiente forma:

“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”

En este sentido, el deber de lealtad del administrador está directamente relacionado con el deber de la buena fe objetiva recogido en el artículo 7 del Código Civil, (en adelante, “CC”) puesto que ambos persiguen que los acuerdos que se llevan a cabo durante la vida de la sociedad sean en el interés común de esta, debiendo los administradores ser leales y salvaguardar dicho interés ante el de ellos mismos.

Una vez definido qué es el deber de lealtad de los administradores, nos centraremos en las obligaciones básicas derivadas del referido deber de lealtad, reguladas en el artículo 228 LSC y en el deber de evitar situaciones de conflicto de interés establecidas en el artículo 229 LSC, directamente relacionadas con el tan citado deber de lealtad.

Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad de los administradores, serán las siguientes:

- a. Los administradores no deben realizar sus facultades con una finalidad diferente de aquella para la que le ha sido otorgada, dichas facultades han sido concedidas con la intención de desempeñarse para perseguir el interés social. En el caso de que los administradores de CerTronic ejercitasen sus facultades con propósito distinto al de seguir el interés social, con independencia de que obligue a la sociedad en virtud del artículo 234 LSC, serán responsables por la vulneración del deber de lealtad.

Esta conducta se pone de manifiesto en el acuerdo del traslado del domicilio social de la entidad CerTronic a los Países Bajos, aun no teniendo ninguna actividad en el país de destino, para posteriormente fusionarse con una sociedad filial de Vulture en un claro intento de beneficiar a Vulture a través de los referidos acuerdos, que le permitirán conseguir un mayor control de CerTronic.

- b. La lealtad de los administradores les compromete igualmente a guardar secreto de la información a la que haya tenido acceso durante su cargo, no incidiremos en esta ocasión puesto que no tenemos constancia de que exista en nuestro caso.
- c. Los administradores tienen el deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que pueda darse un conflicto de intereses, directo o indirecto. No obstante lo anterior, algunos autores si que consideran que deberían intervenir en la deliberación del acuerdo para informar del mismo.¹⁴ Este caso lo acometeremos en el punto tres del presente informe, no obstante, advertimos de la

¹⁴ Valpuesta Gastaminza, E. (2015). Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital (2.a ed.). Bosch, p. 625 a 625.

posible existencia de un incumplimiento del deber de lealtad del administrador designado por Vulture al participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que estaban presentes filiales de dicha sociedad, como es el caso del traslado del domicilio social a los Países Bajos con la intención de fusionarse con la entidad Nederlandse Gier-NV, filial de Vulture.

- d. También se encuentra el deber de los administradores de *“desempeñar sus funciones de acuerdo con el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia de instrucciones y vinculaciones de terceros”*, tal y como se señala en el apartado d) de este artículo. En este caso, se tendrá en especial consideración al administrador designado por Vulture, debiendo este perseguir el interés de la sociedad, no el suyo propio o el del socio que le nombró que en nuestro caso es Vulture, lo que podría ser una vulneración del deber de lealtad al no estar actuando este en beneficio de la sociedad.

En este caso, haremos especial hincapié en la más que posible vulneración del deber de lealtad en el compromiso de Vulture de retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración de CerTronic que no sean empleados en Vulture, esta conducta choca totalmente con la obligación de desempeñar las funciones con libertad de criterio o juicio recogida en las obligaciones derivadas del deber de lealtad, puesto que es evidente que la prima de éxito que otorga Vulture genera una perturbación en la libertad de criterio viéndose esta mermada por el incentivo provocado por Vulture con el fin de tomar las decisiones que cree convenientes para su único interés, pero no para el interés de la sociedad, algo que va en contra del deber de lealtad que debe cumplir como administrador de CerTronic.

Esto encuentra su fundamentación en el estudio doctrinal de la Anatomía del deber de lealtad realizado por Candido Paz-Ares, que dice *“También se extiende a los pactos que se instrumentan mediante promesas de hecho de un tercero que, de esta forma se desterrarán de nuestra práctica”* en este sentido la promesa en forma de prima por el éxito de la operación de fusión con la filial de vulture a los administradores.¹⁵

- e. Por último, los administradores deben adoptar las medidas oportunas con el fin de evitar circunstancias que originen un conflicto de interés, aquí como vemos ocurre todo lo contrario, las decisiones que llevan a cabo los administradores no cabe duda de que influyen en que haya un posible conflicto de interés como veremos a continuación.

