



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

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

Autor: Borja Uzquiano Abarrategui

Tutor: Francisco Valiente Martínez

Madrid, 11 de enero de 2021

## ÍNDICE

<b>ANÁLISIS PREVIO</b> .....	<b>1</b>
1. Aumento de Capital: .....	1
2. Obligación de cumplimiento del pacto de socios como prestación accesorio: ....	2
I. Cláusulas pacto de socios: .....	3
a. Nuevos créditos solicitados con condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture;.....	3
b. Cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adopte con el voto favorable del 67% del capital; .....	3
c. Obligación de imponer una reestructuración, obligando a votar positivamente los demás socios en el seno de la junta .....	5
d. El vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante de Vulture frente a CerTronic, en caso de violación de cualquiera de las obligaciones anteriores.....	6
<b>INFORME PARA LA ADQUISICIÓN DE LA SOCIEDAD ITALIANA Y EL CAMBIO DE DOMICILIO (Cir-Cerámica):</b> .....	<b>7</b>
1. Adquisición de la sociedad italiana: .....	7
I. Los dos socios de Cir-Ceramica aportarían la marca y, a cambio, se les entregarían acciones de CerTronic correspondientes al valor que se diera a la marca. Dos posibilidades: .....	7
a. Adquirir de los socios de CerTronic autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan, amortizar el excedente .....	7
b. Aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.....	10
II. CerTronic compraría sus participaciones a los dos socios de CirCerámica, de manera que CerTronic pasaría a ser la socia única de esta última .....	11
III. VALORACIÓN MEJOR OPCIÓN:.....	15
IV. CALENDARIO DE LAS OPERACIONES: .....	16
2. Traslado del Domicilio Social a Países Bajos: .....	17
<b>INFORME PARA OPOSICIÓN DE D<sup>a</sup> AMPARO Y D<sup>a</sup> LIDÓN A LA OPERACIÓN</b> .....	<b>20</b>
1. Consecuencias de que D <sup>a</sup> Amparo y D <sup>a</sup> Lidón nunca llegaran a firmar el pacto de socios .....	20
2. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.....	23
3. La posibilidad de exigir la abstención de los demás socios en la votación de la junta para el traslado social a los Países Bajos. ....	26
4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.....	27

**GLOSARIO DE ABREVIATURAS:**

**CC:** CÓDIGO CIVIL

**DGRN:** DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

**LME:** LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

**LSA:** LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

**LSC:** LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

**MFE:** MEDIAFOREUROPE NV

**S.A.:** SOCIEDAD ANÓNIMA

**S.L.:** SOCIEDAD LIMITADA

**S.R.L.:** SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

**UE:** UNIÓN EUROPEA

## ANÁLISIS PREVIO

Antes de entrar a realizar los informes, es importante realizar unas aclaraciones generales sobre los hechos ocurridos hasta el pacto parasocial.

**En los estatutos de la sociedad se prevé que cualquier acuerdo de disolución por la mera voluntad de los socios deberá contar con una mayoría reforzada del 85% del capital.**

El Art. 201.3 LSC establece que las mayorías reflejadas en la Ley para las S.A. podrán ser más elevadas reflejándolo así en sus estatutos sociales. De este modo podría solicitarse una mayoría reforzada.

A continuación, procedemos a analizar las cláusulas recogidas en el pacto parasocial y en el Acuerdo de refinanciación:

### **1. Aumento de Capital:**

(i) El procedimiento llevado a cabo por Vulture consistió en adquirir parte del crédito de CerTronic para posteriormente entrar en el accionariado empleando esta deuda.

La LSC contiene dos posibilidades donde podría constar el aumento que pretende Vulture. Estas son el Aumento por compensación de créditos y el Aumento mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias.

En el caso del aumento mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, viene recogida en los arts. 299 y 300 LSC. Este tipo de aportación se lleva a cabo cuando quien aporta realiza un desembolso ya sea efectivo o de otro modo en el capital social de la Sociedad. En el presente caso, Vulture no realizó tal desembolso en CerTronic, sino con los bancos de los que era deudor para posteriormente utilizar esta deuda a su favor en el acuerdo de refinanciación.

