



TRABAJO FIN DE
MÁSTER

ESPECIALIDAD EN DERECHO DE LA EMPRESA



MÁSTER UNIVERSITARIO
EN ACCESO A LA ABOGACÍA

CURSO 2020/2021

AUTOR: MIGUEL RAMOS GÓMEZ

TUTOR: JAVIER VASSEROT GONZÁLEZ

CONVOCATORIA
ENERO 2021

RESUMEN: El propósito del siguiente trabajo, que se encuentra dividido en dos dictámenes jurídicos, abordar diversas cuestiones societarias y mercantiles, desde dos puntos de vista diferentes. Por un lado, desde la posición de la propia sociedad para llevar a cabo los objetivos planteados por el órgano de administración y, por otro, de los socios minoritarios que se oponen a estas operaciones. Todo ello, en aplicación del ordenamiento jurídico español y la interpretación de la normativa de los Juzgados y Tribunales nacionales, pero sin soslayar la importancia que tiene la normativa europea y la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dado que también forma parte del ordenamiento jurídico español.

Entre las operaciones planteadas por el órgano de administración se encuentra la adquisición de una sociedad extranjera y la modificación internacional de domicilio social, se presentan diversas modalidades de articular estas operaciones, analizando las mismas en el primer dictamen. Por lo que respecta al segundo dictamen, nos centramos en las posibilidades de oposición de los socios minoritarios a las operaciones societarias y mercantiles que desea llevar a cabo la administración social, en específico, la oposición al traslado internacional de la sede societaria y la posibilidad de la existencia de un abuso por parte de la mayoría en la adopción de estos acuerdos.

PALABRAS CLAVE: Negocios con acciones propias, Aumento de capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, Fusión internacional, Fusión apalancada, Traslado internacional de la sede social, Pactos parasociales, Prestaciones accesorias, Deber de lealtad de los administradores, Acuerdos societarios abusivos, Conflicto de intereses.

ABSTRACT: The purpose of the following work, which is divided into two legal opinions, is to address various corporate and commercial issues, from two different points of view. On the one hand, from the position of the company itself to carry out the objectives set by the administrative body and, on the other, from the minority partners who oppose these operations. All of this is in application of the Spanish legal system and the interpretation of the regulations of the national Courts and Tribunals, but without ignoring the importance of the European regulations and the interpretation made by the Court of Justice of the European Union, given that it also forms part of the Spanish legal system.

Among the operations proposed by the administrative body are the acquisition of a foreign company and the international modification of the registered office, various ways of articulating these operations are presented, analyzing them in the first report. With regard to the second opinion, we focus on the possibilities of opposition by minority shareholders to corporate and commercial transactions that the corporate administration wishes to carry out, specifically opposition to the international transfer of the corporate headquarters and the possibility of the existence of an abuse by the majority in the adoption of these agreements.

KEYWORDS: Businesses with own shares, Increase of share capital with charge to non-monetary contributions, International merger, Leveraged merger, International transfer of the head office, Parasocial agreements, Accessory services, Duty of loyalty of the administrators, Abusive corporate agreements, Conflict of interests.

Listado de Abreviaturas y otros conceptos:

- **Art.:** Artículo.
- **BORME:** Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- **CCiv:** Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- **CCmer:** Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- **CNMV:** Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- **Consejero dominical:** se trata de un concepto propio para los consejos de administración de las sociedades cotizadas, se trata de aquellos que tienen parte de la propiedad de la empresa o representan a otros que la tienen, sirviéndonos al caso para clarificar y simplificar su alusión para estos consejeros que son a su vez socios o son nombrados por un socio mayoritario.
- **DGRN:** Dirección General del Registro y del Notariado.
- **EEE:** Espacio Económico Europeo.
- **LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- **Lex societatis:** ley rectora de una sociedad civil o mercantil y que rige, en particular, su constitución, su funcionamiento, las relaciones entre sus órganos y los derechos y obligaciones de los socios. Se determina a partir de la sede o de la teoría de la constitución, más recientemente se utiliza la teoría de la incorporación.
- **LME:** Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- **LSC:** Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- **Obiter dicta:** es una expresión en latín, que literalmente en español significa dicho de paso. Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.
- **RRM:** Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- **S.A./S.L.:** Sociedad Anónima / Sociedad Limitada.
- **SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.
- **SJM:** Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
- **STS/SSTS:** Sentencia del Tribunal Supremo o Sentencias del Tribunal Supremo.
- **TJCE:** Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas.
- **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- **UE:** Unión Europea.

Índice de Contenido:

I. INTRODUCCIÓN	1
1. Presentación del caso:	1
2. Cuestiones previas:	2
II. INFORME JURÍDICO PARA CERTRONIC	6
1. Objeto del dictamen	6
2. Antecedentes de hechos	6
3. Cuestiones planteadas	7
4. Análisis jurídico de las distintas cuestiones planteadas	8
4.1. Adquisición de las participaciones de la sociedad italiana	8
A. Autocartera como contraprestación por las participaciones de la sociedad objetivo.....	9
B. Aumento de capital como contraprestación de la operación de adquisición de la sociedad italiana.....	15
4.2. Adquisición de la sociedad italiana mediante una fusión apalancada	21
4.3. Traslado internacional de domicilio social	34
5. Conclusiones	42
ANEXO IA: Adquisición de la Sociedad Italiana utilizando autocartera	44
ANEXO IB: Adquisición de la Sociedad Italiana por aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias	45
ANEXO II: Operación de Fusión apalancada para la adquisición de Cer-Ceramica	46
ANEXO III: Cambio de domicilio social transfronteriza intraeuropea	47
III. DICTAMEN JURÍDICO PARA DOÑA AMPARO FABRA Y DOÑA LIDÓN FALOMIR	48
1. Objeto del dictamen	48
2. Antecedentes de hechos	48
3. Cuestiones planteadas	49
4. Análisis jurídico de las distintas cuestiones planteadas	49
4.1. Las implicaciones que Doña Amparo y Doña Lidón nunca llegaron a firmar el pacto de socios con origen en el acuerdo de refinanciación	49
4.2. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los Administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.....	55
4.3. La posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación en la Junta General que delibere y decida sobre el traslado de domicilio social a los Países Bajos.....	65
4.4. La posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.....	70
5. Conclusiones	78
IV. BIBLIOGRAFÍA	80

I. INTRODUCCIÓN

1. Presentación del caso:

El presente trabajo se centra en la sociedad CerTronic, S.A. (en adelante CerTronic), que tiene su domicilio social en la localidad de Alcora, en la provincia de Castellón, con el objeto social de fabricación de componentes cerámicos para revestimientos de instalaciones eléctricas y otros usos similares.

Se nos piden realizar dos informes o dictámenes jurídicos. El primero para la propia sociedad, donde el órgano de administración solicita el análisis detallado de distintas operaciones societarias y modificaciones estructurales de la sociedad, con la elaboración de un calendario de las mismas. Todo ello, bajo el enfoque del ordenamiento jurídico español. Mientras que el segundo informe jurídico, solicitado por dos socias de la mercantil, en el cual se nos solicita el análisis de la posibilidad de oponerse a las operaciones que desea acometer el órgano de administración, que son objeto del primer informe, centrándonos en determinadas cuestiones que nos plantea las clientas.

Debemos de manifestar que, en la práctica real de la abogacía, un mismo abogado o despacho no podría acometer la realización de ambos servicios de asesoramiento jurídico. Esto se debe a que los clientes son partes enfrentadas y contrapuestas, además de la existencia de información confidencial que nos llevaría a una posición de conflicto de intereses que afectaría a los intereses legítimos de los clientes, pudiendo llegar a ocasionar un daño a los mismos. Esta conducta de riesgo en la relación profesional por la que el abogado no puede asesorar o representar adecuadamente los intereses del cliente debido a que con anterioridad o en la actualidad ha asumido o está asesorando o representando a otro cliente con intereses contrapuestos, no solo tiene su reflejo en nuestro Código Deontológico de la Abogacía (art. 13.4 y 5 CDAE), sino que igualmente recibe su tratamiento en el Código Penal (467.1 CP). Sin perjuicio que en el propio enunciado se expone que las socias minoritarias acuden a otro despacho profesional.

Dicho lo anterior, debemos de exponer previamente ciertas características de la sociedad CerTronic, sin perjuicio de su posterior reiteración en los antecedentes de hecho de los informes, con un enfoque centrado y más detallado al objeto de los mismos y al contenido a desarrollar por la tarea encomendada. Se trata de los siguientes extremos:

- **Estructura del capital social:** inicialmente el capital se divide entre sus socios fundadores (la familia Badenes y Don Antonio Falomir), pero en la actualidad el reparto del capital social ha sufrido variaciones, estando repartido de la siguiente forma:
 - La sociedad Badenes-Bros, S.R.L. (en adelante Badenes S.L.) le pertenece el 28% del capital de CerTronic. Es una sociedad familiar perteneciente a la familia Badenes, su capital social está repartido entre los hermanos Don Vicente y Don José Badenes Alcón.
 - Don Antonio Falomir Esteve le pertenece el 10% del capital de CerTronic. Es socio fundador de la sociedad, cuya participación inicial en la sociedad era superior a la actual (28%), pero se ha visto disgregada entre familiares directos del mismo, como a continuación describimos.
 - Doña Amparo Fabra Llorens, es la exmujer del anterior socio que, tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, es titular del 10% del capital de CerTronic.
 - Doña Lidón Falomir Fabra, es hija de los dos anteriores socios, que antes de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales de sus progenitores se le transmitió la titularidad

del 8% del capital de CerTronic.

- Por último, el restante 44% del capital, pertenece al fondo de capital riesgo luxemburgués Wulture Capital, Corp (en adelante Wulture o el Fondo). Este Fondo llegó a ser socio por una operación de refinanciación concluida en el 2013 por las dificultades que estaba atravesando CerTronic a causa de la crisis económica de 2008. Operación que supuso la asistencia financiera de la sociedad española para hacer frente a su endeudamiento bancario y significó la continuación de la actividad.
- **Estructura del órgano de administración:** la dirección de CerTronic está formada por un Consejo de Administración que consta de cinco miembros. En la actualidad los asientos del Consejo pertenecen a Don Vicente y Don José Badenes Vallés, Don Antonio Falomir Esteve, un miembro designado por Wulture y existe una vacante no cubierta.
- **Consecuencias de la refinanciación concluida por CerTronic:** el acuerdo de refinanciación concluido con los socios de CerTronic tuvo las siguientes incidencias:
 - Como ya se ha hecho referencia, se aumentó el capital para dar entrada en el capital social del Fondo, en el porcentaje del capital social citado en líneas más arriba.
 - Desde la fecha del acuerdo, Wulture que adquirió una buena parte de los créditos de los bancos, conservó un crédito de cuatro millones de euros frente a la sociedad, cuyas condiciones fueron renegociadas en el acuerdo de refinanciación suscritos por los socios de CerTronic.
 - Se insertó en los estatutos sociales una obligación accesoria, cuyo contenido es la obligación de suscribir para todo accionista el pacto de socios citado.
 - El pacto entre socios se incluyó diversas cláusulas referidas al pago y vencimiento del crédito pendiente, las cuales incluían: (i) una cláusula *pari passu* respecto de las condiciones del crédito de Wulture, (ii) establecimiento de una mayoría reforzada del 67% para los acuerdos de reestructuración o aumento de capital de CerTronic, (iii) ante el incumplimiento de los vencimientos de pago, Wulture podría imponer una reestructuración, a la que debían de votar positivamente los demás socios en la Junta de socios pertinente, y (iv) vencimiento anticipado de los créditos de Wulture por incumplimiento de lo acordado y derecho de conversión de la deuda restante por valor de diez millones de euros.

Después de esta descripción de los elementos propios de la mercantil CerTronic y de los elementos del acuerdo de refinanciación con impacto en la vida de la sociedad, vamos a abordar sendos informes jurídicos. Pero, preliminarmente, vamos a plantear unas conclusiones previas de los problemas e incidencias que después se desarrollarán en los informes jurídicos encomendados para este trabajo.

2. Cuestiones previas:

Elemento previo que debemos de tener en cuenta es la información limitada que existe en el supuesto, por lo que deberemos de entrar en alguna ocasión, que otra, en analizar la posible casuística existente o solo dejar enunciado a modo indicativo ciertos extremos de la respuesta a las cuestiones planteadas en ambos dictámenes. Ahora bien, por lo que respecta al primer dictamen jurídico solicitado, nos encontramos con diversas problemáticas, las cuales serán analizadas y dada

su pertinente respuesta. Así, estas cuestiones e incidencias son las que siguen:

- Dentro de la incidencia en las operaciones del régimen de acciones propias o autocartera, hay que observar si se trata de una autocartera originaria, que tendrá especial impacto en el aumento de capital, en su caso, o si es una autocartera derivativa, con incidencia en la primera forma de articular la operación de adquisición de la empresa italiana, en especial los efectos que pueda haber tenido previas actuaciones, en específico, la refinanciación acometida por CerTronic por acuerdo cerrado con Wulture y el pacto de socios, que nos puede llevar, no al régimen de enajenación forzosa, sino a la nulidad de la adquisición de acciones propias.
- Del mismo modo, hay que tener en cuenta las consecuencias de las acciones recíprocas, como posibilidad dentro de algunas operaciones, puesto que también existe limitación y un régimen especial para este tipo de operaciones societarias.
- Por otro lado, hay que tener en cuenta la refinanciación y sus consecuencias, como el principio de igual trato y de no discriminación entre los accionistas, así como su efecto en las distintas posibilidades planteadas para evitar riesgos de impugnación de los acuerdos y actos de las operaciones a realizar. Igualmente analizar las operaciones para que no tengan afectación indebida en los derechos de los socios previos a la operación.
- De igual forma hay que realizar un análisis pormenorizado de las formas como pretende articular las operaciones el órgano de administración y teniendo en cuenta el contexto literal del supuesto, porque se arrojan sombras que pueden entorpecer o imposibilitar la operación tal y como se pretende, procediendo a una interpretación del texto para dar un cauce lógico para su consecución.
- Una de las opciones barajadas y por el literal del supuesto por la que se inclina el Órgano de Administración, es una operación de fusión apalancada por absorción de Cir-Ceramica por CerTronic, previo endeudamiento de esta última para la adquisición de las participaciones de la sociedad italiana que es de gran complejidad por tener elementos transfronterizos la operación. Todas estas cuestiones hacen que alguna documentación se simplifique o se omita en la operación de absorción doméstica de sociedad plenamente participada, pero al coincidir estos elementos se tornan en obligaciones y con la existencia de diversas particularidades que hacen aumentar la complejidad del proceso. También existe intervención de las autoridades competentes foráneas en el proceso, como las propias, en la operación.
- A este respecto, el traslado del domicilio a otro país dentro de la Unión Europea, donde no se tiene actividad alguna, requiere un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin soslayar que la posición de este Tribunal ha llevado a una modificación de la normativa comunitaria por parte del legislador europeo que aún está por trasponer en nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto del segundo informe jurídico solicitado, atendiendo a los elementos que nos expresan para la impugnación de las operaciones que el órgano de administración de CerTronic está barajando realizar, nos plantea los siguientes problemas e incidencias:

- Nos encontramos ante un pacto parasocial fruto de un acuerdo de refinanciación por la situación financiera de la sociedad, de este modo, se inserta una prestación accesoria que obliga a todos los socios a suscribir el citado pacto, cuestión que debemos de analizar hasta qué punto

puede ser válido el pacto y vinculante a los socios, como el contenido del mismo, pues se trata de un pacto de organización, siendo problemáticos en la práctica por su impacto en la propia sociedad.

- De igual manera, hay que proceder a analizar el pacto de socios, las posibles vinculaciones y efectos en la operación, y como estos pueden servir de cauce para una posible oposición de las socias minoritarias en contra de las mismas. Igualmente, hay que apreciar las fechas de cuando estas (Doña Amparo y Doña Lidón) adquieren la posición de accionistas para analizar su posible vinculación con el pacto de socios y con la prestación accesoria por la que se pretende fortalecer su cumplimiento.
- Asimismo, se debe de considerar si es una ventaja o desventaja el no haber suscrito el reiterado pacto de socios o el entender que son parte y están vinculadas por el mismo.
- Al tratarse de dos esferas distintas, la extrasocietaria puede influir en lo societario, en especial, tiene gran relevancia los pactos omnilaterales por su proximidad subjetiva a lo societario, pero no se puede soslayar el análisis de los elementos objetivos del pacto para analizar su legitimidad.
- El deber de lealtad de los Administradores le obliga a informar de los posibles conflictos de intereses, a abstenerse en la deliberación y voto en la operación que existen conflictos, así como evitar conflictos de intereses y mantener una posición de independencia y desinterés en sus actuaciones como consejeros, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Se puede apreciar, a priori, un interés extrasocietario del socio mayoritario para incrementar su poder en la sociedad, incluyendo que las operaciones que pretende llevar a cabo CerTronic se realiza con personas vinculadas al propio Fondo.
- Después de la reforma operada en el 2014, se ha detallado el deber de lealtad de los Administradores (arts. 227, 228 y 229 LSC), por lo que habrá que atender este desarrollo y no pasando por alto la posibilidad de dispensa del deber de lealtad (art. 230 con relación al 229 LSC). Cuestión para tener en cuenta es la existencia de socio que ostenta posición de consejero y que existe un consejero nombrado por Wulture, por lo que habrá de analizar si existe posible riesgo de conflicto de intereses o contaminación para su desempeño como administrador y sus consecuencias para determinar la posible infracción del deber de lealtad. Además de la pieza angular que es la prima por éxito comprometida por Wulture a los Administradores, así como los hechos previos y concurrentes a la operación que se desea oponer las socias minoritarias.
- La LSC enumera una serie de ocasiones donde los socios incurso en conflicto de intereses deben de abstenerse de participar en la votación que les afecta, asimismo incluye la posibilidad represora posterior de impugnar los acuerdos donde son decisivos los votos de los socios incurso en conflicto. Sin embargo, la única forma de obligar a otros socios a disciplinar su voto es a través de un pacto parasocial o pacto de sindicación de voto, pero habrá que analizar si el incumplimiento de éste es elemento suficiente para impugnar un acuerdo societario o por el contrario deben de concurrir las causas legalmente establecidas para la impugnación. Todo ello, sin perjuicio que los socios mayoritarios puedan oponerse a la conducta de los socios minoritarios si esta conducta se considera abusiva y contraria al interés social.
- Así mismo, después de la reforma del 2014, se modifica el régimen de impugnación de los acuerdos sociales, introduciendo una subcategoría de acuerdo lesivo del interés social (segundo párrafo del art. 240 LSC), que es el que debemos de tener en consideración para analizar la

posible abusividad del acuerdo de traslado del domicilio social, sin perder de vista la interpretación anterior para la aplicación de esta nueva causa de impugnación, dada la reciente de la reforma y la limitación para el acceso a recurso de casación existente en la actualidad.

- Pero, un análisis a priori, podemos determinar que existe una abusividad, dado que no existe una razonabilidad o conveniencia para la operación, más allá de ser una decisión de la mayoría y en beneficio del Fondo. Pero también constitutiva de infidelidad del socio con los demás consocios en las operaciones, en especial en el traslado del domicilio, en aplicación de un ordenamiento muy flexible con los votos múltiples o de lealtad, así como en la consecuente fusión con la filial de Wulture, todo ello, subyace una clara intención de aumentar el poder en la sociedad en detrimento o en una conducta expropiatoria para la minoría.

En definitiva, se trata de analizar los hechos expuesto en conexión con las cuestiones planteadas por los mandantes de ambos dictámenes para dar respuesta a sus preocupaciones jurídicas, para ello, no solo debemos de acudir a la normativa societaria y concordante, sino a la doctrina y la interpretación jurisdiccional de nuestros Juzgados y Tribunales, como a la normativa europea y la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para acometer la labor planteada en el presente Trabajo Fin de Master.

II. INFORME JURÍDICO PARA CERTRONIC

1. Objeto del dictamen

El objeto del presente informe jurídico es dar respuesta detallada a la consulta formulada por el Consejo de Administración de CerTronic, S.A. (en adelante CerTronic) sobre la materia de diversas operaciones mercantiles y societarias, como el calendario y plazos correspondientes a dichas operaciones.

2. Antecedentes de hechos

a. La sociedad mandante, CerTronic, tiene su domicilio social en el municipio castellonense de Alcora (España), cuyo objeto social es la fabricación de componentes aislantes cerámicos para revestimientos e instalaciones eléctricas.

b. El capital social está distribuido entre cinco socios, conforme a lo que sigue:

- 28 % titularidad de la sociedad familiar Badenes S.R.L.
- 10 % pertenece a Don Antonio Falomir Esteve.
- 10 % titularidad de Doña Amparo Fabra Llorens.
- 8 % titularidad de Doña Lidón Falomir Fabra.
- 44 % pertenece al fondo de capital riesgo luxemburgués Wulture Capital, Corp (en adelante Wulture o el Fondo).

c. La administración de CerTronic tiene la forma de Consejo de Administración con cinco miembros. En la actualidad, son miembros del Consejo de Administración los hermanos Don Vicente y Don José Badenes Vallés, Don Antino Falomir Esteve, un consejero designado por la sociedad socia, Wulture, y el quinto miembro se encuentra vacante sin que se haya cubierto.

d. La sociedad, por la dificultad que estaba atravesando como consecuencia de la crisis financiera de 2008, tuvo que realizar una refinanciación de su deuda bancaria con Wulture. El resultado de esta operación de refinanciación, concluida en el año 2013, fue la continuación de la actividad de la sociedad.

En desarrollo del contrato de refinanciación el Fondo se comprometió a adquirir gran parte de los créditos de los bancos, convirtiendo en capital la mitad de la deuda frente a CerTronic y conservando el resto de los créditos frente a la sociedad.

e. El pacto de refinanciación se instrumentalizó como prestación accesoria estatutaria, donde se previó la obligación de todos los socios accionistas de suscribir el pacto de socios. El mismo, incluyó diversas cláusulas referidas al pago y vencimientos de los créditos pendientes, como la obligación de que cualquier nuevo crédito que se solicitara tuviese las mismas o inferiores condiciones que el crédito con Wulture. Igualmente, se establecía en el pacto de la necesidad de una mayoría reforzada para la aprobación de cualquier acuerdo de reestructuración o de aumento de capital de la sociedad y otras cláusulas para el caso de incumplimiento de los pagos o para el caso de violación de cualquiera de las obligaciones del pacto de socios.

f. La sociedad mandante está considerando la adquisición de una sociedad italiana denominada Cir-Ceramica Società a Responsabilità Limitata (en adelante Cir-Ceramica), domiciliada en Módena. Para ello, el Consejo de Administración de CerTronic está valorando

diversas formas de articular dicha operación:

1. Estructurar la adquisición con la entrada como socios de los titulares de la sociedad italiana en CerTronic. El Órgano de Administración mandante se plantea dos posibilidades para realizar esta operación:
 - i. Con la adquisición de acciones propias de los actuales socios en cantidad suficiente en la valoración de la marca que tiene la sociedad objetivo para su transmisión a los titulares de Cir-Ceramica y, en su caso, amortizar el excedente de acciones en autocartera.
 - ii. La otra posibilidad es llevar a cabo un aumento de capital social de Certronic con cargo a aportaciones no dinerarias, para dar entrada a los titulares de Cir-Ceramica.
2. Otra forma de articular esta operación es con la adquisición de las participaciones de Cir-Ceramica, para ello CerTronic solicitará un préstamo por el valor de la operación. Para acto seguido proceder a la fusión por absorción de la sociedad italiana totalmente participada por CerTronic. Esta operación se trata de una fusión apalancada.

La sociedad objetivo, es decir, la sociedad italiana que se quiere adquirir, su capital social está dividido en partes iguales entre dos socios, Don Ángelo Vattermoli y la sociedad de capital riesgo Il Piccolo Avvoltoio, S.R.L. Esta última sociedad, esta íntegramente participada por la sociedad luxemburguesa Wulture, que es socia de CerTronic. Cir-Ceramica carece en la actualidad de actividad, esto es debido a una operación de escisión a favor de otra sociedad. Sin embargo, el único activo que permanece en la sociedad mercantil objetivo de la adquisición es su marca, que goza de gran prestigio en el sector y en el mercado.

g. Una vez realizada esta operación de adquisición de la sociedad italiana Cir-Ceramica, el Consejo de Administración de CerTronic pretende realizar un traslado internacional de domicilio social intracomunitario. El Estado de destino del traslado es Países Bajos, donde la sociedad no tiene actividad alguna.

h. Por último, la sociedad mandante tiene el objetivo consecuente de realizar, ya como sociedad extranjera, una fusión con una sociedad holandesa, que es filial de Wulture.

3. Cuestiones planteadas

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

a. Se procederá a realizar un análisis jurídico detallado de las posibilidades que se nos ha manifestado para articular las operaciones mercantiles y societarias que el Consejo de Administración plantea acometer y sus distintas modalidades.

b. Así mismo, se acompaña de un anexo con los cronogramas de las operaciones y los plazos correspondientes, con los plazos generales.

c. En especial, se abordará en el dictamen la posible incidencia del régimen de autocartera en las distintas posibilidades planteadas.

d. Del mismo modo, de la necesidad de que deba de elaborarse informe de experto independiente.

e. Se analizará la incidencia en el traslado internacional de domicilio social a un Estado donde

no costa actividad alguna de la mercantil y la intervención del Registro Mercantil del actual domicilio de CerTronic en el cambio citado de domicilio social.

4. Análisis jurídico de las distintas cuestiones planteadas

Una vez expuesto los antecedentes de hecho y las cuestiones planteadas por el Consejo de Administración de CerTronic, procedemos a realizar el análisis jurídico de las mismas. Procedemos a iniciar este por la adquisición de la sociedad italiana y sus distintas posibilidades. Para abordar esta cuestión debemos de tener en cuenta las distintas opciones que nos presenta el órgano de administración de CerTronic, pues ello determinará diversos extremos y problemas a tratar en estas líneas. Dicho lo cual, vamos a tratar estas operaciones mercantiles y societarias, teniendo especial atención a las cuestiones que nos traslada el Consejo de Administración.

4.1. Adquisición de las participaciones de la sociedad italiana

Debemos de puntualizar que, de la primera posibilidad, se propone dos modalidades: de un lado, adquisición de autocartera (o participaciones propias de la sociedad) de los socios actuales; o, por otro, se plantea un aumento de capital social de CerTronic, para dar entrada a los socios de Cir-Ceramica a cambio de la marca, en ambos casos. Dicho lo anterior y mostrada la intención de CerTronic de adquirir la citada sociedad italiana, debemos de destacar que la titular de la marca es la sociedad y no sus socios, siendo esta la que percibiría la contraprestación o la condición de socio y la que puede disponer de su patrimonio. Así mismo, no es posible la aplicación de la escisión transfronteriza intracomunitaria ni la cesión global de activo y pasivo, lo que permitiría que los partícipes de la sociedad italiana percibiesen como contraprestación las acciones de CerTronic a cambio de la marca con disolución sin liquidación de Cir-Ceramica, puesto que no se cumplen con los requisitos de estas operaciones en las circunstancias que rodean la forma de articular o modelos planteados por los Administradores de CerTronic, puesto que la escisión requiere, en palabra de la LME, la “*división de todo su patrimonio en dos o más partes*” de la sociedad escindida (art. 69) o, como expone la Directiva 2017/1132, la transferencia “*a varias sociedades el conjunto de su patrimonio, activo y pasivo*” (art. 136.1), prevista solo para la tipología de sociedades anónimas de cada Estado miembro, aquí solo participa la adquirente y la transmitente. Y, para la cesión global de activo y pasivo no se cumple con el requisito que la contraprestación debe de ser dineraria, puesto que en la literalidad de la LME expone que la contraprestación “*no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario*” (art. 81.1).

Expresado lo anterior y en consideración de la intención de mis mandante de adquirir la sociedad objetivo, entendemos que la operación se articula como una permuta de las acciones propias de CerTronic a cambio de las participaciones que ostenta los actuales titulares de Cir-Ceramica, es decir, una trasmisión de empresa indirecta, por una parte, o de ampliación de capital social con aportación de empresa, esto es, los socios de la sociedad italiana aportan sus participaciones en aquella para adquirir la condición de socio en CerTronic, de otra parte. De tal manera que, en ambas operaciones, CerTronic sea la única socia de Cir-Ceramica realizada la operación. Por ello, en los siguientes subepígrafes de este punto vamos a abordar y analizar ambas modalidades planteadas. A modo indicativo, como alternativa, la adquisición de la marca como bien intangible se puede realizar al tiempo de transmitir el único activo que queda en la sociedad, se proceda a la disolución de la misma por acuerdo de los socios, con división del patrimonio social, que consistirá en las acciones de CerTronic entre los partícipes, pero habrá que estar a la normativa societaria italiana aplicable a tal caso.

También exponer a modo indicativo, otra opción posible, dada la modificación de la

Directiva (UE) 2017/1132 por la Directiva (UE) 2019/2121, que introduce la posibilidad de escisión parcial y amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la escisión a las demás sociedades de capital (según el anexo II de dicha Directiva), esto es en palabras de la propia Directiva, cuando “una sociedad escindida transmite una parte de su patrimonio activo y pasivo a una o varias sociedades beneficiarias mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de títulos o participaciones en las sociedades beneficiarias, en la sociedad escindida, o en las sociedades beneficiarias”, cuestión que regula la LME en clave nacional en su artículo 70, añadiendo el requisito de que el patrimonio escíncido “forme una unidad económica”, en tal sentido el Tribunal Supremo ha afirmado, que “(a) priori, y con carácter general, resulta difícil precisar qué debe entenderse por “unidad económica”, pues no necesariamente tendría que tener, previamente, vida propia, ni tiene porque coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, de modo que podría ser meramente funcional”¹. En deducción el patrimonio escíncido puede no ser una unidad productiva en origen, sino por destino, como es el caso que tratamos, la marca formara una unidad productiva por destino dentro de la operación. Pero debemos de manifestar que los Estados miembros tiene para transponer la Directiva 2019/2121, dando cumplimiento a la misma, la fecha límite del 31 de enero de 2023, sin que esté transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico, como en otros Estados miembros, en la actualidad.

Por lo manifestado, no podemos aplicar la Directiva citada hasta que no esté transpuesta en nuestro ordenamiento, por lo que vamos a proceder a analizar la operación como se ha expresado en el primer párrafo de esta introducción, entendiendo que se articula la misma como la adquisición de la sociedad italiana y, no tan, solo del activo intangible.

A. Autocartera como contraprestación por las participaciones de la sociedad objetivo

En esta opción observamos los problemas de las limitaciones en la normativa societaria de que una sociedad adquiera sus propias acciones (generalmente denominada como autocartera, concepto que ya hemos hecho alusión con anterioridad) por la desconfianza que existe en esta operación y las consecuencias lesivas que pueden comportar, desde el punto de vista patrimonial, como desde la perspectiva corporativa. En el caso analizado sorteamos la prohibición absoluta de la adquisición originaria por una sociedad de sus propias acciones o autosuscripción de acciones por la propia sociedad emisora² (art. 134 LSC). Mientras para las sociedades anónimas la constitución de la autocartera se puede alcanzar mediante adquisición derivativa de acciones propias, es decir, la adquisición de las acciones propias de un tercero titular de estas, pero están sometidas a un conjunto de requisitos y condiciones legales, procedentes en su mayoría del Derecho comunitario, que fundamentalmente tratan de reducir los potenciales riesgos patrimoniales y corporativos que comprende la autocartera.

Puesto que las acciones en autocartera no representan por sí valor alguno si no es en relación con la propia sociedad que aparece sobre sí misma como accionista. Esta cuestión tiene un efecto en el capital social (como es que se vulnere el principio de integridad del capital social y la función de retención del patrimonio social, provocando una reducción del activo) y puede suponer una afección negativa de los acreedores sociales al verse afectado el capital social por la autocartera y no ser de aplicación a las acciones de autocartera determinadas formas de protección para aquellos. Igualmente, la adquisición de propias acciones por parte de la sociedad emisora,

¹ STS número 796/2012 de 3 de enero (ECLI:ES:TS:2013:433).

² El art. 134, situado dentro Capítulo VI, denominado como *Los negocios sobre las propias participaciones y acciones*, al tratar la adquisición originaria, expone que: “En ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante”, sin perjuicio de las particularidades del art. 136 y concordantes.

deviene en que aparece esta como titular de derechos que corresponden al accionista. Dado que la representación de la sociedad descansa sobre los Administradores, resulta en el riesgo de que los Administradores sociales o el grupo de control en la sociedad utilice la autocartera para controlar la toma de decisión, no correspondiendo con la real distribución de la participación en el capital social. Debemos de señalar y destacar la exigencia de preservar el principio de igualdad de trato de los accionistas (art. 97 LSC), que es de aplicación general en toda relación de la sociedad con sus accionistas, de gran importancia y relevancia en esta posible operación de adquisición por el uso de autocartera, por el carácter potencialmente discriminatorio de este instrumento.

Dicho lo anterior, nos debemos de detener en el régimen jurídico de estas operaciones con autocartera. Asimismo, examinar el texto legal, que viene a diferenciar dos supuestos. El primero de ellos, la norma recoge los supuestos denominados como supuestos de libre adquisición³ (art. 144 LSC). Las acciones adquiridas conforme a estos supuestos deberán ser enajenadas en un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de adquisición, salvo que previamente hubieran sido amortizadas mediante reducción del capital social o que, sumadas a las que ya posean, no excedan del veinte por ciento del capital social (art. 145 LSC). El incumplimiento de estas obligaciones acarreará la aplicación del régimen previsto para el caso de la autocartera originaria no enajenada (se trata de un régimen de enajenación forzosa de la autocartera). Y el segundo, que tienen una relevancia mayor que las anteriores, son las que el texto legal denomina como adquisiciones condicionadas (art. 146 LSC). Se trata de operaciones con acciones propias adquiridas de forma derivativa y a título oneroso. Para este tipo de autocartera derivativa la norma societaria estipula una serie de condiciones, que de incumplirse estas, supondrían una infracción que llevaría las consecuencias que luego se señalan.