En el artículo 229 LSC, se establece el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, todo ello en consonancia con lo establecido en el artículo 228. e) LSC, indicando las situaciones en las que los administradores deberán abstenerse para no incurrir en la vulneración del deber de lealtad al poder crear con su conducta conflictos de interés.

¹⁵ Paz-Ares, C. (2015, 30 enero). La anatomía del deber de Lealtad, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 39-2015 / P. 53.

Consideramos que tiene especial relevancia en nuestro caso el apartado e) del artículo 229 LSC, que establece que el administrador deberá abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros asociadas al desempeño de su cargo, por lo que los miembros del consejo de administración de CerTronic que no sean empleados de Vulture deberían negarse a recibir la retribución de la prima por el éxito de la operación para no incurrir en la Vulneración del artículo 229 LSC, evitando de esta forma generar conflictos un conflicto de interés.

Entendemos que al aceptarse una retribución por los administradores para con su voto obtener un acuerdo favorable para el socio mayoritario, genera un claro conflicto de interés, incurriendo los que así actuaran en una conducta que va en contra del deber de lealtad de los administradores regulado en los artículos a los que hemos hecho referencia.

Explicaremos a continuación, las consecuencias de la infracción del deber de lealtad, con el fin de conocer cual sería el resultado si prosperase alegación de D^a Amparo y D^a Lidón, de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, en este sentido la infracción del deber de lealtad desencadena la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad o terceros, debiendo indemnizar los daños y perjuicios causados y pudiendo causar la destitución de los administradores que incumplieran con su deber de lealtad.

Entendemos que en nuestro caso, los administradores han actuado con una conducta desleal al no ejercitar su cargo de acuerdo con lo establecido en los artículos indicados, haciéndoles por ello responsables ante la sociedad y/o terceros de acuerdo con lo regulado en el artículo 238 LSC y siguientes.

Las acciones que se pueden ejercitar frente a los administradores están reguladas en el artículo 238 LSC (acción social de responsabilidad) y en el 241 LSC (acción individual de responsabilidad)

La acción social de responsabilidad se entablará por la sociedad mediante acuerdo de la junta general, el acuerdo podrá ser adoptado a petición de cualquier socio con independencia de que constara en el orden del día. La junta general para decidir sobre la acción social podrá ser convocada por socios que representen al menos el 5% del capital social. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción siempre que no se opongan a ello socios que representen el 5% del capital social. El acuerdo que se tome determinará o no la destitución de los administradores.

Así mismo, debemos hacer especial hincapié en el artículo 239.1 LSC que dice:

“El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general”

La acción individual de responsabilidad esta regulada en el artículo 241 LSC, donde se nos indica que adicionalmente los socios y terceros podrán ejercitar las acciones de indemnización que les puedan corresponder por actos de administradores que hayan lesionado directamente sus intereses.¹⁶

La responsabilidad frente a la sociedad por infringir el deber de lealtad se establece en el apartado segundo del artículo 227.2 LSC como podemos ver a continuación:

La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Por ello, el administrador que vulnerase el deber de lealtad deberá restituir la situación, con el fin reparar el perjuicio ocasionado. Además del deber de responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 232 LSC, infringir el deber de lealtad provocaría la ineficacia de los actos celebrados por el administrador que ha contravenido dicho deber, no siendo por tanto validos los acuerdos realizados por el mismo, teniendo como consecuencia directa la anulación de los mismos.

En nuestro caso, si la alegación prosperase, tendría como resultado la nulidad del acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero, así como el posterior acuerdo de fusión con la sociedad filial de vulture (Nederlandse Gier-NV) por infringir dichos acuerdo el deber de lealtad de los administradores al originar una situación de conflicto de interés, perjudicando el interés social y en consecuencia de los socios minoritarios.

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, consideramos que D^a Amparo y D^a Lidón tienen motivos suficientes como para alegar y demostrar el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores, no obstante debemos advertir que el acuerdo podría salir adelante si es aprobado con las mayorías necesarias en la junta general convocada al efecto, sin perjuicio, de las acciones de impugnación que pudieran corresponder a los socios como trataremos más adelante.

c) LA POSIBILIDAD DE EXIGIR A LOS DEMÁS SOCIOS QUE SE ABSTENGAN DURANTE LA VOTACIÓN DE LA JUNTA EN LA QUE DEBEN DECIDIR SOBRE EL TRASLADO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS.