Por tanto, descartado este tipo de aumento, debemos atender a la compensación de créditos, recogida en el art. 301 LSC. Hay que tener en cuenta y diferenciar con claridad que la idea de Vulture consiste en transformar parte del crédito que mantiene frente a CerTronic en acciones, y no un aumento de capital mediante la aportación de un crédito que el suscriptor ostenta frente a un tercero y que aporta como contrapartida en el aumento de capital.

Partiendo de esta idea, deben respetarse una serie de requisitos exigidos por la LSC. En el caso de Sociedades Anónimas, se establece la necesidad de que al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar, deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años. Compensando Venture el 50% de su crédito ya vencido, podemos afirmar que cumple con dicho requisito del 25%. Además, siendo la deuda determinable, reclamable y vencida, cumple también con la segunda de las obligaciones.

Además, cabe añadir el cumplimiento del Artículo 1261 CC, que para que exista realmente el contrato, obliga a que haya consentimiento, objeto y causa. Con respecto al objeto y causa, podemos decir que están claramente identificados y, con respecto al consentimiento, debemos entender que, al llegar a un acuerdo de refinanciación en 2013, existió consentimiento de las partes. Así lo entiende el Registro General del Registro y del Notariado en su Resolución de 30 de noviembre de 2012, en la que, al considerar el aumento de capital por compensación de créditos como un negocio jurídico, exige el cumplimiento del artículo 1261 CC dándole especial importancia al consentimiento expreso o tácito del acreedor.

(ii) Los restantes 4 millones deberán ser renegociados a un plazo máximo de 5 años para su abono.

## **2. Obligación de cumplimiento del pacto de socios como prestación accesorias:**

Debemos referirnos en este punto al Artículo 28 LSC, referente a la Autonomía de la voluntad, que establece que *“en la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”*. También al Artículo 29 LSC, referente a los Pactos reservados, que establece que *“los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. Y, por último, al artículo 86.3 LSC, que establece que *“los estatutos podrán establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas”*.

Para entender este punto, debemos acudir a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de junio de 2018.

En referencia al artículo 29 LSC, puntualiza que, si bien los pactos de socios no tienen acceso al Registro Mercantil por su propia naturaleza de carácter privado, se viene admitiendo que la eficacia de un pacto de socios quede asegurada mediante la inclusión de una cláusula estatutaria.

En relación con las prestaciones accesorias y lo dispuesto en el artículo 86 LSC, la Dirección General dispone que *“será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez.”*

Por tanto, estando la prestación accesorias perfectamente identificada mediante la referencia a la escritura formalizada en el pacto de socios y siempre que no se viole la seguridad entre las partes, entiende la Dirección que la cláusula sería inscribible.

Para poder determinar la validez de la inscripción como prestación accesoria en los estatutos, debemos analizar lo que recoge el pacto de socios.

#### **I. Cláusulas pacto de socios:**

##### **a. la necesidad de que cualquier nuevo crédito que solicitara se estableciera en condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture;**

En este punto, es importante la función de los administradores. Por ello, debemos valorar el artículo 227 LSC, que recoge el deber de lealtad que tienen. En este caso, al tratarse de un consejo de administración, todos ellos, incluido Vulture, deberían obrar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Añadido a esto, ruego el artículo 228.d) LSC, que en el cumplimiento de este deber básico de los administradores actúen con independencia y, por tanto, con un criterio libre y propio. Esto incluye el que ningún administrador pueda verse influenciado por Vulture.

Si se pudiera considerar que ha habido algún tipo de influencia, permite el artículo 204 LSC, que se impugne el acuerdo siempre que sea contrario a la Ley, a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad, así como si lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios. Pero esta lesión del interés social, aun no causando daño al patrimonio social, puede causar daño si se impone de manera abusiva por la mayoría, debiendo entender por abusiva cuando la decisión no responde a una necesidad razonable de la sociedad y se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Estarán legitimados para impugnar los administradores y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.

