



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

ICAI

ICADE

CIHS

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

Autora: Mónica Ojeda Soler.

Tutor: Miguel Martínez Muñoz

Madrid  
Enero 2021

## INDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>2</b>
<b>2. INFORME DESPACHO “1”.</b>	<b>4</b>
<b>2.1. Asunto</b>	<b>4</b>
<b>2.2. Asunciones</b>	<b>4</b>
<b>2.3. Uso y circulación</b>	<b>5</b>
<b>2.4. Visión general.</b>	<b>5</b>
<b>3. ESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN</b>	<b>5</b>
<b>3.1. Alternativa I</b>	<b>5</b>
3.1.1. Transmisión de acciones que correspondan al valor de la marca al socio único CirCerámica, amortizar el excedente.	6
3.1.2. Aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.	9
<b>3.2. Alternativa II</b>	<b>12</b>
3.2.1. Compraventa participaciones sociales de CirCerámica.	12
3.2.2. Fusión apalancada.	13
3.2.3. Prohibición de asistencia financiera.	15
<b>2.3. Alternativa III</b>	<b>17</b>
<b>2.4. Recomendación</b>	<b>18</b>
<b>4. Domicilio social al extranjero.</b>	<b>19</b>
<b>4.1. Procedimiento</b>	<b>19</b>
<b>4.2. Cuestiones</b>	<b>21</b>
<b>5. INFORME DESPACHO “2”.</b>	<b>25</b>
<b>5.1. Introducción</b>	<b>25</b>
5.1.1. Asunto	25
5.1.2. Asunciones.	25
5.1.3. Uso y circulación.	25
<b>5.2. Visión general.</b>	<b>25</b>
5.2.1. Ausencia firma pacto de socios.	26
5.2.2. Incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.	28
5.2.3. 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.	34
5.2.4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.	35
<b>6. ANEXO I.</b>	<b>37</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>41</b>
<b>7.1. Artículos doctrinales y comentarios prácticos.</b>	<b>41</b>
<b>7.2. Legislación</b>	<b>42</b>
<b>7.3. Doctrina y jurisprudencia</b>	<b>43</b>

## **1. INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo se pretende dar respuestas concretas a las cuestiones planteadas a través de dos informes claramente diferenciados. La intención es que los informes sean claros y concisos.

Con este trabajo no se pretende dar respuesta a todos los problemas que puedan llegar a surgir, sino sólo a los planteados por la Universidad Pontificia Comillas para los estudiantes del Máster de Acceso a la Abogacía con la especialidad en Derecho de la Empresa.

En todas las cuestiones se plantea la alternativa más acertada y ajustada a Derecho y siempre con un intenso apoyo doctrinal y jurisprudencial. No obstante, habrá alternativas susceptibles de diferentes interpretaciones y, seguramente también defendibles.

# **INFORME 1**

CerTronic, S.A

11 de enero de 2021

## 2. INFORME DESPACHO “1”.

### 2.1. Asunto

En la preparación de este informe (el “Informe”), ALPHA ABOGADOS, S.L. (“Alpha”) actúa como asesor legal de CerTronic, S.A (el “Cliente”, y “CerTronic”).

El objetivo de este Informe es proporcionar asesoramiento legal sobre las distintas posibilidades de adquisición que tiene CerTronic de adquirir CirCerámica, *società a responsabilità limitata*. Posteriormente, se prestará asesoramiento sobre la adquisición por parte de CerTronic de las participaciones sociales de los dos (2) socios de CirCerámica con ayuda de un préstamo, de manera que pasaría a ser el socio único de esta última al ser el titular del 100% de las participaciones sociales que componen el capital social. Una vez realizada dicha adquisición, se llevaría a cabo una fusión por absorción por parte de la CerTronic

Una vez finalizada la operación de absorción de CirCerámica quiere adoptar un acuerdo de traslado de su domicilio social a los Países Bajos. El objetivo mediado es realizar una fusión de la nueva sociedad CirCerámica holandesa con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier- NV.

### 2.2. Asunciones

El Informe ha sido elaborado partiendo de las siguientes asunciones:

- La administración de Certronic está encomendada a un Consejo de Administración formado por cinco (5) personas, pero con una (1) vacante no cubierta: D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Antonio Falomir Esteve, y un quinto consejero designado por Vulture.
- El capital de la compañía está distribuido entre cinco (5) socios: (i) el 28% del capital de Certronic pertenece a una sociedad familiar Badenes-Bros, SRL, (“Badenes SRL”); (ii) el 8% a Doña Lidón Falomir Fabra; (iii) el 10% a Don Antonio Falomir Esteve; (iv) el 10% a Doña Amparo Fabra Llorens; y (v) el 44% a Vulture.
- 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.

### **2.3. Uso y circulación**

Este Informe ha sido elaborado única y exclusivamente para el Cliente y no deberá ser utilizado con otra intención o en ningún otro concepto distinto al contemplado en el mismo. Ninguna tercera parte podrá considerarse beneficiaria del presente Informe sin autorización expresa de Alpha.

### **2.4. Visión general.**

CerTronic está considerando adquirir una sociedad italiana con domicilio social en Modena, denominada Cir-Ceramica *società a responsabilità limitata* (“**CirCerámica**”), formada por dos socios: D. Angelo Vattermoli y una sociedad de capital riesgo “Il Piccolo Avvoltoio, srl”, controlada al 100% por Vulture), que carece ya de actividad económica, al haber trasladado sus activos, en virtud de una escisión a otra sociedad). Sin embargo, su marca conserva un alto prestigio en el mercado. Para su adquisición se han elaborado diferentes vías (la “**Operación**”).

## **3. ESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN**

La operación puede articularse a través tres (3) alternativas diferentes.

### **3.1. Alternativa I**

La primera alternativa se desglosa a su vez en dos opciones. En la primera opción, CirCerámica aportaría la marca y, a cambio, se les entregarían acciones de CerTronic correspondientes al valor de la marca. En la segunda opción, se articularía a través de un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca, esto es, de una aportación no dineraria.

No obstante, hay que tener en cuenta la imagen final. En ambos supuestos, CerTronic tendría la marca entre sus activos y CirCerámica sería socio de CerTronic.

Posteriormente, si el resultado que se busca es integrar a CirCerámica dentro de CerTronic se podría proceder a fusionar ambas sociedades.

Se presentan a continuación, las diferentes posibilidades existentes para la Alternativa 1.

3.1.1. Transmisión de acciones que correspondan al valor de la marca al socio único CirCerámica, amortizar el excedente.

La primera posibilidad consistiría en la transmisión de acciones de CerTronic que correspondan al valor de la marca a CirCerámica y, posteriormente, amortizar el excedente. Para ello, se llevaría a cabo una operación de autocartera.

Téngase en cuenta que, previamente, deberá realizarse una valoración del activo intangible (*i.e.* la marca).

- **Operación de autocartera**

La operación de autocartera consiste en la adquisición por parte de la sociedad CerTronic de acciones propias (**artículo 134** del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la “LSC”) de los socios de CerTronic (*i.e.* comprar acciones que son titularidad de los accionistas actuales) y se articulará a través de una figura jurídica conocida como adquisición derivativa condicionada.

Por disposición legal, las sociedades de capital no pueden asumir ni suscribir sus propias acciones. Sin embargo, la figura de la adquisición derivativa condicionada nos permite realizar dicha operación siempre y cuando se cumplan determinados requisitos, es decir, se encuentra *condicionada*.

Así pues, será necesario que se cumplan los siguientes requisitos (art. 146 LSC):

1. Que la adquisición haya sido autorizada mediante acuerdo de la Junta General. Dicho acuerdo deberá determinar:
  - 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.
2. El valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al veinte por ciento.

Al ser la CerTronic, titular de las acciones, hay que tener en cuenta los derechos que acompañan a dichas acciones se verán afectados.

Por tanto, una vez adquiridas, el régimen de las acciones propias se ve afectado de la siguiente forma (art. 148 LSC):

- Se suspende el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos.

El objetivo es evitar que la voluntad social quede en manos de los administradores, y no desvirtuar el concepto de sociedad por acciones. A pesar de tener suspendido el derecho de voto en tanto estén en autocartera, las acciones propias sí se computarán a efectos de los quórums de constitución de la junta y para la adopción de acuerdos.

- Se atribuyen proporcionalmente al resto de acciones los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción<sup>1</sup> hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones.