La sociedad CerTronic pretende adoptar en la Junta de socios un acuerdo de traslado de su domicilio social al extranjero, concretamente a los Países Bajos, con el único objetivo de fusionarse con otra filial de Vulture.

Para acometer el traslado del domicilio social a los Países Bajos, CerTronic deberá someterse a lo establecido en los artículos 92 y ss de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones

¹⁶ Albuérne González, C. (2015) La administración. Laguillo Campuzano, A.B, Sebastián Quetglas, R., Tortuero Ortiz, J (Ed.2ª), Esquemas de derecho de las sociedades de capital (pp. 349 a 351) Tirant Lo Blanch.

estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, "LME") y los Tratados y Convenios Internacionales, de acuerdo a lo expuesto en dicho artículo.

Igualmente, aunque vayamos a desarrollar nuestras pretensiones de acuerdo al derecho español, debemos tener en cuenta que, además debe cumplir con requisitos que le exija el país de destino.

Efectivamente, es estrictamente necesario en virtud de lo expuesto en el artículo 97 LME que el acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero sea aprobado por la Junta cumpliendo los requisitos y formalidades que se establecen en nuestro caso para las sociedades anónimas.

Por ello, al ser CerTronic una sociedad anónima, para la válida constitución de la junta y la posterior votación de los socios mediante la cual quedará el acuerdo adoptado, nos ceñiremos a lo establecido en los artículos 194 y 201 en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, "LSC") al considerarse el traslado del domicilio social al extranjero como uno de los supuestos en los que el citado texto legal exige una mayoría reforzada para su aprobación.

Habiendo fijado las bases de como se debe llevar a cabo el acuerdo del traslado del domicilio de la sociedad al extranjero, estudiaremos las distintas posibilidades recogidas en la ley de exigir a los demás socios de CerTronic que se abstengan en la votación de la referida junta que pretende la adopción del acuerdo de traslado de domicilio a los Países Bajos.

En primer lugar, podríamos encontrar una posible solución a la pregunta que nos plantean, en el artículo 190 LSC, en virtud del cual, se establece un "deber de abstención" a los socios en la votación de la junta, para determinados acuerdos, debido a que estos se encuentran ante un conflicto de interés con la sociedad, no pudiendo por ello ejercer su derecho de voto, ya que el mismo podría estar condicionado de una forma que únicamente sea en su propio beneficio y no de la sociedad.

En el artículo 190.1 LSC quedan fijados los supuestos en los que existe efectivamente un conflicto de intereses, y por tanto el socio no podrá ejercer su derecho de voto, a la hora de adoptar un acuerdo, siendo estos los siguientes:

- "a) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,*
- b) excluirle de la sociedad,*
- c) liberarle de una obligación o concederle un derecho,*
- d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o*
- e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230"*

Lamentablemente, ninguno de los supuestos recogidos en dicho artículo se incardina con la pretensión que se pretende ejercitar, sin embargo, una posible vía de actuación que si que esta

recogida en este artículo es el deber de lealtad que hemos comentado anteriormente, al existir motivos suficientes como para considerar que existe un conflicto de intereses que impediría a algunos socios ejercer su derecho de voto, sin embargo, el artículo 190 LSC únicamente trata la dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC, dejando al margen al resto del articulado donde se regula el deber de lealtad, haciendo imposible hacer valer nuestra pretensión de este modo.

Por todo ello, dejando a un lado los supuestos de conflictos de interés indicados en el artículo 190.1, cierta doctrina ha considerado deberá abstenerse de la votación en la junta, el socio que tenga un interés directo en el sentido del acuerdo.¹⁷

Sin embargo, esto no podría considerarse como norma general, por ello, partiendo de esa base, se incorporarían algunas peculiaridades, como en los casos en los que el socio que originase el conflicto de interés fuese mayoritario, o si bien, su voto determinase la aprobación del acuerdo.

Por tanto, nos ceñiremos a lo expuesto en el apartado tercero del citado artículo, donde se establece una solución para las situaciones en las que exista un claro conflicto de interés que no este recogido en el apartado primero del propio artículo.