Por último, si tenemos en cuenta el Código Civil, en sus artículos 7. 1 y 7.2, se deberá exigir la buena fe en el ejercicio de los derechos de los socios y se considerará abuso de tal derecho a cualquier acto que sobrepase los límites de tal derecho dañando a un tercero, que causará la necesaria respuesta judicial.

##### **b. la obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital;**

Establece el Artículo 296.1 LSC que dicho aumento se regirá por los requisitos fijados para la modificación de los estatutos sociales. Siguiendo esta línea, la modificación de los estatutos se rige por el artículo 288 LSC que, a su vez, te dirige a los artículos 194 y 201 LSC.

Llegados a estos artículos, el 194, por su parte, recoge la necesidad de un quórum reforzado para poder constituir la Junta que decidirá acerca del aumento de capital y cualquier transformación de la sociedad, exigiendo la concurrencia en primera

convocatoria de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital.

Una vez convocada válidamente la Junta, el artículo 201.2, establece la necesidad de una mayoría absoluta en primera convocatoria y de dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando sea en segunda convocatoria sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital.

Pero, aun teniendo en cuenta lo dicho, el art. 201.3 LSC establece que los estatutos de la sociedad podrán elevar las mayorías fijadas en la Ley, por lo que debe considerarse válido el 67% que solicita Venture en el acuerdo parasocial para aumentos de capital.

A pesar de todo lo anterior, para que esta modificación de las mayorías pueda ser llevada a cabo hace falta modificar los estatutos para fijar un nuevo porcentaje. Esta modificación debe tener en cuenta lo recogido en el artículo 293 LSC, referente a la tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima. Según este, para que pueda llevarse a cabo una modificación estatutaria en la cual se vean afectados los derechos de una clase de acciones, deberá acordarse por la Junta General con los requisitos establecidos en la Ley y por la mayoría de los accionistas afectados. En el caso de que dicha modificación estatutaria suponga un trato discriminatorio para algún accionista, se considerará como una clase separada a aquellos accionistas discriminados, debiendo existir el acuerdo separado de los afectados, por un lado, y de los no afectados por el otro. Es importante destacar que, a ojos de este artículo, se considera trato discriminatorio a cualquier modificación *“que tenga un impacto económico o político, claramente asimétrico en unas y otras acciones o en sus titulares”*.

Los accionistas afectados deberán llegar a un acuerdo adoptado con los mismos requisitos y mayorías que los fijados para la modificación de los estatutos sociales.

Por tanto, para que sea necesario el voto del 67%, será necesario el cambio de los estatutos, que deberán modificarse en base a lo recogido más arriba referente a los artículos 194 y 201, y teniendo en cuenta la discriminación del 293.

Por otro lado, es importante destacar que nos encontramos ante una Prestaciones accesoria en los estatutos y no en las acciones. La LSC en su artículo 146.4, prohíbe la adquisición de las acciones que lleven aparejada una prestación accesoria. Por lo tanto, estando la prestación sujeta a los estatutos será válida.

Por último, es importante valorar que con esta cláusula sería necesaria siempre la aprobación de vulture para votar a favor. Sin su aprobación, teniendo un 44% del capital, nunca saldría el aumento de capital.

**c. La obligación de que, ante cualquier supuesto de impago de las cantidades debidas en los vencimientos pactados, Vulture podría imponer una reestructuración, a la que se obligaban a votar positivamente los demás socios en el seno de la junta;**

Si recogemos la opinión de la doctrina mayoritaria, que podemos observar entre otros en el artículo publicado por Carlos Pérez Ramos, en *Actum Mercantil & Contable* nº 20 (Julio-septiembre 2012)<sup>1</sup>, se debe aceptar la posibilidad de incluir la obligación de voto a favor de la reestructuración en cumplimiento del pacto parasocial como prestación accesoria. Para ello, es necesario cumplir dos requisitos:

En primer lugar, debemos atender al art. 86 LSC, que establece la necesidad de que las prestaciones accesorias incluidas en los estatutos deben ser concretas y determinar en qué consisten, no pudiendo simplemente exigir el cumplimiento del pacto parasocial. Pero autores como PAZ ARES<sup>2</sup>, entiende que la concreción no está en la reproducción exacta en los estatutos, sino que el socio pueda hacerse cargo de las obligaciones que puedan sobrevenirle y entienda que tales obligaciones pueden venir de un documento aparte.