Por tanto, las acciones propias no tienen reconocido el derecho al dividendo y a la cuota de liquidación. Esto se debe a que, en caso de no suspenderse, sería la sociedad la que percibiría el dividendo. Posteriormente, sería revertido en los accionistas. Por ello, se reconoce directamente a los socios de forma proporcional.

- Computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y deliberación de la junta.

Desde el punto de vista contable, se va a establecer una reserva indisponible por un importe idéntico al de las acciones computado en el activo. Así pues, mientras las acciones propias no sean enajenadas la reserva indisponible se mantendrá. A través de esta técnica contable se

---

<sup>1</sup> Dicha excepción tiene su origen en los aumentos de capital meramente contables. La sociedad recibe las acciones correspondientes a dicho aumento gratuito, sin embargo, no es relevante dado que nos encontramos ante una operación contable que no altera el *statu quo* patrimonial de la sociedad. Alfaro, J., “*Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones*”. Almacén de Derecho, 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/los-negocios-de-una-sociedad-sobre-sus-propias-acciones-o-participaciones>). Así pues, no hay auto suscripción de acuerdo con la Resolución de 15 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Barcelona a inscribir una escritura de aumento del capital de una sociedad anónima con cargo a reservas.

consigue que la adquisición de acciones propias sea neutra desde el punto de vista del patrimonio neto de la sociedad, al figurar el importe de las acciones en el activo "neutralizado" por la reserva indisponible en el pasivo por el mismo importe.

El informe de gestión de la sociedad adquirente deberá recoger, como mínimo (art. 148 LSC):

- Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio.
- El número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan.
- En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones.
- El número y valor nominal del total de las acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan.

Los administradores deberán incluir en el informe de gestión la adquisición de acciones propias. Ahora bien, en el supuesto de que CerTronic formule balance abreviado no está obligada a elaborar el informe de gestión en cuyo caso si la sociedad hubiera adquirido acciones propias o de su sociedad dominante, debe incluir en la memoria (art. 262.2. LSC), como mínimo, las cuestiones previamente mencionadas (art. 148 LSC).

- Transmisión de las acciones a cambio del valor de la marca.

Una vez adquiridas se llevará a cabo una transmisión de las acciones propias<sup>2</sup> previamente adquiridas a cambio del valor de la marca<sup>3</sup>. Posteriormente, en el supuesto de que el valor de las acciones sea superior al de la marca, CerTronic, podrá amortizar el excedente.

---

<sup>2</sup> Según Antonio Perdices, "no hay derecho de suscripción preferente desde el momento que las acciones ya existen, aunque económicamente la operación equivalga a aumentar capital. Pero tampoco procedería, creo, un derecho de adquisición preferente porque ese se activa cuando un socio pretende vender, y aquí no hay ningún socio que lo pretenda, sino la sociedad, que no puede ser socia de si misma. Congelar y activar capital son operaciones neutras o transparentes al derecho estatutario de adquisición preferente, No procede pues del mismo modo que tampoco cuando se vende a la sociedad. En estas operaciones societarias lo que si procedería es aplicar el principio de igualdad de trato hacia los socios." "Cándido Paz-Ares/ Antonio Perdices, "Los negocios sobre las propias acciones".

<sup>3</sup> La valoración de la marca se podrá realizar utilizando diferentes valoraciones como, por ejemplo: (i) valoración de la marca basada en el coste que ha supuesto la misma desde el inicio; (ii) valoración de la marca basada en los ingresos; y (iii) valor de marcas basada en el mercado.

Dicha operación de amortización consiste en reducir el número de acciones en circulación y aumentar el valor de las mismas. De esta manera, la reducción del capital no implica una devolución de aportaciones a los accionistas de CerTronic dado que este último es el titular de las acciones que se han amortizado.

Como resultado final, CirCerámica pasaría a ser accionista de CerTronic.

### 3.1.2. Aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.

La segunda posibilidad consistiría en realizar un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca. De esta forma, CerTronic aumentaría su capital mediante la emisión de nuevas acciones con cargo a nuevas aportaciones no dinerarias. Así pues, CirCerámica aportaría la marca y recibiría las acciones correspondientes de CerTronic.

Para proceder al aumento de capital se deberán seguir los siguientes pasos:

#### 1. Actuaciones previas a la adopción de acuerdos sociales.

Serán necesarios dos (2) informes:

1. **Informe de los administradores.** Los administradores de CerTronic deberán elaborar un informe 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 (art. 300 LSC).

Cabe tener en cuenta, que dada las características societarias de CerTronic, el valor de cada una de las acciones de la sociedad, una vez aumentado el capital, habrá de estar desembolsado en una cuarta parte como mínimo. Entendemos que el capital se aumentará proporcionalmente por el valor de la marca por lo que estará íntegramente desembolsado.

2. **Informe de un experto independiente.** Es necesario el informe de un experto independiente que valore la marca, esto es, la aportación no dineraria.

La solicitud nombramiento del experto independiente, suscrita por CerTronic, se solicitará al Registrador Mercantil indicando las siguientes circunstancias (art. 338 Real

Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, el “**RRM**”):

1. Denominación y datos de identificación registral de la sociedad o, en su caso, el nombre y apellidos de las personas que promuevan la constitución de la sociedad, así como su domicilio.
2. Descripción de los bienes, con indicación del lugar en que se encuentren, así como del número y valor nominal y, en su caso, prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.
3. Declaración de no haberse obtenido en los últimos tres meses otra valoración de los mismos bienes, realizada por experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.
4. Fecha de la solicitud.

Una vez presentada la instancia, se practicará en el Libro Diario el correspondiente asiento de presentación, en el que se identificará al solicitante y al presentante, y se indicarán sucintamente los bienes a valorar (art. 339 LSC). Posteriormente, el experto será designado en un plazo aproximado de 15 días a contar desde la fecha del asiento de presentación.

En el supuesto de que se produzcan daños como consecuencia de una valoración negligente, el experto independiente será responsable de su valoración por un periodo de 4 años, a contar desde la firma del informe, frente a accionistas y acreedores. No obstante, podrá ser exonerado si se prueba que utilizó diligencia y los estándares normales de actuación (art. 340 RRM). Por tanto, en el momento de emisión del informe deberá probar que ha utilizado los métodos de valoración adecuados.

## 2. Convocatoria la Junta General.

El anuncio de convocatoria tiene que publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (el “**BORME**”) porque tiene que figurar en algún sitio público que se va a celebrar la Junta General. Adicionalmente si la sociedad tiene página web, debe también publicarse en la misma. Dicho anuncio deberá publicarse con un (1) mes de antelación a su celebración.

En el momento en el que se produzca la convocatoria de la Junta General, se deberá poner disposición de los socios el informe elaborado por los administradores mencionado previamente y un informe que justifique la modificación de los Estatutos Sociales.<sup>4</sup>

La Convocatoria expresará el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, derecho complemento de convocatoria para socios con al menos el 5% del capital social, es decir, tienen derecho a complementar esa convocatoria e incluir un punto del Orden del día sin que los administradores se puedan negar (art. 172.2. LSC) y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria.<sup>5</sup>

Adicionalmente, en el anuncio de convocatoria de la junta general se dejará constancia del derecho que tienen todos los socios de revisar el mencionado el informe en el domicilio social, así como pedir la entrega o el envío gratuito del documento.

Como consecuencia del aumento del capital se deberán modificar los estatutos sociales de CerTronic para que reflejen la situación real.

Por tanto, los acuerdos a adoptar por la Junta General de CerTronic serán:

1. Aprobación del aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias.
  2. Modificación de los Estatutos Sociales. (art. 285.1.LSC).
  3. Documentación de acuerdos.
3. Constitución de la Junta General y aprobación de acuerdos sociales.

Al tratarse de acuerdos con carácter extraordinario (art. 194.1. y 201 LSC), 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. Para la adopción del acuerdo será necesario mayoría absoluta.
- En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital (art. 194 LSC). En este supuesto, el acuerdo requiere el voto favorable de los dos tercios del capital.

---

<sup>4</sup> Tal y como exige el artículo 174 LSC.

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que habrá que comprobar que no se prevé nada al respecto en los Estatutos Sociales.

Téngase en cuenta que habrá que comprobar que los Estatutos Sociales de CerTronic no refuerzan los márgenes para la adopción de acuerdos.

#### 4. Ejecución del aumento de capital.

Los socios de CirCerámica que han suscrito las nuevas acciones quedan obligados a aportar la marca, aportación no dineraria, desde el momento mismo de la suscripción (art. 312 LSC).