Expuesto lo anterior, nos encontramos ante el segundo supuesto en la operación que nos propone el Consejo de Administración para la adquisición de la mercantil objetivo. En consecuencia, debemos de proceder a considerar las condiciones para que la adquisición derivativa de acciones propias sea conforme a la normativa societaria y, así, legítima la adquisición derivativa de las propias acciones que hiciera la sociedad anónima (art. 146 LSC).

- En primer lugar, se impone la exigencia de que la adquisición de las propias acciones sea autorizada por acuerdo de la Junta General. Este acuerdo deberá de establecer las modalidades de adquisición, el número máximo de acciones propias que se autoriza adquirir, el valor mínimo y máximo de la contraprestación a satisfacer, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años.
- La segunda exigencia que debe de respetarse es que la adquisición no tenga como resultado que el patrimonio neto resulte ser inferior al importe de la suma del capital social y las reservas legales o indisponibles.
- El tercero de estos requisitos, de carácter cuantitativo, dispone que la autocartera derivativa que se constituya, comprendidas las que se adquieran más la que ya se posean, no puede exceder

³ Artículo 144 LSC. Supuestos de libre adquisición: La sociedad anónima podrá adquirir sus propias acciones, o las participaciones o acciones de su sociedad dominante, en los siguientes casos: a) Cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad. b) Cuando las participaciones o acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal. c) Cuando las participaciones o las acciones que estén íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito. d) Cuando las participaciones o las acciones íntegramente liberadas se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular.

del veinte por ciento del capital social. En este requisito incluye a todas las acciones propias que la emisora posea con independencia del origen de estas.

- Por última condición, las acciones propias que se adquieran nunca podrán ser acciones parcialmente desembolsadas ni llevar aparejadas prestaciones accesorias.

La infracción de cualquiera de estos requisitos produce que la adquisición de autocartera fuera contraria a la normativa, por ende, ilícita. Esto conlleva la aplicación del régimen de enajenación obligatoria previsto para la autocartera originaria o autosuscripción que encontramos en sede del artículo 147 de la LSC, que será expuesto en el punto siguiente. Además de la aplicación del régimen administrativo sancionador previsto en el 157 de la LSC por incumplimiento de las obligaciones o vulneración de las prohibiciones establecidas en la normativa societaria, conforme a lo analizado. Este régimen administrativo sancionador se extiende sobre los administradores de la sociedad infractora⁴ y tiene un plazo de prescripción para las infracciones y sanciones de tres años, computándose de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Recayendo la competencia para la iniciación, instrucción y resolución del expediente sancionador sobre la CNMV, en caso de que la sociedad infractora sea una sociedad anónima. La sanción administrativa que se puede imponer es la de multa, con un importe máximo del valor total de las acciones suscritas o adquiridas en infracción de la normativa, o las no enajenadas o amortizadas, en su caso; considerando el incumplimiento del deber de enajenar o amortizar como infracción independiente. Para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios de esta, y a terceros

Dicho lo cual, debemos de centrarnos en el cuarto y último de los requisitos enumerados para que la adquisición de autocartera derivada sea legítima, puesto que su incumplimiento no lleva aparejado el régimen de enajenación obligatoria, sino la nulidad de la adquisición. Pues bien, todas las acciones presentes de la sociedad CerTronic están bajo una prestación accesoría con origen en el acuerdo de refinanciación.

Así las cosas, se podría producir una modificación estatutaria para la eliminación de dicha prestación accesoría, que se regirá por el régimen general de modificación del estatuto de la sociedad (arts. 285 y siguientes), siendo necesario un quorum y mayoría reforzada para la adopción del acuerdo de modificación estatutaria (arts. 194 y 201), y con las particularidades que introduce el artículo 89 de LSC. Además, indicar para esta modificación existe el derecho de separación para los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, salvo disposición contraria de los estatutos [art. 346.1.c) LSC]. Por otro lado, la misma Junta General que se acuerde la modificación de los estatutos para extinguir la prestación accesoría es posible la deliberación y votación de autorización de la autocartera, siempre de forma separada, en virtud del artículo 197 bis de la LSC, pero este acuerdo no podrá ejecutarse hasta la inscripción de la modificación estatutaria que extingue la prestación accesoría, pues de lo contrario, será tachada de nula la operación de adquisición de autocartera en consideración al artículo 146.4 de la LSC. Así, no podemos pasar por alto, que esta extinción de la prestación accesoría puede tener un impacto en un posible incumplimiento de lo acordado en el pacto de refinanciación y en el acuerdo de socios,

⁴ A efectos del art. 157.3 LSC, se reputarán como responsables de la infracción a los Administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido la infracción. Con la precisión que se considerarán como Administradores, no sólo a los miembros del Consejo de Administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora.

con ello es posible accionar las cláusulas de incumplimiento estipuladas, sin perjuicio que esta modificación estatutaria ocasiona una mengua en la obligación de aquel acuerdo que se articuló como una prestación accesoria para fortalecer su cumplimiento.

Además, la existencia del principio de igual trato de los accionistas (art. 97 LSC) y para evitar posibles impugnaciones y conflictos dentro de la sociedad, la adquisición de acciones propias debe de hacerse con un respeto a este principio. Lo que nos llevaría a que la adquisición de acciones propias debe de realizarse de una forma proporcional a todos los socios según participación de estos en el capital social, es decir, debe de afectarse de igual forma a todos los accionistas y esto se logra con una adquisición de autocartera que se reparta en proporción al porcentaje de titularidad de cada accionista. De igual forma, para evitar posibles conflictos futuros, no se podrá adquirir más autocartera que la necesaria para la operación de la adquisición de la sociedad objetivo o, en su caso, de la marca, puesto que estaríamos ante un acto que afectaría a los socios por producirse una pérdida de su poder en la sociedad en beneficio de los socios entrantes (actuales titulares de la sociedad italiana), produciéndose un acto que afecta negativamente a los derechos de los accionistas. Por lo dicho, además de estar encubriendo una reducción de capital social en la modalidad de adquisición de acciones propias para su amortización. Esta modalidad tiene una regulación propia en la normativa societaria (arts. 338 y siguientes LSC) que habría de respetar en su caso y especial vinculación con el artículo 293 de la LSC.

Pero manifestado lo anterior, la DGRN en su Resolución de 11 de mayo de 2017 expresa unas cuestiones para tener en cuenta. Partiendo de *“los evidentes riesgos que la adquisición por una sociedad de sus propias acciones puede implicar, no sólo para los acreedores u otros terceros, sino para los propios accionistas, ya tenga lugar aquélla de un modo directo, ya indirectamente a través de otras sociedades sujetas a su control o por personas interpuestas”*, en el contexto de hechos que una sociedad adquirió autocartera por permuta, obteniendo la pertinente autorización de la Junta General para la operación con propias acciones, tiempo más tarde procedió a su amortización. Pues bien, el Órgano Directivo manifiesta que *“(e)sa reducción del capital social mediante la amortización de acciones adquiridas por la propia sociedad puede discurrir por dos vías distintas: una, partiendo del acuerdo de reducción y, una vez adoptado, y en ejecución del mismo, procediendo a la adquisición de las acciones que se han de amortizar; la otra, siguiendo el orden inverso, adquiriendo previamente las acciones propias y acordando, con posterioridad, la reducción del capital mediante su amortización. [...] El primero ha de ajustarse, aparte las reglas generales sobre reducción de capital social, al rígido procedimiento que establecen los artículos 338 a 340 de la Ley, a través del que se trata de salvaguardar el principio de igualdad de trato entre todos los accionistas, evitando un trato discriminatorio entre ellos, al punto de que si hubiera de afectar a una clase determinada de acciones será necesario el acuerdo mayoritario de los afectados conforme al artículo 293 de la misma Ley. [Mientras] (e)l segundo, por el contrario, y sin perjuicio de que también haya de atenerse a las reglas generales de todo acuerdo de reducción del capital social, tan sólo está sujeto al requisito de la previa existencia de la denominada autocartera, si bien puede plantear en la práctica ciertas dudas en relación con el régimen de protección de acreedores”*.

Por lo expresado, nos situamos en esta segunda vía, es decir, se procede a la adquisición de autocartera de forma derivativa, con autorización mediante acuerdo de Junta General, para ser destinada a la adquisición de la sociedad objetivo o, en su caso, la marca. Todo ello con la pertinente información y transparencia en la autorización y adquisición de autocartera, como en la posterior amortización, puesto como manifiesta DGRN, *“en esa fase previa, en la que tiene lugar la adquisición de las propias acciones, aquel trato igualitario puede quebrar a través de actuaciones clandestinas o subrepticias de quienes ostentan el poder de gobierno en la sociedad, y que el legislador ha tratado de evitar sujetando tal adquisición*

a una serie de limitaciones y requisitos”. En caso de existencia de excedente, se procederá a su amortización, siendo lo sensato que este capital amortizado sea destinado a reservas, puesto que no existe restitución de aportaciones en la reducción de capital por amortización de autocartera dado que las acciones son en ese momento de la sociedad y no del socio. Así de esta forma y en virtud del artículo 335.d) de la LSC, los acreedores no podrán oponerse a la reducción de capital en tal caso. Incluso el Órgano Directivo llega a afirmar que, aunque se tratara, en el supuesto enjuiciado, de “una adquisición con infracción legal, procedería en todo caso la amortización de las acciones como alternativa a su enajenación y como mecanismo para «regularizar» su situación”, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 145 y 147 LSC.

Para el presente modo de articular la operación de adquisición la normativa societaria no contempla la obligatoriedad de experto independiente. Sin embargo, como es necesario aportar la documentación e informes necesarios para proveer de información a los socios con la convocatoria de la Junta, es del todo recomendable, nuevamente para evitar conflictos futuros, que la valoración de las acciones que sirva de base para determinar el contravalor mínimo y máximo [art. 146.1.a)], en relación con el número máximo de acciones a adquirir y la modalidad de adquisición que se contemple, se realice por experto independiente para tener una justificación de estos parámetros objetiva e independiente.

Pero en todo caso, de proceder a la constitución de autocartera de forma legítima, se debe de respetar el régimen de tenencia por la sociedad de sus propias acciones. Esto es, la normativa societaria encomienda el control y cumplimiento de estos requisitos legales a los Administradores (art. 146.3 LSC), en su caso, se podrá derivar responsabilidad para aquellos de no respetar los requisitos legales y control de las operaciones con autocartera. Como se expresó, dada la existencia de riesgos de carácter patrimonial o financiero y los riesgos de orden corporativo por la tenencia de acciones en autocartera por parte de la sociedad y admitida la posibilidad de constitución de esta, la normativa dispone un régimen para la autocartera, con el fin de desactivar los riesgos de la adquisición de acciones propias. Por ello, este régimen se aplica a todo caso de tenencia de acciones propias, con independencia del modo de adquisición de autocartera, tanto de forma lícita como con infracción de una prohibición. Sólo se requiere que la sociedad anónima sea tenedora de sus propias acciones.

Por lo que debemos de atender al contenido del artículo 148 de la LSC, que dispone cuatro reglas que se deben de respetar.

- En relación con los derechos de voto y conexos, queda en suspenso en tanto en cuanto se mantenga la situación de autocartera. En lo referente a los derechos de carácter económico (dividendo, cuota de liquidación, ...), la regla a seguir es que éstos serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.
- Con el fin de evitar posible manipulación, en lo referente al cómputo del quórum necesario para que la Junta General pueda adoptar sus acuerdos. La normativa estipula que la fracción de capital que representan esas acciones propias se incluirá en la base de cómputo de los quórum necesarios para la adopción de los acuerdos sociales. Esto es, que no se ejercerá el derecho de voto por las acciones en autocartera, pero no se altera las reglas de cómputo de quórum sobre el capital social para que la constitución de la Junta y adoptar la aprobación de los acuerdos.
- Para evitar los riesgos financieros, la tenencia de autocartera debe de tener reflejo contable. No

es la LSC quien se ocupa de esta cuestión, sino el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC), que pone de manifiesto que el registro contable en el balance de las acciones propias se mostrará con signo negativo y exigiendo que la autocartera se financie por fondos libres de la sociedad. Lo que sí expresa la LSC, es que se debe de constituir una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones o participaciones, pero solo es aplicable cuando se ostenta acciones o participaciones de la sociedad dominante, que deberá de ser mantenida mientras las participaciones o acciones no sean enajenadas

- Por último, mientras la sociedad mantenga acciones propias bajo su tenencia, existe un deber de información que tiene su reflejo en el informe de gestión⁵ y en el depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, se debe de presentar el modelo de autocartera en el cual se detalla las operaciones de autocartera durante el ejercicio.

En conclusión, de este punto, podemos apreciar que es posible alcanzar de la constitución de autocartera por la adquisición de acciones propias de terceros titulares de aquellas. Pero al existir la prestación accesoria, el negocio de adquirir las acciones propias es nulo, por lo que habría que extinguir la prestación, con un posible impacto en el acuerdo entre socios con origen en la refinanciación y que dio lugar a la citada prestación accesoria.

Así mismo, de alzarse la prestación accesoria, debe de realizarse la adquisición de las acciones propias en riguroso respeto del principio de igual trato de los accionistas y ser transparentes en la operación, para evitar riesgos de impugnación del acuerdo por ser discriminatorio el mismo. Además de respetarse el régimen normativo para la adquisición y tenencia de acciones propias por parte de la sociedad. Por lo que sería posible adquirir más acciones que las necesarias e imprescindible para llevar a cabo la operación de la adquisición de la sociedad objetivo y su posterior amortización, pero para evitar posibles conflictos futuros con los socios, es del todo recomendable que la adquisición se ajuste al montante de la operación de adquisición, dado que, si se adquieren mayor número de las necesarias, que deberían de ser enajenadas las no transmitidas a los partícipes de la sociedad italiana, se estaría produciendo una mengua para los derechos de los accionistas originarios respecto de los socios entrantes dado que estarían produciendo una pérdida de sus derechos y poder en la sociedad, cuestión que podría ser objeto de impugnación por parte de los socios afectados. Por todo ello, con las dificultades manifestadas, esta opción planteada dentro de la primera posibilidad para la adquisición de la sociedad italiana, y en consecución de la marca, único activo que posee la misma, en nuestra opinión, se prescinda de esta opción o se relegue a último lugar dentro de las posibilidades existentes.

Debemos de manifestar que el régimen expuesto para la autocartera derivada es extensible para el resto de las operaciones planteadas, sin perjuicio de lo que comentemos en el siguiente punto para la autocartera originaria, si se quiere utilizar en las mismas acciones propias en autocartera. Asimismo, la LSC prevé que todas las prohibiciones establecidas en relación con los

⁵ Según el artículo 148 de LSC, el informe de gestión de la sociedad adquirente de acciones o participaciones propias, deberán mencionar como mínimo: 1.º Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio. 2.º El número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan. 3.º En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones. 4.º El número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan.

negocios sobre las propias acciones alcanzan a los negocios efectuados por persona interpuesta⁶ (art. 156 LSC). Por lo que respecta al negocio realizado por la persona interpuesta, si el negocio está permitido a la sociedad, se encuentra sometido al mismo régimen que si lo realiza la sociedad en nombre propio. Sin embargo, si el negocio no está permitido por incurrir en alguna prohibición las operaciones sobre acciones propias, se entiende realizada por la persona interpuesta y no producirá efecto ninguno a la sociedad. Mientras que el negocio celebrado entre la sociedad y la persona interpuesta en virtud del cual esta última celebra en nombre propio, pero por cuenta de la sociedad, algún negocio prohibido por la normativa societaria es nulo y no produce efecto ninguno.

B. Aumento de capital como contraprestación de la operación de adquisición de la sociedad italiana

La segunda posibilidad que nos presenta el Órgano de Administración de la sociedad CerTronic es el aumento de capital social en cuantía del valor de la marca, para dar entrada como socios de los titulares de participaciones en Cir-Ceramica, a cambio de la aportación de la marca, entendiendo en el contexto de articular la operación de adquisición de la sociedad italiana y no solo de la compraventa del activo intangible que es la marca que conserva la sociedad Cir-Ceramica.

En este caso se produce un aumento de capital social de la mercantil por aportación no dineraria. En este tipo de aumentos de capital social la normativa excluye el derecho de suscripción de acciones preferentes de las nuevas acciones por parte de los socios actuales. Dado que este derecho solo está previsto para los aumentos de capital social con cargo a aportaciones dinerarias (art. 304 LSC). Con ello, se evita todos los trámites a realizar para la exclusión de este derecho que estipula la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 308. Sin embargo, tenemos que abordar otra cuestión, es que en esta operación se produzca un trato discriminatorio para los actuales socios por el potencial efecto de diluir el valor relativo de sus participaciones sociales o efecto de aguamiento de sus acciones por la entrada de los nuevos socios. Esto se debe a que las nuevas acciones no incrementan el patrimonio en la misma medida o proporción en que se aumenta la cifra de capital.

En este contexto debemos de atender que la normativa societaria solo obliga a emitir las nuevas acciones o participaciones con prima en aquellos supuestos en que la sociedad acuerde la exclusión del derecho de suscripción o asunción preferente. Pero para evitar el trato discriminatorio o posible trato abusivo para los actuales socios, aunque no existe en el aumento de capital social con cargo a aportaciones no dinerarias esta cuestión, como ya hemos aludido, se debe de emitir las nuevas acciones con prima. Esto es, los nuevos socios deben de pagar un precio superior al importe nominal para ajustar el precio exigido a su verdadero valor razonable o de mercado, como mecanismo de evitación de la posible desvalorización de las antiguas. El sobreprecio con relación al valor nominal no forma parte ni es capital social, sino que queda en cuenta separada del patrimonio neto de la sociedad que se caracteriza por ser de libre disposición para la sociedad.

Expuesto lo anterior, debemos de entrar a exponer el trámite de la ampliación de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, en nuestro caso, por las participaciones de los socios de Cir-Ceramica (carente de actividad y que solo consta en su activo la marca). El aumento de capital se rige por los requisitos generales de las modificaciones estatutarias (art. 296.1 LSC), que se ven complementados por los requisitos de las distintas modalidades que pueden revestir los aumentos de capital social. Por lo que debemos de centrarnos en aquellas especialidades para el aumento con

⁶ A estos efectos y para lo que aquí interesa, se considera por persona interpuesta aquella que se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio, pero por cuenta de la sociedad, aquellas operaciones sobre acciones propias de la sociedad, que la LSC prohíbe.

aportaciones no dinerarias y someterse al régimen aplicable en función del tipo social que se trate, en nuestro caso, el régimen de la sociedad anónima.

Por otro lado, la normativa societaria permite, en el caso de las sociedades anónimas, la delegación por parte de la Junta General del aumento de capital en los Administradores. Sin embargo, el artículo 297 de la LSC permite esta delegación de la facultad de señalar la fecha en que el acuerdo previo que, adoptado el aumento de capital social, se lleve a cabo. Además, el Órgano de Administración podrá fijar las condiciones no previstas en el acuerdo por la Junta de accionistas, dentro de un plazo máximo de un año [art. 297.1.a)]. Sin embargo, no podrá producirse el denominado capital delegado, esto es, la delegación de la facultad de acordar en una o varias veces el aumento del capital social hasta una cifra delegada por la Junta, dado que esta delegación solo opera para el aumento de capital a cargo de aportaciones dinerarias [art. 297.1.b)].

Así, para el tipo societario al que pertenece CerTronic, además del informe justificativo de la modificación estatutaria elaborado por el Órgano de Administración promotor de la modificación, deberá de ser objeto de un informe pericial elaborado por uno o varios expertos independientes (arts. 67 y ss. LSC), que valore los bienes o derechos a aportar. Existe en esta materia un reforzamiento de la información de los socios, se exige al Órgano de Administración que ponga a disposición de aquellos al tiempo de la convocatoria de la Junta General en la que se delibere el aumento de capital un informe describiendo las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las acciones que hayan de 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. De este modo, se ofrece una información completa sobre la operación proyectada de aumento de capital y sobre las aportaciones previstas.

También existe el deber de dejar constancia en el anuncio de convocatoria de la Junta General, del derecho de todos los socios de examinar el informe en el domicilio social, así como pedir la entrega o el envío gratuito del documento. La cuestión primordial que suscita la ampliación de capital con entrega de aportaciones no dinerarias, junto a estas exigencias de información, es la sujeción a un control de valoración de lo aportado, es decir, existe la exigencia de valoración económica de forma auténtica, segura y objetiva de la aportación. En nuestro caso, no sólo depende la participación de los nuevos socios, sino de la correcta integración del capital social en conexión con el patrimonio que se aporta realmente.

La designación del o de los expertos independientes, la realiza el Registrador Mercantil del domicilio social, la disposición legal determina que estos deben tener competencia profesional para tal misión, según la normativa societaria, y además que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones, según manifiesta el RRM. En este sentido debemos de acudir al Reglamento del Registro Mercantil (arts. 338 y ss. RRM) para tal tramite. La solicitud se hará mediante instancia, dirigida al Registrador Mercantil del domicilio social, expresando las circunstancias siguientes: (i) denominación y datos de identificación registral de la sociedad; (ii) 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; (iii) 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 y (iv) fecha de la solicitud. La instancia deberá de ir suscrita por la propia sociedad.

La designación se realizará dentro de los quince días siguientes a la fecha del asiento de presentación. En la misma resolución el Registrador Mercantil determinará la retribución que percibirá cada uno de los expertos nombrados o los criterios para su cálculo, que habrá de ajustarse a las reglas establecidas por los respectivos Colegios Profesionales y a las normas que se dicten a tal efecto. El plazo para emitir el informe es de un mes a contar desde la fecha de la aceptación del nombramiento, sin perjuicio de que puedan concurrir circunstancias excepcionales, el Registrador, a petición del propio experto, podrá conceder un plazo mayor. De no emitirse el informe en plazo, se procederá a nuevo nombramiento, pudiendo incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de su mandato. De esta forma, más allá de la responsabilidad que se derive de la negativa injustificada a aceptar la designación (art. 245.2 RRM), el art. 68 LSC establece una responsabilidad de las actuaciones dolosas o culposas del experto independiente.

Dicho informe debe de contener la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida. Debemos de denotar, que la normativa vigente no precisa o especifica los criterios a utilizar en la valoración, lo que conlleva un amplio margen de autonomía y actuación al experto independiente.

Este control de valoración tiene su impronta a la hora de adoptar el acuerdo de ampliación del capital social. Esto es, se debe de atender al valor dado a estas aportaciones y adoptarán las consecuencias oportunas. En todo caso, el valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos, que será causa de denegación de la inscripción del aumento de capital, en virtud de los artículos 133.2 RRM⁷ y 67.3 LSC. Fijado lo anterior, a pesar del contenido del artículo 71.2 de la LSC, que se deduce que dicho informe no es necesario más como anexo a la escritura pública de ampliación de capital social, debemos de tener en cuenta el contenido del artículo 67.3 de la normativa societaria, el cual establece que “(e)l valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos”. Púes, en deducción debe de proveerse este informe al tiempo que el de los Administradores sociales, esto es, que se ponga a disposición de los socios al tiempo de la convocatoria de la Junta General y no al otorgar la escritura pública de aumento de capital. Con ello, evitamos posibles problemas de impugnabilidad del acuerdo y dar información con consecuencias relevantes para la ampliación de capital.

De este régimen de valoración existen excepciones que son indicadas por la normativa societaria en su artículo 69. Esto es, entre otras, si la aportación de bienes distinto a valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, si se hubiera determinado su valor razonable dentro de los seis meses anteriores a la fecha efectiva de la aportación por experto independiente no designado por las partes con respeto de los principios y las normas de valoración reconocidas para esos bienes distinto a los citados, no es necesario realizar informe de experto independiente para la valoración de las aportaciones no dinerarias, siempre y cuando no se hayan producidos circunstancias modificativas del valor razonable del bien a aportar, con un efecto significativo, con lo cual habrá de proceder a realizar informe de experto independiente. En este sentido, se nos comenta que la

⁷ El art. 133.2 *in fine*, manifiesta que: “[...] El Registrador denegará la inscripción cuando el valor escriturado supere el valor atribuido por el experto en más de un 20 por 100. La misma regla será de aplicación en los casos de transformación, fusión y escisión cuando se requiera la emisión de informe por parte de experto independiente”.

sociedad italiana ha sido objeto de una escisión parcial, dado que aún queda en su balance un inmovilizado intangible, es decir, la marca, pudiendo haber sido objeto de valoración la sociedad por experto independiente, por ende, determinando el valor de las participaciones una vez culminada la escisión. Por lo que, en tal caso, siempre que no haya sobrevenido circunstancias modificativas del valor razonable del bien que se aporta y esta valoración se haya producido dentro del límite temporal comentado, no es necesario nueva valoración del bien a aportar.

Siendo necesario en tales casos, la emisión de informe sustitutivo, que elaboraran los administradores, que contendrá: (i) la descripción de la aportación; (ii) el valor de la aportación, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla; (iii) una declaración en la que se precise si el valor obtenido corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida, y (iv) una declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial. Que al dicho informe se le deberá de dársele la misma publicidad que al informe de experto independiente entre los socios previamente a la celebración de la Junta donde se delibere el aumento de capital.

Como ya hemos hecho alusión, el acuerdo de ampliación del capital sigue el régimen general de toda modificación estatutaria, en consecuencia, ha de ser inscrito en el Registro Mercantil. Ahora bien, la LSC tiene un régimen particular, resulta exigible un sistema de doble inscripción registral. De este modo, el texto legal dispone que el objeto de la publicidad legal no ha de ser sólo la modificación estatutaria del aumento del capital sino, también, su ejecución. Por ello, los Administradores deben de formalizar la inscripción del acuerdo de ampliación y la inscripción de su ejecución de forma simultánea (art. 315 LSC), tal que no se podrá practicar la inscripción del acuerdo de ampliación del capital social si, el mismo, no se acompaña de la descripción de la ejecución de éste.

Aunque este régimen de doble y simultánea inscripción del acuerdo de ampliación del capital tiene alguna excepción para el tipo social de las mercantiles que tomen forma de sociedad anónima, caso de previsión de suscripción incompleta, sin pasar por alto, las aportaciones no dinerarias aplazadas, cuyo régimen jurídico es regulado por el artículo 80 de la LSC. En el caso que nos ocupa, debemos de comentar que no da lugar a estas excepciones, dado que se trata de una operación para la adquisición de la sociedad italiana. El aumento de capital se debe a la entrada de los socios que son titulares actuales de la sociedad objetivo, a cambio de su participación en aquella.

Por otro lado, para la inscripción en el Registro Mercantil, debe de otorgarse escritura pública que contenga el acuerdo del aumento de capital (art. 165 RRM), con el contenido que establecen los artículos 166.1, 2 y 4 y 168.2 del RRM. Por lo tanto, debe de procederse a concretar los elementos que componen la aportación de empresa, dada la dificultad de esta concreción, es necesario que se describan y se identifique aquellos bienes y derechos que sean registrables mediante un inventario detallado y procediendo a una valoración conjunta de todos ellos. Sin embargo, reiterando lo ya dicho, recordemos que la adquisición de la empresa objetivo se realiza de forma indirecta o en sentido económico, con el cambio de titularidad de las participaciones de la sociedad italiana que se aporta para el aumento de capital de CerTronic, con la entrada de los nuevos socios, actuales titulares de las participaciones de Cir-Ceramica, que está última, no tiene actividad, ya que solo obra en su activo la marca, lo que nos lleva a simplificar los trámites y la valoración de la sociedad. Ni decir tiene, que el cumplimiento de las exigencias de forma y publicidad recae sobre los Administradores sociales.

Este régimen es aplicable en todo caso para los aumentos de capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, es decir, este régimen es de aplicación tanto si entendemos la operación como una adquisición de la sociedad objetivo por permuta de las participaciones de aquella a cambio de las acciones de CerTronic, o solo se trate de adquirir el bien intangible o inmaterial que es la marca, como propiedad industrial, ya que se trata de una aportación distinta de dinero. En todo caso, hay que tener en cuenta, si la marca ha sido objeto de registro en el órgano competente y, en su caso, si han procedido a la renovación periódica de la misma, en virtud de la normativa aplicable a la marca registrada, de lo contrario podemos encontrarnos que esta estuviese caducada, con lo que ello supondría⁸.

En atención a las cuestiones planteadas por mi mandante, sobre la incidencia de la autocartera en esta posibilidad, aunque ya hemos tratado está en la anterior punto, ahora nos centramos en la autocartera originaria o en la suscripción de acciones propias en nuevas emisiones por parte de la sociedad, dado que con anterioridad nos hemos centrado en la adquisición de acciones propias o autocartera derivada. La normativa societaria sanciona con la prohibición general de la suscripción de acciones propias, pero el régimen aplicable es distinto para las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas. Debemos de centrarnos en esta última, al pertenecer CerTronic a este tipo. Ahora bien, la consecuencia de la vulneración de la autosuscripción por parte de las sociedades anónimas no comporta la invalidez del negocio de la suscripción de las acciones propias. Por lo tanto, es válida tal acción y atribuye la propiedad a la sociedad que suscriba por este método sus acciones. Sin embargo, imputa la obligación de desembolso en caso de aumento de capital social sobre los administradores con carácter solidario entre ellos. Con ello, el legislador evita los graves inconvenientes de la nulidad de la operación y reduce los peligros que conlleva la autosuscripción o autocartera originaria sobre el patrimonio social al recaer la correcta integración del capital social sobre terceros, en este caso, sobre los administradores de la sociedad. Se trata de una responsabilidad personal, ilimitada, legal, solidaria y acumulativa⁹.

Afirmado lo anterior, es del todo aplicable lo explicitado respecto de las obligaciones y régimen aplicable a la tenencia de acciones propias de la sociedad en forma de autocartera, remitiéndonos a lo ya comentado sobre el artículo 148 de la LSC. No podemos olvidar que la adquisición de autocartera originaria está prohibida, sin perjuicio, aunque no se tache de nulidad la operación para las sociedades anónimas. Pero esta autosuscripción se ha realizado en infracción de la norma societaria, por lo que es de aplicación el régimen contenido en el artículo 139 de la LSC,

⁸ En este caso, si se aporta la empresa para la ampliación de capital, el socio respondería del saneamiento en su conjunto (art. 66 LSC). Sin embargo, si solo se aporta un bien, el socio responderá del saneamiento individual del mismo (art. 64 LSC).

⁹ En primer lugar, se trata de una responsabilidad personal e ilimitada, por la parquedad del artículo 136.2 de LSC, esta debe de ser puesta en vinculación con el artículo 1911 del CCiv, pues del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Por otra parte, es establecida por la ley societaria, que determina el contenido de la responsabilidad, es decir, la obligación del desembolso. En tercer lugar, esta responsabilidad la asumen las personas que la norma hace responsable con carácter solidario, con ello se produce una protección del acreedor, en este caso, con el carácter tuitivo del capital social, asegurando el cumplimiento de las funciones del capital y su integridad. Es decir, al concurrir una pluralidad de sujetos, unidad de la obligación, el acreedor puede dirigirse indistintamente a cualquiera de los obligados solidarios por la totalidad de la deuda. Con la aparición de una relación interna entre los deudores solidarios, por virtud de la cual, cada uno es acreedor por su parte. Pudiendo ejercer acción de reclamación de cantidad a cada uno de los restantes deudores por parte del obligado que haya abonado la integridad de la deuda. Y, por último, esta responsabilidad es acumulable o compatible con el ejercicio de cualquier otra acción de responsabilidad que se pudiera ejercer según el ordenamiento jurídico contra los administradores obligados al desembolso de las suscripciones de acciones propias.

esto es, la obligación de enajenación por parte de la sociedad en un plazo máximo de un año de las acciones autosuscritas. Si transcurrido este plazo no se hubiera enajenado estas acciones, los administradores están obligados a convocar de inmediato la Junta General para que acuerde la amortización de las acciones propias con la resultante reducción del capital social. En defecto que la sociedad no hubiera reducido el capital social dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha de finalización del periodo de tiempo para la enajenación de las mismas, cualquier interesado podrá solicitar la reducción del capital al Secretario Judicial o Registrador Mercantil¹⁰ del lugar del domicilio social, con la existencia de la obligación de solicitar la reducción sobre los administradores sociales de acudir a estos, en caso de la negativa del acuerdo en Junta de accionista o no pudiera ser logrado. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación del régimen administrativo sancionador del artículo 157 de la LCS, al que ya se hizo referencia en el punto anterior y es de aplicación también en el caso de incumplimiento de las obligaciones o vulneraciones de las prohibiciones establecida en la normativa societaria para el caso de autocartera originaria.

Debemos de manifestar una advertencia, esta es de aplicación, tanto para la autocartera originaria, como para la autocartera derivada. Puesto que al efectuar la operación de la adquisición de la sociedad italiana, al articularse por una permuta de acciones propias a cambio de las participaciones de los actuales titulares de Cir-Ceramica, o por un aumento de capital a cargo de aportación no dineraria, esto es, con la aportación de las participaciones de la sociedad objetivo por parte de sus titulares, en ambos casos los socios actuales de Cir-Ceramica entran dentro de la sociedad adquiriente en forma de socios, convirtiéndose esta en la única titular del capital de la sociedad adquirida, por lo que será de aplicación el régimen de autocartera para las participaciones o acciones de su sociedad dominante, aunque se trate de una sociedad con domicilio en el extranjero, todo ello, en virtud del artículo 158 LSC, expresa que “*(l)as disposiciones de este capítulo referidas a operaciones que tienen por objeto participaciones o acciones de la sociedad dominante serán de aplicación aun cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española*”, por lo que estamos sujetos a las limitaciones y exigencias, ya comentadas, tanto si se trata de autocartera originaria como derivada.