En segundo lugar, el pacto debe ir en favor de la sociedad, ya que las prestaciones accesorias solo obligan a la sociedad y no a los socios. Además, dicho pacto debe ser conforme a lo recogido en los estatutos y en las normas societarias, para así evitar la vulneración de la LSC. Así lo entienden autores como MADRIDEJOS<sup>3</sup>.

De todo esto concluimos que el mecanismo del pacto parasocial como prestación accesoria no puede servir como medio para conseguir indirectamente lo que no se puede conseguir directamente a través de los estatutos. Así, en esta cláusula queda claramente concretado el motivo buscado, "obligación en supuesto de impago de los vencimientos pactados", el Fondo lo impone solo para el caso que sea necesaria una reestructuración por impago de las cantidades debidas. Por ello, debemos considerarlo concreto y determinado, y en ningún caso debemos considerar que vaya en contra de la sociedad ya que fueron ellos mismos quienes decidieron incluir la aportación realizada por Vulture.

Por último, añadido a lo anterior, entiende el autor PAZ-ARES, que será posible el cumplimiento forzoso en forma específica. En concreto, entiende que la obligación al cumplimiento forzoso no vulnera la libertad de decisión del socio, ya que fue el en cumplimiento de su libertad quien decidió vincularse voluntariamente y conociendo lo estipulado en los pactos. Además, el cumplimiento forzoso se podría lograr aplicado el art. 708 LEC donde se prevé el cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer.

---

<sup>1</sup> CARLOS PÉREZ RAMOS. (Julio-septiembre 2012) "Problemas que plantean los pactos parasociales". En: *Actum Mercantil & Contable* nº 20.

<sup>2</sup> PAZ-ARES, C. (2005) "El enforcement de los pactos parasociales". En: *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, pp.19 y ss.

<sup>3</sup> MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J.M.ª. (2010) "La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. En: *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 52, pp:292-304.

**d. El vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante de Vulture frente a CerTronic por un valor de 10 millones €, en caso de violación de cualquiera de las obligaciones anteriores.**

Para entender esta cláusula debemos partir del punto que un pacto parasocial es un contrato y, como tal, se rige por el derecho privado, es decir, por lo recogido en el Código Civil. Esta regulación se expone en los artículos 1254 y siguientes del CC. Este pacto tiene fuerza de ley entre las partes, tal y como lo estipula el artículo 1091 CC, y su eficacia jurídica va más allá del ámbito propiamente societario del artículo 29 LSC, influyendo en las relaciones entre socios.

Como contratos que son, obligan a las partes a su cumplimiento y al pago de las posibles indemnizaciones o sanciones que se fijen y acuerden entre las partes.

Teniendo en cuenta esto, Venture estaría cumpliendo con la legalidad si exigiera como cláusula una acción de indemnización por daños y perjuicios o una acción de resolución anticipada por incumplimiento de lo pactado. Así lo recogen los artículos 1101 y 1124 CC, que obligan, respectivamente, a indemnizar por los daños y perjuicios causados por incurrir en dolo, negligencia y morosidad y a resolver las obligaciones recíprocas en caso de incumplimiento, pudiendo obligar al resarcimiento daños y abono de intereses.

Es innegable el derecho que todo socio que se haya visto perjudicado debe tener a ser resarcido por el incumplimiento del contrato sin justificación.

Por todo ello, no puede negarse el derecho que tiene Venture a incluir una cláusula para protegerse en caso de que CerTronic incumpla alguno de los preceptos fijados en el pacto de socios, pero habría que estudiar si puede ser tan genérica.