#### 5. Actuaciones posteriores: la inscripción de los acuerdos sociales.

El acuerdo de aumento del capital social y la ejecución de los acuerdos deberán ser elevados a público y deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil (art. 315 LSC).

La escritura que documenta la ejecución deberá expresar los bienes o derechos aportados y, la identidad de las personas a quienes se hayan adjudicado, la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas, así como la declaración del órgano de administración de que la titularidad de las acciones nominativa se ha hecho constar en el Libro-registro de acciones nominativas (art. 314 LSC).

### **3.2. Alternativa II**

En segundo lugar, CerTronic compraría el 100% de las participaciones sociales de CirCerámica de manera que CerTronic pasaría a ser la socia única de esta última. Posteriormente, con el objetivo de integrar el único activo de CirCerámica (*i.e.* la marca) en los activos de CerTronic se recomienda realizar una fusión de ambas sociedades. De esta forma, CirCerámica desaparecería quedando CerTronic como sociedad resultante.

A continuación, se desglosa paso por paso la Alternativa II.

#### 3.2.1. Compraventa participaciones sociales de CirCerámica.

CerTronic compraría el 100% de las participaciones sociales CirCerámica con ayuda del préstamo<sup>6</sup> de manera que CerTronic pasaría a ser la socia única de esta última al tener el 100%

---

<sup>6</sup> Las operaciones de adquisición apalancada, que pueden desembocar en una fusión posterior, presenta como particularidad que la financiación para la adquisición de la compra participaciones sociales que

del capital social. Tal operación consistiría en una compraventa de las participaciones sociales de CirCerámica que deberá constar en documento público (106.1. LSC). Adicionalmente, deberá constar en el libro registro de socios.

En el momento de la compraventa y/o en un momento posterior se deberá formalizar el cambio de socio único e inscribirlo en el Registro Mercantil dentro del plazo de seis (6) meses desde la formalización de la compraventa (art. 13 y 14 LSC).

La compraventa de participaciones sociales es más sencilla ya que con el propio contrato en el que se transmiten las mismas se están transmitiendo todos los activos y pasivos de ésta. Ahora bien, en estos casos la situación societaria de la sociedad es más relevante. Se nos ha indicado que CirCerámica carece de actividad económica al haber trasladado sus activos, en virtud de una escisión a otra sociedad. Sin embargo, recomendaríamos hacer una auditoría legal de la misma para cerciorarnos de que no existen ningún tipo de deudas.

### 3.2.2. Fusión apalancada.

Una vez realizada dicha adquisición, se llevaría a cabo una fusión por absorción por parte de la CerTronic (la “**Sociedad Absorbente**”) de CirCerámica (la “**Sociedad Absorbida**”).

La fusión por absorción de la filial en Italia CirCerámica se estructuraría, como una fusión apalancada<sup>7</sup> dado que la Sociedad Absorbida, acaba soportando el pago de la financiación, de esta forma, la compra recae sobre la sociedad comprada.

---

permitan alcanzar el control de una sociedad acaba siendo soportada por la propia sociedad cuyas participaciones sociales han sido adquiridas. RODRIGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), “Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente”. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles , I, Cizur Menor, 2009, págs. 721 a 766). También FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> C., *La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas, o leveraged buy-outs* , RDM, núm. 232, 1999, pág. 577 y sigs.

<sup>7</sup> Así, MONTALENTI, P, expone que *Las fusiones apalancadas o leveraged buy –outs (LBO) responden a operaciones financieras en las que la financiación obtenida para adquirir el control de una sociedad (target), es amortizada con el propio patrimonio de esta última. Las operaciones de leveraged buy-out han sido definidas como técnicas de adquisición de participaciones totalitarias o de control de sociedades de capital mediante el recurso al crédito, por parte de los adquirentes, facilitado por entidades de crédito o por sociedades financieras especializadas. Dentro de la diversidad fáctica inherente a esta categoría, la peculiaridad reside en el hecho de que la deuda contraída para la adquisición es satisfecha, con posterioridad a la adquisición, con el cash flow de la sociedad adquirida y, habitualmente, con la*

Toda operación de fusión debe contar con un proyecto común de fusión. Sin embargo, en el caso concreto se presenta una particularidad. Se trata de una fusión impropia directa (art. 49 LME) dado que la sociedad absorbente sería titular de forma directa de todas participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad absorbida. Por tanto, el proyecto de fusión habitual se sustituye por un procedimiento simplificado de fusión especial.<sup>8</sup>

Así pues, el proyecto simplificado de fusión deberá contener:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.
6. Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.
7. La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.
8. Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

---

*enajenación de parte de su patrimonio. Como se ha afirmado, con frecuencia el préstamo es garantizado con la constitución de garantías sobre las acciones de la sociedad adquirida y, sucesivamente, sobre sus mismos bienes. MONTALENTI, P., *Il leveraged buy-out*, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 1.*

<sup>8</sup> No será necesario llevar a cabo un aumento de capital por parte de la Sociedad absorbente ni la aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.

9. 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.

La Sociedad Absorbente ha contraído deudas, solicitando un préstamo, en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la fusión. Por tanto, 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. Además, el informe de los administradores deberá indicar las razones que hubieren justificado la adquisición del control y que justifiquen, en su caso, la fusión, y contener un plan económico y financiero con expresión de los recursos y descripción de los objetivos que se pretendan conseguir.

### 3.2.3. Prohibición de asistencia financiera.

Esta operación podría caer sobre la esfera de la prohibición de asistencia financiera que prohíben facilitar la asistencia financiera para que un tercero compre sus participaciones o acciones o las acciones o participaciones de su sociedad dominantes o de alguna sociedad del grupo.

El objetivo de la compra apalancada consiste en lograr el repago de la deuda con los flujos de caja que genera la sociedad adquirida. En el caso de toma de control de sociedades mediante compra de acciones, la prohibición de asistencia financiera impide que los activos de la sociedad resulten afectos al pago de la deuda.<sup>9</sup> La liquidez necesaria para afrontar ese pago la tendrá que obtener el adquirente mediante la desafección de patrimonio de la sociedad objetivo vía distribuciones de dividendos o reducción de capital si se cumplen los requisitos legales (la realización de préstamos filial – matriz para que ésta repague la deuda es asistencia financiera posterior y está también prohibida).<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> La prohibición de asistencia financiera prevista en los artículos 143.2 y 150 LSC no permite que la CirCerámica grave ninguno de sus activos ni los de sus filiales con objeto de garantizar su adquisición por un tercero.

<sup>10</sup> Es habitual que los financiadores condicionan la financiación a que se proceda a la fusión posterior a la adquisición entre *Newco* y CirCerámica de manera que la sociedad resultante de la fusión asume la deuda que había contraído *Newco* con los financiadores que, por fin, tienen como garantía no las acciones o participaciones adquiridas, sino los bienes y derechos de la sociedad resultante de la fusión. Esta fusión permite que el patrimonio de la sociedad objetivo (sus flujos de caja) termine afecto al pago de la deuda contraída por *Newco*. Se consigue el denominado “*push down*” de la deuda, de modo que esta se sitúa en la sociedad operativa.

La fusión provoca que los patrimonios de ambas sociedades quedan integrados en la sociedad resultante. La inscripción registral de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas, con la consiguiente asunción por sucesión universal de los derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas. Por tanto, la deuda de adquisición queda integrada como partida contable en el pasivo del balance de la sociedad absorbente, desapareciendo las reservas de la operativa e incrementando el capital de la absorbente en la medida necesaria para atender el canje de acciones en la sociedad o sociedades absorbidas. Así, el patrimonio y negocio de la absorbida pasa a soportar la financiación de adquisición formalizada esto es, a ser fuente de reembolso de la deuda.

En el supuesto de compra apalancada seguida de fusión, en un primer momento no cabe la apreciación de asistencia financiera. Sin embargo, la devolución de la deuda adquirida por en virtud del principio de sucesión universal (art. 23 LME), pasará a responder la sociedad resultante que incluirá ambos patrimonios, y, por tanto, parte de la financiación será amortizada mediante los flujos de caja generados por la sociedad comprada. Así, el resultado de la fusión apalancada es que la sociedad que ha sido comprada acaba soportando el pago de la financiación: la compra la paga la sociedad comprada, y no el comprador.

Por lo tanto, por la vía de la fusión apalancada, en un primer momento se salva la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas, siempre que se cumplan determinados requisitos.