Para el caso de la sociedad socia de Cir-Ceramica, Il Piccolo de Avvoltoio, S.R.L., hay que realizar una serie de consideraciones, pues esta es una filial controlada íntegramente por el Fondo, que a su vez es socia de CerTronic, de consolidarse la operación por esta vía o la expresada en el punto anterior. Este hecho es de relevancia, en conexión con el artículo 42.1 del CCmer¹¹, que fija los criterios legales para establecer si hay una relación de dominio entre dos sociedades (grupo

¹⁰ El expediente ante el Secretario Judicial se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La solicitud dirigida al Registrador Mercantil se tramitará de acuerdo con lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. La decisión favorable o desfavorable será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.

¹¹ Según el art. 42.1 CCmer, existe un grupo de sociedades cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras sociedades. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

A los efectos de este cómputo de los derechos de voto, el artículo establece que a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

empresarial vertical), a efectos de la aplicación de la normativa legal de acciones propias. Dado que existe autocartera, tanto en operaciones de adquisición o suscripción de sus propias acciones, o las participaciones o acciones de su sociedad dominante, en relación con el artículo 158 de la LSC, como ya hemos comentado, incluye la aplicación del régimen de autocartera a las operaciones que tienen por objeto participaciones o acciones de la sociedad dominante, aun cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española.

Si Wulture no alcanza la condición de sociedad dominante, pero CerTronic adquiriera acciones o participaciones del Fondo, habrá que estar a una posible existencia de acciones recíprocas en virtud de los artículos 151 LSC¹², que limita las participación recíprocas o participaciones circulares al 10% del capital de las sociedades participadas. Para tal caso, habrá de aplicarse el régimen jurídico que asientan los artículos 152, 153 y 155, todos ellos de la LSC. Pero en el caso que Wulture se convirtiese en sociedad dominante, en consideración a la participación directa e indirecta en CerTronic, por lo dispuesto del artículo 154 de la LSC, el régimen jurídico contenido en los artículos 151 a 153 de la LSC no será de aplicación a las participaciones recíprocas establecidas entre una sociedad filial y su sociedad dominante.

En cierre de este punto que hemos tratado las distintas modalidades que se plantea el Órgano de Administración de CerTronic para articular la operación de adquisición de las participaciones de la sociedad objetivo, hemos de exponer el gran impacto que tiene el régimen de autocartera para estas posibilidades. En la primera, tiene un gran relieve la autocartera derivada o adquisición de acciones propias. Mientras que, para la segunda, tiene posible impacto la autocartera originaria o autosuscripción de acciones propias. Por lo que habrá que sujetarse a este régimen para no incurrir en vulneración o infracción de la normativa societaria, en tal caso, se deberá de aplicar el régimen de enajenación forzosa expuesto, con incidencia del régimen sancionador administrativo para el caso de infracción de la normativa en autocartera.

Por otro lado, no es necesario la existencia de informe de experto independiente si se articula la operación de adquisición en utilización de autocartera para su permuta a cambio de las participaciones de los titulares de Cir-Ceramica, pero adolece de los problemas planteados en el punto anterior, que dificulta la operación. Informe que, si será necesario en el caso de articular la operación por aumento de capital a cargo de aportaciones no dinerarias, como se ha expuesto en párrafos antecedentes. Pero en el caso de aumento de capital social a cargo de aportaciones no dinerarias se debe de proceder a realizar informe de valoración por experto independiente, salvo que concurra alguna de las excepciones que contempla la normativa societaria, que será sustituido por informe del Órgano de Administración con el contenido que marca la LSC.

4.2. Adquisición de la sociedad italiana mediante una fusión apalancada

La otra opción que se nos presenta el Consejo de Administración es la compra de las participaciones a los socios de Cir-Ceramica, de tal manera esta pasaría a ser íntegramente participada por CerTronic, siendo esta la única socia de la sociedad italiana. Para la adquisición de la participación de Cir-Ceramica, se pretende solicitar un préstamo por valor de la operación que ya se tiene acordado con una entidad de crédito. Finalizada la adquisición se procederá a una fusión por absorción de la filial.

¹² No podrán establecerse participaciones recíprocas que excedan del diez por ciento de la cifra de capital de las sociedades participadas. La prohibición afectará también a las participaciones circulares constituidas por medio de sociedades filiales.

Antes de analizar esta operación debemos de exponer ciertos elementos a destacar. El primero de ellos, en relación con la operación de refinanciación que acometió CerTronic y el consecuente pacto de socios que tiene origen en aquella operación, prevé por cláusula la necesidad de que cualquier nuevo crédito que se solicite se establezca en condiciones iguales o inferiores a la que tiene los créditos de Wulture, denominándose a este tipo de cláusulas *pari passu*, que deberá de ser tenida en cuenta para la negociación del préstamo financiero que se vaya a suscribir para financiar la operación.

En segundo lugar, las operaciones apalancadas pueden incorporar elementos positivos, como es el aumento de la eficacia de las sociedades involucradas, efectos de economía de escala o generar sinergias, en la medida en que se integran en una misma compañía diferentes elementos de un mismo proceso productivo, entre otros efectos positivos. Debemos de traer a colación en el caso que nos centramos, la compañía que se va a adquirir no tiene actividad actual, solo tiene dentro de sus activos una marca que goza de alto prestigio en el mercado, cuestión que tendrá efecto en la documentación a realizar, como después expondremos. Pero, la operación no se encuentra exenta de problemas y riesgos, en especial con los relacionados con el incremento del endeudamiento. No tan solo los referidos a la cuantía de la financiación que se utilice para el pago del precio de la adquisición de la sociedad objetivo, que es o será aceptada por quién financia la adquisición. Sino por el incremento de la deuda en el balance de la sociedad resultante, por el incremento del riesgo financiero, que puede constituirse en un efecto adverso cara a futuros accesos a crédito de la compañía.

En estos términos, por la documentación a elaborar en esta operación hay que realizar un trabajo de prognosis o de anticipación de los flujos de cajas futuros exhaustivo, no tan solo para determinar la liquidez para afrontar los créditos ordinarios de la actividad comercial, sino más bien de cómo afrontar el pago de la financiación extraordinaria donde se encuentra la financiación de la operación, y de aquellos elementos que actúan con carácter previo a la misma, destacando de estos la prohibición de asistencia financiera contenida en la normativa societaria. Al margen de reforzar la disciplina de operaciones sobre acciones o participaciones propias, esta prohibición tutela que el patrimonio de la sociedad adquirida acabe, directa o indirectamente, respondiendo de las deudas incurridas para su propia adquisición. Lo que ocurre de una forma clara en el caso de las fusiones apalancadas.

En este contexto, hay que examinar el artículo 35 de la LME, existiendo controversia entre algunos autores si es suficiente con el cumplimiento de los requisitos para sortear la prohibición de la asistencia financiera o hay que ir más allá de la disposición y existir una ruptura entre financiación y adquisición. Cuestión que se alcanzará, a modo de ejemplo, si la adquirente dispone de reservas o flujos de caja suficientes para cubrir el importe de la financiación. En consecuencia, es necesario, como desarrollaremos más adelante, que el informe de experto se pronuncie sobre la existencia de asistencia financiera en la operación.

En tercer lugar, se trata de una fusión especial, por las particularidades existentes. Pues bien, se trata de una absorción de una sociedad íntegramente participada¹³, dado que CerTronic es la única socia de Cir-Ceramica después de la adquisición de sus participaciones. Así mismo, se trata

¹³ Según el art. 49 de la LME, se definen la absorción de sociedad íntegramente participada, cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas.

de una fusión transfronteriza intracomunitaria¹⁴. Por lo dicho, debemos de analizar en el procedimiento de la fusión, como estas particularidades afecta al mismo y, en especial, a los documentos, informes y necesidad de intervención de experto independiente en el proceso.

Así, se denomina fusión apalancada, a la operación por la que una sociedad se endeuda para la adquisición de una participación de control en el capital social de otra sociedad, teniendo en cuenta el derecho de grupos empresariales se entiende por la toma de control de una sociedad se adquiere, en tales casos, como consecuencia de ostentar más de la mitad de los votos en la Junta General o en el resto de los supuestos previstos en el precepto del art. 42 del CCmer, y posteriormente se fusionan la adquirente y la adquirida. Por lo que sus elementos básicos son la existencia de una adquisición, un endeudamiento y una fusión. Pero respecto del endeudamiento, la LME determina que el endeudamiento relacionado con la adquisición se contraiga en el plazo temporal de tres años inmediatamente anteriores¹⁵, pudiendo ser este perfectamente concurrente o posterior, siempre y cuando se observe un nexo causal o relación entre el endeudamiento y la adquisición del control de la sociedad a ser absorbida por la sociedad endeudada.

Por último y, en cuarto lugar, es necesario realizar un análisis de los elementos subjetivos de las sociedades participantes para aseverar si estas pueden ser objeto de dicha operación. Estos requisitos deben de cumplirse cumulativamente y son los que siguen:

- Según el segundo párrafo del artículo 54 de la LME, las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en fusiones transfronterizas son las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. No existiendo problema, puesto que CerTronic es una sociedad anónima.

Para la otra sociedad participante en la fusión ha de plantearse la misma regla, es decir, que su derecho interno admita su participación en la operación y la sociedad revista la forma de sociedad de capital, en consideración de los artículos 119 y 121 de la Directiva (UE) 2017/1132, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. Por lo manifestado, debemos de acudir al Anexo II de la Directiva (UE) 2017/1132, de 14 de junio, para verificar, en el caso de Italia, qué sociedades reviste forma de sociedad de capital. En nuestro caso, Cir-Ceramica está constituida bajo el tipo social de *società a responsabilità limitata*, este tipo societario está en el anexo como sociedad de capital.

- Estar constituida de conformidad con la legislación de un Estado parte del EEE (esto es, los países de la Unión Europea, sumando Islandia, Liechtenstein y Noruega.). Tanto España e Italia pertenecen al Espacio Económico Europeo, por lo que cumple este requisito.
- Que el domicilio social, la administración central o el centro de actividades principales se encuentre dentro del EEE. Sin que, a este respecto, tampoco exista inconveniente para el

¹⁴ Según el art. 54 de la LME, se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

¹⁵ Entendiendo que el inicio del cómputo es desde la constitución del negocio jurídico, en nuestro caso del préstamo, y no desde que se entrega la cantidad de dinero. Siendo el hito final del plazo, según la opinión mayoritaria, se fija en la fecha del proyecto común de fusión, pero parece más apropiada la fecha de aprobación del acuerdo de fusión por parte de la Junta de socios, momento de vinculación de las partes con la operación.

cumplimiento de este requisito.

- Que, interviniendo al menos dos sociedades, estén sometidas a legislaciones de Estados miembros diferentes y una de ellas que participe en la fusión esté sujeta a la legislación española. Este último extremo, es obvio, pues la ley española solo será aplicable si alguna sociedad está constituida y/o tiene domicilio en el territorio nacional. Este último requisito, se cumple la operación de fusión que estamos analizando, pues intervienen sociedades sometidas a legislaciones distintas de Estados miembros de EEE y una de ellas está sujeta al ordenamiento jurídico español.

Visto lo anterior, continuemos con el análisis del régimen jurídico de estas operaciones, para después adentrarnos en el procedimiento y las particularidades del mismo. Según la normativa que regula las modificaciones estructurales a las fusiones intracomunitarias que se aplicará la normativa específica de las fusiones transfronterizas intracomunitarias y supletoriamente las de la fusión en general. Destacar que la LME ha introducido en el régimen general numerosos requisitos de la normativa europea que se exigía para las operaciones transfronterizas, de manera que las especialidades no son muchas, como desarrollaremos, sin perjuicio de su carácter transnacional y del sistema de doble control, que será comentado líneas más adelante. Como es lógico, el régimen de la LME sólo se aplica a la sociedad española afectadas por la fusión, la otra participe se regirá por su régimen jurídico aplicable. Cuestión que debemos de alcanzar un adecuado equilibrio para una adecuada aplicación de ambas normativas, sobre todo, lo concerniente a los documentos a elaborar y contenido de los mismos. En este sentido, se ha de advertir cuando varios requisitos normativos sean necesarios para una misma cuestión, deben de cumplirse estos y, en caso de existencia de requisitos contradictorios, se debe de optar por cumplir la norma más estricta.

A modo introductorio, podemos indicar que existen más requisitos procedimentales que en las fusiones meramente internas. En este sentido, el proyecto común de fusión debe de contener menciones adicionales, además de que algunos posibles pasos prescindibles en las operaciones simplificadas de fusión son de obligado cumplimiento en las operaciones transfronteriza de fusión, a pesar de que se trata, como es este caso, de la absorción de una sociedad íntegramente participada. Debe de añadirse un aumento de la publicidad respecto de la aplicable al régimen general de fusiones.

Del mismo modo, existe un mayor papel de los trabajadores, al preverse mecanismos de protección de los intereses de estos con participación en este tipo de operaciones, que en determinados países del entorno europeo han establecido tradicionalmente estos mecanismos de participación de los trabajadores en el trámite de estas operaciones. A este respecto, en España es poco frecuente el sistema de cogestión de las sociedades mercantiles, en consecuencia, esta cuestión se infravalora. Pero, no se puede obviar, que es posible que, en otras jurisdicciones europeas, y por lo tanto afectando a las posibles sociedades participes de la fusión transfronteriza, se encuentre que el ordenamiento jurídico foráneo se les otorgue derecho de participación a los trabajadores en las sociedades mercantiles, sin olvidar el elemento que la sociedad objetivo carece de actividad, por lo tanto, es de suponer, que carece de trabajadores.

El procedimiento que se determina para estas fusiones sigue el modelo tipo de las modificaciones estructurales de un procedimiento trifásico. En la primera fase, fundamentalmente preparatoria, se centra por los actos y las decisiones de los Administradores de la sociedad que pretendan fusionarse, que deben de preparar el proyecto de fusión, los balances de fusión y los

informes sobre dicho proyecto. La segunda fase va referida a la aprobación de la fusión, tomando el protagonismo las respectivas Juntas Generales de las sociedades participantes, sin perjuicio de las particularidades que después expondremos, con el correspondiente acuerdo de fusión. Y la tercera fase, tiene una naturaleza ejecutiva, con el cumplimiento de distintos requisitos y controles que culmina con la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil que es el momento que esta logra plena eficacia jurídica.

Añadir una fase previa o preliminar, de carácter comercial. Esta fase también está presente en las posibilidades analizadas con anterioridad, aunque la operación se articule de distinta manera a la que actualmente se aborda. Esta fase no está regulada en nuestra legislación, pese a esto, en esta fase es donde las partes involucradas sientan las bases económicas, jurídicas y comerciales de la operación (confeccionando informes de viabilidad, preacuerdos y alcanzando acuerdos preliminares, entre otros elementos). Sobre todo, teniendo en cuenta que previamente a la fusión propiamente dicha se debe de proceder a la operación de la adquisición de las participaciones de Cir-Ceramica por parte de la sociedad española. Hay que tener presente en esta fase previa la consecuencia de que la operación no fructifique, con o sin motivo justificado y las responsabilidades que esto puede originar. Más aún, si añadimos el factor transfronterizo de la operación, existiendo posible intervención de jurisdicciones foráneas¹⁶. Por ello, es del todo deseable que en esta fase previa se suscriba por las partes intervinientes el acuerdo en contrato vinculante que, además de estructurar la operación, regule los extremos de la relación entre las partes afectadas.

Dicho lo cual, vamos a exponer las fases y los elementos de cada una, deteniéndonos en los puntos claves y en aquellos que el mandante ha solicitado que nos detengamos más detalladamente.

- a. **Fase preparatoria:** en esta fase las sociedades afectadas por la operación de fusión preparan la documentación necesaria para iniciar el procedimiento. En primer lugar, el principal documento de esta fase es el proyecto común de fusión transfronteriza, que es único para todas las sociedades afectadas por la fusión. Son los órganos de administración de las sociedades participantes quienes elaboran este, incorporando en mismo los términos, condiciones y efectos de la Fusión. La LME exige que el acuerdo que se adopte en las Juntas de Socios debe de ajustarse estrictamente a los términos del proyecto.

El artículo 59 de la LME afirma que contenido del proyecto debe, al menos, contener las mismas menciones establecidas con carácter general para el proyecto común de fusión de sociedades, siendo el artículo 31 de esta normativa quien establece este contenido¹⁷. Como ya

¹⁶ En España la *culpa in contrahendo* o culpa en la ruptura de los tratos preliminares tiene una aplicación limitada y con unos requisitos jurisprudenciales exigidos, que determina una aplicación restringida. Pero no es de extrañar la posibilidad que la legislación aplicable a algunas sociedades extranjeras intervinientes permita exigir más fácilmente responsabilidad a la sociedad que injustificadamente no siga adelante, por las expectativas que ha generado en las demás su participación en esta fase previa.

¹⁷ Art. 31 de la LME: “El proyecto común de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes: 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 aquellas en el Registro Mercantil. 2. El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje. 3. 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. 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. Las ventajas de cualquier clase que

mencionamos, a pesar de tratarse de una fusión de sociedad íntegramente participada, no se puede prescindir de las menciones de la valoración del activo y del pasivo de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante y de determinación de las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

Según el artículo 35 de la LME 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 de la sociedad o de los activos de la misma. En consecuencia, hay que traer lo comentado previamente la cuestión de tener un conocimiento anticipado de los recursos para hacer frente al endeudamiento para la adquisición de la sociedad objetivo. La LME hace alusión a los recursos y a los plazos para que la sociedad resultante de la fusión devuelva la deuda que contrajo para la operación, por lo que habrá que determinar la solvencia futura de la compañía para hacer frente al endeudamiento del tipo extraordinario, haciendo las menciones pertinentes en el proyecto. Por otra parte, referente a los plazos, es claro que el horizonte temporal del trabajo de prognosis se limita al último de los vencimientos de la deuda que en el momento de la fusión se encontrará en el pasivo de la sociedad resultante. Esto se debe a que el test de liquidez abarca tanto a los recursos, como a sus vencimientos, por lo que no solo se debe restringir a las deudas contraídas con ocasión de la adquisición de control de la sociedad objetivo, sino también de la deuda preexistente.

Al ser único el proyecto de fusión, en el caso de las legislaciones nacionales aplicables, exijan otros elementos y requisitos, debe de procederse a la acumulación de menciones, con la finalidad, en su caso, de cumplir las exigencias de las normativas concurrentes. Cuestión debatida, es la posibilidad de que las menciones no esenciales que sean requisito para determinados ordenamientos jurídicos de los intervinientes en la operación solo deban de constar en el proyecto a disposición de los socios de la compañía en cuestión, por ser materia que rige por la ley personal de la sociedad determinada. Sin embargo, lo único que puede variar es la publicidad que cada ordenamiento determine para el proyecto común de fusión transfronteriza.

Una vez realizado y firmado por los Administradores de las sociedades involucradas este documento del proyecto común de fusión, en los que respecta a la sociedad española, debe de ser sometido a publicidad, al menos, efectuarse con un mes de antelación a la fecha prevista a la celebración de la Junta General que haya de acordar la fusión. Esta se produce por la inserción del mismo en la página web de la sociedad y publicar anuncio en el BORME. En el

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. 6. La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho. 7. La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad. 8. Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión. 9. La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante. 10. Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión. 11. 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”.

En las fusiones simplificadas, la información incluida en los apartados 2 y 6, no será necesaria (art. 49.1.1º). Pero añade el art. 59.2, que el proyecto deberá de incluir, además, las menciones siguientes: (i) 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, y (ii) 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. Así mismo, habrá que tener en cuenta el artículo 67 de la LME.

caso de que alguna de las sociedades que participan en la fusión careciera de página web, se deberá de depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita y, efectuado el mismo, el Registrador Mercantil comunicará al Registro Mercantil Central, para su inmediata publicación gratuita en el BORME, el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar, puntualizando que esto es para la sociedad española sujeta a la LME.

Como es lógico, el proyecto común de fusión debe de ir firmado por los miembros del Órgano de Administración social, pero en el caso que nos acontece, se trata de un Órgano de Administración colegiado, es decir, un Consejo de Administración, por lo que deberá de existir un acuerdo previo de aprobación del texto del proyecto, cuestión que también es de aplicación para la siguiente operación planteada. Lo comentado, se justifica en el elemento que los consejeros individualmente carecen de poder alguno. Así, aunque de la Directiva 2017/1132 o el artículo 59 de la LME, no contemplan que el proyecto de fusión deba de ser firmado por los Órganos de Administración de las sociedades involucradas, en cumplimiento del artículo 30 de la LME, se debe de proceder de tal modo, aunque la ley personal de la otra sociedad no lo estipule de esta forma. En consecuencia, si algún miembro no puede (o no quiere) firmarlo, se dejará constancia de ello y de la razón en el proyecto que se conciba. Esto se manifiesta en el caso concreto de que el Consejo de Administración de CerTronic existe un miembro vacante sin cubrir la plaza de consejero, cuestión que, por lo comentado, debe de explicitarse en el proyecto la falta de la firma del consejero vacante.

Otro elemento que destacar, es referido al idioma en el que debe de ser redactado el proyecto común. Al menos, es obvio que debe de ser redactado en Castellano, pero parece posible que, en cada país, siempre en respeto de unidad de proyecto, se realice la publicidad con la versión en su respectivo idioma para cada Estado de referencia en la operación. En este punto, parece del todo conveniente que se suscriban todas las versiones por los Administradores de las sociedades partícipes de la fusión. Es aconsejable que se estipule una cláusula, de sobrevenir discrepancias entre las distintas versiones, cual versión prevalece.

En segundo lugar, se debe de redactar el informe de los administradores, donde se detalla y justifica el proyecto de fusión transfronteriza en sus aspectos jurídicos y económicos. Tarea de gran complejidad es elaborar el informe, requiriendo calidad elevada en su preparación y haciendo hincapié en la tarea de prognosis y las posibles dificultades de valoración que existan, como las implicaciones de la fusión para socios, acreedores y trabajadores. A diferencia de lo que ocurre con las operaciones de absorción doméstica de sociedad íntegramente participada por la absorbente, este informe no es prescindible, siendo una obligación del procedimiento. Al igual que hemos expresado para el proyecto común, este documento suele ser traducido a todos los idiomas aplicables de las sociedades implicadas.

La primera cuestión que surge al respecto, si se ha de elaborar uno o varios informes como sociedades partícipes en la fusión, no siendo un tema pacífico entre la doctrina, la interpretación más lógica en conexión con la finalidad y destinatarios de este documento es plausible la elaboración de informes para cada sociedad participante. Sin que sea requisito, a diferencia del proyecto único de fusión, la firma de todos los Administradores, sino que bastará con la aprobación del informe por el Órgano de Administración.

Retomando el contenido del reiterado artículo 35 de LME, 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. Quedándonos con este último, el plan económico y financiero debe de contener los recursos que se pretenden utilizar para el pago de la deuda suscrita para la operación y los objetivos que se buscan alcanzar. Hay que añadir, que resulta que la normativa no define la extensión de este plan económico y financiero, pero si sólo se circunscribe a dar cuenta de la posibilidad de la devolución de la deuda de la operación, resultaría redundante con el proyecto y no aportaría datos añadidos aquel. En consecuencia, el informe en esta materia debe de realizarse en atención, no solo de la deuda contraída con ocasión de la adquisición de la sociedad objetivo, sino también con las restantes. Este plan económico y financiero resulta protegido por las reglas de la discrecionalidad empresarial de los Administradores, pero se exige cierta coherencia y exhaustividad en la justificación del contenido del informe. Sobre todo, cara a obtener la opinión favorable del experto independiente en su informe.

Por lo que respecta a las razones justificativas de la adquisición y posterior fusión, no basta con meras referencias genéricas, sino que debe de enumerarse una relación de objetivos que serán el elemento para la obtención de los recursos y garantías para la devolución de la deuda contraída. Así, las razones justificativas de la fusión solo serán relevantes en la medida que se aleje de las razones típicas de operaciones de este tipo y sean razones que respondan a una estrategia empresarial. En este sentido, el elemento central y coadyuvante de la operación de fusión transfronteriza apalancada es la adquisición de la marca que Cir-Ceramica tiene dentro de su activo, puesto que adolece de falta de actividad alguna a posterior de la modificación estructural que vivió la sociedad. Cuestión que habrá que detallar y explicitar en el informe, aunándola a una estrategia empresarial para fortalecer la sociedad con la adquisición de la marca dentro de la operación de fusión apalancada.

En tercer lugar, debe de elaborarse un informe redactado por expertos independientes. Este informe se centrará en los métodos seguidos para establecer el tipo de canje, explicando su idoneidad, las posibles dificultades de valoración y se manifiesten acerca del patrimonio aportado es igual, al menos, al aumento del capital por la sociedad absorbente, existiendo particularidades a este respecto por las especialidades de la operación en los términos que más adelante se manifestarán.

La designación de experto, al menos para la sociedad española, la realiza el Registro Mercantil del domicilio social, según lo previsto en los artículos 340 y 349 del RRM, este hecho tiene por finalidad de garantizar la imparcialidad e independencia de quien evalúa la corrección del ejercicio de la prognosis que se plasma en el proyecto y en el informe de administración. No parece posible un informe único para todas las sociedades partícipes, dado que la designación de experto la realiza una autoridad nacional, cuestión que puede ocasionar conflicto, pero en atención al artículo 125 de la Directiva 2017/1132, previa petición conjunta de las sociedades intervinientes a una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa alguna de las sociedades que se fusionen o la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, podrá designarse a un único perito que redacte un informe único de fusión. Por la ambigüedad de la normativa que no determinan que autoridad debe proceder al nombramiento del experto independiente, parece abrir la posibilidad de poder hacer la elección que más beneficie a la operación. No obstante, desde nuestra opinión, no existe libertad absoluta, tal que, como en el

caso que analizamos, la sociedad resultante de la fusión por absorción de la sociedad objetivo es de nacionalidad española y con la tipología societaria de ser una Sociedad Anónima, es claro que debe de ser el Registro Mercantil español quien nombre al experto.

No es necesario este informe en las fusiones simplificadas de absorción de filiales íntegramente participada, salvo que se trate de una fusión apalancada, como es el caso que nos acontece. Esto se debe a que es necesario que el experto independiente se pronuncie de la presencia de asistencia financiera en la operación, según el citado artículo 35 de la LME. Esta previsión normativa en materia de fusiones es controvertida y problemática, puesto que obliga al experto a manifestarse sobre una cuestión estrictamente jurídica y la normativa no deja claro que sucede si el experto concluye en el informe la concurrencia de asistencia financiera. La doctrina está dividida entre aquellos autores que afirman que trae consigo la nulidad de la operación (cuando hay presencia de asistencia financiera) y, aquellos que manifiestan que, aún existiendo asistencia financiera, queda fuera de la operación por el hecho de haber sido regulada la fusión posterior a la adquisición con endeudamiento. Sin que el legislador o la jurisprudencia hayan aportado mayor claridad, por lo que habrá que actuar con precaución y cautela en esta materia.

Ahora bien, por lo que respecta a la normativa que rige el contenido del informe y, por lo tanto, debe de sujetarse el experto independiente, no es determinada por legislación aplicable. En su consecuencia, debe de ser la legislación correspondiente a la autoridad que haya nombrado al experto. Esto es, para el caso de informe conjunto, como ya se expresó, la normativa aplicable será la de la sociedad resultante o absorbente, pero habrá que encontrar el equilibrio entre la normativa aplicable y la normativa más estricta de la que intervienen en la fusión transfronteriza intracomunitaria.

En continuación del contenido, merece particular atención este informe, pues debe de realizar una serie de menciones con trascendencia económica y de relevancia en el momento de elevación a público del acuerdo de fusión. En este caso no se produce incorporación de nuevos socios, al ser la compañía absorbida plenamente participada por la absorbente. No existiendo tipo de canje en la operación ni realizar aumento de capital social, sino se sustituyen las participaciones de la absorbida por su patrimonio, que incrementa el de la sociedad absorbente. Por ello, se prescinde en el proyecto común de fusión de las menciones sobre el tipo de canje y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante y de la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualquiera otra peculiaridad relativa a este derecho. Por ende, también es de aplicación la exclusión de cualquier contenido a estas materias.

Pero, desde nuestro punto de vista, sí que hay que hacer mención en el proyecto y en el informe de los Administradores si el patrimonio aportado es igual, no al aumento del capital, que no se produce, sino con el valor de las participaciones que la compañía española adquirió de la filial absorbida tiene correspondencia con el activo que toma en la fusión. Por lo que es de gran relieve las operaciones previas de valoración de la sociedad objetivo para que el informe de experto independiente, en su caso, para las verificaciones de carácter económico-financiera de la operación que debe de realizar este y no haya riesgos de posibles impugnaciones o quebrantos futuros en la operación.

Volviendo al contenido del informe de experto independiente, por lo que ya hemos expuesto, tiene que acometer, de manera diferenciada, a la razonabilidad de las indicaciones consignadas

en el proyecto de fusión y en el informe de administradores, en específico a lo referido a (i) los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición de la sociedad objetivo y (ii) las razones que hubieran justificado la adquisición del control de la misma y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión, así como, al plan económico y financiero, por un lado, y la determinación de la existencia de asistencia financiera, por el otro. En otras palabras, se exige una valoración que determine si efectivamente se garantiza la solvencia de las diferentes deudas anteriores y concurrentes a la adquisición del control de la sociedad objetivo. Teniendo en cuenta la atención de la verosimilitud de los planteamientos futuros allí manifestados, debemos de puntualizar que todo se basa en una tarea de previsión o de pronóstico de los Administradores en función de la certeza de los vencimientos de los pagos a realizar y un cálculo futuro, por tanto, incierto de los cobros en atención al nivel proyectado de demanda y otras circunstancias futuras previsibles. Y en cuanto a determinar la presencia de asistencia financiera, ya hemos hecho alusión en líneas previas, con ella se pretende evitar que la fusión tenga efectos de garantía genérica y solo obedezca a fines estrictamente estratégicos.

Por último, habrá que elaborar un balance de fusión, al menos para la sociedad española involucrada, que se podrá elaborar para la fusión o emplear el del ejercicio anterior, siempre y cuando se haya cerrado en los seis meses anteriores a la fecha del proyecto. Este documento sirve para manifestar la situación patrimonial de la sociedad y el valor de sus activos y pasivos, que deberá de ser auditado cuando se esté dentro de los umbrales que la normativa societaria establece para ser obligatoria la auditoría de las cuentas anuales¹⁸.

- b. **Fase decisoria:** La LME obliga de forma previa a la convocatoria de Junta de socios que los administradores sociales, al menos de la sociedad española partícipe, poner a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores numerosa información que permita la toma de conocimiento de la operación de fusión transfronteriza intracomunitaria, ya sea a través de la publicación en la página web de la sociedad, ya sea por el depósito y puesta a disposición de los interesados de la documentación en el domicilio social.

La documentación que se tiene que poner a disposición de los sujetos citados, es la marcada por el artículo 39 de la LME¹⁹. Una vez convocada la Junta, los pertinentes acuerdos será de

¹⁸ Según el artículo 263 de la LSC, “(l)as cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión deberá ser revisados por auditor de cuentas. Y se exceptúa de esta obligación a las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: “a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior”. Pero es de destacar el punto tercero de este artículo que expresa que, en el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades quedan exceptuadas de la obligación de auditarse si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

¹⁹ Esta información es: (i) el proyecto común de fusión; (ii) los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión; (iii) los informes de los expertos independientes; (iv) las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles; (v) el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría; (vi) los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público; (vii) el texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente o, a falta de estos, de la escritura por la que se rija, incluyendo destacadamente las modificaciones que hayan de introducirse, y (viii) la identidad de los

aplicación el quorum y mayorías aplicables según el tipo social que se trate, en nuestro caso, para la sociedad anónima, pero debemos de traer a colación, que los estatutos pueden contener una mayoría diferente y, como señalábamos al principio de este epígrafe, hay que tener en cuenta el pacto de socios que eleva la mayoría para reestructuraciones y aumentos de capital al 67% del capital social para la toma de estos acuerdos. Como apuntábamos, el acuerdo deberá de ceñirse a lo previsto en el proyecto común de fusión, por lo que cualquier modificación por parte de las sociedades intervinientes equivale al rechazo de la propuesta, según la literalidad del artículo 40.1 de la LME, por lo tanto, al fracaso del proceso. También hay que considerar, que independientemente de lo dicho, en el caso que se asuman nuevas obligaciones personales o a no disfrutar de derechos especiales que disfrutaban los titulares de participaciones o acciones sociales, se debe de recabar el consentimiento expreso de estos socios. Particularidad que establece la normativa aplicable, en los casos de absorción de sociedad íntegramente participada, la posibilidad de poder prescindir de la aprobación de la fusión por parte de la Junta General de la sociedad absorbida (art. 51 LME, en el mismo sentido el art. 126.1 en combinación con el art. 132.1, ambos de la Directiva 2017/1132).

- c. **Fase final o de ejecución:** la sociedad española, como sociedad absorbente, debe de proceder a una serie de formalidades para poder culminar el proceso de fusión transfronteriza intracomunitaria. Igualmente, en esta última fase existe una serie de controles de legalidad del proceso. Como paso siguiente en esta fase, debe de procederse al otorgamiento de escritura pública de fusión. Esta debe de incluir el balance de fusión, el contenido íntegro del acuerdo de fusión y el resto de información sobre la fecha de publicaciones del depósito del proyecto y del acuerdo de fusión en el BORME. Además, debe de incluirse necesariamente una declaración de los Administradores en la que manifiesten que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación o, de haberse ejercitado, se ha realizado de forma efectiva.

Como en nuestro caso, la sociedad española CerTronic es la sociedad resultante de la absorción o absorbente, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión. Otra particularidad es el doble control de legalidad para la operación, que tiene lugar en esta fase del procedimiento. Por ello, habrá que adjuntar a la escritura pública los certificados emitidos por la autoridad extranjera que acredite el cumplimiento de los requisitos previos a la fusión por parte de la sociedad absorbida que se extinguirá sin necesidad de liquidación. La LME y la Directiva 2017/1132 establecen la obligación genérica de que las sociedades implicadas de aportar este certificado al Registro de la sociedad resultante o absorbente en el plazo de seis meses desde su expedición. En la práctica de este proceso, se produce una coincidencia casi general entre el momento de la remisión de los certificados y de la presentación de la escritura de la fusión a inscripción.