El apartado tercero dice lo siguiente:

“En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés.”

Como vemos, teniendo en cuenta lo expuesto en dicho apartado, no se le privará de su derecho de voto al socio en conflicto de interés, no obstante, en el caso de que su voto resulte decisivo para la adopción de acuerdo, hay un régimen especial que obliga a los socios que pretendan impugnar el acuerdo a acreditar que existía un claro caso de conflicto de interés, debiendo los socios afectados por dicho conflicto demostrar que el acuerdo adoptado no iba en contra del interés de la sociedad, es decir, en caso de impugnación le corresponderá la carga de la prueba a los socios afectados o a la propia sociedad, teniendo únicamente que demostrar el socio que impugne el conflicto de interés.

Por todo ello, cabe considerar si la sociedad Vulture, que además de ostentar el 44% de los votos de CerTronic, y tener un miembro en el Consejo de Administración de la misma, es la principal interesada en que se traslade el domicilio social al extranjero, puesto que Vulture además de tener su sede en Luxemburgo, pretende trasladar el domicilio social de CerTronic a los Países Bajos con la única intención de fusionarse con otra filial de Vulture llamada Nederlandse Gier-NV, no habiendo sido suficiente la fusión por absorción realizada anteriormente con CirCeramica en la cual igualmente uno de sus socios era una filial de Vulture, (*“Il Piccolo Avvoltoio, srl”*) esto

¹⁷ Valpuesta Gastaminza, E. (2015). Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital (2.a ed.). Bosch, p. 490.

nos hace suponer que el acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero es una excusa para hacerse con el control de la sociedad.

En este sentido, podríamos ajustarnos a lo expuesto en artículo 190.3 LSC si acreditásemos que el voto de de la sociedad Vulture ha sido decisivo para llevar a cabo la operación del traslado, que como hemos comentado anteriormente requiere de una mayoría reforzada para aprobar el mismo (artículo 201.2 LSC), pudiendo así impugnar el acuerdo por esta vía, con la intención de exigir a la sociedad Vulture que demuestre que no existe un conflicto de interés, cosa que tendrá muy difícil demostrar, puesto que el traslado del domicilio social al extranjero tiene únicamente un fin individualista y no beneficia en nada al interés social de CerTronic.

Cabe mencionar que tanto D^a Amparo Fabra Llorens como D^a Lidón Falomir Fabra tienen la facultad de impugnar el acuerdo al ser socias de CerTronic y cumplir el requisito de poseer al menos un 1% del capital social que exige el artículo 206.1 LSC, pudiendo así demostrar que existe un conflicto de interés, y que el voto de Vulture al tener un 44% del capital social es decisivo para llevar a cabo el acuerdo, teniendo en cuenta que D^a Amparo y D^o Lidón que tienen más que considerable 18% votarán en contra del mismo, desconociendo además cual es la opinión del resto del accionariado de CerTronic.

Desde otro punto de vista, también consideramos relevante mencionar de cara a un posible conflicto de interés, que todos los socios de CerTronic tienen además una representación en el Consejo de Administración salvo D^a Amparo y D^a Lidón, siendo por tanto relevante lo que indica el artículo 229 LSC, al establecerse en el mismo los supuestos en los que tienen la prohibición de actuar los socios que tengan a su vez condición de administrador.

Dicho artículo en su apartado primero *“obliga al administrador a abstenerse de:*

- a) Realizar transacciones con la sociedad (...)*
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.*
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.*
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.*
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros (...)*
- f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajeno (...).”*

Lamentablemente en dicho artículo no está contemplado el supuesto del acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero, ni ninguno que se pueda asemejar a nuestro caso concreto, no pudiendo por tanto obligar a abstenerse de la votación de dicho acuerdo a los socios que tengan la condición de administrador de CerTronic.

Sin embargo, podemos advertir de cara a una reestructuración societaria con vistas a que un accionista gane indirectamente el control de la empresa, siendo este el caso de la fusión con la filial de Vulture con la que se pretende fusionar CerTronic, podríamos ajustarnos a lo expuesto

en el apartado e) del artículo 229 LSC, pudiendo obligar a abstener a votar a los socios que tengan la condición de administrador si aceptan la prima que pretende dar Vulture a los mismos por el éxito de la operación por estas inmersos en un claro caso de conflicto de interés.