En caso de fusión entre CerTronic y CirCerámica, al haber contraído la primera deuda en los, tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de la segunda serán de aplicación las siguientes reglas (art. 35 LME)<sup>11</sup>:

1. 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; y

---

<sup>11</sup> Una fusión apalancada se configura como una operación compleja dado que la financiación acaba siendo soportada por la sociedad comprada con anterioridad. Así pues, tal situación puede desembocar en sobreendeudamiento y, por ende, dar lugar a una situación concursal. Por tanto, se establece un régimen legal especial que exige que se cumplan determinados requisitos tales como el proyecto de fusión, el informe de administradores y el informe de experto independiente. Sin embargo, tales medidas no resultan suficientes para eliminar los riesgos. (vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., « Fusión posterior...», cit., págs. 746 y 747).

2. 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. Además, el informe de los administradores será necesario porque CirCerámica se encuentra en Italia y CerTronic en España y, por tanto, se trata de una fusión transfronteriza intracomunitaria (art. 49 LME).

No será necesario solicitar un informe de experto independiente porque la sociedad Absorbida está íntegramente participada por la Sociedad Absorbente (art. 49 LME).

De conformidad con lo anterior, las fusiones en las que exista deuda viva procedente de una financiación concertada tres años antes, serán lícitas si se cumplen los requisitos especiales mencionados anteriormente. Ahora bien, la realización de una fusión (o de cualquier otra modificación estructural que implique la unificación de masas patrimoniales) entre sociedades, cuando exista endeudamiento previo (en los tres años anteriores) de una de las participantes para la adquisición del control o de los activos esenciales de otra, sin cumplir los requisitos necesarios, será ilícita y por tanto nula (aunque sólo impugnabile en el plazo de 3 meses desde la inscripción).<sup>12</sup>

Se adjunta como Anexo I un calendario de operaciones mercantiles y societarias, así como los plazos correspondientes.

### **2.3. Alternativa III**

En el supuesto de que se cuente con el dinero suficiente se podría optar por comprar directamente la marca a CerCerámica. En caso contrario se podría solicitar un préstamo por el precio de la marca. La operación se articularía a través de un contrato de cesión o transferencia de marca. En este supuesto CerTronic conseguiría introducir la marca en su activo sin tener que realizar ninguna otra operación.

De esta forma, a través de la cesión se transfieren los derechos de propiedad intelectual sobre el elemento que se trate (*i.e.* la marca). Una vez completada la cesión de los derechos, CirCerámica

---

<sup>12</sup> Sin embargo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de enero de 2007 que nos indica que no se comete fraude cuando se realiza lo siguiente: (i) adquisición de activo y pasivo de la TARGET por la SPV; (ii) disolución y liquidación de la TARGET; (iii) reducción de capital social de la TARGET en favor de la SPV; o (iv) reparto de dividendos de la TARGET a favor de la SPV.

no tendrá ninguna responsabilidad y tampoco podrá beneficiarse de ningún éxito comercial que implique dicho elemento.

Para articular la operación se elaborará un contrato de cesión que indicará expresamente los derechos que se ceden, así como el número de registro de los mismos. Posteriormente, se registrará el acuerdo de cesión en la oficina de propiedad intelectual correspondiente.<sup>13</sup>

Entendemos que la marca se encuentra registrada a nivel europeo y nacional. Dado que la sociedad tiene su domicilio en Italia, habrá que confirmar cuales son los pasos a seguir para ceder una marca nacional italiana registrada. A nivel europeo no es necesario enviar pruebas documentales de la misma (por ejemplo, una escritura de cesión) si el representante que firma la solicitud marca la casilla Representante de ambas partes.<sup>14</sup>

#### **2.4. Recomendación**

Una vez explicadas todas las alternativas la decisión para inclinarnos por una u otra se tomará en función del interés perseguido y el tiempo.

Hay que tener en cuenta que en la alternativa I, CirCerámica sería accionista de CerTronic. En cambio, en la alternativa II y III, CirCerámica no entraría en el accionariado de CerTronic sino que pasaría a formar parte de su activo.

Llegados a este punto, recomendaríamos la alternativa II u III principalmente porque consideramos que no es conveniente incluir a CirCerámica en el accionariado de CerTronic. Si bien es cierto que podría modificarse con posteriores modificaciones estructurales supone un procedimiento eludible.

---

<sup>13</sup>Web Oficial de la Unión Europea. “Comercialización de la propiedad intelectual”. (disponible en [https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/licensing-selling/index\\_es.htm](https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/licensing-selling/index_es.htm))

<sup>14</sup> El representante puede firmar la solicitud en nombre de ambas partes solo cuando se trate del representante nombrado por el titular original en la base de datos y sea también nombrado representante del nuevo titular/beneficiario. Tal y como aparece recogido en EUIPO. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. “Inscripciones”. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/recordals>.

#### 4. Domicilio social al extranjero.

Una vez finalizada la operación CerTronic, prevé adoptar en la junta un acuerdo de traslado de su domicilio social a los Países Bajos.

En primer lugar, habrá que valorar si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica (art. 93 LME). Aunque la sociedad haya sido constituida conforme a ley española<sup>15</sup>, la sociedad puede, por voluntad de los socios, trasladar su domicilio social para continuar desarrollando su actividad en otro país, sin que el simple traslado de domicilio conlleve la pérdida de la personalidad jurídica, por no imponer este efecto ni el país de origen ni el país de destino.

Los países a los que podrán desplazarse las sociedades mercantiles españolas que opten por trasladar su domicilio social serán, pues, los países en los que existe un modelo de atribución de la nacionalidad basada en la sede real. Sin embargo, en países como Reino Unido, Dinamarca y Holanda, rige el principio de constitución por el cual a la sociedad se le atribuye la nacionalidad del lugar donde la sociedad ha sido constituida. Por tanto, las sociedades tienen la nacionalidad del país donde se constituyen y, en consecuencia, la regulación aplicable será durante toda su existencia la del país de constitución, con independencia de cuál sea el país en el que la sociedad tenga su domicilio real y desarrolle su actividad. Para esos países, si una sociedad española por haber sido constituida en España se traslada a uno de esos países la sociedad seguirá siendo española, incluso después de trasladado el domicilio social.<sup>16</sup>

##### 4.1. Procedimiento

En primer lugar, los administradores de CerTronic deberán redactar y suscribir un proyecto de traslado.<sup>17</sup> Dicho proyecto deberá contener, como mínimo (art. 95 LME):

---

<sup>15</sup> Se entiende que la nacionalidad de las sociedades de capital se determina atendiendo al criterio de domicilio efectivo o sede real (art. 8 LSC). En cuanto al domicilio, las sociedades de capital fijarán su domicilio *en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. Así pues, sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España (art. 9 LSC).*

<sup>16</sup> MIGUEL GOENECHEA, J. y GRACIA, C. “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 24-2009 (Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf>).

<sup>17</sup> Si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto con indicación de la causa.

1. La denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil.
2. El nuevo domicilio social propuesto.
3. Los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social.
4. El calendario previsto para el traslado.
5. Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.

Como complemento al proyecto de traslado, los administradores deben elaborar un informe que dé razón detallada de los aspectos jurídicos y económicos de la migración (art. 96 LME).

Posteriormente, los administradores deberán depositar en el Registro Mercantil correspondiente, un ejemplar del proyecto de traslado. Efectuados el depósito y la calificación del Registrador, éste comunicará al Registrador mercantil central para su inmediata publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar. En el anuncio en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» deberán constar la denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad que se traslada, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, así como una indicación de las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores y la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, información sobre esas condiciones y el derecho atribuido a los acreedores y los socios de solicitar gratuitamente un ejemplar del proyecto de traslado y del informe de administradores.

Una vez depositado el proyecto de traslado en el Registro Mercantil y publicado el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, los administradores deben convocar a los socios con un plazo mínimo de dos meses de antelación para que se constituyan en Junta General y decidan sobre el traslado. La publicación de la convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre el traslado no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito. En el seno de la Junta los socios deben pronunciarse sobre el proyecto de traslado y el informe de administradores y resolver si procede o no la emigración de la sociedad. La decisión de migrar a un país extranjero implicará no sólo adoptar el acuerdo de traslado de domicilio, sino, además, fijar y aprobar el texto de los nuevos estatutos que regirán la sociedad una vez el traslado devenga eficaz. Cuando la sociedad se inscriba en el país de destino en el órgano equivalente al Registro Mercantil español, la sociedad deberá tener unos estatutos vigentes que sean conformes a la ley aplicable del país de destino. Por tanto, la redacción de los estatutos de la sociedad tiene que ser aprobados simultáneamente al acuerdo de traslado de domicilio social.