El paso siguiente, una vez otorgada la escritura, como adelantamos en líneas anteriores, se remite al Registro Mercantil. En este punto, el papel del Registrador Mercantil es relevante, tiene encomendado la tarea de controlar la legalidad de la integridad del procedimiento de fusión, incluyendo el respeto de la normativa protectora de los trabajadores y la comprobación de que la fusión se haya llevado conforme a lo previsto en el proyecto. Es relevancia en este punto los certificados emitidos por las autoridades extranjeras para verificar que se ha cumplido

administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión.

los requisitos previos de la fusión para la sociedad absorbida conforme a su normativa aplicable.

Es cada Estado el que determina la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza. Para el caso de España, el artículo 46.1 de la LME determina que producirá efecto con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil del domicilio social de la sociedad resultante. Inscrita la fusión, el Registro Mercantil de oficio realizará la notificación de la fusión a los Registros donde se hallen inscritos el resto de las sociedades involucradas para proceder a la cancelación de sus respectivos asientos registrales. En este sentido, apunta el artículo 130 de la Directiva 2017/1132, que el Registro en el que se inscriba la sociedad resultante o absorbente de la fusión transfronteriza notificará sin demora, a través del sistema de interconexión de los Registros establecidos con arreglo al Sistema de interconexión de Registros en el que cada una de las sociedades estuviera obligada a presentar los documentos. Mientras que la baja en el Registro anterior, si procede, se producirá al recibo de dicha notificación, y en ningún caso con anterioridad a la misma.

Dicho lo anterior, debemos de pronunciarnos sobre el derecho de separación de los socios disidentes y del derecho de oposición de los acreedores de la sociedad en el procedimiento de fusión transfronteriza.

- a. **Derecho de separación de los socios:** a diferencia de lo que establece la normativa para las fusiones nacionales, en las fusiones transfronterizas intracomunitarias los socios que votan en contra del acuerdo en la Junta General tienen el derecho de separación, conforme a la normativa societaria de la LSC (art. 62 LME). Pero con la particularidad que solo aparece este derecho si, como fruto de la fusión, la sociedad resultante tiene su domicilio social en otro Estado miembro, en consonancia con la previsión del artículo 99 de la LME para los traslados de domicilio internacional, compartiendo el mismo fundamento ambos preceptos, pues bien permite separarse a los socios de una sociedad que, como consecuencia de una modificación estructural, va a cambiar de domicilio y pasar a estar regida por una ley extranjera, lo que puede tener un impacto significativo en los derechos y deberes de los socios y en la forma de ejercerlos. En consecuencia, como no existe modificación de domicilio social por motivo de la fusión, dado que la sociedad resultante de la absorción es la sociedad española CerTronic, sin que esta varíe de domicilio social por la operación, no hay lugar a este derecho por parte de los socios de CerTronic, salvo que concurra alguna de las causas que enumera la LSC como motivo de separación.
- b. **Derecho de oposición de los acreedores:** una vez adoptado el acuerdo de fusión por la Junta de socios de la sociedad española participe de la operación estructural, que debe de procederse a publicarse en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio. Desde que se produzca esta publicación, disponen un mes para oponerse a la fusión los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de inscripción del proyecto en la página web o, en su defecto, del depósito en el Registro Mercantil, salvo que estos ya se encuentren suficientemente garantizados o que estén vencidos o prescritos.

El ejercicio de este derecho de oposición por parte de los acreedores que tengan derecho al mismo, implica que la operación no pueda llevarse a cabo hasta que no se otorgue garantía satisfactoria al acreedor que se oponga o que se le notifique la prestación de la fianza por entidad de crédito debidamente habilitada por la cantidad adeudada. En este sentido, debemos de comentar la importancia del nuevo párrafo cuarto del artículo 44 de la LME, añadido por la

Ley 1/2012, de 22 de junio, si la operación se hubiese llevado a efecto a pesar del ejercicio del derecho, en tiempo y forma, por acreedores legítimos, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar, por anotación preventiva, la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad afectada por el modificación en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a la LME.

En este punto, debemos señalar que el plazo para el ejercicio del derecho de oposición o, en su caso, del derecho de separación, puede ser distintos para las sociedades domiciliadas en otros países del EEE, lo que habrá de tenerse en cuenta para el diseño del calendario de la operación (art. 99 Directiva 2017/1132).

Por otro lado, quiero señalar que se produce una transmisión en bloque de las relaciones jurídicas y del patrimonio social de la sociedad absorbida, que los recibe en sucesión universal la absorbente, ahora bien, cuestión que hemos reiterado, la sociedad objetivo solo tiene en su balance la marca. En suposición que la marca está registrada y vigente²⁰, así mismo, se haya procedido a la renovación de esta en los términos de la normativa aplicable (cuestión que será de aplicación a los anteriores casos), sin saber si esta se trata de una marca nacional italiana o una marca de Unión Europea o de otra índole, pero sea el caso que sea, la marca es objeto de propiedad. En consecuencia, al existir la sucesión universal por la transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad italiana a la absorbente, se produce un cambio de la titularidad de la misma²¹, que habrá de comunicar al registro pertinente mediante solicitud o instancia que la normativa aplicable regule y por los cauces que se estipulen en el ordenamiento jurídico aplicable a la marca objeto de transmisión. Por lo manifestado, si se trata de una marca de la Unión habrá que estar al contenido del artículo 20 del Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017, en especial a su segundo apartado, dice que *“(l)a transmisión de la empresa en su totalidad implicará la cesión de la marca de la Unión, a no ser que, con arreglo a la legislación aplicable a la transmisión, exista acuerdo contrario o que ello se desprenda claramente de las circunstancias. Esta disposición será aplicable a la obligación contractual de transmitir la empresa”*, en mismo sentido la Ley de marcas nacional establece el caso de cesión por fusión en su art. 49. Pero si se trata de una marca nacional italiana o de otra índole habrá que está a la normativa de aquel Estado o la aplicable para el cambio de titularidad de la marca.

En conclusión, se trata de una operación compleja la fusión apalancada transfronteriza, dado que, no tan solo debemos de compaginar diversos regímenes jurídicos para la operación, sino distintas jurisdicciones estatales, sin perjuicio de la armonización existente por la normativa de la Unión Europea en esta materia. Por ello, debemos de, por un lado, de aplicar el régimen de la fusión apalancada con las matizaciones de la fusión transfronteriza intraeuropea, lo que nos determina que algunos documentos y trámites que son soslayables para las fusiones simplificadas

²⁰ Hay que recordar que una causa de caducidad de la marca es la falta de uso efectivo de la marca dentro de un periodo de tiempo, para el caso de la marca europea es de cinco años ininterrumpidos [art. 58.1.a) del Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio], en igual sentido la normativa española [art. 54.1.a), en conexión con el art. 39, ambos de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre].

²¹ A diferencia de si se trata de una mera adquisición indirecta de la empresa titular de la marca, como ocurre en la forma de articular la operación descritas con anterioridad, caso que no cambia el titular al no extinguirse la sociedad titular adquirida por la transmisión de las participaciones.

(como es el caso de la fusión con sociedad íntegramente participada), son de obligada elaboración para el caso de fusión apalancada. En especial nos referimos al informe de experto independiente, debiendo de analizar en esta operación la concurrencia de asistencia financiera en la operación, cuestión que va más allá de un simple informe económico, debiendo de abordar cuestiones jurídicas en el mismo. Y por el otro, debemos de compaginar los requisitos de los distintos ordenamientos jurídicos aplicables a la operación de fusión, sin que esto cambie el contenido mínimo del proyecto común de fusión que determina la normativa aplicable, puesto que se trata de un documento común y único a las sociedades implicadas en la operación de modificación estructural.

En esta operación es de relieve la comentada prohibición de asistencia financiera, además, las participaciones de la sociedad italiana que adquiere CerTronic no serán objeto de canje en la operación de fusión, sino de amortización. Produciéndose una operación contable por la que estas participaciones se eliminan del activo de CerTronic, para que se produzca la sustitución por la entrada del patrimonio de Cir-Ceramica en la sociedad en la operación de fusión por absorción, sin eludir que esta no tiene actividad alguna, solo posee en su patrimonio una marca con gran prestigio en el mercado. Así mismo, hay que tener en consideración lo expuesto en los puntos anteriores respecto del régimen de autocartera, totalmente aplicable a esta operación, con la existencia del reforzamiento del régimen aplicable a las acciones propias y la particularidad de lo dicho, dado que no son transformadas en acciones propias al momento de la fusión.

4.3. Traslado internacional de domicilio social

Por último, el Consejo de Administración considera, una vez finalizada la operación de fusión de Cir-Ceramica, el traslado del domicilio social a los Países Bajos. Es el último Título de la LME el que se ocupa del traslado internacional del domicilio social. Este Título se encuentra dividido en dos Capítulos, uno dedicado a disposiciones generales y otro sobre el régimen legal de la operación. En puridad, esta operación no supone una modificación estructural de la sociedad, pero el legislador, en atención a las consecuencias que se derivan de tal decisión, ha querido incluir esta operación societaria dentro de los supuestos que regula la LME. Esta normativa dispone que el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita se regirá por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en el pertinente Título de la LME (art. 92 LME). Además, este traslado de una sociedad constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad (art. 93 LME).

La Ley no proporciona una definición de esta operación, pero en consideración de su articulado, la idea de traslado de domicilio conlleva el cambio de nacionalidad y de la ley societaria aplicable a la sociedad afectada. Todo ello, con la continuidad de la sociedad en cuestión, es decir, existe una continuidad de la entidad jurídica y de las relaciones jurídicas que pudiera haber enablado, pese al cambio de ley aplicable. Por lo que no es necesario disolver la sociedad existente en el país de origen, para aportar todo su patrimonio a la nueva sociedad, siempre y cuando el Estado de destino no impida la continuación de la personalidad jurídica de la sociedad. En consecuencia, no nace una nueva sociedad, sino existe una continuidad de la personalidad jurídica con el cambio de la *lex societatis* de la sociedad que cambia su domicilio social y se transforma la forma jurídica.

En la operación propuesta, nos encontramos ante un traslado intracomunitario del domicilio social de España a Países Bajos. Cuestión que nos traslada el Órgano de Administración social es que, en el país de acogida, la sociedad no cuenta con actividad. Por ello, además de la

normativa española, debemos de tener en cuenta el ámbito comunitario, a pesar de que hasta la Directiva (UE) 2019/2121 por la que modifica la Directiva (UE) 2017/1132, el Derecho comunitario europeo de sociedades no se ocupa de esta operación. Después de la mencionada modificación, el derecho comunitario aborda tres tipos de operaciones de modificaciones estructurales transfronterizas, que son las transformaciones, las fusiones y las escisiones transfronterizas. Dentro de las primeras se encuentra la transferencia o traslado intracomunitario del domicilio social con cambio de la ley rectora de la sociedad, en este sentido, la Directiva (UE) 2019/2121, define la transformación transfronteriza como “*una operación mediante la cual una sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica del Estado miembro de destino [...], y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica*”. Aunque estas operaciones estructurales no eran desconocidas para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), si ha fijado criterios sobre la base del principio de libertad de establecimiento reconocido en los Tratados de la Unión. En consecuencia, de la normativa comunitaria (arts. 43 y 48 TFUE) y la doctrina de TJUE deben de ser reinterpretados los arts. 28 y 15 CCiv y los arts. 8 y 9 LSC, no existiendo un modelo único de punto de conexión, sin perjuicio del avance que supone las SSTJUE y la nueva Directiva (UE) 2019/2121, así como de las particularidades del régimen aplicable a la Sociedad Anónima Europea. Debemos de denotar que los Estados miembros deben de transponer la normativa comunitaria en sus ordenamientos jurídicos para poner en vigor la modificación de la Directiva. Esta obligación debe de darse cumplimiento no más tardar del 31 de enero de 2023, por lo que aún no está transpuesta en el ordenamiento jurídico español y otros Estados miembros, como ya hemos aludido anteriormente.

Antes de analizar el procedimiento de la transferencia de sede estatutaria, debemos de examinar la posición del Tribunal de Justicia en esta materia. La sentencia del Caso Polbud²² es la que aborda la cuestión de una sociedad constituida bajo la ley de un Estado miembro de la UE que pretende convertirse o transformarse en sociedad de otro Estado miembro, con el cambio de la *lex societatis* o ley que rige a la sociedad, pero manteniendo su sede real en el primero. En concreto, si es posible que el Estado miembro de destino permita dicho cambio y si el Estado de origen puede restringirlo o entorpecerlo.

Antes de continuar, nos vemos en la obligación de sintetizar la jurisprudencia del TJUE hasta la sentencia del caso Polbud, a modo clarificador, que podría resumirse en lo que sigue:

- Una vez que una sociedad se ha constituido válidamente bajo una ley de un Estado miembro, se aplica el principio de reconocimiento mutuo dentro del Espacio Económico Europeo. Dicha sociedad debe de ser reconocida como tal en los demás Estados miembros, incluso en el Estado miembro donde tenga la sede real o centro de actividad principal (Sentencia del caso Centros²³). El Tribunal de Justicia adujo que resulta contrario a la libertad de establecimiento (arts. 49 y 54 TFUE) que otro Estado miembro imponga su normativa societaria cuando la sociedad se ha constituido correctamente en otro Estado de la Unión Europea, a pesar de que en aquél tuviese la sede real la sociedad.
- Una sociedad constituida en un Estado miembro puede trasladar su sede real a otro Estado miembro y continuar como sociedad constituida válidamente bajo la ley del primer Estado

²² STJUE (Gran Sala), de 25 de octubre de 2017, Asunto Polbud.

²³ STJCE, de 9 de marzo de 1999, Asunto Centros, con cita en las sentencias de los casos Überseering y Inspere Art.

miembro, si la ley del Estado de constitución de la sociedad no condiciona esta localización de la sede local en el territorio de aquél. Es decir, se produce un traslado de sede real al extranjero sin que cambie la ley de constitución de la sociedad, si no existe objeciones al referido traslado en el ordenamiento jurídico del Estado de origen (Sentencia del caso *Überseering*²⁴).

- Como corolario del punto anterior, a sensu contrario, no será posible el traslado de la sede real al extranjero con mantenimiento de la ley de constitución si el Estado miembro originario no lo permite. En otras palabras, no ampara la libertad de establecimiento el traslado de sede real con mantenimiento de la ley del Estado miembro de origen si el ordenamiento jurídico de este no lo consiente (Sentencia del caso *Daily Mail*²⁵ o la Sentencia del caso *Cartesio*²⁶).
- Una sociedad constituida en un Estado miembro puede realizar el traslado de su sede real a otro Estado miembro con cambio de la *lex societatis*. Esto es, la sociedad puede llevar a cabo una transformación transfronteriza, convirtiéndose en una sociedad bajo la ley del Estado de destino si se cumple con los requisitos que exige el ordenamiento jurídico de este último, en especial, sobre la materia de localización de la sede real en el territorio del Estado miembro de destino (Sentencia del caso *Vale Épistési*²⁷).

Visto lo anterior, el Tribunal de Justicia concluye en la sentencia *Polbud* que los artículos 49 y 54 del TFUE son aplicables al caso de que una sociedad pretenda realizar una transferencia de la sede societaria o de su domicilio social de un Estado miembro a otro, con transformación en una sociedad con ley aplicable del Estado miembro de destino, aunque no tenga o no vaya a ejercer ninguna actividad económica en el Estado de destino. El Tribunal Europeo, tomando lo expresado en el caso *Cartesio* como *obiter dicta*, o dicho de paso, y como consecuencia de la jurisprudencia consagrada en el caso *Centros*, afirma que «una situación en la que una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro desea transformarse en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado miembro, respetando el criterio adoptado por el segundo Estado miembro para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional, está comprendida en la libertad de establecimiento, aun cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el primer Estado miembro»²⁸.

Lo expuesto anteriormente, es en las circunstancias antes de transponer la modificación de la Directiva (UE) 2017/1132 operada por la Directiva (UE) 2019/2121, que como consecuencia de la libérrima concepción que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal, el legislador europeo ha armonizado las transformaciones transfronterizas intracomunitarias, introduciendo control público de legalidad, con reparto de competencias entre el Estado de origen y el de destino, similar al que realiza la vigente normativa española. También, se han introducido mecanismos de control, que prevé que la autoridad competente del Estado de origen pueda obstaculizar o detener el traslado de domicilio por tener carácter fraudulento la operación (utilizando la expresión de *artificial arrangement*). En esta línea, habrá que tener en cuenta los límites jurisprudenciales a esta amplia posición respecto de la modificación de la sede social transfronteriza. La decisión para limitar el derecho de libertad de establecimiento debe de someterse al principio de proporcionalidad (Test

²⁴ STJCE, de 5 de noviembre de 2002, Asunto *Überseering*.

²⁵ STJCE, de 27 de septiembre de 1988, Asunto *Daily Mail*.

²⁶ STJCE (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, Asunto *Cartesio*.

²⁷ STJUE (Sala Tercera), de 12 de julio de 2012, Asunto *VALE*.

²⁸ Párrafo 38 de la STJUE del caso *Polbud*.

de Gebhard²⁹ y expuesto en el Considerando 58 de la Directiva 2017/1132), lo que significa que deben reunir los requisitos de (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo³⁰. En este sentido la propia sentencia del caso Polbud, afirma que *“los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen, en principio, a medidas de un Estado miembro encaminadas a que los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores de una sociedad, que ha sido constituida con arreglo a su Derecho y sigue ejerciendo sus actividades en el territorio nacional, no se vean afectadas indebidamente por el traslado del domicilio social de la sociedad y su transformación en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro”*. Por todo ello, no habría inconveniente en el traslado a Países Bajos, aún sin existir en aquel Estado actividad alguna, como ya se ha comentado, pero esta decisión no puede afectar indebidamente a los derechos de trabajadores, socios o terceros relacionados con la sociedad, en justificación de evitar posibles obstáculos para el traslado o que los socios puedan impugnar el acuerdo de traslado.

A continuación, vamos a tratar el procedimiento a seguir para la operación de traslado del domicilio social, teniendo en cuenta la normativa aplicable en estos momentos y comentando novedades que inserta la Directiva (UE) 2019/2121, que está por transponer en nuestro ordenamiento jurídico. Debemos de centrarnos en la operación de una sociedad sujeta a la legislación española y con domicilio en el territorio nacional, decide el traslado de este al extranjero. La LME estipula un procedimiento trifásico que responde al patrón típico previsto para las operaciones reguladas en esta normativa jurídica, pero existen particularidades que destacaremos, como ya realizamos en operaciones anteriores. El texto jurídico añade ciertas reglas de tutela de los intereses afectados por el traslado internacional del domicilio social para los socios disidentes y los acreedores, que será analizados en estas páginas.

Así las cosas, las fases que se divide el procedimiento y las cuestiones a realizar en cada una de ellas son las siguientes:

- a. **Fase preparatoria:** en esta fase se deberán de redactar el proyecto de traslado internacional del domicilio social y un informe explicativo y justificativo del traslado que se propone. El proyecto debe de respetar una serie de exigencias en su contenido, enumerando el contenido mínimo del proyecto de traslado internacional del domicilio social el artículo 95.2 de la LME³¹. Sin perjuicio que se pueda añadir otro contenido, como pueden ser los que exija la normativa extranjera para acoger el domicilio social en su territorio. La obligación de redactar y suscribir el mismo recae sobre el Órgano de Administración. En este sentido, al faltar la firma de miembro vacante en el Consejo de Administración, este hecho debe de ser debidamente

²⁹ Enunciado por vez primera en la STJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-55/94 Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (ECLI:EU:C:1995:411).

³⁰ En este sentido también la STS, Sala de los Contencioso Administrativo, número 684/2020, de 5 de junio (ECLI:ECLI:ES:TS:2020:1560).

³¹ El artículo 95.2 de la LME señala que el proyecto de traslado contendrá, al menos, las menciones siguientes: 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.

En este sentido, respecto de los derechos de los trabajadores, tanto el proyecto como el informe, habrán de tener en cuenta lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 40, 44, 64 y demás normativa concordante), en lo atinente a la comunicación individual a los trabajadores y la notificación a los representantes de los mismos, el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores y, en su caso, el informe del Comité de Empresa.

señalado en el proyecto, como ya señalamos para el caso de la fusión apalancada.

Hay que destacar que la ley no fija un plazo de vigencia del proyecto de traslado, lo cual no significa que no tenga caducidad, pues está sujeto al calendario previsto, que es parte del contenido mínimo del proyecto de traslado internacional del domicilio social. El proyecto de traslado deberá ser depositado en el Registro Mercantil del domicilio social y calificado por el Registrador. Tras su depósito, el registrador dará comunicación al Registro Mercantil Central, para que se publique en el BORME el hecho del depósito y su fecha, pero el artículo 95.3 de la LME, que estipula la obligación de dar publicidad en el BORME, no ha sido modificado por la Ley 1/2012, de 22 de junio, y por lo tanto solo contempla esta forma de publicidad, prescindiendo de la posibilidad de dar publicidad por medio de la página web de la sociedad, a diferencia de lo que ocurre con el proyecto de fusión y escisión. Además, esta publicación debe de incluir la denominación, tipo social y domicilio de la sociedad, sus datos registrales, así como una indicación de las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y acreedores y la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, información sobre esas condiciones (segundo inciso del artículo 95.3 LME). El registro es una condición para poder ser convocada la Junta de socios donde se delibere y se pronuncie sobre el proyecto de traslado.

Por otro lado, el informe que deben de realizar los Administradores de explicar y justificar detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores. La LME no establece el contenido del mismo, más allá de lo expresado, por lo que deberá de contener una referencia a las consecuencias fiscales para la sociedad y para los socios, la situación de los acreedores por el posible impacto de variación de las normas procesales que puedan utilizar para hacer valer sus derechos, así como la situación de los trabajadores.

Por último, en esta fase, cabe señalar que la LME no incorpora como requisito la elaboración de un informe de experto independiente para el traslado internacional del domicilio social, que si lo estipula la modificación de la normativa europea operada por la Directiva (UE) 2019/2121, que se podrá excluir cuando así lo hayan acordado todos los socios de la sociedad, con el objetivo de examinar el proyecto de transformación transfronteriza y, en todo caso, el dictamen pericial incluirá si la compensación en efectivo es adecuada (art. 86 septies de la Directiva 2017/1132, después de las modificaciones efectuadas en el año 2019).

Pero hay que tener en cuenta, que la normativa del Estado de acogida contemple la necesidad de realizar un informe de experto independiente para proceder a la inscripción en el Registro foráneo de acogida. Así, a modo de ejemplo, los traslados a territorio español del domicilio social de otro Estado no miembro de EEE lo exige la LME. Pero si se trata de un cambio de domicilio dentro del Espacio Económico Europeo y, al igual que España con los traslados a su territorio del domicilio social desde otro Estado Miembro, se excluya esta obligación en el Estado de destino.

- b. **Fase decisoria:** Una vez realizado lo anterior, arranca la fase decisoria. Como ya hemos hecho alusión, la competente para acordar el traslado internacional del domicilio social es la Junta de socios (art. 97 LME), que deberá de atender al régimen jurídico establecido para el tipo social que se trate en los requisitos y formalidades establecidos para la convocatoria, en nuestro caso

para la sociedad anónima³². Además, debemos de atender al acuerdo entre socios proveniente de la refinanciación de la mercantil, realizado años atrás, insertado en prestación accesorio estatutaria la obligatoriedad del mismo, que eleva los votos necesarios para cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital, requiriendo el voto favorable del 67% del capital.

Pese a remitirnos al régimen general de la ley societaria, habrá que respetar las particularidades que establece la norma especial de modificaciones estructurales. Esto es, lo referido a la publicidad requerida para el anuncio de la convocatoria es necesario que se publique en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social. Así mismo, existe una regla especial para el plazo de publicación de la convocatoria, debiéndose de publicar con una antelación de, al menos, dos meses respecto de la fecha prevista para la celebración de la Junta. Mostrar que se amplía el plazo para la fusión transfronteriza intracomunitaria, esto es, un mes para aquella y de dos meses para el traslado internacional de domicilio social.

Por otro lado, la convocatoria debe de tener un contenido mínimo que ha de ser respetado. Pues el anuncio de la convocatoria debe de contener las siguientes menciones: (i) el domicilio actual y el domicilio que en el extranjero que pretende tener la sociedad, (ii) 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, y (iii) mención del derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores, así como la forma de ejercicio de los mismos. Debemos señalar que la normativa no incluye como destinatarios del proyecto y del informe de los administradores a los trabajadores, solo incluye como destinatarios a los socios y acreedores. Por lo que hay que tener en cuenta esta cuestión cara a una posible impugnación del proceso o, incluso, a obtener la negativa del Registrador Mercantil a emitir el certificado de cumplimiento de los actos y trámites del traslado.

La LME no establece expresamente la obligatoriedad de publicar o comunicar individualmente a todos los socios y acreedores la adopción del acuerdo de traslado internacional. Pero podemos entender que existe esta obligatoriedad implícita para permitir a los socios y acreedores ejercer el derecho de separación o el derecho de oposición, respectivamente (en este sentido el art. 348 LSC). Esta medida será conveniente realizarla para evitar posteriores conflictos con socios o acreedores que obstaculicen el traslado internacional del domicilio social.

- c. **Fase de ejecución:** una vez que la Junta de socios adopte el acuerdo de traslado internacional de domicilio social, este se debe de formalizar en escritura pública para ser presentado en el Registro Mercantil del domicilio social. En atención al contenido de la escritura pública, habrá que estar a las previsiones generales y las especialidades para cada tipo societario. Además, habrá que tener en cuenta los requisitos que pueda exigir la legislación del Estado de acogida para no encontrarse sorpresas indeseadas a la hora de formalizar el traslado y de la inscripción

³² Para que la Junta de socios quede válidamente constituida y acordar válidamente el traslado internacional del dominio social, es necesario en primera convocatoria la concurrencia de accionista, presentes o representados, que posean, al menos, 50 % del capital suscrito con derecho a voto, y bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. En segunda convocatoria, será suficiente la concurrencia de 25% o más de dicho capital, sin alcanzar el 50 %, en cuyo caso será necesario el voto favorable de 2/3 del capital presente o representado en la Junta de socios (arts. 194 y 201 LSC). Pero también habrá que tener en cuenta las disposiciones estatutarias que pueden elevar las mayorías previstas por la normativa societaria española (art. 201.3 LSC).

de la sociedad en el Estado de acogida.

A la vista de los datos obrantes en el Registro Mercantil y en la escritura pública de traslado presentada, el Registrador emitirá certificado acreditativo de que la sociedad ha observado todos los trámites y requisitos exigidos para el traslado internacional de su domicilio. La emisión de esta certificación tiene el efecto de quedar cerrado el Registro para nuevas inscripciones. La LME no especifica el contenido de esta certificación, parece prudente que se incluya una descripción o transcripción de los asientos registrales relevantes, además de certificar el cumplimiento de los actos y trámites por parte de la sociedad afectada por el traslado (como ocurre en los traslados domésticos del domicilio social, que se exige un certificado literal de todas las inscripciones, según el art. 19 del RRM).

Como documento básico para la formalización de la inscripción de la sociedad en el Registro extranjero de destino, es de gran relieve la traducción del texto a otras lenguas de los Estados miembros en que la operación tiene repercusión. Así como los requisitos que puedan existir en la legislación del país de acogida, siendo oportuno tener en consideración para el contenido de la certificación.

Para que el acuerdo de traslado internacional del domicilio surta efectos debe procederse a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil que fuera competente en razón del nuevo domicilio en el Estado de destino. No culminando aquí los tramites a realizar, pues es necesario que una vez practicada la inscripción en el Estado extranjero donde se sitúa el nuevo domicilio social, el Registro Mercantil foráneo emitirá certificación pertinente acreditativa de la inscripción, el cual deberá de ser aportado en el Registro Mercantil del domicilio social originario y dar publicidad en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio social. Con ello, la aportación de la certificación y los anuncios se procederá a la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil del domicilio originario en nuestro país.

La falta de coincidencia entre la cancelación de la inscripción registral de la sociedad en el territorio español con la eficacia del traslado de domicilio, reporta en un íterin o periodo de tiempo que la sociedad esté inscrita en el Registro Mercantil de origen, pero con el acceso al mismo cerrado, y en el Registro extranjero de acogida, hasta que el Registro en territorio español cancele la inscripción de la sociedad. En este sentido, como hemos manifestado, que la autoridad competente del Estado de origen, el Registro Mercantil del domicilio social, interviene en dos momentos. El primero, para la verificación de la corrección de los trámites a realizar por la sociedad antes del traslado, expidiendo la certificación citada, y la segunda, una vez verificada la inscripción en el registro foráneo, para la cancelación del asiento de la sociedad.

Este régimen registral, incrementa su complejidad, por la intervención del registro del país de destino para la inscripción de la sociedad, expidiendo la pertinente certificación de este hecho, circunstancia a la que, nuestra ley, liga la eficacia del traslado. De nuevo, dicha certificación es un documento básico del procedimiento, para poder acometer la cancelación del asiento registral de la sociedad trasladada. Por ello, es de gran relieve la traducción de este documento para que surta los efectos queridos en el Registro Mercantil de origen. La modificación operada sobre la Directiva 2017/1132 por la Directiva 2019/2121 establece mecanismos de cooperación registral para aligerar estos trámites registrales, a diferencia de la actualidad que no se prevén estos mecanismos.

Después de pronunciarse acerca del procedimiento del traslado internacional de domicilio de la mercantil que nos ocupa, vamos a analizar los mecanismos tuitivos de interés afectados, es decir, del derecho de separación de los socios disidentes y del derecho de oposición de los acreedores de la sociedad.

- a. **Derecho de separación de los socios:** el artículo 99 de la LME estipula este derecho, con expresa remisión a la LSC, existiendo una reciprocidad de ambas disposiciones, al remitir el art. 346.3 de la LSC a la LME. Pero existe un problema entre ambas normativas, pues la LSC otorga tal derecho a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de traslado, incluidos los socios sin voto, sin embargo, la LME, solo le otorga tal derecho a los que hubieran votado en contra. Por lo tanto, parece que la LME excluye de este derecho de separación a los socios que se hubieran abstenido o votado en blanco, los que no hubieran asistido a la Junta, a los que hubieran sido privados ilegítimamente del derecho de voto o a los socios sin derecho de voto. Cuestión criticada por la doctrina, pero parece ser que sea una forma de vincular a los socios en la toma de decisión en la Junta de accionistas y acortar los plazos, sin que esta última intención se haya logrado.

El derecho de separación debe de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación, enlazando esto último con lo ya comentado acerca de la obligatoriedad de publicar o comunicarlo individualmente a todos los socios y acreedores la adopción del acuerdo de traslado internacional. No parece que sea muy congruente que, si este derecho solo protege a los socios que, presentes o representados en la Junta General, han votado en contra de dicho acuerdo, proceder a la comunicación individual a aquellos.

Por otro lado, si uno o varios socios ejercieran su derecho de separación, lo que tiene un impacto económico en la sociedad, puesto que se debe de proceder al reembolso del valor de las acciones del socio que se separa, con la consiguiente reducción de capital social (art. 358 LSC) o, alternativamente, la adquisición por la sociedad de las acciones del socio, entrando en juego las normas sobre autocartera (art. 359 LSC), ya comentadas en puntos anteriores, puede originar, en ocasiones, que se comprometa la viabilidad económica de la sociedad a consecuencias del derecho de separación, si con la reducción no se alcanza la cifra de capital mínimo exigido por la ley, y la previsible intervención de experto independiente para determinación del valor razonable de la acción, si no hay acuerdo sobre el valor de dichas acciones dado el contexto de oposición al traslado del domicilio (art. 353 LSC).

- b. **Derecho de oposición de los acreedores:** es el art. 100 de la LME el que instituye el derecho de oposición de 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 (la fecha de relevancia es la fecha de publicación del depósito del proyecto de traslado), al igual que el derecho de oposición que se estipula para la fusión transfronteriza intracomunitaria. La razón de este derecho para esta operación es la protección de estos sujetos, dado que, con el traslado internacional del domicilio social se produce un cambio en la situación patrimonial del deudor, por la modificación del régimen procesal aplicable a las reclamaciones y al régimen aplicable a las garantías de los créditos nacidos frente a la sociedad.

El régimen jurídico para la oposición de los acreedores es el mismo que para las fusiones. De este modo, no podrá llevarse a cabo la operación de traslado internacional del domicilio social

antes de un mes, contando desde la última fecha de publicación del último anuncio del acuerdo de traslado o su comunicación por escrito a todos los socios y acreedores (según la remisión que se realiza al art. 44 de LME). Como ya se ha expuesto, la LME no prevé la publicación o comunicación individual del acuerdo de traslado a socios y acreedores, pero como ya señalamos, existe una necesidad implícita para que los acreedores puedan ejercer el derecho que aquí estamos analizando dentro del proceso de traslado internacional del domicilio social. Por lo que parece más adecuado el sistema de anuncio que el de comunicaciones individuales que puede resultar problemático por dificultades para contactar con todos y cada uno de los acreedores que posean derecho de oposición.