## **INFORME PARA LA ADQUISICIÓN DE LA SOCIEDAD ITALIANA Y EL CAMBIO DE DOMICILIO (Cir-Cerámica):**

Una vez valoradas las cláusulas y los supuestos que supondrían el daño a la Sociedad, debemos valorar las tres opciones planteadas por CerTronic para recomendar la adopción de la más correcta para el interés social.

### **1. Adquisición de la sociedad italiana:**

- I. Los dos socios de Cir-Ceramica aportarían la marca y, a cambio, se les entregarían acciones de CerTronic correspondientes al valor que se diera a la marca. Para ello, se cuenta con dos posibilidades:**

Si elegimos esta opción, ya sea mediante autocartera o mediante aumento de capital, estaríamos claramente realizando una Asset deal, es decir, estaríamos adquiriendo activos de la sociedad, que en este caso sería la marca como activo intangible. Sabiendo esto, debemos valorar que opción es más rentable.

- a. Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de ellas para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de Cir-Ceramica, amortizar el excedente; o**

Si queremos optar por esta opción, debemos realizar tres acciones claramente diferenciadas:

- 1º.** En primer lugar, la adquisición de acciones en autocartera:

Para poder llevar a cabo esta acción, debemos atender al Artículo 146.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Según este, se ofrece la posibilidad de que, en el caso de las Sociedades Anónimas, se adquieran de forma derivativa las acciones propias cumpliendo con una serie de requisitos o condiciones:

- a) Es necesario que se autorice la adquisición mediante acuerdo por la Junta General, teniendo en cuenta la mayoría para su convocatoria del artículo 193 LSC y su adopción en base al artículo 201 LSC, ambos comentados en la introducción. En este acuerdo se deberá establecer:
- I. Las modalidades de la adquisición.
  - II. El número máximo de participaciones o de acciones a adquirir.
  - III. El contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa.
  - IV. La duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años.

- b) Es necesario que la adquisición, sumada a la autocartera ya existente, no supongan que el patrimonio neto sea inferior al capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles. Partiendo de aquí, debemos considerar como patrimonio neto a estos efectos, al importe así calificado en las cuentas anuales, minorando los beneficios imputados directamente a este importe e incrementando el importe de capital social suscrito no exigido y el importe de nominal y primas de emisión de capital social suscrito registrado como pasivo.

Añadido a lo anterior, debemos tener en cuenta, como así señala el apartado 2 de este artículo 146 LSC, que el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumadas al de las que ya posea la sociedad adquirente, no podrá ser superior al veinte por ciento. Además, es importante que los administradores controlen el respeto a las condiciones recogidas para este tipo de adquisiciones.

Estas acciones adquiridas de la autocartera deben estar totalmente desembolsadas, como así ruega el artículo 146.4º, para asegurar la igualdad de trato de todos los socios y que no se pague de forma desigual. La inobservancia de este requisito supone la nulidad del negocio.

En este caso debemos entender que la mayoría del 67% recogida en la cláusula segunda del pacto parasocial no aplicaría a la autocartera por no poder considerar a la misma como una reestructuración. Por tanto, estaremos a las mayorías legalmente establecidas.

Por último, se deberá considerar nula la adquisición de acciones propias por la sociedad parcialmente desembolsadas, salvo cuando sea a título gratuito y aparejadas a prestaciones accesorias, hecho que no consta en los hechos analizados. Así lo recoge la Sentencia 368/2010, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 julio de 2010, al establecer que *“La nulidad del artículo 76 sólo la provoca el cuarto supuesto, que las acciones no estén desembolsadas”* y que *“la recurrida se opone alegando que se insta la acción de nulidad, (...) y sólo se puede admitir por las causas legalmente tasadas, la del apartado 4 del 75 de la LSA (EDL 1989/15265) , esto es, no estar totalmente desembolsadas las acciones, toda vez que establece que; “4. Será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias.”* (regulado actualmente en el artículo 146.4 LSC referente a la adquisición derivativa de acciones propias en S.A.).