La modificación de los estatutos que deberá adoptarse por la mayoría prevista en los estatutos y, en su defecto, por mayoría absoluta (art. 201 LSC).

Posteriormente, el registro Mercantil de Madrid emitirá una certificación previa al traslado (art. 101 LME).

Es importante tener en cuenta que en la inscripción de transferencia al extranjero del domicilio social solo podrá practicarse cuando conste en la escritura pública la declaración de los administradores de que ningún accionista ha hecho uso del derecho de separación en su caso, de que han sido reembolsadas las acciones de quienes lo hubieren ejercitado o ha sido consignado su importe, con expresión del precio reembolsado por acción, previa reducción del capital social mediante amortización de las acciones. Además, En la inscripción de la transferencia al extranjero se harán constar, os datos relativos al convenio internacional en que se funda el acuerdo y a su ratificación, con expresión de la fecha y número del «Boletín Oficial del Estado» en que se hubieran publicado el texto del convenio y el instrumento de ratificación (art. 160 RRM).

#### 4.2. Cuestiones

Ahora bien, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”) reconoce la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento. Así, en su artículo 49 establece que, la libertad de establecimiento comprenderá la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo (art. 54 TFUE).

Este supuesto presenta semejanza con el caso *Polbud*<sup>18</sup> que reconoce la posibilidad de optar por la legislación más ventajosa y que esta sea la única motivación de la transformación

---

<sup>18</sup> La Sentencia de 25 octubre 2017, *Polbud*, C106/17, EU; C2017;804, trata el supuesto de una sociedad polaca que decidió trasladar su domicilio a Luxemburgo sin cambiar su sede real, es decir su centro de dirección efectiva. En 2013, *Polbud* ejecutó el acuerdo de traslado de domicilio social sometándose al Derecho luxemburgués, y cambiando la denominación de la sociedad a *Consoil Geotechnik Sàrl*, todo ello sin perder la personalidad jurídica. Solicitada la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil polaco, este la deniega por no aportar los documentos de liquidación y disolución, obligatorios para la cancelación de una sociedad en Derecho polaco. El TJUE determinó que Polonia no podía oponerse al traslado y consideró que no era necesario que la sociedad fuese a ejercer una actividad económica en Luxemburgo (posición en contra del criterio de sentencias anteriores *Reyners*, *Gebhard*, *Vale*, *Iraklis*). Ahora bien, en el caso *Centros* ya se admitió el ejercicio de la libertad de establecimiento cuando una

transfronteriza: *“no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa.”*

Las sociedades pueden optar por la legislación que más les conviene no solo en el momento de la constitución (como se deducía de los casos Centros<sup>19</sup> y Uberseering) sino en cualquier momento posterior a través de la transformación transfronteriza.

El TFUE en el caso Polbud concluyó que los artículos 40 y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado Miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, sin que se desplace el domicilio real de la mencionada sociedad. Según el TJUE, la libertad de establecimiento se reconoce a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social y/o centro de actividad principal se encuentre en la Unión Europea, y comprende el derecho de la sociedad a transformarse en una sociedad sometida a la legislación de otro Estado miembro. El traslado se permite siempre que se cumplan los requisitos para la constitución y los puntos de conexión de una sociedad con el ordenamiento nacional en el Estado de destino. Si se respeta el criterio del Estado de destino en relación con los puntos de conexión de la sociedad con el ordenamiento jurídico, el traslado está protegido por la libertad de establecimiento, aun cuando la sociedad ejerza la totalidad de sus actividades económicas en el Estado de origen.

---

sociedad se había constituido en otro estado en el que no iba a realizar ninguna actividad. Aunque en ese caso se trataba de crear una sociedad nueva y no de modificar una existente. Sin embargo, el TJUE no hace referencia a la necesidad de dar un tratamiento distinto.

<sup>19</sup> En la sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la libertad de establecimiento es aplicable a una situación en la que una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro en el que tiene su domicilio social desea crear una sucursal en otro Estado miembro aun cuando esa sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde ejercerá sus principales actividades económicas o incluso todas ellas (véase, en este sentido, apartado 17). Por tanto, en el caso Centros ya se admitió el ejercicio de la libertad de establecimiento cuando una sociedad se había constituido en otro estado en el que no iba a realizar ninguna actividad.

Por otro lado, el incumplimiento del principio de coincidencia de domicilio social y de sede real que en general exigen los países continentales, incluida España, no constituye razón suficiente para negar el traslado.

El TFUE declaró en el caso Polud que los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en cuya virtud el traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, está supeditada a la liquidación de la primera sociedad.

Desde un punto de vista práctico esta novedad tiene una gran importancia pues implica favorecer el *Delaware Effect*, es decir la posibilidad de optar por las jurisdicciones que las empresas consideren más favorables. Esto se podía hacer antes solo en el momento de constituir una sociedad (Centros y Uberseering) pero ahora las sociedades ya constituidas podrán cambiar de ley reguladora sin alterar su personalidad jurídica. Supone también un favorecimiento de los países que sigan el principio de incorporación, pues solo a estos se podrá cambiar el domicilio social sin cambiar la sede.

Tal y como se ha comentado previamente, la disolución implica que hay que liquidar y por ende pagar a cada uno de los acreedores. Estas actuaciones suponen una limitación a la libre circulación.

Por tanto, el traslado de domicilio al extranjero no lleva aparejada la obligación de disolver la sociedad dado que iría contra Derecho Europeo. De esta forma, se reconoce la posibilidad de que se produzca el traslado sin necesidad de extinguir la personalidad jurídica.

## **INFORME 2**

D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra

11 de enero de 2021

## **5. INFORME DESPACHO “2”.**

### **5.1. Introducción**

#### 5.1.1. Asunto

En la preparación de este informe (el “**Informe**”), OMEGA ABOGADOS, S.L., (“**Omega**”) actúa como asesor legal de Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra (el “**Cliente**”).

#### 5.1.2. Asunciones.

El Informe ha sido elaborado partiendo de las siguientes asunciones:

- La administración de Certronic, S.A. está encomendada a un Consejo de Administración formado por cinco (5) personas, pero con una (1) vacante no cubierta: D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Antonio Falomir Esteve, y un quinto consejero designado por Vulture.
- El capital de la compañía está distribuido entre cinco (5) socios: (i) el 28% del capital de Certronic pertenece a una sociedad familiar Badenes-Bros, SRL, (“**Badenes SRL**”); (ii) el 8% a; (iii) el 10% a Don Antonio Falomir Esteve; (iv) el 10% a; y (v) el 44% a Vulture.

#### 5.1.3. Uso y circulación.

Este Informe ha sido elaborado única y exclusivamente para el Cliente y no deberá ser utilizado con otra intención o en ningún otro concepto distinto al contemplado en el mismo. Ninguna tercera parte podrá considerarse beneficiaria del presente Informe sin autorización expresa de (nombre del despacho).

### **5.2. Visión general.**

D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra solicitan asesoramiento sobre la posibilidad de oponerse al traslado social a los Países Bajos alegando: (i) ausencia de firma de pacto de socios; (ii) incumplimiento de los administradores de sus deberes de lealtad; (iii) posibilidad de exigir a los socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deciden el traslado del domicilio social; y (iv) impugnar el correspondiente acuerdo abusivo.

### 5.2.1. Ausencia firma pacto de socios.

En el pacto de socios<sup>20</sup> se previó la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto, obligación que se incluyó mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad como prestación accesoria. Las prestaciones accesorias: (i) son accesorias a la condición de socio; (ii) son obligaciones específicas de dar, hacer o no hacer; (iii) no se les aplican los límites a las aportaciones sociales; y (iv) deben aparecer reflejadas y descritas en los estatutos sociales suficiente para poder considerarlas determinadas o determinables, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento. Toda prestación accesoria tiene un carácter contractual que implica que la sociedad y el socio pueden exigirse mutuamente el cumplimiento de lo pactado.

Antes de nada, hay que tener en cuenta que para introducir una prestación accesoria en los estatutos sociales se requiere el consentimiento de los obligados. Cabe tener en cuenta que D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir nunca llegaron a firmar el pacto de socios, obligación configurada en los estatutos como una prestación accesoria.