Para los que ejerzan este derecho de oposición de forma legítima, en tiempo y forma, deberán de obtener garantías suficientes de cobro de los créditos que ostente los acreedores nacidos con anterioridad a fecha de publicación del depósito del proyecto de traslado, sin que tengan derecho aquellos acreedores que sus créditos se encuentren suficientemente garantizados o hubieran nacido con posterioridad a la fecha de aquella publicación. No pudiendo llevarse a cabo el traslado internacional del domicilio social hasta que la sociedad preste garantía suficiente para el acreedor que se haya opuesto, o hasta la notificación al acreedor de la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito habilitada por la cuantía del crédito y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

En conclusión, se trata de una operación compleja, con intervención en dos momentos diferenciados del Registro Mercantil del lugar del domicilio de partida de la sociedad. En primer lugar, antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil foráneo, el Registrador mercantil del domicilio social de origen debe de emitir certificado acreditativo de que la sociedad ha observado todos los trámites y requisitos exigidos para el traslado internacional de su domicilio, en consideración de los datos obrantes en el Registro Mercantil y en la escritura pública de traslado de domicilio social transfronterizo. Y, en segundo lugar, una vez inscrita la sociedad en el registro foráneo de destino, para cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil de origen, a la vista del certificado que emita el registro de destino. Por otro lado, no existe conflicto o problema en el traslado del domicilio social de España a Países Bajos, donde no se va a desarrollar, en principio, actividad alguna. Con el cambio de domicilio social transfronterizo se produce un cambio de la ley que rige a la sociedad, pasando de ser una sociedad constituida y regida por el Derecho español a estar regida por el derecho del nuevo domicilio social, lo que puede suponer una afectación a los derechos de los socios, acreedores y trabajadores, debiendo de evitar una afectación indebida a estos para que no pueda ser obstaculizada o impugnada la operación.

Además, denotar que al producirse este cambio de la *lex societatis*, la nueva fusión que plantea el Órgano de Administración con una filial de Wulture, se regirá por su nueva *lex societatis*, es decir, por el ordenamiento jurídico de Países Bajos, operación que no será abordada en el presente dictamen, al trascender de la normativa española y serle de aplicación la normativa extranjera.

5. Conclusiones

A modo de epílogo de este dictamen jurídico, centrándonos en los detalles solicitados por mis mandantes dentro de las operaciones analizadas, concluimos que:

- Tiene un gran impacto el régimen de operaciones sobre acciones propias, tanto originarias como derivativas, en las operaciones analizadas, sin omitir la prohibición de asistencia financiera dentro de la fusión apalancada, que va más allá de la prohibición contenida en la

Ley de Sociedades de Capital, sin omitir el régimen para las acciones recíprocas y acciones recíprocas circulares para las sociedades socias o filiales.

- A lo que respecta el articular la operación en uso de autocartera, colisionamos con la nulidad de la adquisición derivativa de acciones propias para las acciones que pesan sobre ellas una prestación accesorias. Debiendo de levantar la prestación accesorias previamente si se desea adquirir acciones propias, estando sujetas a un régimen limitado y con exigencias de una serie de obligaciones (arts. 146 y 148 LSC).
- En estas operaciones societarias y mercantiles habrá que respetar la igualdad de trato entre accionistas (art. 97 LSC), lo que se manifiesta en la aplicación de proporcionalidad de la afectación de la operación en los accionistas, esto es, que la disminución de sus acciones debe de ser en proporción a su participación en el capital social de cada socio o, en su caso, al aumento de capital se lleve a cabo por prima, para no ver diluido sus derechos en la sociedad por esta forma de articular la operación.
- Tanto el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, como la fusión apalancada transfronteriza intracomunitaria, requieren sendos informes de experto independiente. En el primer caso, puede no ser necesario, en caso de estar en una de las excepciones que enumera la normativa societaria. Sin embargo, en la fusión apalancada, es requisito del todo necesario para corroborar y analizar que no existe asistencia financiera en la operación. Asimismo, también será aconsejable si se lleva a cabo la operación en utilización de autocartera el uso de experto para valorar las acciones y el informe que emita sirva para delimitar el precio mínimo y máximo de adquisición de la autocartera.
- Respecto del traslado de domicilio social a un Estado que la sociedad no tiene actividad, no es problema por la concepción que tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en base a la libertad de establecimiento reconocido en los Tratados de la Unión, con una concepción amplia y libre, aún cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el Estado de origen, siempre que no se afecte indebidamente los derechos de trabajadores, socios y acreedores de la sociedad que sufre la transformación transfronteriza.
- Por último, sí es necesario la intervención del Registro Mercantil competente para la sociedad en la operación de traslado internacional del domicilio social. Interviniendo en dos momentos diferenciados: previa a la inscripción en el Estado de destino, con la emisión de certificado acreditativo que los trámites y requisitos previos se han realizado correctamente, y una vez inscrita la sociedad en el Estado de destino, acreditada la inscripción y la publicidad en el Estado de origen, procediendo a la cancelación del asiento de la sociedad en el Registro de origen.

ANEXO IA: Adquisición de la Sociedad Italiana utilizando autocartera.**Fase previa**

- Negociaciones previas y elaboración de los precontratos, en su caso **(dos meses)**.
- Realización de la Due Diligence y emisión de los preceptivos informes **(dos meses, en paralelo con el anterior)**.

Fase de modificación estatutaria y autorización de autocartera

- Confección del informe de los Administradores sobre la extinción de la prestación accesorio e informes para la adquisición de autocartera **(cinco días)**.
- Convocatoria de la Junta General de accionistas **(al menos, un mes previo a la fecha de celebración)**.
- Celebración de la Junta General*.
- Elaboración de Escritura Pública de modificación de los estatutos **(una semana)**.
- Presentación e inscripción del documento público en el Registro Mercantil del domicilio social **(presentados, quince días hábiles para su calificación y, en su caso, período de subsanación de defectos)**.

Fase de ejecución para la adquisición de autocartera y ejecución de la adquisición

- Adquisición de autocartera **(un mes desde la inscripción de la modificación estatutaria)**.
- Ejecución de los contrato para adquisición de la empresa objetivo o, en su caso, de la marca **(quince días)**.
- Cambio de titularidad de las participaciones de Cir-Ceramica **(según plazo determinado en la normativa italiana)**.

Fase de amortización de autocartera, en su caso (según periodo de la autorización, como máximo, dentro de los cinco años desde la autorización para la adquisición de autocartera)

- Confección del informe de los Administradores para amortización de acciones en autocartera y reducción de capital **(cinco días)**.
- Convocatoria de la Junta General de accionistas **(al menos, un mes previo a la fecha de celebración)**.
- Celebración de la Junta General*.
- Elaboración Escritura Pública de modificación de los estatutos **(una semana)**.
- Presentación de la Escritura Pública en el Registro Mercantil **(el mismo día de su otorgamiento)**.
- Inscripción del documento público en el Registro Mercantil del domicilio social **(presentados, quince días hábiles para su calificación y, en su caso, período de subsanación de defectos)**.

* Téngase en cuenta, que entre la primera y la segunda reunión o convocatoria deberá mediar, por lo menos, un plazo de veinticuatro horas.

ANEXO IB: Adquisición de la Sociedad Italiana por aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias.

Fase previa

- Negociaciones previas y elaboración de los precontratos, en su caso **(dos meses)**.
- Realización de la Due Diligence y emisión de los preceptivos informes **(dos meses, en paralelo con el anterior hito)**.

Fase preparatoria*

- Confección del informe de Admisnitradores, en su caso **(quince días)**.
- Eleboración solicitud del nombramiento de experto independiente y presentación al Registro Mercantil del domicilio social **(tres días)**.
- Tramitación de la solicitud y nombramiento del experto independiente **(quince días, contados desde el día siguiente a la fecha del asiento de presentación)**.
- Notificación y aceptación del nombramiento por parte del experto independiente designado **(una semana desde el nombramiento del experto independiente por parte del Registro Mercantil)**.
- Emisión de Informe del Experto Independiente **(un mes, sin perjuicio de ampliación por circunstancias excepcionales)**.

Fase decisoria

- Convocatoria de la Junta General de accionistas **(al menos, un mes previo a la fecha de celebración de Junta)**.
- Celebración de la Junta General **** (hay que tener en cuenta que el informe de experto tiene una caducidad de tres meses, prorrogable por otros tres meses de validez)**.

Fase de ejecución

- Inscripción del cambio de socios en el Registro competente **(segun normativa italiana aplicable)**.
- Otorgamiento de Escritura de Pública de aumento de capital **(tres días desde el cambio de nombre de las participaciones)**.
- Presentación de la Escritura Pública en el Registro Mercantil **(el mismo día de su otorgamiento)**.
- Incripción del documento público en el Registro Mercantil del domicilio social **(presentados, quince días hábiles para su calificación y, en su caso, período de subsanación de defectos)**.

* Recuérdese que no será necesario el informe de experto independiente en caso de concurrir alguna de las circunstancias del art. 69 LSC.

** Téngase en cuenta, que entre la primera y la segunda reunión o convocatoria deberá mediar, por lo menos, un plazo de veinticuatro horas.

ANEXO II: Operación de Fusión apalancada para la adquisición de Cer-Ceramica**Fase previa**

- Negociaciones previas y elaboración de los precontratos, en su caso, y suscribir contrato de credito para la operación **(dos meses)**.
- Realización de la Due Diligence y emisión de los preceptivos informes **(dos meses, en paralelo con el anterior hito)**.
- Elaboración y suscripción de los contratos de permuta de acciones de la sociedad adquiriente por las participaciones de la sociedad objetivo y elevarlo a Escritura Pública **(quince días)**.
- Inscripción del cambio de socios en el Registro competente **(segun normativa italiana aplicable)**.

Fase preparatoria

- Cierre del ejercicio **(31 Diccimbre)**.
- Formulación y aprobación de las Cuentas Anuales por el Organo de Admisnitración **(en los 3 meses siguientes al cierre del ejercicio)**.
- Elaboración y aprobación del Proyecto Común de Fusión, Infome de Administradores y Balance de Fusión **(dentro de los 3 meses siguientes de la aprobación de las Cuentas Anuales)**.
- Aprobación de las Cuentas Anuales en Junta General **(en el mismo plazo de tiempo anterior)**.
- Depósito del Proyecto de Fusión en el Registro Mercantil y presentación de solicitud de Experto Independiente **(dentro de los 5 días hábiles siguientes a la Junta de accionistas)**.
- Publicación del Proyecto de Fusión en la página web de la sociedad **(dentro de los 3 días siguientes a que se produzca el depósito)**.
- Designación del Experto Independiente **(dentro de los 15 días hábiles, contados desde el día siguiente a la fecha del asiento de presentación)**.
- Aceptación del Experto Independiente **(en los 5 días siguientes a su designación)**.
- Emisión de Informe por el Experto Independiente **(1 mes, sin perjuicio de ampliación por circunstancias excepcionales)**.

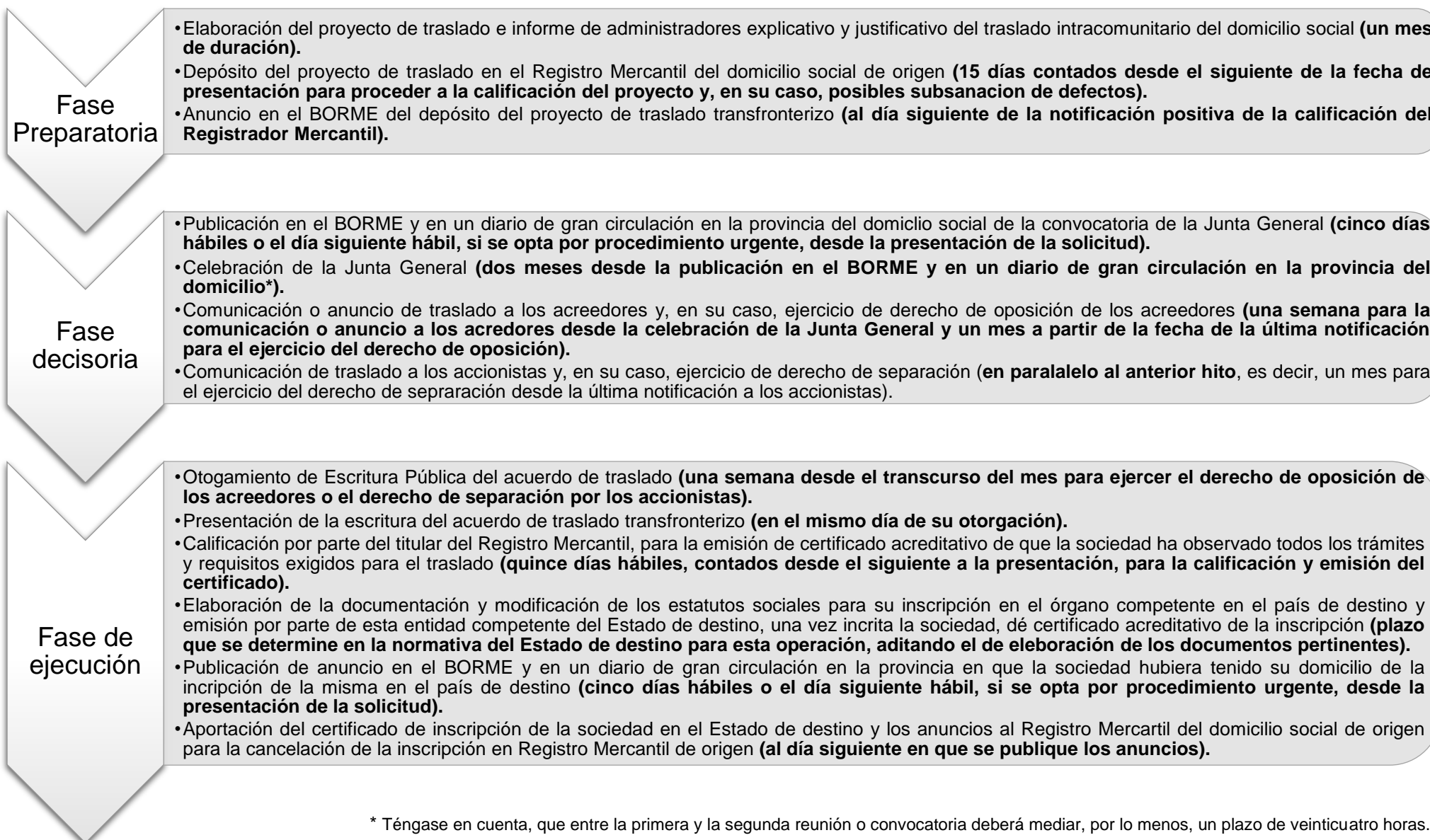
Fase desisoria

- Convocatoria de la Junta General de accionistas **(al menos, 1 mes previo a la fecha de celebración de la Junta)**.
- Celebración de la Junta General* **(dentro de los 6 meses siguientes de la fecha del Proyecto Común de Fusión y dentro de los 3 meses siguientes del Informe de Experto Independiente, prorrogable por otros tres meses la caducidad)**.
- Publicación de los anuncios de la fusión **(al día siguiente a la aprobación de la fusión por la Junta de Accionistas)**.
- Periodo de oposición de los acreedores **(1 mes desde el anuncio)**.

Fase de ejecución

- Otorgamiento de Escritura Pública **(al día siguiente de culminar el periodo de oposición y haber obtenido el certificado del Registro foráneo)**.
- Presentación de la Escritura en el Registro Mercantil **(en el mismo día de su otorgamiento)**.
- Calificación e Inscripción de la Escritura Pública **(dentro de los 15 días habiles siguientes a su presentación)**.
- Cambio de titularidad de la marca **(según normtiva aplicable)**.

*Téngase en cuenta, que entre la primera y la segunda reunión o convocatoria deberá mediar, por lo menos, un plazo de veinticuatro horas.

ANEXO III: Cambio de domicilio social transfronterizo intraeuropeo

* Téngase en cuenta, que entre la primera y la segunda reunión o convocatoria deberá mediar, por lo menos, un plazo de veinticuatro horas.

III. DICTAMEN JURÍDICO PARA DOÑA AMPARO FABRA Y DOÑA LIDÓN FALOMIR

1. Objeto del dictamen

El objeto del presente dictamen jurídico es dar respuesta detallada a la consulta formulada por las socias minoritarias Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra en la mercantil CerTronic, S.A. (en adelante CerTronic), en base a una serie de hechos previos y operaciones mercantiles y societarias que quiere llevar a cabo el Órgano de Administración de la citada sociedad.

2. Antecedentes de hechos

a. La sociedad de la que son socias mis mandantes tiene su domicilio social en el municipio castellonense de Alcora (España), cuyo objeto social es la fabricación de componentes aislantes cerámicos para revestimientos e instalaciones eléctricas.

b. El capital social está repartido entre cinco socios, como se expone a continuación:

- 28 % titularidad de la sociedad familiar Badenes S.R.L.
- 10 % pertenece a Don Antonio Falomir Esteve.
- 10 % titularidad de Doña Amparo Fabra Llorens, proveniente de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio con el anterior socio, en el año 2014.
- 8 % titularidad de Doña Lidón Falomir Fabra, hija de los dos socios anteriores, transmitiéndole sus padres estas acciones de la mercantil al término de sus estudios universitarios en el año 2012.
- 44 % pertenece al fondo de capital riesgo luxemburgués Wulture Capital, Corp (en adelante Wulture o el Fondo) por culminación de acuerdo de refinanciación en 2013.

c. La Administración de CerTronic tiene la forma de Consejo de Administración con cinco miembros. En la actualidad, son miembros del Consejo de Administración los hermanos Don Vicente y Don José Badenes Vallés, Don Falomir Esteve, un consejero designado por la sociedad socia Wulture y el quinto miembro se encuentra vacante sin que se haya cubierto.

d. Por la coyuntura de crisis del año 2008, la sociedad tuvo que cerrar un acuerdo de refinanciación con Wulture, que se perfeccionó en el año 2013, permitiendo la continuación de la actividad de la sociedad. El acuerdo de refinanciación contiene el compromiso que el Fondo adquiriese la mayoría de los créditos bancarios, capitalizándose la mitad de la deuda y conservando el resto de los créditos frente a la sociedad.

e. Existe una prestación accesorio estatutaria, que se introdujo como consecuencia del acuerdo de refinanciación, con la obligación de suscribir un pacto de socios por parte de todos los accionistas de CerTronic. El referido pacto entre socios incluye diversas cláusulas referidas al pago y vencimientos de los créditos pendientes, como la obligación de que cualquier nuevo crédito que se solicitara tuviese las mismas o inferiores condiciones que el crédito con Wulture. Igualmente, se establece en el mismo una mayoría reforzada para la aprobación de cualquier acuerdo de reestructuración o de aumento de capital de la sociedad. Y otras cláusulas para el caso de incumplimiento de los pagos o para el caso de violación de cualquiera de las obligaciones del pacto de socios.

f. La sociedad CerTronic pretende la adquisición de una sociedad italiana denominada Cir-Ceramica Società a Responsabilità Limitata (en adelante Cir-Ceramica), domiciliada en Módena. Para ello, el Consejo de Administración de CerTronic está valorando diversas formas de articular dicha operación. La sociedad italiana carece de actividad desde que sufrió una escisión a favor de otra sociedad, manteniendo solo en su activo una marca con gran prestigio en el mercado. Esta sociedad italiana tiene distribuido su capital entre dos socios a partes iguales, Don Ángel Vattermoli y la sociedad de capital riesgo Il Piccolo Avvoltoio, S.R.L., sociedad que está íntegramente participada por la sociedad luxemburguesa Wulture, que es titular de acciones de CerTronic.

g. Así mismo, el Consejo de Administración de CerTronic pretende realizar un traslado internacional del domicilio social a Países Bajos, donde la sociedad no tiene actividad alguna. Con la intención de que la Sociedad lleve a cabo una fusión con una sociedad filial de Wulture, con domicilio social en Holanda, cuyos estatutos prevén acciones con voto por lealtad.

h. Por último, el socio mayoritario, Wulture, se ha comprometido a retribuir con una prima por éxito a los miembros del Consejo de Administración que no sean empleados de ella.

3. Cuestiones planteadas

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan diferentes cuestiones sobre la posible oposición a la citada operación por parte de mis mandantes, en base a las siguientes cuestiones:

a. Las implicaciones que Doña Amparo y Doña Lidón nunca llegaron a firmar el pacto de socios con origen en el acuerdo de refinanciación.

b. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los Administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.

c. La posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación en la Junta General que delibere y decida sobre el traslado de domicilio social a los Países Bajos.

d. La posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

4. Análisis jurídico de las distintas cuestiones planteadas

A continuación, vamos a tratar de dar respuestas a las cuestiones planteadas por mis mandantes desde el punto de vista jurídico y de los hechos aquí expuestos:

4.1. Las implicaciones que Doña Amparo y Doña Lidón nunca llegaron a firmar el pacto de socios con origen en el acuerdo de refinanciación

Debemos iniciar este punto manifestando que el denominado pacto entre socios es un pacto parasocial o acuerdo extraestatutario. Estos suponen un acuerdo de carácter contractual entre los socios, de todos o algunos, de una sociedad cuyo objetivo es el regular extremos no recogidos estatutariamente y según la doctrina más consolidada, se definen como “*convenio celebrado entre algunos o todos los socios de una S.A. o S.L. con el fin de completar, concretar o modificar sus relaciones internas y las relaciones legales y estatutarias que la rigen*”, en este mismo sentido la define Cándido Paz-Ares y la DGRN (entre otras, la Resolución de 16 de febrero de 1998). Dicho lo cual, debemos de abordar las diferencias entre lo estatutario y lo parasocial. En primer lugar, son de naturaleza distinta y cuentan con distintas reglas de funcionamiento, lo estatutario se rige por el derecho societario y lo parasocial por el derecho común o derecho general de obligaciones. En segundo lugar, el contenido

de los pactos parasociales solo pueden ser modificados si existe consentimiento de todos los socios que hayan suscrito el mismo, mientras que la modificación estatutaria solo basta con el respaldo de la mayoría determinada legal o estatutariamente. Asimismo, siendo lo reseñable a esta cuestión, lo parasocial tiene una eficacia obligacional, solo vincula a sus firmantes; mientras que los estatutos son de obligado cumplimiento para los presentes y futuros socios, así como para demás terceros.

Atendiendo al artículo 1.091 del CCiv, que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos, junto al contenido del 1.258 de mismo texto legal, que expresa que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Esto quiere decir, que una vez ratificada la obligación contractual o de ser vinculante esta, como son los pactos parasociales, despliegan efectos y los sujetos obligados deben de conducir sus conductas para el cumplimiento de los mismos.

Aquí se nos presenta la cuestión sobre las consecuencias de que de Doña Amparo y Doña Lidón nunca llegaran a firmar el pacto de socios. De forma abstracta, si no hay ratificación de la obligación, esto es que no se haya prestado consentimiento mediante la firma del pacto de socios, este no obliga ni vincula a las mismas. Sin embargo, no podemos perder de vista el elemento temporal de la creación de la obligación y la adquisición de la condición de socias en la sociedad CerTronic de mis mandantes, uniéndose este con la existencia de una cláusula estatutaria que obliga a *todos los accionistas* a suscribir el referido pacto de socios con origen en el acuerdo de refinanciación de la sociedad.

Sin perjuicio de posteriores matizaciones, debemos de analizar estos extremos. Como ya se ha hecho referencia en los hechos, el contrato de refinanciación suscrito con el Fondo se concluye en el año 2013, desde esta fecha empieza a ejecutarse los distintos acuerdos y obligaciones que establece aquél. Entre estas nos encontramos la entrada como socio de Wulture en la sociedad y la obligación de que todos los accionistas suscriben el citado pacto, obligación que se incluyó mediante una cláusula estatutaria como prestación accesoría. Asimismo, nos encontramos en dos fechas de referencia distintas para la toma de la condición de socias de mis mandantes. Doña Lidón, adquiere acciones que eran titularidad de su padre, representando en la actualidad el ocho por ciento del capital de CerTronic en fecha de junio de 2012. Mientras que Doña Amparo recibe su actual posición en la sociedad por la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en el año 2014.

En deducción de lo expuesto, Doña Lidón ya era socia al momento de concluir el acuerdo de refinanciación entre CerTronic y el Fondo, por lo que tuvo que ser convocada a la Junta de accionistas que deliberó y votó la modificación estatutaria para la inclusión de prestación accesoría con la obligación para los socios de suscribir el pacto referido. Púes bien, la creación de la prestación accesoría deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados (artículo 89.1 LSC). Esto quiere decir, que además de la mayoría determinada para la modificación de los estatutos, es necesario el consentimiento individual del socio obligado por la prestación accesoría al crearse esta en un momento posterior al proceso fundacional, sin saber si Doña Lidón proporcionó su consentimiento individual para la creación de esta prestación accesoría, pero si sabemos que las mandantes no procedieron a la suscripción o firma del referido pacto de socios. Por lo que debemos de analizar las distintas posibilidades que se nos presenta por esta incertidumbre.

En el caso de que Doña Lidón no haya firmado el pacto ni dado su consentimiento para la prestación accesorias, esta no le es vinculante, es decir, no queda obligada ni por el pacto ni por la prestación accesorias. Pero si Doña Lidón no hubiera firmado el pacto, pero si dado su aquiescencia individual para la inclusión de la prestación, quedará vinculada por la obligación de la cláusula estatutaria de que todos los accionistas están obligados a suscribir el citado pacto de socios. En consecuencia, debe de encaminar sus actos para el cumplimiento de tal obligación en su condición de socio vinculado por la prestación accesorias. Otra posibilidad, la menos probable, es que Doña Lidón suscribiera el pacto de socios y también diera su consentimiento para la creación de la prestación accesorias, está quedará obligada por ambas figuras. Por último, que no es barajada, dado que Doña Lidón afirma no haber suscrito el pacto, es que no haya prestado su consentimiento individual para la prestación accesorias, pero haya suscrito el pacto de socios, sin entrar en mayor detalle sobre esta posibilidad, estaríamos ante un incumplimiento de lo pactado en el acuerdo entre socios y, en consecuencia, los demás firmantes podrían ejercer acción contra la misma por incumplimiento de la obligación suscrita para su cumplimiento.

Cuestión distinta es que sin haber participado en la Junta o no danda su autorización individual para aquella, se hubiera introducido en los estatutos utilizando el ficticio que hubiera participado y dado su consentimiento para la misma. En tal situación estaríamos ante un acuerdo impugnables por ser contrario a orden público, tratándose de la categoría de los acuerdos contrarios al orden público general y al orden público societario (supuestos de contrariedad con los principios configuradores de las sociedades de capital o con los criterios mínimos que aseguran la participación de los socios). Por ende, no tiene plazo de prescripción, a diferencia del resto de situaciones para ejercer la acción de impugnación del acuerdo para modificar los estatutos sociales (art. 205.1 LSC), por lo que habrá de proceder a impugnar el acuerdo por el que se modifican los estatutos sociales para introducir la prestación accesorias³³, no siendo vinculante el acuerdo de socios, salvo para los que hubieran suscrito el mismo, al desplegar solo efectos obligacionales entre partes y no tener validez la obligación de suscribir el reiterado pacto por no desplegar efectos jurídicos la prestación accesorias.

Analizada la situación de Doña Lidón, pasamos a analizar la situación de Doña Amparo. A diferencia de su hija, la condición de socio la adquiere a posterior del pacto de socios y de la creación de la prestación accesorias en los estatutos sociales. En consecuencia, por lo dicho, aunque no habiendo firmado del referido pacto de socios, la cláusula estatutaria de la prestación accesorias vincula a *todos los accionistas* a suscribir el pacto de socios con origen en el acuerdo de refinanciación. Por lo tanto, Doña Amparo está vinculada por la prestación accesorias, que le obliga a suscribir el referido pacto de socios, siempre y cuando la prestación accesorias fuere insertada con respeto de las formalidades y requisitos legales.

Por lo cual, nos hemos de centrar en analizar la prestación accesorias para ver si es válida y tiene poder de vincular a los socios no firmantes del pacto parasocial a su cumplimiento. Según la normativa societaria que regula la prestación accesorias es de destacar que la cláusula estatutaria debe de tener una serie de menciones con carácter necesario y cuyo cumplimiento hace surgir la

³³ La jurisprudencia ha considerado acuerdos contrarios al orden público los adoptados, por ejemplo, en juntas universales ficticias o simuladas, sin la participación o con la preterición de alguno de los socios. Sin embargo, existen dificultades de fundamentación de la contrariedad con el orden público de acuerdos adoptados por las juntas universales en las que no participaron todos los socios, en este sentido, la STS de 19 de abril de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2690).

prestación accesoria (art. 86.1 de la LSC).

La primera mención que deben satisfacer los estatutos sociales es la perfecta identificación de los socios que resultan deudores de tales prestaciones. Por lo analizado, podemos ver cómo la cláusula determina un ámbito de aplicación subjetivo a todos los accionistas, esto es, tanto los presentes como los futuros. Por lo que respecta a la segunda mención que han de reunir los estatutos respecto de las prestaciones accesorias, es la determinación del contenido de esta. Se requiere de un contenido concreto y determinado de la obligación. Así, deberán concretarse en los estatutos sociales los elementos accidentales de tiempo y lugar que determinan su exigibilidad, especificándose cuándo y dónde se ha de atender el cumplimiento de la prestación debida por el socio. A este respecto hay que señalar la práctica ausencia de límites en la legislación societaria, de modo que la prestación accesoria debida podrá ser única o periódica, sin que se imponga límite temporal alguno. Pero en el caso particular que analizamos, no se explicita el tiempo de la misma, podemos deducir que tiene una vigencia temporal vinculada al acuerdo de refinanciación por ser este su origen, esto es, que mientras no se culmine el referido acuerdo, la prestación accesoria será vinculante.

La finalidad del principio de determinación es que el socio obligado tome conciencia de que tiene que firmar un pacto, cuyas especificaciones pueden figurar en un documento aparte. Es decir, la exigencia de concretar y determinar el contenido de la prestación accesoria no obliga, en rigor, a reproducir en los estatutos, directamente o como anexo, el contenido del pacto parasocial, sino que sea determinada o determinable. Por lo que la obligación no está estatutariamente determinada, ya que solo comprende la obligación de suscribir el citado pacto de socios, pero es determinable extraestatutariamente en sí misma, por el pacto que concreta la obligación. Puesto que esta exigencia legal de determinación de la prestación accesoria en forma que sea determinable por el pacto parasocial o pacto entre socios, se ha pretendido solventar invocando una posibilidad de determinación registral, pero los pactos parasociales no son inscribibles en sí mismo, entre otras razones porque, aunque se firmaran por todos los socios, no hay que olvidar que la posible inscripción en el Registro Mercantil de un acto depende de que sea relativo a la sociedad.

No obstante, en el pacto parasocial rige el principio de libertad de forma (art. 1.278 CCiv), de manera que pueden establecerse por escrito en documento público o privado, al que habrá de dar la debida publicidad para que se cumpla los elementos de concreción y determinación. La Resolución DGRN de 26 de junio de 2018, en el contexto de un protocolo familiar/pacto parasocial que constaba en escritura pública, existiendo una prestación accesoria para reforzar su eficacia, como es el caso de estudio, estimó el recurso contra la calificación negativa del Notario, al entender que el protocolo familiar permitía determinar con claridad el alcance de la prestación accesoria. La Dirección General precisa su posición respecto a la obligación de determinación estatutaria de la prestación accesoria en el sentido de que estas tienen que ser objeto de *“una absoluta y total concreción o determinación inicial”*. Sin embargo, señala que la *determinación primaria o mediata* es válida por la remisión a otros documentos, siempre que en los estatutos *“estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas”*. Así mismo, la DGRN consideró en su Resolución que *“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”*. En

conclusión, la DGRN determina que el contenido de la prestación accesoria debe de preceder a la aprobación de la misma y, en consecuencia, no exige un acuerdo posterior. Del mismo modo, establece una interpretación de forma amplia la exigencia de concreción y determinación estatutaria de la prestación accesoria, puesto que la DGRN ha dado mayor relevancia a la cognoscibilidad del contenido de esta sobre la certidumbre. En este caso, no se precisó estatutariamente el aspecto más básico de la prestación accesoria, solo con la mera referencia e identificación de la escritura pública que contenía el pacto entre los socios.

En definitiva, la obligación de la prestación accesoria es la de suscribir el pacto entre socios de todos los accionistas, siendo concretada las obligaciones en el pacto y no en la prestación accesoria. Dando de este modo una mayor fuerza al pacto de socios para su cumplimiento. Pero en este punto, debemos de entrar a analizar las referidas obligaciones del pacto entre socios, que se resumen en una cláusula *pari passu*, aumento de la mayoría para el acuerdo de reestructuración societaria o para el aumento de capital, ciertas obligaciones y condiciones en caso de incumplimiento de los pagos, y consecuencias del incumplimiento del pacto entre socios.

Estando en este punto, debemos de traer a colación el contenido del artículo 29 de la LSC, que establece que “(l)os pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad. Dado que existen supuestos que se rompe esta inoponibilidad a la sociedad, a que los pactos parasociales, aunque siendo esfera extraestatutaria, puede modificar los mismos, esto es, el caso de los pactos omnilaterales, pactos que están presentes todos los socios en el mismo, cuestión que quiere garantizar la prestación accesoria con el reiterado pacto de socios, al tratase de pactos parasociales denominados de organización³⁴. Sin embargo, los pactos parasociales omnilaterales que vulneren normas imperativas o los principios configuradores del tipo social que se trate, carecen de esa efectividad corporativa, cuestión que daría para un detenido y extenso análisis de las diversas cláusulas insertadas en el pacto de socios, pero debemos de ceñirnos a la cuestión planteada por mis mandantes.

Otra mención necesaria es el carácter gratuito o retribuido de la obligación establecida por prestación accesoria, en el presente caso estamos ante una prestación gratuita. Otro elemento necesario que ha de satisfacer, es la referida al caso de incumplimiento de la prestación, a este respecto hay que señalar que la inobservancia de la prestación accesoria puede configurarse como una causa estatutaria de exclusión del socio incumplidor para las sociedades anónimas (art. 86.1 *in fine*). Sin perjuicio que se puedan incluir cláusulas penales para asegurar el cumplimiento de la misma o la determinación de una indemnización para el caso de incumplimiento, requiriendo la expresa constancia de tales cláusulas para el caso de incumplimiento de la prestación accesoria. Hay que destacar que la propia Ley dispone que el incumplimiento por causa involuntaria no será causa de exclusión social del socio, pero esta previsión admite pacto en contra, el cual deberá tener la oportuna constancia en los estatutos sociales (art. 89.2 LSC). Por último, hay que considerar que el pacto parasocial debe de consistir en una prestación a favor de la sociedad, según la definición de las prestaciones accesorias que solo contemplan obligaciones frente a la sociedad y no frente a los demás socios.