En el caso de no poder justificar la abstención de voto de los socios de CerTronic, como posible solución a este conflicto, a continuación trataremos de impugnar el acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero por ser el mismo abusivo.

d) IMPUGNAR EL ACUERDO DEL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO POR ABUSIVO

Para llevar a cabo la impugnación de un acuerdo por abusivo, deberemos atender a lo expuesto en los artículos 204 a 208 LSC, puesto que en ellos se establece el procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales.

En primer lugar, en el artículo 204.1 LSC se establecen en que casos un acuerdo social es impugnabile, siendo estos los siguientes:

“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”

Por ello, al no existir un acuerdo que sea contrario a la Ley, o se oponga a los estatutos o al reglamento de la sociedad, motivaremos la impugnación del acuerdo del traslado de domicilio al extranjero fundamentando que este lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios, aun no habiendo causado un detrimento en el patrimonio de la sociedad, se ha impuesto de un modo abusivo por la mayoría.

En nuestro caso concreto, el traslado del domicilio social al extranjero de CerTronic, no responde a una necesidad razonable de la sociedad, si no que, como hemos venido comentando a lo largo del informe, se trata de un acuerdo para unicamente satisfacer los intereses del socio Vulture.

El socio Vulture, desde su entrada en la sociedad en 2013, ha orientado sus movimientos a hacerce con el control de CerTronic, en virtud de, fusionarse con otras entidades en las que ya participaba Vulture, como es CirCeramica, o bien, trasladar el domicilio social de CerTronic a los Países Bajos con única la intención de fusionarse con Nederlandse Gier-NV, que curiosamente es también otra filial de Vulture.

En la primera operación que hemos citado no se hace mención de ninguna remuneración o retribución por el éxito de la misma a los administradores de CerTronic, sin embargo, en la futura operación de fusión que se pretende, además, Vulture se ha comprometido a entregar una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que

no sean empleados de Vulture, lo que intentiva que los demás socios-administradores (D. Vicente Badenes Vallés, D. José Badenes Vallés y D. Antonio Falomir) votén a favor del acuerdo del traslado de domicilio social a los Países Bajos y para llevar a cabo la consecuente fusión, no respondiendo de ninguna manera a una necesidad razonable, si no, unicamente en el beneficio del socio Vulture, que se haría con un voto doble, que equivale al control de la sociedad, y los demás administradores condicionados por la prima de éxito otorgada por este.

Por todo ello, consideramos que el acuerdo de trasladar el domicilio social de CerTronic a los Países Bajos con la intención de fusionarse con Nederlandse Gier-NV, (filial de Vulture) y la consiguiente retribución por el éxito de la operación, es un acuerdo que lesiona el interes social impuesto por la mayoría, en único beneficio de Vulture y los socio-administradores de CerTronic, y por tanto es impugnabile de acuerdo a lo establecido en el artículo 204.1 LSC.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, motivaremos nuestra demanda frente a CerTronic en base a:

1. Artículo 204.1 LSC al lesionar el interés social.
2. Artículo 190.3 LSC, conflicto de intereses.
3. Abuso de derecho por parte de la mayoría, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 del Código Civil (en adelante, "CC")
4. Mala fe en el comportamiento de Vulture y los demás socios-administradores motivados unicamente para la obtención de un beneficio propio y no en el interes social, en virtud de lo expuesto en el artículo 7.1 CC
5. Las operaciones realizadas por CerTronic no responden al fin común de las entidades mercantiles que se regula en el artículo 1665 CC.¹⁸

En cuanto a la legitimación para impugnar el acuerdo, tanto D^a Amparo y D^a Lidón estarán legitimadas para presentar una demanda de manera individual o conjuntamente, los requisitos exigidos para estar legitimados para impugnar dicho acuerdo son:

1. Representar de manera individual o conjunta al menos un uno por cierto del capital social de CerTronic en virtud del artículo 206.1 LSC
2. Ser socias de CerTronic con anterioridad a la adopción del acuerdo, puesto que en el caso de no serlo, no existe interés procesal, teniendo en cuenta lo recogido en el artículo 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, "LEC")
3. Los socios que hubiesen votado a favor del acuerdo podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez, así lo indica el artículo 206.4 LSC.