Así pues, analizamos por separado ambos casos:

#### - Consentimiento de D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens

En el caso de D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens, en el momento de introducir la prestación accesoria entendemos que nunca se produjo aquel consentimiento por lo que no se le puede exigir el cumplimiento de la misma.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> La Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha 26 junio de 2018 ha admitido la posibilidad de inscribir como una prestación accesoria el cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en los pactos sociales/protocolo familiar. Así, dicha resolución que, *–dejando al margen el hecho de que el protocolo familiar es aprobado por unanimidad de todos los accionistas en la misma junta general– la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista.*

<sup>21</sup> Dentro de los límites legales, los estatutos sociales pueden regularlas, teniendo en cuenta que es producto del acuerdo entre la sociedad y el socio (relación sinalagmática), por lo que será necesario para su creación, modificación o extinción y transmisión de las participaciones el consentimiento del socio que se obliga y

- Consentimiento de D<sup>a</sup> Lidón Falomir

D<sup>a</sup> Lidón Falomir que entró en la sociedad en 2012 una vez constituida la prestación accesoria se entiende que indirectamente presto su consentimiento. Por tanto, se produjo un incumplimiento de la prestación accesoria. En consecuencia, se le podrá exigir, por un lado, el cumplimiento de la prestación accesoria y, por otro lado, el correspondiente resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, la ejecución de las garantías, las eventuales cláusulas penales, e incluso la exclusión del socio de la propia sociedad si su incumplimiento fuera voluntario.

Es habitual incluir cláusulas penales para sancionar al socio que incumple su prestación accesoria. No obstante, se deberá hacer una revisión de los estatutos sociales y comprobar que no se ha pactado que la exclusión tenga lugar cuando, el incumplimiento se debe a causas no imputables al socio.<sup>22</sup> Los estatutos pueden completar el régimen jurídico de estas prestaciones accesorias como deseen.

Además, habrá que comprobar si el incumplimiento ha sido de forma voluntaria o no. Para exonerarse de un incumplimiento en derecho civil hay que alegar fuerza mayor o caso fortuito. Por tanto, no habrá derecho para excluir si no se pudo cumplir con la prestación accesoria por causas ajenas a su diligencia.

Por regla general, el pacto de socios<sup>23</sup> sólo obligará a los socios firmantes del mismo. Los pactos parasociales omnilaterales son aquellos acuerdos que han sido adoptados fuera del marco

---

el acuerdo mayoritario de la Junta General. Así se pronunció el Tribunal Supremo en STS de 15 de abril de 1997 (Ar. 884), en el que se expresó que la muerte del socio extingue las prestaciones accesorias personalísimas, que no se transmiten, pues el adquirente mortis causa de dichas participaciones no ha otorgado el consentimiento de quedar vinculado y, aún prestándolo, podría no estar capacitado para ello.

<sup>22</sup> El artículo 351 LSC recoge que *“En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad.”*

<sup>23</sup> De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 febrero de 2016, se trata de *“aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos.”*

societario por todos los socios que lo siguen siendo cuando se plantea el conflicto entre éstos y los estatutos.<sup>24</sup>

Debe asimismo destacarse que, en caso de incumplimiento imputable al socio de su obligación de realizar la prestación accesoria a favor de la sociedad, legitima a la mayoría social para excluir al socio, acuerdo que se tomará siguiendo las reglas generales para la exclusión de socios, además de otras acciones, lo cual será estudiado específicamente en su apartado correspondiente.

#### 5.2.2. Incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.

Vulture es socio de CirCerámica holandesa<sup>25</sup> en un 44%, entendiéndose que su participación no ha disminuido ni aumentado. Vulture es consejero de CirCerámica holandesa dado que cuenta con un consejo de administración compuesto por cinco (5) consejeros (con una vacante sin cubrir) y es socio de Nederlandse Gier-NV.

En primer lugar, podría existir un conflicto de intereses dado que Vulture es administrador de CirCerámica holandesa y socio de Nederlandse Gier-NV. En segundo lugar, Vulture se ha comprometido a retribuir con el pago de una prima a los administradores que no sean empleados de Vulture por el éxito de la operación. En tercer lugar, en los estatutos de la filial de Vulture se prevén cláusulas de “lealtad” que atribuyen un voto doble a los socios con más de dos (2) años de antigüedad en la sociedad.

A continuación, se desglosan las cuestiones que se deben tener en cuenta en ambos supuestos:

#### **1. Posible conflicto de intereses.**

Tal y como se ha mencionado anteriormente, Vulture es socio de Nederlandse Gier-NV y administrador de CerTronic. Esta situación arroja dudas sobre la imparcialidad y racionalidad a la hora de tomar decisiones en el consejo de administración de CerTronic.

---

<sup>24</sup> Los pactos parasociales están relacionados con el principio de autonomía de la voluntad (artículo. 1255CC). Su validez está expresamente reconocida (artículo. 29 LSC) declarándose su inoponibilidad con carácter general. Existen diferentes tipos de pactos: los pactos de relación en los que los socios tratan de regular sus relaciones, los pactos de atribución (normalmente de ventajas y obligaciones para la sociedad), y los pactos de organización y funcionamiento.

<sup>25</sup> Téngase en cuenta que CirCerámica Holandesa es el resultado de la fusión entre CerTronic y CirCerámica y su posterior traslado a los Países Bajos.

Los administradores es anteponer el interés social a cualquier otro tipo de interés. Para ello, han de cumplir con los siguientes deberes:

- Deber de diligencia (art. 225 LSC).

Vulture, en su condición de administrador deberá:

- Recabar información suficiente para tomar decisiones y, por ende, cumplir correctamente con sus obligaciones.
- Dedicación adecuada para una buena y correcta dirección de la sociedad.
- Actuar de buena fe.
- Anteponer el interés social al personal. Vinculado con el deber de lealtad.
- Seguir un procedimiento de decisión basado en valores objetivos.

Por tanto, Vulture deberá demostrar que está tomando las decisiones de forma racional. Adicionalmente, las decisiones deberán ir acompañadas de su correspondiente justificación.

- Deber de lealtad (art. 227.1.LSC).

En virtud del deber anterior, Vulture deberá actuar siempre en interés de la sociedad. Para ello:

1. Deberá ejercitar sus facultades para los fines previstos;
2. Deberá guardar secreto; y
3. Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.
4. Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Deberá abstenerse de:
  - Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
  - Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

- Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad (art. 229 LSC)<sup>26</sup>.

Adicionalmente, cabe resaltar los riesgos de conflicto de interés en el deber de lealtad. Como consecuencia de 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.

No obstante, existe un régimen de imperatividad y dispensa de tales obligaciones. Así pues, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación

---

<sup>26</sup> Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259 LSC.

autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso (art. 230 LSC).

- Deber de secreto

Es una derivación del deber de lealtad. Obliga no sólo a los administradores actuales sino a los anteriores y también a las personas físicas que son designadas por una persona jurídica que sea administrador. Consiste en guardar secreto de la información de carácter confidencial que conozcan como consecuencia del ejercicio, actual o no, de su cargo.

Se considera vulnerado este deber cuando:

- Se comunica información confidencial a terceros.
- Se divulga información confidencial. El administrador estará legitimado para dispensar esa información confidencial cuando lo pidan los accionistas que alcancen el 5% del capital social o la autoridad judicial. Entonces el administrador está legitimado para dispensar esa información confidencial.

- Deber de abstención

Deriva del deber de lealtad. El administrador, cuando hay conflicto de interés deberá:

- Abstenerse para que sea la Junta General la que tome esa decisión
- Pedir una dispensa, y será la Junta General quien deberá autorizar dicha decisión.

Ante una situación de conflicto de interés del administrador y el deber de lealtad.

Si los administradores están afectados por un conflicto de interés, la Junta General asumirá las competencias del órgano de administración: los accionistas o socios son los que tienen que autorizar las operaciones.

El procedimiento que deberá seguirse en caso de conflicto de interés será el siguiente:

1. Comunicación de la situación de conflicto por parte de los administradores
2. Comunicación de la participación en el capital social de sociedad con análogo objeto social: administradores y personas vinculadas.
3. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación

El administrador no puede tomar una decisión en conflicto de interés, por lo que debe hacer dos cosas (i) abstenerse y comunicar a la Junta General la situación para que tome la decisión; o (ii) solicitar una dispensa a la Junta General que le permita tomar la decisión.