³⁴ En diversas SSTs se ha considerado que el pacto omnilateral constituye un verdadero acuerdo social celebrado, recurriendo a la ficción de existencia de una Junta General con ocasión de la celebración del mismo (SSTs número 1086/1991, de 26 de febrero - ECLI: ES:TS:1991:1086, 967/1992, de 10 de febrero - ECLI: ES:TS:1992:967 o también citar la STS de 18 de marzo de 2002) o también se ha utilizado la doctrina del levantamiento del velo para atribuir efectos al pacto de socios en el plano societario (STS número 1049/2006, de 24 de octubre - ECLI:ES:TS:2006:6403).

En consecuencia, si la cláusula estatutaria objeto de análisis cumpliera con las exigencias legales y los extremos aquí analizados, es totalmente válida y por lo tanto despliega efectos a todos los sujetos que estén dentro de su ámbito de aplicación, en este caso, a todos los accionistas. Por lo expuesto para el caso que doña Lidón diera su aquiescencia para la creación de prestación accesoria y esta tuviese la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo en Junta de accionistas y dado que Doña Amparo adquiere su condición de socia a posterior del pacto de socios y de la creación de la prestación accesoria, ambas quedan vinculadas por esta y, por lo tanto, obligadas a suscribir el pacto parasocial y a respetar el contenido de aquel. En el caso contrario, si Doña Lidón no hubiera dado su consentimiento individual para la creación de la prestación accesoria, esta no queda vinculada por aquella, pero sí que estará vinculada por la prestación accesoria Doña Amparo, al tener condición de accionista a posterior de la inserción de la cláusula estatutaria de la prestación accesoria, siempre que esta fuera legítima e insertada con respeto de las formalidades y requisitos legales.

No obstante, no observamos elemento o cláusula en el pacto de socios, más allá de lo expuesto en líneas anteriores, que pueda servir de sustento de oposición o impugnación para la operación que mis mandantes quieran oponerse, pues la única cláusula que disciplina el voto, solo es aplicable en caso de supuesto de impago de cantidades dinerarias en los vencimientos pactados, dando la posibilidad de imponer una reestructuración (pensamos que se trata de carácter financiero, dado el contexto de la misma, y no una reestructuración societaria), en la que deberán de votar a su favor los demás socios en la Junta que delibere y vote la reestructuración.

Cuestión distinta es si consideramos que Doña Amparo y Doña Lidón son parte en el pacto de socios y este contiene un aumento de la mayoría necesaria para la aprobación de los acuerdos societarios con objeto de aumento de capital o reestructuración societaria, cuestiones que se deben de aprobar en la operación de traslado internacional del domicilio social o fusión por absorción de la sociedad Cir-Ceramica³⁵. Por ello, podría mis mandantes oponerse al acuerdo social si este no respetara el pacto de socios, que requiere una mayoría del 67% para la aprobación de estas operaciones, pudiéndolo impugnar si la aprobación de tales acuerdos se acude a la mayoría legal establecida o la determinada estatutariamente si es distinta a la manifestada³⁶, articulando la impugnación por ser contraria al interés social la contravención del pacto omnilateral, cuestión que habrá de poner en conexión con lo que se manifiesta en el cuarto punto de este epígrafe, dada cuenta que los pactos parasociales omnilaterales contribuyen, al igual que los estatutos sociales, a configurar la organización y la vida de la sociedad, por lo tanto, a fijar el interés social, entendiendo este como coincidente con el común de todos los socios (SSTS de 5 julio de 1986, de 19 de febrero de 1991, de 4 de marzo de 2000, de 12 de julio de 2002 y 7 de mayo de 2006, entre otras), incluso, si consideramos al pacto parasocial omnilateral adoptado como un acuerdo informal tomado en Junta General universal³⁷. De esta manera, si mis mandantes son parte del pacto de socios, las posibilitan poder ejecutar acción judicial contra el referido pacto parasocial que, de no ser parte,

³⁵ En puridad, el traslado internacional del domicilio social no supone una modificación estructural de la sociedad, pero el legislador, en atención a las consecuencias que se derivan, ha incluido esta operación societaria dentro de los supuestos que regula la LME, por ello, debemos de considerarla como una operación de modificación estructural o reestructuración, al igual que la fusión por absorción de la sociedad italiana.

³⁶ Este es el caso se dirimió la STS 103/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:659). Cuestión que hay que conectar con doctrina jurisprudencial asentada que “*la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre socios, sobre todo si éstos son todos los socios, puede determinar la nulidad de lo acordado por resultar en definitiva contrario a la ley, a los estatutos o al interés social*” (STS de 6 de marzo de 2009 - ECLI:ES:TS:2009:941).

³⁷ SSTS de 26 de febrero de 1991 (ECLI: ES:TS:1991:1086) y de 18 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1934).

no será posible emprender tales acciones judiciales.

En conclusión, podemos afirmar que no existe cláusula con relación directa para las operaciones que quieren oponerse las señoras Fabra Llorens y Falomir Fabra, por tanto, que puedan sostener una impugnación de esta alegando la falta de suscripción del mismo. Poniendo esto en conexión con la prestación accesoria fruto del acuerdo de refinanciación, dado que Doña Amparo toma su condición de accionista posteriormente al pacto y de la inserción de la referida prestación accesoria, le es vinculante la obligación de suscribir el pacto para todos los socios, siempre que la inserción estatutaria de la prestación accesoria sea conforme a las formalidades y requisitos establecidos para tal cuestión. Sin embargo, para Doña Lidón, la cuestión cambia, dado que esta adquiere su condición de socia con anterioridad al perfeccionamiento del acuerdo de refinanciación y del acuerdo de socios, por lo tanto, esta tuvo que ser convocada para la Junta de accionistas que deliberó y votó estos, en especial, la que aprobó la prestación accesoria, porque para que sea eficaz debe darse el consentimiento individual del socio obligado, es decir, la propia señora Falomir Fabra, de lo contrario no será vinculante o se estará en presencia de un fraude si resulta que la sociedad expresa que proporcionó su aquiescencia, cuando no existe tal, por lo tanto impugnabile el acuerdo que introdujo la misma. Pero les puede resultar ventajoso ser parte del reiterado pacto de socios, por un lado, ya que les habilita poder ejercer acción contra el mismo y, por el otro, pueden utilizar el pacto para impugnar el acuerdo de no respetar lo estipulado en el mismo.

4.2. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los Administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad

A este respecto, manifestar que las operaciones de adquisición y fusión de empresas, así como otras operaciones societarias similares, son circunstancias para la existencia de conflictos de intereses, diferenciando las posibles fricciones a nivel vertical, es decir, entre los Administradores y los socios, cuestión que analizaremos en el actual punto en contestación a la cuestión de mis mandantes; o a nivel horizontal, esto es, entre socios, con particularidad entre mayoría y minoría, cuestión que será analizada en relación con la última cuestión planteada.

Los Administradores están sujetos por el imperativo de lealtad (arts. 227 y siguientes LSC), en específico la normativa societaria expresa que *“(l)os 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, la fidelidad se entiende como un sinónimo del deber de lealtad, delimitando su extensión, e íntimamente unido a la buena fe, con el objetivo que un Administrador busca optimizar la situación para la sociedad dentro de su juicio y en mejor interés de la misma. Este último concepto, el interés de la sociedad, es un concepto jurídico indeterminado que, como tal, tiene unos límites difusos, debiendo de determinarse recurriendo a la jurisprudencia, pero la concepción del Alto Tribunal, salvo algunas excepciones, lo interpreta como el interés común de todos los socios. Pero, tras la reforma de la LSC por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, nos encontramos con una concreción de las obligaciones que sustenta el deber de lealtad, evitando que los conceptos se queden en lo indeterminado o genérico, por lo que podríamos diferenciar tres deberes de los Administradores ante la existencia de los conflictos de intereses: (i) deber de comunicar a la sociedad cualquier situación de conflicto que pueda existir y serán objeto de información en la memoria de la sociedad (art. 229.3 LSC), (ii) adoptar las medidas necesarias para evitar el conflicto [art. 228.e) LSC] y (iii) abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos y decisiones en las que exista un conflicto de intereses [art. 228.c) LSC], todo ellos serán desarrollados en las líneas siguientes.

Por lo tanto, un nivel de conflicto de intereses fácilmente reconocible e intenso, se presenta cuando nos encontramos la contraposición de intereses, directa o indirectamente, que surgen de una transacción realizada por el Administrador (o persona vinculada) al interés de la sociedad. Se debe de incluir en esta categoría una transacción realizada por la sociedad con un tercero cuyo efecto colateral típico resulta en un beneficio para el Administrador o una persona vinculada. Este es el supuesto que establece el artículo 228.c) de la LSC, tal que: *“En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] c) 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”*. Por lo que, no tan solo debe de abstenerse en la votación del asunto donde existe conflicto de interés, sino también en la deliberación del mismo. En definitiva, el deber de abstención constituye una prohibición vinculada al deber de lealtad, dada cuenta que el Administrador afectado por un conflicto de interés personal, o el de un tercero vinculado con el Administrador, puede que incline su voto para favorecer su situación.

Este deber se complementa con lo dispuesto en el artículo 228.d), que obliga a los Administradores sociales a *“(d) desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”*. Sin perder de vista los supuestos de hecho del artículo 228.e) de la LSC, que obliga al administrador a *“(a) 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”*. Así, la propia normativa, viene a especificar en su artículo 229 LSC lo dispuesto en el anterior punto del artículo 228 transcrito. En referencia de todos los casos que enumera el artículo 229.1 LSC³⁸, aludiendo las letras a), c), d) y f) a conflicto directos, y las letras b) y e) para los casos de ventajas privadas en atención del cargo que ocupa, es decir, conflictos indirectos. Debemos de poner en vinculación lo dicho, con el artículo 230 de la misma normativa, que manifiesta que el deber de lealtad y la responsabilidad por su infracción son de carácter imperativo y por ello no puede verse sometido a una configuración estatutaria *“que lo limiten o sean contrarias al mismo”*. Ahora bien, como después desarrollaremos, a diferencia de los supuestos del artículo 228, los contenidos en el artículo 229 de la LSC son susceptibles de dispensa.

En el caso específico que nos acontece, no podemos soslayar que los Administradores de la sociedad, por lo menos algunos de ellos, tienen intereses indirectos en la operación. A este respecto, según la letra e) del artículo 229 de LSC, expresa la prohibición de *“(o)btener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía”*, poniendo en relación este deber de evitar conflictos de intereses con el hecho que Wulture se ha comprometido con los miembros del Consejo de Administración que no sean empleados del Fondo, a retribuir con una prima el éxito total de la operación de traslado de domicilio social transfronterizo y la posterior fusión con la filial de Wulture en Países Bajos.

³⁸ Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés: *“1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de: a) 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. 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 distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. f) 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. 2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador”*.

Además, en muchas ocasiones, las contrapartes de las operaciones mercantiles o societarias que pretende llevar a cabo el órgano de Administración, son parte relacionada o vinculada con el Fondo (caso del socio persona jurídica de la sociedad italiana está íntegramente participada por Wulture o, la ya mencionada fusión con la filial del Fondo en Países Bajos), que a su vez es socio mayoritario de CerTronic y tiene designado a un consejero dentro del Consejo de Administración.

Nos podemos aventurar a afirmar que existe un interés claro y particular para Wulture en las operaciones, además, citando a Paz-Ares, que nos trae a colación, el viejo problema o dilema evangélico de servir a dos señores³⁹, en estas circunstancias, podemos pensar y deducir, que la situación de doble retribución (interna y externa) parece dar lugar a una situación de conflicto de intereses, en cierto modo semejante a la que produce la doble representación. No puede ignorarse, ante esta situación, que la retribución externa crea un riesgo incrementado de generar o reforzar una nueva lealtad respecto al accionista que satisface la retribución, prima o dádiva, susceptible de colisionar con la lealtad debida y deberes fiduciarios con la sociedad. De hecho, desde un punto de vista empírico, uno tenderá a ver la retribución externa como un mecanismo indirecto de la sumisión del consejero a las indicaciones y preferencias del accionista. La experiencia común enseña que *“quien paga, manda”*.

Dicho lo cual debemos de entrar en mayor profundidad para dar respuesta a Doña Amparo y Doña Lidón de proceder contra el Órgano de Administración por incumplimiento de sus deberes de lealtad para la sociedad. Debemos de traer lo dicho, que el supuesto de evitar situaciones de conflicto de intereses respecto de la prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo, asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía, son susceptible de dispensa. El artículo 230.2 de la LSC precisa que la dispensa solo podrá tener lugar *“en casos particulares”*, por lo que no está permitido la posibilidad de dispensas generales al administrador para poder incurrir en conflictos de interés. Además, el propio artículo señala que *“(l)a dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general”* (art. 230.3), a más, deberá de producirse en una votación separada la dispensa de cada Administrador.

La normativa societaria no pone de manifiesto lo que debemos de entender por comunicación tempestiva, siendo aquella la realizada en un momento tal que permita la defensa de los intereses de la sociedad⁴⁰, de lo contrario, si el Administrador no informa, lo hace de forma incompleta o sorpresiva, su actuación será desleal. Así mismo, la disposición normativa citada faculta a la Junta General, que deliberará sobre la existencia de conflicto de intereses y, en su caso, la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros que deberá de ser convocada a tal efecto por el Órgano de Administración al tener comunicación o conocimiento de la existencia del conflicto de intereses. Además, la convocatoria deberá de ir acompañada de la información pertinente e informe objetivo de valoración de la operación a dispensar y de los riesgos que comporta para la sociedad y si es justa, razonable y oportuna la dispensa, así como las garantías de cumplimiento por parte del Administrador de las condiciones de la dispensa y si son necesarias medidas para reducir o compensar los efectos negativos de la misma. Dicho informe deberá de ser elaborado por los Administradores no incurso en conflicto, con la finalidad de garantizar la independencia respecto al Administrador en conflicto y la transparencia del proceso de dispensa.

³⁹ Paz-Ares, Cándido (2014), *La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas*. Mateo 6-24: *“Nadie puede servir a dos señores; porque aborrecerá a uno y amará al otro; o bien se entregará a uno y despreciará al otro. No podéis servir a Dios y al dinero”*.

⁴⁰ STS número 222/2016, de 7 abril (ECLI:ES:TS:2016:1504).

En el caso concreto, el único Administrador no incurso en este conflicto puede ser el nombrado por el Fondo si este es trabajador de Wulture, pero como desarrollaremos en líneas posteriores, puede existir una falta de independencia, por lo que el informe deberá de ser elaborado por experto independiente para asegurar la transparencia e independencia del mismo. De este modo, el informe como la información proporcionada para los socios debe de ser correcta, suficiente y completa, de lo contrario podrá ser objeto de impugnación el acuerdo de la Junta en virtud del artículo 204 de la LSC⁴¹.

En el caso de que se haya o se vaya a producir dicha dispensa, siempre y cuando se haya comunicado el conflicto, habrá que tener en cuenta las diferentes mayorías necesarias para la adopción válida del acuerdo en Junta General. Para el caso de CerTronic, como Sociedad Anónima que es, será necesario la mayoría establecida en el artículo 201 de la LSC o, en su caso, mayoría establecida estatutariamente, pero habrá que tener en consideración el artículo 190 de la LSC, que regula los conflictos de intereses en el seno de la Junta de accionistas. En un análisis del citado precepto, nos encontramos ante una de las situaciones de su primer punto, en específico en la letra e), esto es, en los casos de dispensar del deber de lealtad al socio-administrador conforme a lo expuesto y en virtud del artículo 230 de la norma societaria, el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones. Así, las acciones del socio que se encuentre en la situación de conflicto de intereses se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria. En estos casos, el legislador manifiesta su desconfianza de la capacidad de decisión del socio-administrador incurso en el conflicto de intereses, sustrayendo su derecho de voto en la deliberación y votación de la dispensa del deber de lealtad.

Nos resta analizar, en esta coyuntura, la posición del socio mayoritario respecto de la dispensa del deber de lealtad, en virtud del artículo 230 de la LSC, respecto del consejero nombrado a propuesta del Fondo, si este fuera trabajador de la propia Wulture. Lo que nos lleva a tener que abordar la cuestión si en este supuesto resulta aplicable al socio el régimen del conflicto indirecto que la normativa prevé para el Administrador. En este sentido, la STS de 2 de febrero de 2017⁴², que viene a variar la tendencia jurisprudencial que había sentado en otras sentencias anteriores, como la STS de 26 de diciembre de 2012⁴³, viene a clarificar este extremo, precisa que el reiterado deber de abstención en Junta General del socio incurso en conflicto de intereses solo será aplicable a los conflictos directos que afecten al propio socio en cuanto tal, pero no a los conflictos indirectos en los que el interés afectado sea el de una persona relacionada con él, en este caso, el consejero nombrado por el Fondo en la dispensa para recibir una ventaja o remuneración de terceros. Por ello, para la dispensa de su deber de lealtad para los consejeros que no sean socios, es de aplicación el punto tercero del artículo 190 de la LSC, sin perjuicio de lo que exponemos en puntos siguiente de este epígrafe. Es decir, no se privarán del voto al socio conflictuado, pero cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, la decisión podrá ser impugnada. En tal caso, se produce una inversión de la carga de la prueba (*entire fairness test*) que recae sobre la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, mientras que al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés.

⁴¹ Hay que tener en cuenta el apartado tercero de este artículo, que manifiesta que “(t)ampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: [...] b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”

⁴² STS número 359/2017, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:359).

⁴³ SSTS de 5 de diciembre de 2009, 26 de enero de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:116) y 26 de diciembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:8863).

Cuestión que será aplicable al socio mayoritario, esto es, el Fondo, respecto de la dispensa del deber de lealtad para percibir remuneración de terceros distintos de la sociedad, refiriéndonos a la prima por éxito que ha fijado el propio Fondo, dado que este tiene interés propio en el éxito de las operaciones que pretende que se culminen por sociedad CerTronic.

En resultado de lo expuesto, en caso a la dispensa de los Administradores para poder percibir una ventaja o remuneración de terceros, como es la prima por éxito de las operaciones proyectadas, se ha de cumplir escrupulosamente con el artículo 230 y con la abstención del socio-administrador en la deliberación y votación del acuerdo para tal fin en sede de la Junta de accionistas, no existe vulneración del deber de lealtad (a priori) en tal sentido, al haber existido una dispensa del mismo. De lo contrario, existiría una vulneración de tal deber, por percepción de ventaja o retribución de un tercero, distinto de la sociedad, que en este caso es el mayoritario, produciéndose una intromisión indebida en la configuración de la voluntad del Órgano de Administración social, en vulneración de dicha función con la lealtad de un fiel representante. Sin embargo, en atención a la literalidad del artículo 230.2 de la LSC, con la redacción dada tras la reforma operada por la Ley 31/2014, es que la dispensa y la operación que se quiere llevar a cabo debe de respetar los requisitos de que no perjudique el interés social y que el órgano competente para emitir la autorización no esté *contaminado* por el conflicto, es decir, sea independiente. De lo contrario, queda abierta la impugnación de la autorización o dispensa por resultar contraria al interés social, pero habrá que tener en cuenta para el caso de impugnación en base al artículo 190.1.e) de la LSC, que la acción deberá de sortear el test de resistencia, consistente en que en la Junta participen personas no legitimadas y sus votos sean determinantes para la aprobación del acuerdo, en paralelo al artículo 190.3 de la LSC, para que prospere la impugnación.

Fijado lo anterior, debemos de proseguir con el análisis a la respuesta de la cuestión planteada por mis mandantes, en el especial supuesto que nos encontramos, en que un socio significativo o de control, como es Wulture, entendiéndose como tal aquel que tiene presencia en el Órgano de Administración o influencia en el nombramiento de uno o más de sus miembros. Debemos de partir de la idea que en esta situación no existe persona vinculada al Administrador, puesto que no aparece enumerado en el listado de personas vinculadas del artículo 231.1 LSC⁴⁴. En este sentido, la doctrina ha sido crítica con el precepto, catalogándolo de defectuoso, al no incluir el supuesto que nos ocupa, entre otros⁴⁵. Pero esta enumeración del artículo 231 LSC es de carácter cerrado o *numerus clausus*, por el efecto pernicioso de la analogía en relación con el concepto tan amplio “*de vínculo estrecho*”. A pesar de ser esta la opinión general de la doctrina y de la jurisprudencia, como forma de superar la referida laguna, han considerado estar en presencia de una lista abierta, susceptible de ampliación en vía de analogía, como es la SJM de Madrid nº 437/2013, de fecha 30 de octubre. Sin embargo, es claro que estamos en presencia de una persona vinculada si nos encontramos en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 231 de la LSC, pero debemos de incidir en el segundo punto del mismo, que enumera los casos de Administrador persona jurídica. En este sentido, las letras a) y c) del segundo punto de citado artículo manifiesta que son personas vinculadas “*(l)os socios que se encuentren, respecto del Administrador persona jurídica, en alguna de*

⁴⁴ Artículo 231.1 de la LSC: A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador. c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador. d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

⁴⁵ RAFAEL SEABSTIAN QUETGLAS: “Manual de fusiones y adquisiciones de empresa”, en esp. pág. 281.

las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio” y *“(l)as sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios)*. Pues debemos de recordar que la operación previa al traslado internacional de domicilio social, CerTronic pretende adquirir la sociedad italiana con la compra a sus socios de sus participaciones, ante estas circunstancias, traer a colación que uno de los socios es una filial íntegramente participada de Wulture, por lo que podíamos estar ante una persona vinculada al Administrador persona jurídica en los términos del artículo transcrito.

En continuación con el problema enunciado en el párrafo que antecede, algunos autores han intentado sortearlo acudiendo al conflicto indirecto. Pero esta vía tendrá virtualidad si prescindimos del concepto de persona vinculada y consideramos que el beneficio o ventaja de la transacción no revierte directamente sobre el Administrador, sino a un tercero próximo a él, en el presente caso, el socio mayoritario, Wulture. No obstante, es de difícil encaje práctico, al permitir la extensión analógica por la vía indirecta de los sujetos enumerados en el artículo 231 LSC, sin omitir la propia literalidad del precepto legal, no es sostenible que el conflicto de personas vinculadas sea indirecto, de forma que se amplíe el ámbito subjetivo del artículo 228.c) y concordantes de la LSC, además de que el conflicto directo o indirecto debe de traer causa de un elemento objetivo, en virtud del artículo 228.e) de la LSC y no de un elemento subjetivo. Es decir, el conflicto surge indirectamente de los efectos colaterales perniciosos que pueden desplegar sobre la sociedad una transacción realizada por el Administrador con un tercero, en concreto, como se expondrá más detenidamente en el último punto, con el traslado de domicilio social encierra una actuación tendente a aumentar el poder de Wulture dentro de la sociedad, con pérdida de su autonomía, hasta el punto de convertirse en una filial de aquella, en abuso y detrimento injustificado de los socios minoritarios y del interés social de una entidad, hasta el momento autónoma e independiente.

Por lo tanto, la opción idónea será encaminar el incumplimiento del deber de lealtad de los Administradores, por el conflicto de intereses por cuenta ajena y desempeñar sus funciones con libertad e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Puesto que la propia Ley, en su artículo 228.e) contempla los conflictos transaccionales por cuenta ajena y el apartado d) requiere la independencia respecto de instrucciones, en este caso, del socio mayoritario, señalar que este último no es susceptible de dispensa conforme al artículo 230 de la propia Ley, siendo aquellos que se imputa al Administrador, pese a recaer en persona ajena, porque afectan a persona bajo cuya influencia se encuentra aquel. Este último caso, con la ventaja que la normativa societaria no efectúa limitación o enumeración de personas que puedan estar afectadas, de esta forma sorteamos el problema planteado anteriormente. Esta labor será más sencilla si el consejero dominical, esto es el consejero designado por el socio mayoritario, tiene doble representación, es decir, que el consejero de la sociedad sea también Administrador o alto directivo del socio persona jurídica que lo designó, puesto que en estos casos existen deberes fiduciarios hacia las dos entidades. Pero en los casos en que no existe esta doble representación, no existe duda de poder actuar por esta vía, dado el deber de independencia que pesa sobre los Administradores, en virtud del reiterado artículo 228.d).

En conexión con lo dicho, la jurisprudencia de los tribunales españoles, entienden que la existencia de conflicto del socio se contagia al consejero propuesto por aquel. En sentencias próximas, el juzgador ha apreciado entre estos *“una relación de representación, o por lo menos, de*

*representatividad*⁴⁶ o, en términos semejantes, “*una representación indirecta que implica el ejercicio del cargo por cuenta y en interés de otro, el accionista que les nombra*”⁴⁷. También merece mención, a título de ejemplo, la Sentencia nº 246/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 30 de octubre, caso que, si existía doble vinculación y retribución de los Administradores por uno de los socios, el Juzgado consideró la existencia de conflicto indirecto. Para ello argumentó que las personas que pueden generar interés extrasocietario en los Administradores societarios, son susceptibles de ocasionar conflicto de intereses, no únicamente en aquellas personas citadas en el artículo 231 de la LSC. Se argumentaba así que el art. 229 LSC, en su redacción anterior a la reforma por la Ley 31/2014, no supedita el deber de abstención a que el conflicto lo hubiera generado precisamente una persona vinculada, sino que se afirma que “*a los efectos del deber de abstenerse de intervenir, lo relevante es la vinculación objetiva entre intereses y no entre personas [...]*”. Así afirma que conviene distinguir entre conflicto en *interés ajeno* y en *interés propio*, pues el consejero nombrado por el fondo existe el conflicto “*de no arriesgar el favor o la remuneración recibida del dominus. «En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés [...] obliga al administrador a abstenerse de: [...] Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía» [art. 229.1 e) LSC]. En una sociedad conjunta, la colisión entre el interés de socio y el del administrador auspiciado, pertenece a la categoría de los "mandatos de influencia" (por oposición a mandato representativo) en los que, a cambio de una contraprestación, que puede consistir en una remuneración o en mantener el nombramiento, el administrador votará en el sentido indicado por el socio proponente que podría ser calificado, justamente, como administrador oculto*”. Cuestión que se da, sin lugar a dudas, en la situación que analizamos, tanto en el consejero nombrado por Wulture, para no perder el nombramiento y, en su caso, la prima, como para el resto de los consejeros, en interés de la consecución de la remuneración comprometida por el Fondo para el éxito de la operación.

Sin que otros pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal en sentido contrario, enturbien la conclusión que se extrae de las sentencias mencionadas⁴⁸, dada cuenta las particularidades de aquellas y del caso que analizamos. Debemos de entender, conforme a una interpretación acorde al propósito de la norma debe de reconocer la amplitud de la literalidad del artículo 228 apartados c), d) y e) de la LSC que, cuando un Administrador se encuentra dentro de conflicto de interés, por cuenta propia o ajena, no está limitando el conflicto de intereses a las situaciones en las que la contraposición de intereses surgen entre la sociedad y una persona vinculada, en sentido del artículo 231 de la LSC, sino que se extiende también a los conflictos que pudiera surgir entre la sociedad administrada y el socio proponente del Administrador, incluso en aquellos casos que este no controle la sociedad en los términos del art. 42 del CCmer.

En consecuencia, de lo aquí expuesto, se produce un quebranto del deber de lealtad cuando: (i) el Administrador no comunica tempestivamente el conflicto de intereses de conformidad con el artículo 229.3, (ii) la dispensa no se ha realizado por el cauce legal y con las formalidades previstas en la LSC, (iii) no adopta las medidas necesarias para evitar el conflicto o (iv) no se abstiene de

⁴⁶ SAP de Vizcaya nº 974/2012, de 28 de diciembre (ES:APBI:2012:812), confirmada por la STS 608/2014, de 12 noviembre 2014. Caso Iberdrola/ACS.

⁴⁷ SAP de Barcelona nº 522/2005, de 14 diciembre de 2005.

⁴⁸ En la STS nº 11/2009, de 4 marzo, se afirma que no es equiparable, a efectos del deber de lealtad, la posición del accionista interesado y la del consejero dominical cuando de lo que se trata es de aprobar una operación vinculada con aquel. O la SAP de Madrid, sección 28ª, nº 110/2017, de 3 de marzo, o la SJM nº 1 de Oviedo, de 9 de enero de 2015, y en idéntico sentido la SJM de Málaga, de 17 de marzo de 2006. Conclusión que comparte Cándido Paz-Ares y Rafael Núñez-Lagos en el capítulo: *La actuación del órgano de administración en la compra y venta de la sociedad: los conflictos de interés*, de la obra Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (2ª edición).

participar en la deliberación y votación del acuerdo en el que esté presente el conflicto de intereses. Por ello, es meridianamente claro que existe una posible vulneración del deber de lealtad por parte de los Administradores de CerTronic, en específico con el consejero nombrado por el Fondo, dado que no están actuando en interés de la sociedad, sino que están contraponiendo los intereses propios o de persona con él relacionada, es decir, quien lo nombró, y en general, no están actuando con independencia en sus haceres como Administradores, impulsado por la relación con el socio que lo nombró, como se puede apreciar por los demás hecho que rodean la operación, y para el resto de los Administradores, estimulados por la prima por éxito en las operaciones de lo prometido por el socio mayoritario, cuestión que le es aplicable al consejero nombrado por Wulture, en el caso que este no sea empleado de este. En consecuencia, nos lleva a manifestar sin atisbo de duda, que existe interés en la operación que colisiona directamente con el deber de independencia y obligación de evitar situaciones de conflicto de intereses.

Debemos comentar que el deber de lealtad corresponde a quien tenga la condición de Administrador de la sociedad, incluidos los Administradores de hecho⁴⁹ y los Administradores ocultos, en virtud del artículo 236.3 de la normativa que regula las sociedades de capital⁵⁰. En este sentido, podemos definir a los Administradores ocultos, como aquellas personas físicas o jurídicas, conforme a cuyas instrucciones, recayendo estas sobre actividades propias de la gestión y administración de la sociedad, actúan los Administradores de derecho de la sociedad, sin que puedan ser percibidos externamente como tales. En vista a esta definición, podemos expresar que el caso prototípico y ejemplo de estos, es cuando un socio mayoritario toma las decisiones que luego ejecutan los Administradores de una sociedad, que puede ser el caso que nos acontece. Pero lo que sucede es un problema de prueba, de cómo acreditar al juzgador que el Fondo, como socio mayoritario, está actuando como Administrador oculto, emitiendo órdenes que los Administradores de derecho ejecutan sin atender al interés social o sus deberes como gestores de la sociedad mercantil, lo que debemos de poner en conexión con lo expuesto en los párrafos que anteceden, pues existen hechos e indicios que determina que el socio mayoritario está predisponiendo al Consejo para que cumpla sus órdenes.

Por otro lado, en caso de que se culmine la operación de adquisición de la marca de Cer-Ceramica y de articularse de forma que sean socios de CerTronic los partícipes de la sociedad italiana, debe de tenerse en cuenta que existe un grupo de empresa según el tenor literal del artículo 42 del CCmer. Es decir, existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras en los términos expresados en su primer punto. Obsérvese, respecto de lo dicho, que el Fondo ostenta, sumando los derechos de voto propios y los votos de su sociedad filial, al ser también socia de CerTronic, una mayoría de votos, sin saber en este momento si esta acumulación alcanzará la mayoría de los votos, esto es, que tenga directa o indirectamente más del cincuenta por ciento del capital de CerTronic, para que tenga efecto el artículo 42 del CCmer. Pero de alcanzarse, es claro, que estamos ante un grupo de empresa, siendo

⁴⁹ En palabras del TS se entiende como administrador de hecho: *“quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”* (STS, 1.ª, 8-IV-2016).

⁵⁰ En el art. 236.3 LSC, expresa que: *“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*.

la empresa dominante, Wulture, y la dominada, CerTronic. Este hecho tiene un efecto sobre el deber de lealtad de la sociedad CerTronic, pues hay que compaginar los intereses del grupo con los intereses sociales de la empresa dominada⁵¹, que son los intereses que deben de proteger los Administradores de esta sociedad y una modulación del deber de abstención del Administrador para evitar la *mayorización de la minoría*. Todo ello, cara a las posteriores operaciones a efectuar, en especial con el cambio de domicilio social transfronterizo, estando todavía la sociedad regida por el Derecho español hasta la ejecución del mismo. Así como la posterior operación de fusión con la filial de Wulture en los Países Bajos, puesto que, con esta operación, incrementaría el poder del Fondo sobre la sociedad, al aumentar su participación en el capital social, al fusionarse con una filial del mismo, acrecentando, de forma directa, la posesión de derechos de voto en la Junta General.

Debemos de expresar que la autonomía y la independencia de la sociedad CerTronic (y de sus administradores) puede y debe de estar dentro de los intereses sociales protegibles⁵², dado que con las operaciones propuestas y proyectadas por el Órgano de Administración, en interés propio del Fondo, puede que estén menoscabando esta independencia al convertir la sociedad en una filial de aquel. Podemos observar que la oposición a la operación que pretende realizar la sociedad es posible su articulación mediante una impugnación del acuerdo del Consejo de Administración, pudiendo ejercer esta acción mis mandantes en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción, dado que cumplen con los requisitos de tener la condición de accionista al momento de la toma del acuerdo y representar más del uno por ciento del capital social de CerTronic (art. 251.1 LSC). Así mismo, se podría proceder a la impugnación del acuerdo de la Junta General en el que se autorice la dispensa del deber de lealtad si esta no es conforme a lo expresado en párrafos anteriores.