¹⁸ Campuzano, A. B. (2019, 24 junio). Impugnación de acuerdos sociales por abuso de la mayoría. Dictum Abogados.

4. No podrán alegarse defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo si se hubiese tenido la oportunidad de denunciarlos en el momento oportuno, y no se hubiera hecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 206.5

Es importante mencionar que la acción para impugnar tiene un plazo de caducidad de un año, bien desde la fecha de adopción del acuerdo en junta o, si el acuerdo se hubiera inscrito, dicho plazo computará desde la fecha de oponibilidad a la inscripción en virtud del artículo 205 LSC.

En nuestro caso, dado que la demanda que se pretende interponer persigue la impugnación de un acuerdo social, deberá dirigirse necesariamente frente a CerTronic de acuerdo con lo establecido en el artículo 206.3 LSC.

En cuanto a su tramitación, esta se llevará a cabo de conformidad con lo estipulado para el juicio ordinario, atendiendo a lo expuesto en los artículos 207.1 LSC y 249.1.3º LEC.

Cabe mencionar que previamente a la sentencia estimatoria o desestimatoria de la demanda, Dª Amparo y Dª Lidón al ostentar un 18% del capital social de CerTronic, pueden solicitar al juez como medida cautelar la suspensión del acuerdo, todo ello conforme a lo expuesto en el artículo 727.10º LEC. Además también podrían solicitarse otras medidas cautelares como la anotación preventiva de la demanda atendiendo a lo establecido en el quinto apartado del referido artículo 727 LEC.

En el caso de ser la sentencia desestimatoria, no produciría consecuencias para la sociedad o frente a terceros, sin embargo, si por el contrario, estimasen la demanda, produciría efectos en todos los socios de CerTronic, sin afectar por supuesto a los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Finalmente, si se estima la pretensión de Dª Amparo y Dª Lidón, de acuerdo a lo establecido en el artículo 208.1 LSC, La sentencia que declarase firme la nulidad del acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero, deberá inscribirse en el Registro Mercantil, publicándose consecuentemente un extracto en el BORME. Además si el acuerdo de traslado estuviese inscrito, dicha sentencia determinará la cancelación de su inscripción, y los asientos posteriores contrarios a la misma, tal y como se expone en el apartado segundo del artículo anteriormente mencionado.

BIBLIOGRAFÍA (Por orden alfabético).

Albuerne González, C. (2015) La administración. Laguillo Campuzano, A.B, Sebastián Quetglas, R., Tortuero Ortiz, J (Ed.2ª), Esquemas de derecho de las sociedades de capital (pp. 349 a 351) Tirant Lo Blanch.

Álvarez, S. (2017, diciembre). El traslado del domicilio social: por qué se han producido y cómo hacerlos tras el Decreto Ley 15/2017. Revista el notario, nº. 76.

Ansón Peironcelly, R. (2013). Fusión Transfronteriza Intracomunitaria. Ansón Peironcelly, R, Garrido de Palma, V. M., Aranguren Urriza, R., Banacloche Pérez, J. (Ed. 1ª). Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales). (pp. 194, 306-307, 312-313, 316-318) Tirant Lo Blanch.

Campuzano, A. B. (2019, 24 junio). Impugnación de acuerdos sociales por abuso de la mayoría. Dictum Abogados.

Paz-Ares, C. (2015, 30 enero). La anatomía del deber de Lealtad, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 39-2015 / p. 53.

Peyra Torrella, J. M. a. (2020, 16 junio). Las prestaciones accesorias como instrumento para reforzar los pactos entre socios. Legal Today.

Pujol I Camps, A. (2018, 9 octubre). El cumplimiento del pacto de socios como prestación accesorio. Ambit Assessor.

Quintas Serara, A. (2017). El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, 517-574. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.04>

Sánchez Román. (2019). La permuta. Guías Jurídicas Wolters Kluwer.

V. García Gil y S. Ugena Muñoz (2015) El aumento del capital social. Campuzano Laguillo, A.B, Sebastián Quetglas, R., Tortuero Ortiz, J. (Ed.2ª), Esquemas de derecho de las sociedades de capital (pp. 400 a 405) Tirant Lo Blanch.

Valpuesta Gastaminza, E. (2015). Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital (2.a ed.). Bosch, pp. 376, 490, 625-626.