En el supuesto de que el administrador de Vulture no cumpla con sus deberes se podrá ejercitar una acción social de responsabilidad contra los mismos. Para ello, será necesario un acuerdo de la Junta General que podrá ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Para ello se dispone de un plazo de cuatro años desde el día en que pudo ejercitarse la acción.

Deberán cumplirse los siguientes requisitos para poder ejercitar la acción social:<sup>27</sup>

1. La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores.
2. Que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal.
3. Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal.
4. Que la sociedad sufra un daño
5. Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

## **2. Pago de prima a los administradores por el éxito de la operación.**

En cuanto a la promesa de Vulture de retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture.

---

<sup>27</sup> El Tribunal Supremo en su sentencia del 16 de abril de 2018 determina que, “No cabe duda que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad. Acción que en el presente caso y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala cumple con los requisitos exigidos para su aplicación, esto es (i) La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; (ii) Que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal; (iii) Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal.; (iv) Que la sociedad sufra un daño; y (v) Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.”

No obstante, a raíz de la información facilitada, al tratarse de una promesa entendemos que no consta en los estatutos sociales. En el supuesto de que el cargo de administrador sea retribuido deberá constar en los estatutos sociales,<sup>28</sup> así como el sistema de retribución elegido (art. 217 LSC). Por tanto, la decisión corresponde a los socios y no sólo a Vulture. En el supuesto de que el consejero que tenga funciones ejecutivas sea el receptor de la prima será necesario que se encuentre formalizado a través de un contrato. Téngase en cuenta que no hemos revisados los estatutos sociales de CerTronic.

El deber de lealtad de los administradores se puede ver afectado por dicha promesa poniendo en duda su imparcialidad y racionalidad a la hora de adoptar las correspondientes decisiones.

Desde un punto de vista fiscal, hay que tener en cuenta que no será deducible.

### **3. Cláusulas de “lealtad” que atribuyen un voto doble a los socios con más de dos (2) años de antigüedad en la sociedad.**

Adicionalmente, cláusulas de los estatutos de la filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV, llamadas, cláusulas de lealtad, que atribuyen doble voto a los socios con más de dos años de antigüedad. Incumple el deber de lealtad. En las sociedades anónimas no pueden darse las acciones de voto múltiple porque la proporcionalidad entre voto y capital se ve distorsionada.

No obstante, los fundadores pueden verse atraídos por esta modalidad porque a medida que transcurre el tiempo, van a necesitar formas de financiación. De esta forma pueden protegerse reservándose derechos políticos con acciones privilegiadas. Sin embargo, esto puede desincentivar la atracción de capital porque van a tener poder económico, pero no político. (art. 217 LSC).<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2018 modificó gran parte de la doctrina jurídica y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, el Tribunal sostiene que los estatutos sociales deben recoger el sistema de remuneración de las funciones ejecutivas aunque no necesariamente deben fijar las cuantías.

<sup>29</sup> El Anteproyecto de Ley para la reforma de la Ley de Sociedades de capital de 24 de mayo de 2019 tiene por objeto transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. La reforma afecta únicamente a las sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado regulado que esté domiciliado u opere en un Estado miembro de la Unión Europea (nuevo art. 495.1 LSC), así como a aquellas entidades distintas de las sociedades anónimas cotizadas que emitan valores negociados en mercados regulados en los que España sea su Estado miembro

5.2.3. 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.

El artículo 93 LSC determina que, el socio tendrá como derecho el de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto por lo que se encuentra limitado. En primer lugar, puede votar en el sentido que tenga por conveniente, sin otros límites que el respeto al interés de la sociedad, la moral y el orden público.<sup>30</sup> En segundo lugar, el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: 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; y e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 (art. 190 LSC).

El accionista goza de amplia libertad en la emisión del voto siempre y cuando no se encuentre inmerso en alguna de las cuestiones anteriores. Por tanto, no existe 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.

Sin embargo, cabe la posibilidad de exista un pacto de sindicación de acciones<sup>31</sup>, esto es, un acuerdo privado celebrado por socios de una sociedad con el fin de regular las relaciones internas

---

de origen (nueva disp. adic. séptima LMV) PALÁ LAGUNA, R., “Anteproyecto de Ley de 24 de mayo del 2019 por el que se adapta el Derecho español a la Directiva (UE) 2017/828 respecto al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de la sociedad cotizada”. Análisis de Gómez Acebo & Pombo, mayo 2019. (disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/05/Anteproyecto-de-Ley-de-24-de-mayo-del-2019-por-el-que-se-adapta-el-Derecho-espa%C3%B1ol-a-la-Directiva-UE-2017-828.pdf>) El Anteproyecto ha optado por introducir el llamado “voto adicional por lealtad”. Consiste en atribuir determinadas ventajas a las socios a modo de recompensa por la lealtad de los mismos. ALFARO, J., “El voto doble por lealtad”. Almacén de Derecho, 2019. (disponible en <https://almacenederecho.org/el-voto-doble-por-lealtad>).

<sup>30</sup> Uría, R., “El derecho de voto del accionista”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 178, marzo 1943, pp. 165-182.

<sup>31</sup> La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 296/2016 del 5 de mayo definió el pacto de sindicación de acciones como un “*acuerdo extrasocietario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA, actual art. 29.1 LSC), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben. Por*

de la misma, en este caso, el sentido del voto en la Junta General de Accionistas. En virtud de dicho acuerdo, las partes se obligan a ejercitar el voto de forma unitaria en favor de quien se establezca como representante del sindicato de socios o accionistas. No obstante, el problema se encuentra en el incumplimiento del pacto por parte de algún grupo de accionistas. Dicho incumplimiento no afecta a la validez del voto emitido en la Junta General y, por tanto, no se verá afectada por el incumplimiento. Para mitigar este problema se pueden introducir cláusulas penales como por ejemplo el pago de una sanción.

#### 5.2.4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

El acuerdo de traslado de domicilio a los Países Bajos podrá ser impugnado porque (i) no responde a una necesidad razonable de CerTronic; (ii) se adopta por la mayoría en interés propio; y (iii) en detrimento injustificado de los demás socios (art. 204 LSC).

Cabe tener en cuenta que se considera que se ha producido una lesión del interés social cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría (art. 204.1. LSC).

##### i. No responde a una necesidad razonable.

De esta manera, la cuestión fundamental es la justificación del acuerdo desde el punto de vista de la “necesidad razonable” de la sociedad. Por tanto, es necesario que exista una razón objetiva que justifique la adopción del acuerdo y, por ende, justifique el perjuicio a los socios minoritarios. No es necesario que el acuerdo sea absolutamente imprescindible para la compañía. Pero sí ha de responder a una justificación objetiva que esté por encima del sacrificio de la minoría. Si no es posible encontrar esa justificación, el acuerdo se tomó con el objetivo de beneficiar a la mayoría y perjudicar a la minoría<sup>32</sup>

---

*este acuerdo los sindicados se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en la junta general en un determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismos o a través de un representante, también elegido por el sindicato. En suma, se trata de un contrato asociativo que tiene como finalidad poder influir en las decisiones que se adopten en el seno de la junta general de la sociedad emisora”.*

<sup>32</sup> GARCIA- VILLARUBIA, M., “Los grupos de casos de acuerdos abusivos”. El Derecho. Revista de Derecho Mercantil, 2019, n.º 76

ii. Se adopta por la mayoría en interés propio

Dado que no se ha adoptado siguiendo una necesidad razonable, se entiende que se ha adoptado siguiendo el interés propio, y no velando por el interés de la sociedad.

iii. Detrimento injustificado de los demás socios.

Los socios minoritarios se pueden ver afectados por el traslado del domicilio a los Países Bajos porque una vez efectuado: (i) el lugar de celebración de las Juntas Generales se verá afectado; (ii) se dificulta el contacto estrecho con la sociedad y; (iii) los documentos pasarán a estar redactados en otro idioma

D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra estarán legitimadas para impugnar el acuerdo abusivo en el plazo de un (1) año. (art. 206 LSC)

## 6. ANEXO I.

	ACTO	CONTENIDO	CALENDARIO
1.	Balance de fusión de CirCerámica y CerTronic.	Los administradores de cada una de las sociedades participantes en la fusión deberán elaborar: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Último balance anual aprobado si está cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto común de fusión.</li> <li>- En otro caso, elaborar balance con fecha posterior al primer día del tercer mes anterior a la fecha del proyecto común de fusión.</li> <li>- Se pueden incluir valoraciones reales.</li> </ul>	A
2.	Auditoría del balance de fusión	Verificación del balance de fusión por el auditor de cuentas de la sociedad si existe obligación de auditar.	B
3.	Elaboración del proyecto común de fusión (el <b>“Proyecto”</b> )	Los administradores de ambas sociedades deberán elaborar el Proyecto que deberá contener como mínimo: <sup>33</sup> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Datos de las sociedades que participan en la fusión.</li> <li>b) Incidencia de la fusión sobre aportaciones de industria o prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen, y compensaciones previstas.</li> </ul>	C  En 6 meses, si no lo aprueban las juntas generales de socios, queda sin efecto.