Todo ello, sin perjuicio de otras acciones de carácter de naturaleza indemnizatoria, es decir, acciones dirigidas a obtener la reparación de un daño, como la acción de responsabilidad de los Administradores (arts. 236 y siguientes de la LSC), sin olvidar que en esta acción la minoría estará persiguiendo realizar el interés social y se actúa en beneficio de la sociedad, por lo que con esta acción social de responsabilidad lo que se pretende satisfacer frente a los Administradores es la reparación del daño o perjuicio que hubiera sufrido la sociedad en su patrimonio, por lo que los socios que acudan al ejercicio de tal acción, nada estarán pidiendo para sí. Por lo que se requiere que exista un perjuicio patrimonial para la sociedad causado por actos u omisiones de los Administradores contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa (la culpabilidad se presumirá cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales, salvo prueba en contrario, por lo que existe una inversión de la carga de la prueba) como premisa para el ejercicio

⁵¹ Podemos evidenciar que la jurisprudencia ha evolucionado desde la doctrina de la protección hacia la doctrina de la compensación, en la que se reconoce expresamente el interés de grupo, sin embargo, debe aportar ventajas compensatorias a las filiales en las decisiones perjudiciales para la filial o los intereses de los socios de aquella. Pero, ante todo, los administradores no se eximen de responsabilidad por seguir instrucciones de la sociedad dominante. En este sentido la STS 5151/2015, de 11 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5151).

⁵² En este sentido, la STS 400/2007 de 12 de Abril de 2007, en defensa de la doctrina de la protección expone la completa subordinación del interés de grupo al interés social individual, siendo de carácter instrumental el interés del grupo y requiere las decisiones para ser legítimas que: (i) preservar la integridad organizativa de la filial, (ii) evaluar la operación con arreglo al juicio hipotético del administrador de una sociedad independiente y (iii) la existencia de una compensación o neutralización de los efectos perjudiciales, así con plena aplicación del deber de independencia de los administradores [art. 228.d) LSC].

de esta acción. Elemento que no se aprecia en el traslado internacional de domicilio social, al resultar una operación inocua para el patrimonio de la sociedad, sino para los socios minoritarios el posible perjuicio patrimonial, posibilitando el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, pero aquí existe una dificultad en acreditar tal perjuicio en el patrimonio de los socios. Sin embargo, sí existe una vulneración del deber de lealtad y de las obligaciones aparejadas al mismo en los términos reflejados, por ende, se podría impugnar dicho acuerdo del Consejo de Administración por ser contrarios a la normativa societaria, en consecuencia, la estrategia sería impugnar el acuerdo en virtud del artículo 251 de la LSC, en vinculación con el 204 de la misma normativa, esto es, *“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”*, sin omitir el nuevo párrafo segundo del primer punto como categoría especial de acuerdo contrarios al interés social, que será ampliamente tratados en relación con la última cuestión planteada por mis mandantes. Por lo que habrá de articular la impugnación, no solo por el incumplimiento de la normativa societaria reguladora del deber de lealtad de los Administradores, sino también por ser contrario al interés social en beneficio de uno de los socios, el Fondo, entendiendo el interés social de una forma amplia, en protección de la autonomía e independencia de CerTronic. Igualmente debemos de traer a colación en relación con lo anterior el artículo 227.2, que *“(l)a 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”*, en caso que los Administradores de CerTronic percibiesen la prima por éxito y la acción de impugnación del acuerdo del Consejo justificada en infracción del deber legal de lealtad prosperara, estos deberá de integrar lo percibido a la sociedad.

Otra opción sería el cese y exclusión de los Administradores conflictuados en virtud de los artículos 223 y 224 de la LSC, pero hay que tener en cuenta los porcentajes de los socios en el capital, pudiendo ser esta solución perjudicial a mis mandantes, al tener el Fondo y lo socios vinculados a él una amplia mayoría para nombrar unos socios “afines” a sus intereses. Igualmente, mis mandantes tienen un porcentaje suficiente para poder nombrar un consejero por el Sistema de representación proporcional (art. 242 LSC), incluso poder utilizar este sistema para cubrir la vacante en el Consejo de Administración y tener un contrapeso en este órgano societario. Hay que apuntar que un cumplimiento riguroso del deber de abstención llevaría a una mayorización de la minoría o dejar en manos las decisiones de los minoritarios, con lo que podría también resultar lesivo al interés social y, por ende, impugnabile.

Así, observamos que la mayoría de los consejeros está en vulneración de lo preceptuado en el artículo 228 apartados c), d) y e), esta última letra en vinculación con el artículo 229.1.d), siempre que no exista dispensa del deber de lealtad y este sea conforme a la normativa y lo expresado en los párrafos de este epígrafe. De igual forma, respecto del consejero nombrado por el Fondo hemos establecido una posible contaminación y vulneración de la libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

En conclusión, podemos afirmar que los Administradores tienen un deber general de información sobre la existencia del conflicto, autorización de la operación por el órgano competente y abstención del Administrador conflictuado, así como de desempeñar sus funciones con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros, y adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses. De no respetarse estos deberes existe un quebranto del deber de lealtad, pero en la situación analizada se manifiesta la existencia de un conflicto de intereses entre los Administradores

y el interés social, dado que no están atendiendo a este último, sino al interés extrasocietario creado, con una contaminación del órgano en la toma de decisiones. La ley exige la independencia de los consejeros partícipes en las decisiones del Consejo de Administración, incluyendo los casos de existencia un potencial riesgo por la relación del Órgano de Administración con el interés extrasocietario, cuestión que la encontramos en el beneficio futuro, si se atiende el interés del socio mayoritario. Este requisito de independencia y desinterés, solo *obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*, no permite los consejeros estar en ambos lados de una operación o facilitando los intereses del socio mayoritario, ni obtener de la operación cualquier ventaja económica personal y privada que no repercuta en beneficio de la sociedad. Pues el Órgano de Administración debe de encaminarse al interés social, cuestión que nos muestra que el deber de lealtad de los Administradores está estrechamente relacionado con el interés social y su consecución. En este sentido, la infracción del deber de lealtad provoca la inobservancia del interés social que permite acciones represoras contempladas en la normativa societaria, teniendo plena legitimidad los socios minoritarios para ejercer la misma. Es decir, permite la exigencia de responsabilidad del administrador (236 y ss) y el ejercicio de las demás acciones previstas en el texto legal en su artículo 232 de la LSC. Siendo aquí lo más preciso, por lo argumentado, que es motivo de impugnación y declaración de nulidad de los acuerdos societarios (art. 204.1 LSC, como analizaremos en la última cuestión) y de impugnación de acuerdos del Consejo de Administración (art. 251 en conexión con el art. 204.1).

En cierre de este punto, citando al Tribunal Supremo, que en su sentencia 1049/2006, de 24 de octubre, se expresa la siguiente afirmación: *“los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura”*⁵³. Afirmación que, a mi juicio, recoge un principio de comportamiento ético que es aplicable con carácter general y supone la base del buen gobierno corporativo vinculado al deber de lealtad.

4.3. La posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación en la Junta General que delibere y decida sobre el traslado de domicilio social a los Países Bajos

Ante la presente cuestión planteada, debemos de ponerlo en conexión con lo ya expuesto en el primer punto de este dictamen jurídico, en especial con la naturaleza de dichos pactos extrasocietarios. Dado que es la forma de articular la posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación en Junta de socios que delibere y vote las distintas operaciones societarias y mercantiles, fin deseado por mis mandantes, en concreto con el traslado transfronterizo del domicilio social, a través de un pacto de socios o pacto de sindicación de voto, tratándose de pactos entre los socios que disciplina el voto, pudiendo articular este por una pluralidad de instrumentos para tal fin dentro del pacto de socios.

Ahora bien, como tuvimos ocasión de analizar, el pacto de socios se rige por el derecho de obligaciones (art. 1255 CCiv), sin que este pueda ser oponible a la sociedad (artículo 29 de la LSC). Es decir, ante el incumplimiento de alguno de los socios firmantes del pacto no puede ser alegado en procedimiento judicial como causa de impugnación del acuerdo alcanzado en contravención de

⁵³ STS, Sala 1ª, número 1049/2006, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6403). Razonamiento que tomó nuestro Alto Tribunal al declarar nulo el acuerdo adoptado por un Consejo de Administración de una S.A. de seguros por el que se concedía al Consejero Delegado de la sociedad y a sus herederos una comisión de cartera del 2% por el total de las cuotas que la sociedad cobraba anualmente.

lo pactado, solo desplegando efectos obligacionales intrapartes, según la clara jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁵⁴, donde se refleja que *“la mera infracción de un convenio parasocial no bastaría, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social, pues el éxito de la impugnación dependerá de que los acuerdos fuesen contrarios a la ley o a los estatutos o lesionasen, en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad”*⁵⁵. Esto es, que no bastaría para la consecución de la nulidad de un acuerdo social el simple incumplimiento de un pacto parasocial, sino que es requisito que se cumplan alguna de las causas de posible impugnación del artículo 204 de la normativa societaria, esto es 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”*, sin eludir lo establecido en el segundo párrafo del primer punto del artículo referido, que será analizado con más detenimiento en la siguiente cuestión planteada por mis mandantes.

Al mismo tiempo, sería tarea imposible conseguir que la integridad de los socios o, por lo menos, que se adhieran algún otro socio al pacto parasocial que disciplinase el voto en el sentido de abstenerse en la votación para el traslado de domicilio social de CerTronic. Dada cuenta, de lo ya puesto de manifiesto, que el socio mayoritario, refiriéndonos al Fondo, tiene unos intereses propios y extrasocietarios para culminar estas operaciones, sumando que los demás socios, que a su vez ostentan condición de miembros del Consejo de Administración, tienen un interés en que se complete la operación, puesto que existe una promesa de una prima por éxito al Órgano de Administración en los términos expresados anteriormente. Lo que resulta en que este pacto parasocial o pacto para disciplinar el voto, resulta contrario a sus intereses, dado que no saldría adelante la operación, perdiendo los miembros del Consejo de Administración su prima y quebrándose el objetivo del Fondo que subyace detrás de estas operaciones. En todo caso, pudiendo adherirse el socio persona jurídica Badenes S.R.L. al pacto que obligue a abstenerse en la votación del acuerdo de traslado internacional de domicilio social, dado que son distintos los Administradores nombrados por esta que los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada socia de CerTronic.

Por lo dicho, debemos de analizar el pacto de socios con origen en el acuerdo de refinanciación, teniendo en cuenta lo manifestado respecto de la fuerza vinculante que tiene respecto a mis mandantes y demás socios, por contener obligaciones que disciplinan el voto de los socios obligados por aquel. En concreto, el pacto de socios incluye la obligación, ante cualquier supuesto de impago de las cantidades debidas en los vencimientos pactados, el Fondo podría imponer una reestructuración que, desde nuestro punto de vista, se refiere a una reestructuración financiera y no societaria, con la imposición de que los socios voten afirmativamente en la Junta General que delibere el mismo. Como se aprecia, solo en el caso descrito existe en el pacto la determinación del voto a los socios, mientras no estemos en este caso, el voto de los socios en Junta es libre, por lo que se puede articular el pacto extrasocietario para disciplinar el voto de los socios que suscriban el referido pacto.

Sin perjuicio de lo expresado, en el caso que se efectúe el referido pacto que discipline el voto en sede de Junta de accionistas en el sentido deseado por Doña Amparo y Doña Lidón, para el supuesto de incumplimiento del mismo se podrá acudir a las medidas previstas en el Derecho

⁵⁴ SSTS de 24 de septiembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:8684), 10 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:967), 10 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6664), 5 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1488), 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:940) y 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:941).

⁵⁵ STS 25 de febrero de 2016 y, en idénticos términos, la STS de 3 de noviembre de 2014.

Común, tales como el ejercicio de acción de indemnización por daños y perjuicios, acción de cumplimiento en forma específica, entre otras que serán abordadas a continuación, sin que entremos en el mecanismo resolutorio dada cuenta de las pretensiones de mis mandantes de crear mediante esta figura una minoría para oponerse a la operación como ellas pretende.

En primer lugar, se podrá ejercitar acción de reparación en virtud del artículo 1.101 del CCiv, por el que “*(q)uedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Pero en este caso colisionamos con el problema que el demandante debe de justificar el daño, su cuantificación y el nexo causal entre el incumplimiento y el daño, así se requerirá que el voto del socio incumplidor haya sido imprescindible para la adopción o rechazo del acuerdo. En su consecuencia nuestros Juzgados y Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de que el incumplimiento contractual no genera automáticamente la obligación de reparar los daños y perjuicios, por ello es aconsejable, como medida para asegurar el cumplimiento del pacto, la inserción de cláusulas penales, y del mismo modo se supera el inconveniente con la cuantificación de los daños y perjuicios, operando automáticamente ante el incumplimiento de lo pactado, sin que tenga cabida la aplicación del artículo 1.154 del CCiv, que da la posibilidad de moderar la cláusula penal ante cumplimiento parcial, dado que, en la obligación de emitir una voluntad de voto, se cumple o no con lo pactado, sin que exista término medio.

En segundo lugar, siendo de más relevancia al caso que la anterior, mis mandantes podrán ejercer acción de cumplimiento, en virtud del artículo 1.124 del CCiv, por el que permita al perjudicado optar por la resolución de la obligación o exigir el cumplimiento de esta, que no siempre será posible el cumplimiento *in natura* de la obligación, sino en equivalente por presentarse imposible. Ello muestra la *fragilidad* del contenido obligacional de los pactos parasociales, también denominados “pactos entre caballeros”, denominación que enfatiza lo dicho⁵⁶. En este contexto, teniendo en cuenta el contenido de la obligación asumida por los socios en el acuerdo extraestatutario, su ejecución específica puede revestir diversas modalidades. Al tratarse de una obligación de emitir una declaración de voluntad, la ejecución forzosa se logra sustituyendo el Juez la voluntad del socio rebelde (art. 708 LEC) o si se trata de un hacer o no hacer y el socio quebrantase el mandato se le requerirá para que deshaga lo mal hecho con la imposición de multas coercitivas, indemnización de los daños causados y cese en dicha actividad (arts. 709 y 710 LEC, en conexión con los arts. 1.098, 1099 y 1101 CCiv).

El cumplimiento específico no presenta especial inconvenientes en el caso de pactos de relación o de atribución, puesto que, por su naturaleza, no tiene una afectación en la vida de la sociedad. Pero el presente pacto lo debemos de clasificar como un pacto de organización, al disciplinar el voto entre los socios partícipes y esto tener un impacto en la vida de la sociedad. Lo que requiere espera de 20 días (art. 548 LEC), a fin de que el condenado pueda cumplir voluntariamente con la sentencia firme, haciéndolo saber así al resto de los socios. En tal caso, éstos deberán convocar una Junta con la finalidad de que aquel emita su voto en el sentido que resulta del acuerdo previamente incumplido y, en caso de no proceder al cumplimiento voluntario,

⁵⁶ Podemos manifestar este hecho en la SAP de Madrid (sección 11ª), nº 621/2010, de 20 de Septiembre (ECLI:ES:APM:2010:13973), que expresa que: “*En este trance la Sala estima que no procede imponer la obligación in natura para suplir la declaración de voluntad de los miembros de la Junta General discrepantes, sino que estándose ante una reclamación netamente civil derivada del incumplimiento de un pacto parasocial, resulta procedente imponer la obligación de pago al socio respecto del que tal pacto se ha incumplido, por lo que debe estimarse el recurso y por ello la demanda en la petición subsidiaria realizada*”.

los socios que se habían atendido al contenido del pacto podrán instar el proceso de ejecución forzosa, solicitando del Juez que emita una declaración de voluntad en sustitución de la del accionista rebelde, que tendrá eficacia en una nueva Junta General convocada tal efecto por los ejecutantes.

Fijado lo anterior debemos de puntualizar que este hecho no vulnera la libertad de decisión del socio incumplidor porque, precisamente, fue en ejercicio de dicha libertad que decidió vincularse por el pacto parasocial. Tampoco se atenta contra el proceso de formación de la voluntad social, pues la ley, al permitir expresamente la posibilidad de delegar el voto con instrucciones (art. 186 LSC), está reconociendo que el socio pueda emitir su voto sin necesidad de intervenir en el proceso de deliberación. Por último, no se limita las posibilidades de defensa de la sociedad, puesto que la sociedad podría sumarse al proceso como interviniente voluntario. Pero adolece de un inconveniente este procedimiento judicial, es la duración del mismo, lo que resulta un obstáculo a la eficacia de lo pretendido y una vez que se ha producido el incumplimiento en la Junta General, para cuando la sentencia sea firme, la Junta llevará ya meses, o incluso, años celebrada, con lo que ello supone. En consecuencia, una opción para tener en cuenta es la implementación de medidas cautelares para garantizar el cumplimiento del pacto (arts. 726.2 y 727.7 LEC). Sin embargo, esta clase de medidas presenta numerosos obstáculos, especialmente, cuando se busca que el juez imponga el sentido del voto a emitir. En consecuencia, deben de existir indicios anteriores o el peligro cierto de incumplimiento que se manifieste inmediatamente antes de la celebración de la Junta General, en conexión con la línea jurisprudencial de las Audiencias, de forma general, expresa que ha de valorarse de forma restrictiva el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, presupuestos de toda medida cautelar, incluso se llega a afirmar que el *periculum* no se juzga en términos de probabilidad, sino de certeza. Este rigor, lleva a que en la mayoría de los casos la medida acabe por no acordarse⁵⁷. Sin soslayar el carácter irreversible de la medida cautelar, que colisiona con el propio fundamento de las medidas cautelares y su carácter temporal, provisional, condicionado y ser susceptibles de modificación y alzamiento.

En tercer y último lugar, dicho lo anterior, se aprecia que la posibilidad de obtener la ejecución forzosa de un pacto parasocial es, en la mayoría de los casos, más teórica que práctica, pero también podemos acudir a la acción de remoción, específicamente contemplada al final del artículo 1.098, segundo párrafo, del CCiv, que manifiesta que “(a)demás podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”. Esta acción tiene su aplicación cuando el socio demandante tenga el interés de revocar el acuerdo que se adoptó mediante el voto emitido por el socio incumplidor. Pues bien, en nuestra opinión, este resultado puede alcanzarse mediante la acción de remoción, que se dirige a eliminar el estado de cosas causado por el incumplimiento mediante la condena al demandado a emitir su voto o a que éste sea reemplazado por la sentencia en la Junta General que habría de convocarse, una vez obtenida la sentencia para someter a la consideración de los accionistas la revocación del acuerdo adoptado, para ello, mis mandantes deberán de tener la posibilidad de solicitar la convocatoria de la Junta por sus propios medios (disponiendo del 5% del capital en virtud del art. 168 LSC). Sin embargo, la viabilidad de la acción de remoción puede verse neutralizada por la imposibilidad, que prosperará cuando existan derechos de terceros que puedan verse afectados, o

⁵⁷ SAP de Barcelona de 18 de enero de 2011, SAP de Badajoz de 7 mayo de 2010, SAP de Madrid de 27 abril de 2011, o SAP de Castellón de 29 abril de 2003, por citar algunas. Alguna de estas resoluciones llega a afirmar, incluso, que el derecho subjetivo sólo es cautelable cuando existe una verdadera agresión o amenaza al mismo, no justificada ni justificable por el ordenamiento; y que el *periculum* no se juzga en términos de probabilidad, sino de certeza, ya que sin la constatación real del daño que ha de evitar, la medida carece de fundamento.

por razones de simple oportunidad, incluyendo el paso del tiempo que puede privar en muchos casos de interés a la remoción.

En consecuencia, de lo dicho, es más idóneo utilizar mecanismos de garantía que den seguridad del cumplimiento del pacto, destacando las cláusulas penales, ya comentadas, u otras opciones disuasorias del incumplimiento. En este sentido, hay que destacar las opciones de compra para el socio incumplidor, de tal manera que, se determinan un precio inferior al que tendría las acciones en el mercado para compeler al socio el cumplimiento del pacto. También se puede articular el pacto de socio que discipline el sentido del voto, en este caso, la abstención, con mecanismos como el apoderamiento a socio o tercero para la emisión del voto, pignoración de las acciones en favor de persona designada por los firmantes (siempre que los estatutos sociales atribuyan al sindicado el derecho de voto de los titulares pignorados) o la constitución de una comunidad de acciones cuya representación se encomienda al síndico, por poner algún ejemplo.

Por otra parte, si se consiguiera tal acuerdo entre socios, expresado lo expuesto al principio de este punto, la mera infracción del pacto parasocial no sería causa para impugnar el acuerdo, pero, por otro lado, si recordamos lo expuesto sobre el artículo 190 de la LSC, referente a los conflictos de intereses de los socios en el seno de la Junta General de la sociedad, entrándonos en sus puntos primero y tercero mismo. En el primero apartado del citado artículo, como ya hemos expuesto enumera una serie de acuerdos donde el socio conflictuado está excluido del derecho de voto, permaneciendo incólumes los restantes derechos en su condición de accionista, mientras que el tercero expresa la posibilidad de ser impugnables los acuerdos tomado cuando el voto del socio en conflicto de intereses, en supuestos distintos de los enumerados en el primer inciso del artículo, haya sido decisivo para la adopción del acuerdo.

Ahora bien, mostrando nuestra atención en los supuestos enumerados en el primer punto del artículo citado, no observamos encaje en el acuerdo al que se quieren oponer Doña Amparo y Doña Lidón, salvo por lo ya comentado para el socio-administrador en caso de dispensa de su deber de lealtad en virtud del artículo 230 LSC. Sin embargo, si nos detendremos en el punto tercero del mismo que contiene, no una actuación preventiva como el caso del primer punto del citado artículo, al no poder ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones en cuanto se trate de adoptar un acuerdo enumerado en el mismo, sino una actuación represiva. En consecuencia, en los casos distintos de los enumerados en el primer punto, los socios incurso en conflicto no estarán privados de su derecho de voto, pudiendo impugnar el acuerdo societario en el que el voto del socio conflictuado haya sido decisivo para la adopción del mismo. En tales casos, como ya expusimos, se produce una inversión de la carga de la prueba, siendo la sociedad y, en su caso, el socio afectado por el conflicto de interés el que soporta la carga de la prueba de mostrar la conformidad del acuerdo al interés social, mientras al socio impugnante le corresponde la acreditación del conflicto de intereses.

Pero antes de proseguir, debemos de definir, ante la falta de definición legal y la gran casuística existente en la jurisprudencia, con análisis de la doctrina, el conflicto de intereses es aquel que se caracteriza por una colisión de intereses entre la sociedad y el socio. Esto es, cuando el socio tiene un interés particular que colisiona y es incompatible con el interés social, interpretado como el interés común de todos los socios, de tal forma que al satisfacer uno se produce el sacrificio del otro interés. Por ello, podemos distinguir tres elementos del conflicto de intereses: el interés particular del socio, el interés social y la incompatibilidad entre ambos. Así mismo, según la literalidad del artículo debemos de considerar conflictos de intereses directo entre la sociedad y el

socio, excluyéndose los supuestos en el que el conflicto sea indirecto, esto es, no aparezca inmediatamente ligado al socio a quienes se atribuye, y quienes debieran sujetarse a la regla recogida en el precepto, sino a terceros vinculados con el socio. En tal sentido, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, nº 207/2018, de 3 de abril, señala que “(l)os acuerdos impugnados no están dentro de la relación cerrada del párrafo primero, sino en el conjunto de acuerdos del párrafo tercero. En el supuesto de autos no se trataría de un conflicto de intereses directo, sino indirecto, ya que el acuerdo por el que se requería el ejercicio de una acción de nulidad de una compraventa no afectaba directamente a los socios, ya que no fueron ellos los vendedores, sino una sociedad en la que disponían de mayoría cualificada. El conflicto indirecto no está expresamente regulado en la Ley”.

Pudiendo observar que el interés de Wulture es claro, proceder al traslado internacional del domicilio social con cambio de la *lex societatis* en aplicación de un ordenamiento favorable a él y que se pueda acometer la fusión con la sociedad holandesa, filial del socio mayoritario. Por otro lado, podemos apreciar que como interés social superior que continúe siendo una sociedad autónoma y con unos intereses propios diferenciados de que pueda tener un socio individualmente. En consecuencia, se deduce la clara contraposición de ambos intereses, sin que estemos en los casos de excepción que expresa el artículo 190.3, por lo parte actora que impugne el preceptivo acuerdo de la Junta General deberá solo de acreditar la existencia del conflicto, cuestión compleja, por lo que debemos de exteriorizar de una forma clara la implicación directa y personal del socio en el momento de emitir su voto en el objeto del acuerdo de la Junta. Así, facilitará la concreción de que el acuerdo incurre en causa de impugnabilidad si este resulta contrario al interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros (en terminología del art. 204 LSC). Por lo contrario, la validez del acuerdo corresponderá a la propia sociedad, con o sin participación coadyuvante del socio conflictuado, en defensa del que el mismo responde al interés social. Además, el socio o socios impugnantes deberán de acreditar que el voto del socio incurso en conflicto ha sido decisivo para la adopción del mismo, lo que lleva a realizar un examen hipotético de detraer su voto del quorum y si con ello no se habría alcanzado la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo. En este sentido, dado el porcentaje de participación en el capital social del Fondo, lo sitúa en ser indispensable y decisivo para la toma de cualquier acuerdo social, sobre todo si tenemos en cuenta el aumento de la mayoría necesaria por el acuerdo entre socios para la aprobación de aumento de capital o reestructuración societaria, partiendo de la situación de estar presentes la totalidad de los socios.

En conclusión, en atención al artículo 190.3 de la LSC, sí es posible impugnar el acuerdo social en el caso de los votos del socio mayoritario son decisivos para la aprobación de la citada operación. Por lo comentado al referente de la posibilidad de exigir, como hemos expuesto a través de un pacto de socios o medida similar para disciplinar el voto de los socios, por sí solo no es causa de impugnación del acuerdo social, sino que deberemos de esgrimir alguna de las enumeradas en el artículo 204 de la LSC. Pero de constituir el pacto de socio para la creación de minoría que se abstenga para evitar la aprobación del acuerdo de traslado internacional del domicilio social, este debe de insertarse mecanismos que garanticen el cumplimiento de lo acordado, dada la fragilidad de las obligaciones de los pactos de socios para así tener una seguridad de lograr la oposición a la operación por parte de mis mandantes.

4.4. La posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

Son los artículos 204 y siguientes de la LSC los que regula la impugnación de acuerdos tomados por la Junta General de accionistas, modificado por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Según

el tenor literal del artículo 204.1, ya expuesto anteriormente, “*(s)on 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*”, acción que se ejerce vía jurisdiccional (art. 207 LSC) con la interposición de demanda dirigida contra la sociedad y tiene un plazo de caducidad para su ejercicio de un año, contado desde la fecha de adopción del acuerdo, o en caso de que el acuerdo hubiera sido inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción (art. 205 LSC). Por lo que respecta a la legitimidad, mis mandantes, como accionistas de CerTronic, han adquirido su condición de tales antes de la adopción del acuerdo que se desea impugnar y cumplen con el requisito de poseer una participación en el capital social mayor del uno por ciento (art. 206 LSC). Fijado los requisitos para poder ejercer acción, debemos de centrarnos en el último inciso del artículo 204 LSC, por el que son impugnables los acuerdos que lesionen el *interés social*.

Cuestión previa que debemos abordar, dada la reserva de nuestro legislador a la hora de referirse al interés social, a pesar de su reiteración en la normativa societaria, en ningún caso procede a definirlo o delimitarlo de manera concreta. Pues bien, en nuestro ordenamiento y doctrina jurídica hay una doble forma de entender este concepto. Las posiciones se dividen en aquellas que entienden por interés social el interés común de los socios, llamada tesis contractualista, o aquellos que entiende este concepto como el interés de la empresa social, trascendiendo del puro interés de los socios y exige atender los intereses de los sujetos que se relacionan con la persona jurídica, o también denominada tesis institucionalista. Al margen de discusiones doctrinales, en la práctica judicial y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya se ha comentado, se inclina por la primera de las concepciones descritas, esto es, por la tesis contractualista del interés social⁵⁸. También es cierto que existen atisbos con cierta intensidad de una tendencia aperturista hacia un concepto evolucionado de la teoría contractualista del interés social hacia elementos que el interés de la sociedad está formado por diversos intereses, más allá de los propios de los socios o accionistas⁵⁹. Pero a este respecto, debemos de detenernos en la reforma de la Ley societaria realizada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que incorporó al texto legal un segundo párrafo. Este manifiesta que, “*(l) a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aún no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que un 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*”. En definitiva, establece los acuerdos abusivos como una subcategoría de acuerdos contrarios al interés social y los acuerdos que lo son por resultar constitutivos de un abuso de la mayoría.

Como la doctrina ha señalado en diversas publicaciones, el precepto emplea o incurre en una reiteración poco comprensible de conceptos indeterminados que, en consecuencia, crean dudas o incertidumbre. Por lo que debemos de centrarnos, en la cuestión de que se considera como una

⁵⁸ En este sentido véase las SSTS 19 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13053), 18 de septiembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:5194), 4 de marzo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1725), 29 de noviembre 2002 (ECLI:ES:TS:2002:8003) y 7 de marzo 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1353), y tras la reforma de la Ley de Transparencia de 2003, salvo excepciones, ha mantenido un criterio favorable a esta tesis, resultando significativa la STS 873/2011, de 7 de diciembre de nuestro Alto Tribunal.

⁵⁹ Probablemente, porque es el camino hacia donde se orientan otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. A modo de ejemplo, en el sistema jurídico-societario británico, que viene a reconocer expresamente como obligaciones del órgano de administración, además de la consecución del éxito empresarial en beneficio de los socios, también la consideración a otros intereses diversos, como los que puedan tener los trabajadores, proveedores, consumidores y otros terceros, o incluso el impacto medioambiental. Sin poder rehuir la tendencia que tiene su reflejo también en el Código de Buen Gobierno español.

imposición *de manera abusiva por parte de la mayoría*, y que con el tenor literal del segundo párrafo del artículo 204, da cabida a las distintas concepciones del interés social expresado en el párrafo antecedente, por lo tanto, existen dudas en cuanto a lo que deba entenderse por acuerdo impuesto de manera abusiva. Pues se trata así de combatir, lo que, en palabras de nuestro Alto Tribunal, ha denominado como “*el imperio despótico de la mayoría*” con el fin de proteger “*los intereses sociales, entendidos como aquellos que respetan razonablemente los de la minoría*”⁶⁰. Según la literalidad de la norma, el acuerdo impugnado debe de adoptarse en beneficio de los socios mayoritarios y en detrimento injustificado de los minoritarios, sin que se requiera un daño al patrimonio social o, incluso, el acuerdo abusivo resulte beneficioso para la sociedad, imponiéndose o, lo que es lo mismo, la mayoría obliga a la minoría a pasar por algo, en consecuencia, del poder que le es concedido de manera objetiva por el criterio mayoritario que rige el funcionamiento de la Junta.

Como requisito previo y fundamental, se exige que el acuerdo no responda a una *necesidad razonable* de la sociedad. En sentido contrario, en caso de que los acuerdos sean respuesta razonable a una necesidad de la sociedad no prosperaría la impugnación de los mismos, de manera que todos los demás serían, en principio, impugnables. Para la determinación de si estamos o no en presencia de un acuerdo constitutivo de abuso de la mayoría, es necesario un análisis de la justificación de una necesidad razonable para la sociedad. Como se muestra, nos situamos, de nuevo, ante un término jurídico indeterminado, por lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes para cada caso, por lo que existe incertidumbre y discusión sobre el alcance de este concepto.

Además de señalar que, en la práctica, la *necesidad razonable* será un elemento de difícil acreditación y determinación, pese a la existencia de este obstáculo, cuando se habla de *necesidad razonable* de la sociedad, para excluir el abuso, se requiere algo más que no se produzca un perjuicio al patrimonio social. Esto nos sitúa en la existencia de una razón objetiva, unida al interés social, que justifique la adopción del acuerdo y el sacrificio de la minoría, sin llegar al extremo de que sean totalmente necesario o imprescindible el acuerdo para la sociedad, que este se sitúe por encima del sacrificio de la minoría. En otras palabras, debe de existir una proporcionalidad entre la razón objetiva que fundamente la *necesidad razonable* y el sacrificio de la minoría. En caso contrario o si no es posible dar justificación, el acuerdo será tachado de ser tomado en beneficio de la mayoría y en perjuicio a la minoría. Ahora bien, la doctrina se ha decantado, respecto de la necesidad razonable, que la adopción del acuerdo debe de tener una consideración de imprescindible para no causar perjuicio a la sociedad o que permita la satisfacción y defensa del interés social a través del desarrollo del objeto social⁶¹, en ambos casos con carácter de exigencia o de requerido, dado el tenor literal de la disposición y el término *necesario*, no pudiendo reconducir o establecer equivalencia a la alternativa menos gravosa para la minoría entre las posibles. En consecuencia, el impacto del acuerdo en la esfera de la minoría será un elemento para considerar, pero no el único. Deberá de situarse en un punto intermedio que valore la razonabilidad del acuerdo y sus consecuencias para los socios minoritarios.

Según la definición de acuerdo abusivo y en aplicación de los principios procesales de disponibilidad y facilidad probatoria, se produce una inversión de la carga de la prueba, es decir, es la sociedad demandada quien debe de aportar la evidencia de que el acuerdo impugnado responde

⁶⁰ STS de 26 de abril de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3394) y SAP, Sección 15ª, de Barcelona de fecha 31 de marzo de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:3535), respectivamente.

⁶¹ Pulgar Ezquerro, J (2015). "Impugnación de los acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada". Revista de Derecho de Sociedades nº 44/2015, Editorial Aranzadi Thomson Reuters.

a la *necesidad razonable* para la misma. Con ello, se ha ampliado las situaciones en la que existe un abuso de la mayoría a aquellos casos que la sociedad no sea capaz de justificar una *necesidad razonable* para su adopción⁶². Pero no podemos olvidar que lo indicado ha de vincularse con el principio de protección de la discrecionalidad empresarial o *business judgement rule*, de tal forma que el análisis del juzgador dentro del proceso judicial de impugnación del acuerdo abusivo habrá de realizarse con las cautelas necesarias, sin invadir el ámbito competencial del órgano rector de la sociedad.