<sup>33</sup> Si falta la firma de alguno de los administradores, se señalará al final del documento y se indicará la causa. En principio, de la LME parece deducirse que la firma de los administradores en el proyecto debe hacerse personalmente y que no cabe acudir al instituto de la representación. Sin embargo, en ocasiones se ha admitido un proyecto firmado “por poder” o “por orden” en el que se hacía constar la existencia de poder específico y expreso otorgado a favor de uno de los administradores que sí firmaban la escritura (y no adjunto a la escritura).

		<p>c) Derechos que otorgar en la sociedad resultante a titulares de derechos especiales o tenedores de títulos no representativos del capital social, u opciones.</p> <p>d) Ventajas de cualquier clase a los administradores<sup>34</sup>.</p> <p>e) Fecha de efectos contables de la fusión.</p> <p>f) Estatutos de la sociedad resultante (pueden ser los de la sociedad absorbente).</p> <p>g) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.</p> <p>h) Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.</p> <p>i) Consecuencias sobre el empleo, eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia en la responsabilidad social.</p> <p>El proyecto de fusión deberá depositarse en el Registro mercantil y publicarse en el BORME. No obstante, téngase en cuenta que no es necesaria la publicación del proyecto de fusión en la página web de las sociedades participantes o su depósito en el registro mercantil si el acuerdo de fusión se adopta por unanimidad de todos los socios con derecho a voto en junta universal, sin que en ningún caso pueda restringirse los derechos de información de los representantes de los trabajadores.</p>	
4.	Acuerdo del órgano de administración	Acuerdo del órgano de administración CerTronic: 1) el balance de fusión y 2) el proyecto de fusión.	D
5.	Publicación en página web o puesta a disposición de	1) Proyecto de fusión	D+ 5 días

<sup>34</sup> Dado que no es necesario informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión, no cabe contemplar las ventajas que, en su caso, pudieran atribuirse a dicho experto.

	los socios, obligacionistas, representantes de los trabajadores y titulares de derechos especiales, antes de la convocatoria de la junta o al menos un mes antes de la celebración de la junta de determinada documentación sobre la fusión	<p>2) Cuentas anuales e informe de gestión, y auditoría de los tres últimos ejercicios</p> <p>3) Balances de fusión</p> <p>4) Estatutos sociales</p> <p>5) Administradores vigentes y nuevos administradores.</p> <p>Ahora bien, en caso de que la junta general de socios aprobando la fusión se realice por el procedimiento universal, sin convocatoria previa, los socios pueden renunciar a su derecho de recibir la información con un mes de antelación a la celebración de la junta, si bien deben recibirla con anterioridad a su celebración.</p>	
6.	Obligación de facilitar información a los representantes de los trabajadores o, en su caso, a los trabajadores de las sociedades participantes en la fusión.	<p>1) Fecha y motivos de la fusión</p> <p>2) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores</p> <p>3) Medidas previstas para los trabajadores.</p> <p>Sobre la base del artículo 44.8 del Estatuto de los Trabajadores, parte de la doctrina considera que es suficiente facilitar la información con un mes de antelación a la fecha de otorgamiento de la escritura.</p>	D+5
7.	Celebración de la junta de socios de la sociedad absorbente <sup>35</sup>	<p>1) Aprobación del Proyecto.</p> <p>2) Aprobación del balance de fusión.</p> <p>Celebrada por el procedimiento universal, sin convocatoria previa.</p>	D + 10 días

<sup>35</sup> No es necesaria la aprobación de la fusión por la junta de socios de la sociedad absorbida en los casos de fusión de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta o cuando las sociedades absorbente y absorbida estén íntegramente participadas de forma directa por el mismo socio.

8.	Publicación de la fusión o notificación individual escrita	Publicación en el <i>BORME</i> y en un diario de gran circulación en la provincia donde la sociedad tiene su domicilio, o notificación individual por escrito a todos los socios y acreedores.	D + 18 días <sup>36</sup>
9.	Ejercicio del derecho de oposición de los acreedores	Un mes a contar desde la publicación del último anuncio de la fusión o notificación individual.	D + 48 días
10.	Otorgamiento de la escritura pública de fusión	Otorgan la escritura las sociedades participantes en la fusión.	D + 49 días
11.	Declaración-liquidación modelo 600 (ITP y AJD)	Liquidación como operación no sujeta a la modalidad de operaciones societarias del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y exenta en las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados. Plazo de treinta días hábiles desde el otorgamiento de la escritura pública de fusión.	D + 50 días
12.	Presentación a inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil <sup>37</sup>	La inscripción definitiva puede tardar entre 10 y 30 días.	D + 50 días

<sup>36</sup> La publicación puede efectuarse en el plazo de 7 u 8 días por el procedimiento ordinario. Si se realiza con trámite de urgencia (cuyo coste es más elevado), se puede acortar el plazo.

<sup>37</sup> Téngase en cuenta la importancia de la fecha de presentación de la escritura a los efectos previstos en el artículo 55 RRM (retroactividad a pesar de la eficacia constitutiva de la inscripción).

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### 7.1. Artículos doctrinales y comentarios prácticos.

- ALFARO, J., “*Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones*”. Almacén de Derecho, 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/los-negocios-de-una-sociedad-sobre-sus-propias-acciones-o-participaciones>).
- ALFARO, J., “El voto doble por lealtad”. Almacén de Derecho, 2019. (Disponible en <https://almacenederecho.org/el-voto-doble-por-lealtad>.)
- CÁNDIDO PAZ-ARES/ ANTONIO PERDICES, “*Los negocios sobre las propias acciones*”.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> C., *La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas, o leveraged buy-outs*, RDM, núm. 232, 1999, pág. 577 y sigs.
- URÍA, R., “El derecho de voto del accionista”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 178, marzo 1943, pp. 165-182.
- MIGUEL GOENECHEA, J. y GRACIA, C. “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 24-2009 (Disponible [https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articulo\\_UM.pdf](https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articulo_UM.pdf))
- MONTALENTI, P., *Il leveraged buy-out*, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 1.
- PALÁ LAGUNA, R., “Anteproyecto de Ley de 24 de mayo del 2019 por el que se adapta el Derecho español a la Directiva (UE) 2017/828 respecto al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de la sociedad cotizada”. *Análisis de Gómez Acebo & Pombo*, mayo 2019. (Disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/05/Anteproyecto-de-Ley-de-24-de-mayo-del-2019-por-el-que-se-adapta-el-Derecho-espa%C3%B1ol-a-la-Directiva-UE-2017-828.pdf>)

- RODRIGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), “Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente”. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles , I, Cizur Menor, 2009, págs. 721 a 766)
- RONCERO SÁNCHEZ, A. Ámbito de la exigencia del informe de expertos independientes en caso de fusiones posteriores a adquisiciones apalancadas. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Castilla-La Mancha Publicación:Revista de Derecho de Sociedades num. 35/2010 2 parte Praxis. Cuestiones. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2010.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “*Los grupos de casos de acuerdos abusivos*”. El Derecho. Revista de Derecho Mercantil nº76, 2019. (Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos>)
- Web Oficial de la Unión Europea. “Comercialización de la propiedad intelectual”. (disponible en [https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/licensing-selling/index\\_es.htm](https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/licensing-selling/index_es.htm))
- EUIPO. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. “Inscripciones”. (Disponible en <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/recordals>.)

## 7.2. Legislación

- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (BOE 4 de abril de 2009).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3 de julio de 2010).
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. (BOE 3 de julio de 1996).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE 25 de julio de 1889).

- Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa.

### **7.3. Doctrina y jurisprudencia**

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de enero de 2007.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 26 de junio de 2018.
- Resolución de 15 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Barcelona a inscribir una escritura de aumento del capital de una sociedad anónima con cargo a reservas. no hay autosuscripción.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 296/2016 de 5 de mayo.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 octubre 2017, Polbud, C106/17, EU; C2017;804
- Sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia del 16 de abril de 2018.