Si llegara a entenderse que el acuerdo no obedece a una *necesidad* de la sociedad, no se puede concluir sin más que el acuerdo es abusivo, sino que se debe de proceder a continuar con un análisis de las circunstancias para acreditar los demás requisitos que deben de concurrir para poder ser impugnado el acuerdo, según la dicción del propio artículo objeto de análisis. Sin perjuicio de lo ya adelantado, debemos considerar que cumulativamente que la adopción por la mayoría en interés propio y adopción en detrimento injustificado de los demás socios. Por ello, debemos de entender que el carácter injustificado del detrimento debe de ser valorado de forma separada respecto de la razonabilidad de la necesidad de adoptar el acuerdo por la sociedad. De esta manera y compartiendo lo manifestado por Ascensión Gallego, en nuestra opinión, la necesidad razonable se analiza en términos de *exigencia*, y para el detrimento injustificado se hace en el contexto más amplio de la *justificación*, como ya se ha expresado, al ser conceptos jurídicos indeterminados, estos deberán de ser concretados en cada caso⁶³. Este análisis que se efectúe para ambos elementos, tendrá vinculación del primero con el segundo, incluso puede llegar a ser coincidentes, lo que justifique que se expongan ambos requisitos conjuntamente. No podemos omitir, que nos movemos en la discrecionalidad que se le atribuye a la Junta General en la interpretación del interés social, como también hemos expuesto anteriormente.

Para poder impugnar un acuerdo por abusivo, debemos de traer lo expuesto al caso específico que nos atañe, es decir, la oposición de las socias minoritarias a la operación que pretende realizar la entidad mercantil CerTronic, pues no existe carencia ni necesidad para la sociedad que colme la operación que se desea impugnar. Siguiendo lo manifestado, que la *necesidad razonable* para la sociedad deberá ser en vinculación, al menos conforme a la literalidad del segundo párrafo del artículo 204 LSC, con la apreciación del carácter *injustificado* del detrimento. Esto requiere una tarea de abstracción, debiéndose de contextualizarse en elementos como la situación económica-financiera de la sociedad, la situación del sector del mercado donde opera, los proyectos empresariales y de inversión que integre el plan empresarial en desarrollo del objeto social, necesidades futuras de la sociedad, etcétera, todo ello, con el fin de satisfacer el interés común de los socios y la viabilidad de la sociedad. Debemos de señalar, que esta valoración que han llevado a cabo los órganos jurisdiccionales con carácter previo a la reforma de la LSC que aborda la impugnación de acuerdos abusivos o de acuerdos contrarios al interés social⁶⁴, sin embargo, no solo se trata de que exista esta necesidad, sino que el acuerdo social *responda* a la necesidad señalada. En deducción, el acuerdo no implica que sea estrictamente necesario, pero cuya satisfacción es obligada o precisa para el desarrollo del objeto social identificado en una necesidad o carencia de la sociedad en consecución del plan empresarial y de inversión proyectada para el cumplimiento

⁶² En este sentido, la SAP de Illes Balears n° 195/2015, de 31 de julio (ECLI:ES:APIB:2015:1625), precisamente en no justificar la necesidad razonable para la sociedad de un traslado de domicilio social.

⁶³ Gallego Corcoles, A (2018). "La impugnación de acuerdos de la Junta General por abuso de la mayoría", Revista de Derecho Mercantil n° 308/2018, Editorial Civitas.

⁶⁴ En este sentido SJM n° 1 de Málaga, de 23 de junio de 2006 (ECLI:ES:JMMA:2006:93) o las SAP de Illes Balears n° 195/2015, de 31 de julio, y de Barcelona n° 154/2014, de 7 de mayo (ECLI:ES:APB:2014:5381).

del fin común.

Así mismo, no podemos exceptuar que también se califica de *razonable* la *necesidad* para la sociedad. Debemos de interpretar en el sentido de adecuada y proporcionada la respuesta a la carencia detectada, esto es que, con un análisis global del acuerdo en su conjunto, se pueda afirmar que son mayores los beneficios para la sociedad que los perjuicios para los socios minoritarios, que el mismo genere o potencialmente pueda generar. Aunque el Tribunal Supremo, con anterioridad a la reforma, no calificaba de razonable la necesidad, sino destacaba que se consideraba acuerdo abusivo de la mayoría si “*no persiguen razonablemente*” el interés social⁶⁵. Pues bien, podemos afirmar, en análisis del proyecto empresarial, dentro de la coyuntura económica-financiera de la sociedad y la situación del sector del mercado donde opera, que no existe una necesidad razonable para la sociedad que colme una carencia para la misma en el traslado transnacional a Países Bajos del domicilio social. Podemos afirmar, en el contexto que en aquel país no existe actividad alguna de la sociedad y se carece de infraestructura o red comercial en aquel Estado. En consecuencia, al no observar carencia o necesidad que se colme con este acuerdo, tampoco existe proporcionalidad entre la medida y la afectación a la minoría, y como argumentaremos en análisis de los restantes requisitos para la impugnación de acuerdos abusivos, se trate de una maniobra para deslocalizar la sociedad y con ellos los órganos societarios para colmar intereses extrasocietarios y particulares del socio mayoritario, por lo que tampoco es una medida proporcionada dentro del juicio de necesidad.

Otro elemento clave para la determinación de la abusividad del acuerdo es la apreciación de un interés propio de la mayoría. Elemento que debe de apreciarse entre la lesión injustificada al interés de los demás socios y la obtención de un beneficio propio donde aparezca una relación causal, aunque la norma no lo exija, en la medida en que, derivado de una infracción del deber de fidelidad del socio mayoritario para la sociedad y demás socios, que prohíbe la obtención de una ventaja o beneficio a costa de la lesión de los intereses de los demás socios. Este *detrimento injustificado de los demás socios*, puede ser real o potencial, dentro de un juicio de conveniencia, por lo que habrá que realizar un segundo juicio atendiendo al carácter injustificado de la afectación negativa a los intereses ajenos, esto es, si existe intención por parte de la mayoría de dañar o, al menos, indiferencia respecto a ese posible daño a la minoría.

El juzgador, al realizar estas valoraciones de estos elementos habrá que fundamentarse en datos objetivamente comprobables y con arreglo a consideraciones empresariales, lo que lleva a una valoración de interés social global y en conexión con los demás requisitos para la impugnación. Por ello, tiene gran trascendencia para la valoración judicial y económica los extremos puestos de manifiesto en la impugnación a través de oportunos informes periciales y demás documentación que se aporte. Así mismo, en virtud del artículo 197 de la LSC, el socio podrá ejercer por escrito y con anterioridad a la celebración de la Junta, o de forma verbal durante la celebración de esta, el derecho de información sobre asuntos objeto del orden del día para obtener más datos objetivos o indicios que ayuden a la valoración. Por lo expuesto, debemos de inferir que, ante la solicitud previa de información, el Órgano de Administración puede facilitar información superficial o exigua para evitar la nulidad, de modo que, se proteja el acuerdo con base a la causa de inimpugnabilidad por negar radicalmente cualquier tipo de información [art. 204.3.b) LSC]. Ahora bien, este precepto solo es de aplicación para la información solicitada previamente a la celebración de la Junta General, puesto que la vulneración de este derecho de los socios durante la celebración de la Junta de

⁶⁵ STS nº 991/2012, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2012:1686).

accionistas, solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la Junta General, según el art. 197.2 y 5 de la LSC.

Otra forma de conseguir explicaciones o justificaciones del traslado de domicilio social, siempre que se represente, al menos el 5% del capital y en base al artículo 172.1 de la LSC, se podrá solicitar un complemento a la convocatoria de la Junta General, pudiendo incluir explicaciones en relación con la operación. De esta forma, dicho complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación, como mínimo, a la fecha establecida para la reunión de la Junta General, constituyendo la falta de publicación de dicho complemento de la convocatoria causa de nulidad de la Junta (art. 172.2 in fine LSC). Todo ello con la finalidad, que en el análisis y examen judicial de los elementos analizados del acuerdo tomado por la sociedad en Junta de accionistas, conduzca al convencimiento razonado de entender la inexistencia de necesidad o conveniencia para la sociedad y, del mismo modo, considere el acuerdo impugnado no adecuado y desproporcionado.

De este modo, centrándonos en nuestro caso de estudio, no existe una necesidad real para la sociedad del traslado transfronterizo del domicilio social, por ello es conveniente para la impugnación que se acompañe de documentación e informes periciales que verifique este elemento para vincularlo con los demás requisitos de la impugnación, dada cuenta que toda transformación transfronteriza, como es el cambio de domicilio social a otro Estado, conlleva para los socios, excluyendo al socio mayoritario que busca que prospere la toma del acuerdo societario, una afectación de sus derechos como socios por el cambio de la Ley que rige la sociedad. En este sentido, la operación de traslado internacional del domicilio social conlleva, en nuestra opinión, en sí mismo efectos para los socios, decisión no aceptada por los minoritarios, siendo este otro de los requisitos para la impugnación. Es decir, la existencia de un acuerdo adoptado por mayoría, que lo adopta en interés propio de esta, cuestión que será abordada en párrafos siguientes, y una minoría que discrepa, en este sentido, el Juzgado de lo Mercantil de Granada⁶⁶ añade el elemento de la existencia de una minoría que discrepa del acuerdo tomado por la mayoría en propio interés.

Esta transformación transfronteriza implica, como ya se ha referido, un cambio en la *lex societatis*, en otras palabras, se produce un cambio de la normativa que rige la sociedad, en este caso, ya no será el ordenamiento jurídico español el aplicable a la sociedad y la posterior fusión con la filial del Fondo, sino el ordenamiento del país de destino del cambio de domicilio societario, el de Países Bajos. Esto conlleva una modificación no deseada del estatuto jurídico del socio minoritario, con aplicación, en su caso, de leyes protectoras que minoran los derechos de estos (como puede ser las reglas de voto, derechos de información o régimen de responsabilidad de Administradores o de los propios socios, si se produce un cambio de tipo social en el cambio de domicilio transnacional). Extremos que deben de ser puestos de manifiesto y acreditados, para consolidar en la valoración judicial que el acuerdo es desproporcionado, dado que acarrea mayores efectos negativos a la minoría que los posibles beneficios a la sociedad. Aún, no cambiando el estatuto jurídico del socio minoritario, se puede crear dificultades y obstáculos para el ejercicio de los derechos corporativos para estos socios. Junto a la concepción tradicional del domicilio social como el lugar donde desarrollan su actividad los órganos societarios, así como donde se ejercen los propios derechos de los socios, puede perseguir los socios mayoritarios, de modo estratégico, al crear el efecto “alejamiento” de estos y junto al cambio de jurisdicción, idioma e instituciones de la

⁶⁶ SJM n° 1 de Granada, de 15 de febrero de 2015 (ECLI:ES:JMGR:2015:20).

publicidad del empresario distintas y desconocidas, se desincentive a la minoría el ejercicio de sus derechos como socios. De forma que se allane el camino a los intereses extrasocietarios y propios del socio mayoritario.

Esto nos lleva al último de los elementos a analizar y que deben de concurrir para la impugnación del acuerdo societario por abusivo sea impuesto en interés propio de la mayoría. Se puede apreciar cómo, a diferencia del primer párrafo del artículo 204 de la LSC, no utiliza *en beneficio propio o ajeno*, sino, solo utiliza la expresión de *interés propio*. Más allá de estos matices, la doctrina jurisprudencial ha destacado que se exige una desviación de poder de la mayoría, además del propio beneficio o ajeno⁶⁷, lo que nos lleva a manifestar que la ley permite la lesión del interés social, siempre y cuando no se produzca un beneficio del perjuicio, por estar dentro de la discrecionalidad de las decisiones empresariales y económicas sujetas a riesgos inherentes. Todo ello en virtud de dotar de cierta coherencia formal la impugnación del acuerdo por lesivo al interés social, también deba serlo para los acuerdos que dañen a la minoría, sin que la falta de este extremo o de otros elementos del artículo 204.1.II impida que los acuerdos puedan ser impugnados, pero habrá de ser reconducidos por abuso de derechos del artículo 7.2 del CCiv⁶⁸.

Pues no podemos prescindir del deber de fidelidad de todo socio o accionista con la sociedad y sus consocios o coaccionistas. En concepción amplia de este deber, según la literalidad del artículo 204 de la LSC, podemos afirmar que la actuación desleal es la obtención de un beneficio a costa de otros. Trayendo este razonamiento a lo que exponemos, observamos que el principio de fidelidad del socio hacia la sociedad prohíbe la obtención de ventajas a costa del interés social y que esta fidelidad del socio con sus consocios prohíbe el beneficio a costa de la lesión injustificada a los otros socios. Es cierto que no existe un deber de fidelidad del socio que obligue, como en el caso de los Administradores, a anteponer el interés social a los suyos propios, sin embargo, por el principio de buena fe entre los socios de una persona jurídica debe de existir un deber de fidelidad de los socios hacia la sociedad y hacia los demás consocios. De una manera muy expresiva, la Audiencia Provincial de Barcelona manifiesta que: “[...] *La mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social*”. Añadiendo que: “*Los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de*

⁶⁷ En este sentido, siendo pronunciamientos judiciales previos a la reforma de la LSC, la STS nº 991/2012, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2012:1686), o la SAP de Madrid nº 172/2012, de 31 de mayo (ECLI:ES:APM:2012:8279).

⁶⁸ Nuestro Alto Tribunal ha ido concretando los elementos esenciales para que pueda apreciarse la existencia de abuso de derecho, a saber: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar – *animus nocendi* – o sin verdadero interés en ejercerlo – ausencia de interés legítimo –) o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económicos-sociales del mismo) [SSTS de 21 de diciembre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:9503), de 16 de mayo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:3989), de 2 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4912), de 28 de enero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:400), de 19 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7634), de 10 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5783), 21 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9190) o de 3 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1619)].

*los demás socios [...]*⁶⁹.

Ahora bien, este elemento tiene una difícil acreditación, que puede frenar la declaración de abusividad del acuerdo impugnado, a no ser que existan otros elementos vinculados que faciliten esta tarea, manifestado de una manera clara el interés propio del socio mayoritario. Por lo dicho, en vinculación con otras operaciones previstas y posteriores al cambio internacional de domicilio, se observa con claridad que el Fondo, como socio mayoritario, quiere incrementar su poder dentro de la sociedad, esto se puede ver con la posible articulación de la operación de adquisición de la marca de propiedad de Cir-Ceramica, con entrada de un socio persona jurídica íntegramente participado por Wulture y, especialmente, en la fusión consecuente que quieren realizar con una filial del socio mayoritario una vez se produzca el cambio de domicilio transnacional. Sin que sea necesario la concurrencia de elemento intencional, nuestro Alto Tribunal manifiesta que es indiferente el elemento intencional en relación a las lesiones u obtención de beneficios, solo es necesario el elemento causal entre ambos⁷⁰, cuando decidieron al respecto del contenido del primer párrafo del artículo 204 de la LSC, por coherencia, también ha de ser aplicable lo comentado en relación a las causas de impugnación del segundo párrafo del referido artículo por el paralelismo de ambas causas. Sin perjuicio de que el precepto legal, utilice términos diferentes para las impugnaciones del primer párrafo y las del segundo, consideramos que ambos términos identifican el significado que ha dado la jurisprudencia al primero de ellos. Nuestro Tribunal Supremo ha interpretado el beneficio propio en relación con los acuerdos lesivos al interés social, no solo como el puro interés económico, en tanto que también puede consistir en una ventaja política o profesional⁷¹.

Recopilando anteriores pinceladas que hemos adelantado, el acuerdo de traslado de domicilio transfronterizo adolece de necesidad o conveniencia para la sociedad, es claramente justificado solo ser la voluntad de la mayoría de los socios, en cumplimiento de intereses extrasocietarios de conseguir más poder dentro de la sociedad. Todo ello con un perjuicio a los socios minoritarios que produce el cambio de ley aplicable, que obstaculiza el ejercicio de sus derechos como socios, añadiendo lo injustificado y falta de conveniencia de la operación para la sociedad. Podemos sumar a lo dicho, otros elementos que muestra lo abusivo del acuerdo, como que no es necesario el cambio de domicilio social previo para la fusión prevista, sino que se puede articular mediante una fusión intracomunitaria, como es una de las posibilidades que baraja el Órgano de Administración para la adquisición de la empresa italiana. Ello exterioriza la existencia de otros intereses e incentivos para el cambio de domicilio en un Estado donde la sociedad no tiene actividad alguna, careciendo de infraestructura y de una red comercial para desarrollar el objeto social, sino que busca obstaculizar los derechos de los socios minoritarios con el objetivo de facilitar los intereses del socio mayoritario. En esta línea, no podemos soslayar la existencia de cláusulas de voto por lealtad en la sociedad filial con la que se pretende la fusión una vez realizado el traslado a Países Bajos, cuyo ordenamiento es más flexible que el nuestro para el establecimiento de acciones con voto de lealtad⁷², y que no presentaba conexión alguna con la sociedad española. Lo que reporta

⁶⁹ SAP de Barcelona nº 357/2017, de 12 de septiembre (ECLI:ES:APB:2017:6243)

⁷⁰ En este sentido destacar, entre otras, las SSTS nº 928/1997, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:6383), nº 825/1998, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TS:1998:5194) y nº 991/2012, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2012:1686).

⁷¹ En este sentido la STS nº 991/2012, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2012:1686).

⁷² Nuestra normativa societaria veda la acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (arts. 96.2 y 188.2 de la LSC), sin perjuicio de la modificación que se pretende llevar a cabo en la ley de sociedades de capital, introduciendo exclusivamente para las sociedades cotizadas la posibilidad de “Voto adicional por lealtad”.

es un aumento del poder del socio mayoritario en la sociedad CerTronic, sistema que le dará prácticamente el control absoluto a Wulture de la sociedad.

Sin que la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y la amplia interpretación⁷³ que ha tenido el TJUE a este respecto pueda abarcar en la operación de transformación transfronteriza el abuso o afectación indebida de los derechos de los socios minoritarios. A este respecto traer a colación el Auto Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 28 julio 2020⁷⁴, que realiza un detenido y detallado análisis de la jurisprudencia del TJUE y de los elementos a este respecto que incorporan la Directiva (UE) 2017/1132 por modificaciones operadas por la Directiva 2019/2121, de 27 de noviembre, aún pendiente de transposición en nuestro ordenamiento jurídico, que inserta un control a priori de la existencia de montajes artificiales o cláusula antifraude⁷⁵, pero no debe olvidarse el principio general de Derecho Comunitario (y también en el español) de la prohibición del abuso de derecho, utilizando el TJUE el concepto de *montaje puramente artificial*, es decir, la imposibilidad de prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta para eludir la aplicación del Derecho nacional o, en su caso, de otra norma comunitaria. En este sentido expresa el Tribunal Europeo en la sentencia recaída en el caso Polbud (C-106/16, de 25 de octubre de 2017), que “*los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen, en principio, a medidas de un Estado miembro encaminadas a que los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores de una sociedad, que ha sido constituida con arreglo a su Derecho y sigue ejerciendo sus actividades en el territorio nacional, no se vean afectadas indebidamente por el traslado del domicilio social de la sociedad y su transformación en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro*”.

Fijado lo anterior, en conclusión, debemos de traer aquí lo manifestado en los párrafos que anteceden, en un análisis global de lo dicho, existen unos límites en el derecho español, prohibición de los acuerdos abusivos según el artículo 204.1.II de la LSC, y en el derecho europeo, no pueden incurrir el acuerdo de traslado de domicilio en abuso lesivo de los derechos de los accionistas minoritarios o un abuso de derecho enmarcado en un *montaje puramente artificial*. Por lo que el acuerdo que apruebe el traslado a Países Bajos resulta abusivo y, por lo tanto, es impugnabile por la vía del artículo 204.1.II LSC y no se encuentra amparado por el principio de libertad de establecimiento (artículo 49 y 54 TFUE). La impugnación del referido acuerdo deberá de acompañarse con la solicitud de medida cautelar de suspender el acuerdo por el perjuicio que puede ocasionar a los socios que ejerzan la acción de prosperar el traslado a Países Bajos.

5. Conclusiones

A modo de cierre, presentamos las siguientes conclusiones de lo desarrollado anteriormente, en contestación a las cuestiones planteadas por mis mandantes:

⁷³ SSTJUE caso Centros (caso C-212/97, 9 marzo 1999), casos Überseering (caso C-208/00, 5 noviembre 2002), Inspire Art (caso C-167/01, 30 septiembre 2003), Sevic (caso C-411/03, 13 diciembre 2005), Cartesio (caso C-201/06, 16 diciembre 2008), National Grid (caso C-371/10, 29 noviembre 2011), Vale (caso C-210/06, 12 julio 2012), KA Finanz (caso C-483/14, 7 abril 2016) y la más recientemente Polbud (caso C 106-16, 25 octubre 2017).

⁷⁴ Auto del JM núm. 2 de Madrid, de 28 de Julio 2020 (ECLI:ES:JMM:2020:22A), en especial su Fundamento de Derecho Quinto, denominado “Inexistencia de vulneración alguna del artículo 49 TFUE: los acuerdos abusivos no están amparados por la Libertad de establecimiento”. Que, sin entrar en el fondo de la cuestión, al resolver sobre medidas cautelares de suspensión de acuerdo social impugnado por abusivo, realiza un trabajo de análisis de esta cuestión que es pertinente traer al presente caso.

⁷⁵ La noción de montaje artificial, o *artificial arrangements*, está presente en la versión de la propuesta de Directiva publicada en fecha de 25 de abril de 2018, que ha evolucionado hacia el concepto de cláusula antifraude en la Directiva 2019/2121, opción que tiene un contenido más amplio que el de montajes artificial, incluyendo posibles fraudes fiscales, operaciones delictivas o transformaciones con fines abusivos o fraudulentos.

- Para Doña Amparo y Doña Lidón, la falta de ratificación del pacto de socios con origen en el acuerdo de refinanciación entre la sociedad y el Fondo, no tiene una incidencia directa para sostener una impugnación de la operación que pretenden llevar a cabo la sociedad CerTronic. Pero si puede ser utilizado como base para emprender una impugnación del acuerdo societario de las operaciones al establecer una mayoría reforzada superior a la legal establecida por la LSC, en caso de no respetarse la misma y sostenerse en alguna de las causas legales de impugnación, como puede ser que sea contraria al interés social en beneficio de uno o varios socios, siempre y cuando mis mandantes entienda que son parte del mismo.
- Por otro lado, debemos de tener en cuenta diversos hitos temporales para ver la posible vinculación de ambas respecto del pacto de socios y de la prestación accesoria que obliga a todo socio el suscribir el pacto.
- Existe un incumplimiento del deber de lealtad de los Administradores al existir un conflicto de intereses en el seno del órgano de administración societario, que reporta un riesgo objetivo de la existencia de una relación de estos con el interés extrasocietario del socio mayoritario. Sin que nuestro ordenamiento permita instrucciones al margen de los mecanismos por el que se configura le expresión de la voluntad social.
- Se muestra una clara contaminación de los administradores con la existencia de la remuneración externa a la sociedad (prima prometida por Wulture por el éxito total de la operación), además de la posible contaminación del consejero nombrado por el Fondo. Lo que resulta en infracción de los deberes de independencia, evitar conflictos de intereses (propios y ajenos) y obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad en el desempeño de sus funciones y decisiones como Administradores de la sociedad.
- La única forma de poder exigir a otros socios que se abstenga, es mediante un pacto parasocial que discipline el voto o instrumento similar, pero la mera infracción del pacto que discipline el voto de los socios suscritores no es suficiente para sostener una impugnación del acuerdo social, sino que debe ser por alguna de las causas legales de impugnación. Sin embargo, si se puede impugnar si el voto de socios incurso en conflicto de intereses es decisivo para la aprobación del acuerdo.
- Pero, de lograr el referido pacto, en este debe de insertarse mecanismos para garantizar el cumplimiento de la obligación, como son las cláusulas penales u otros mecanismos de autotutela, sin perjuicio de otras acciones judiciales para buscar el cumplimiento en específico o se deshaga lo mal hecho.
- El acuerdo de traslado internacional del domicilio social a Países Bajos se muestra como abusivo e impuesto por la mayoría, dado que existe un beneficio en la operación para Wulture y un perjuicio para los socios minoritarios no conformes con la decisión, sin que exista una necesidad razonable para la sociedad en esta operación, más allá de ser una decisión de la mayoría. Además de no estar amparado por el principio de la Unión Europea de libertad de establecimiento.

IV. BIBLIOGRAFÍA

a) Doctrina:

- ARANBURU, ESTÍBALIZ; DE LA FUENTE, IGNACIO (2017): «*Deber de abstención y prohibición de voto en situaciones de conflicto de interés entre el socio proponente y la sociedad administrada*», Boletín de Sociedades nº 5/2017. Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo. Recuperado de: <https://www.gap.com/wp-content/uploads/2018/03/boletin-de-sociedades-n-5.pdf>.
- ARENAS GARCÍA, RAFAEL (2020): «*La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: regulación y facilitación de la movilidad de sociedades dentro de la Unión Europea*», La Ley Unión Europea, nº 77/2020. Aranzadi, Cizur Menor. ISSN 2255-551X.
- ASENJO RODRÍGUEZ, ELENA (2018): «*El deber de lealtad del administrador y su contenidos*», La Ley Mercantil, nº 44 (febrero)/2018, pág. 3. Wolter Kluwer. ISSN 2341-4537.
- BOQUERA MATARREDONA, JOSEFINA (2019): «*La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General*», Revista de derecho de sociedades, nº 57/2019. Aranzadi Thomson Reuters. ISSN 1134-7686.
- EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL; NIETO CAROL, UBALDO (2019): «*Estudios de Derecho de Sociedades*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1313-273-0.
- GALLEGO CÓRCOLES, ASCENSIÓN (2018): «*La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría*», Revista de Derecho Mercantil, nº 308/2018, pág. 5. Aranzadi Thomson Reuters. ISSN 0210-0797.
- GARCÍA SANZ ARTURO (2019): «*Deber de abstención y conflictos de intereses en la junta general de las sociedades de capitab*», Revista de derecho de sociedades, nº 55/2019. Aranzadi Thomson Reuters. ISSN 1134-7686.
- GARCIA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO (2019): «*Derecho de Sociedades Mercantiles (2ª edición)*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1313-286-0.
- GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO (2017): «*De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso Polbud*», La Ley Mercantil, nº 41 (noviembre)/2017, pág. 1. Wolter Kluwer. ISSN 2341-4537.
- GARNACHO CABANILLAS, LOURDES (2018): «*Deber de lealtad del socio en una sociedad de capitab*», Revista de Derecho de Sociedades, nº 52 (enero-abril)/2018. Aranzadi Thomson Reuters. ISSN 1134-7686.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL (COORD.) (2011): «*Modificaciones estructurales y reestructuración empresariab*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-9004-509-1.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL; ANSÓN PEIRONCELY, RAFAEL; BANACLOCHE PÉREZ, JULIO (2013): «*Modificaciones estructurales y reestructuración empresariab*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-9053-019-1.
- GOENECHEA, JUAN MIGUEL; GRACIA, CRISTINA (2009): «*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, nº 24/2009, págs. 15-26. ISSN 1578-956X.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN (2017): «*Reglas de legitimación e impugnabilidad. El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos*», Revista de Derecho de Sociedades, nº 50/2017, págs. 67-111. Aranzadi Thomson Reuters. ISSN 1134-7686.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN (DIR.); COHEN BENCHETRIT, AMANDA (DIR.); OLMEDO

- PERALTA, EUGENIO (COORD.); GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO FRANCISCO (COORD.) (2019): «*Derecho de Sociedades: Cuestiones sobre órganos sociales*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1313-143-6.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN (DIR.); COHEN BENCHETRIT, AMANDA (DIR.); OLMEDO PERALTA, EUGENIO (COORD.); GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO FRANCISCO (COORD.) (2018): «*Derecho de Sociedades: Revisando el derecho de sociedades de capitab*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-9169-760-2.
- GONZÁLEZ-MENESES, MANUEL; ÁLVAREZ, SEGISMUNDO (2013): «*Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (2ª edición)*», Dykinson. ISBN 978-84-1313-286-0.
- JUAN GÓMEZ, MATEO C. (2015): «*Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?*», Diario La Ley, nº 8578 (julio)/2015. Wolter Kluwer. ISSN 1989-6913.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARIA TERESA (2015): «*El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las Juntas Generales en las Sociedades de Capital: las causas de invalidez y los motivos de impugnabilidad*», Revista de derecho bancario y bursátil, nº 137/2015, págs. 63-114. Aranzadi, Cizur Menor. ISSN 0211-6138.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO (DIR.), ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL. (DIR.), APARICIO GONZÁLEZ, MARÍA LUISA (COORD.) (2018): «*Lecciones de derecho mercantil, Volumen 1º (15ª edición)*», Thomson-Civitas. ISBN 978-84-9152-866-1.
- MORALES BARCELÓ, JUDITH (2014): «*Pactos parasociales vs Estatutos sociales: Eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción*», Revista de derecho de sociedades, Nº 42/2014, págs. 169-193. Aranzadi, Cizur Menor. ISSN 1134-7686.
- ORTEGA BURGOS, ENRIQUE (DIR.) (2019): «*Actualidad Mercantil 2019*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1313-142-9.
- ORTEGA BURGOS, ENRIQUE (DIR.); GARCÍA MARRERO, JAVIER (COORD.); ALONSO-MUÑUMER, MARÍA ENCISO (COORD.); GARCÍA VILLARUBIA, MANUEL (COORD.) (2019): «*Tratado de conflicto societarios*», Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1313-025-5.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO (2003): «*El enforcement de los pactos parasociales*», Actualidad jurídica Uría Menéndez, nº 5/2003, págs. 19-44. ISSN 1578-956X.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO (2011): «*La cuestión de la validez de los pactos parasociales*», Actualidad jurídica Uría Menéndez, nº extraordinario 1/2011, págs. 252-256. ISSN 1578-956X.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO (2014): «*La anomalía de la retribución externa de los administradores: Hechos nuevos y reglas viejas*», Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1/2014, págs. 85-140. ISSN 1698-739X.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO (2015): «*Anatomía del deber de lealtad*», Actualidad jurídica Uría Menéndez, nº 39/2015, págs. 43-65. ISSN 1578-956X.
- PÉREZ RAMOS, CARLOS (2012): «*Problemas que plantean los pactos parasociales*», ACTUM Mercantil y Contable, nº 20 (julio-septiembre)/2012. Lefevre-El Derecho. ISSN 1576-4680. Recuperado de: <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>
- PULGAR EZQUERRA, JUANA (2015): «*Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada*», Revista de Derecho de Sociedades, nº 44 (enero-junio)/2015, págs. 69-106. Aranzadi Thomson Reuters. ISSN 1134-7686.
- PULGAR EZQUERRA, JUANA (2018): «*El traslado de domicilio social: protección de socios y acreedores*», Revista de Derecho Mercantil, nº 309 (julio-septiembre)/2018, pág. 2. Aranzadi Thomson

Reuters. ISSN 0210-0797.

- PULGAR EZQUERRA, JUANA (2020): «*Transformación transfronteriza y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores*», Diario La Ley, nº 9572 (febrero)/2020. Wolter Kluwer. ISSN 1989-6913.
- RUBIO DOMINGO, DIEGO (2019): «*La impugnación de los acuerdos del consejo de administración ante situaciones de conflicto de intereses*», Revista de derecho de sociedades, nº 56/2019. Aranzadi Thomson Reuters. ISSN 1134-7686.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL (DIR.); JORDANO LUNA, MARTÍN (COORD.) (2018): «*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (2ª edición)*», Wolters Kluwer. ISBN 978-84-9020-735-2.
- TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER (2020): «*La nueva regulación europea de las operaciones transfronterizas de sociedades. Panorama de la Directiva (UE) 2019/2121*», Revista de derecho bancario y bursátil, nº 39, 157/2020, págs. 123-144. Aranzadi, Cizur Menor. ISSN 0211-6138.

b) Normativa:

- Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de Junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.
- Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de Noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.
- Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Jurisprudencia:

- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 28 de Julio de 2020 (ECLI:ES:JMM:2020:22A).
- Resolución de 11 de Mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 127, de 29 de mayo de 2017, páginas 43715 a 43723).
- Resolución de 26 de Junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 166, de 10 de julio de 2018, páginas 68861 a 68871).
- Sentencia de Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Cuarta) 191/2019, 16 de Mayo (ECLI:ES:APC:2019:1138).
- Sentencia de Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid 246/2013, 30 de Octubre, (ECLI:ES:JMM:2013:437).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 522/2005, de 14 de Diciembre (ECLI:ES:APB:2005:15716).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 195/2015, de 31 de Julio (ECLI:ES:APIB:2015:1625).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de Octubre de 2017, Asunto C-106/16, Polbud – Wykonawstwo (ECLI:EU:C:2017:804).

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 12 de Julio de 2012, Asunto C-378/10, VALE Építési kft (ECLI:EU:C:2012:440).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 16 de Diciembre de 2008, Asunto C-210/06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt (ECLI:EU:C:2008:723).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de Septiembre de 1988, Asunto C-81/87, The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC (ECLI:EU:C:1988:456).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de Noviembre de 2002, Asunto C-208/00, Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (ECLI:EU:C:2002:632).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de Marzo de 1999, Asunto C-212/97, Centros Ltd contra Erhvervs – og Selskabsstyrelsen (ECLI:EU:C:1999:126).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 103/2016, de 25 de Febrero (ECLI:ES:TS:2016:659).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 400/2007, de 12 de Abril (ECLI:ES:TS:2007:2260).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 589/2014, de 3 de Noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4443).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 608/2014, 12 de Noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5346).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 695/2015, de 11 de Diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5151).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 781/2012, 26 de Diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8863).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 991/2012, de 17 de Enero (ECLI:ES:TS:2012:1686).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 796/2012 de 3 de Enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:433).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 222/2016 de 7 de Abril (ECLI:ES:TS:2016:1504).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 68/2017, de 2 Febrero (ECLI:ES:TS:2017:359).