**2º.** En segundo lugar, la transmisión de las acciones mediante permuta:

Regulado en los artículos 1538 a 1541 del Código Civil, la permuta es un contrato entre dos partes en el que ambas se comprometen a entregar algo. De este modo CerTronic entregaría las acciones recogidas en la autocartera y Cir-Cerámica la Marca.

Una vez tenemos las acciones en autocartera y poseemos la marca, procederemos a la transmisión a los socios de Cir-Cerámica, mediante enajenación, de aquellas acciones equivalentes al valor de la mencionada marca que se va a entregar como aportación no

dineraria (como permuta). Debe aclararse que, al poseer la sociedad las acciones en autocartera, no será necesaria la autorización de la junta de socios para la permuta, ya que mediante el trámite de autocartera se cedieron los derechos sobre estas. Entendiendo que el valor de la marca no supera el 20% máximo recogido en la autocartera, deberá realizarse una posterior amortización del sobrante.

Al ser las acciones de CerTronic de carácter nominativo, entiende el artículo 120.2 LSC, que los administradores deberán inscribir las acciones transmitidas en el libro-registro de acciones nominativas.

**3º.** En tercer lugar, la amortización del excedente:

Tras haber transmitido las acciones correspondientes al valor de la marca, se deberá realizar una amortización del excedente sobrante que se guardó en la autocartera mediante una reducción de capital.

Para entender mejor este último paso de la operación, acudimos a la Resolución de 11 de mayo de 2017, de la Dirección General del Registro y del Notariado, donde se explica con claridad la amortización que pretendemos llevar a cabo. Recoge la DGRN como válida la posibilidad de adquirir acciones propias y realizar posteriormente la correspondiente reducción de capital mediante amortización. De este modo, la amortización no entraña la devolución de aportaciones ya que son de la propia sociedad a la que se le cedieron. Como se les ha quitado a todos a prorrata, no se pueden quejar ninguno, ya que la capacidad en el capital ha disminuido de forma proporcional. Hay que dejar una reserva constituida cuando haces la autocartera, que posteriormente da derechos a la reducción. Debemos entender que la autocartera es un activo que va contra la cuenta de reservas del Patrimonio Neto. De este modo, si amortizas mediante una reducción de capital, existirá una obligación de amortizar el excedente.

Todo ello, según recoge esta Resolución, no quita que los socios estén legitimados para reclamar por Responsabilidad a los administradores, como así lo permite el artículo 236 LSC.

#### **Informe experto independiente:**

En este caso, atendiendo al artículo 67 LSC y pese a tratarse de la adquisición de una aportación no dineraria, el informe llevado a cabo por un experto independiente no será obligatorio ya que no nos encontramos ante un aumento de capital o una constitución de una Sociedad Anónima. De todos modos, es recomendable llevarlo a cabo para una mayor seguridad de los socios.

Por otra parte, incluye el artículo 70 LSC, la necesidad del informe sustitutivo que deberán llevar a cabo los administradores en caso de aportaciones no dinerarias.

**b. Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.**

El aumento de capital se regula en base a los artículos 295 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. El aumento puede ser llevado a cabo por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor de las ya existentes.

En este concreto caso, debemos fijarnos en el artículo 300 LSC, donde se recoge el aumento con cargo a aportaciones no dinerarias, como es el caso de la aportación de la marca. Para poder llevar a cabo este aumento, es necesario, no solo la convocatoria de la junta, sino también un informe por parte de los administradores donde se debe recoger detalladamente que aportaciones se van a realizar, que valor tienen, quien debe efectuar tales aportaciones, el número y valor de las acciones a emitir, la cuantía en que debe aumentarse el capital social y las garantías adoptadas. Además, la posible revisión de este informe por los socios será anunciado en la convocatoria de la junta.

Hay que tener en cuenta, como establece el artículo 304.2 LSC, que no existirá derecho de preferencia cuando el aumento va destinado a absorber otra sociedad, como ocurre con Cir-Cerámica.

Una vez ejecutada la operación de aumento de capital, los administradores deberán modificar los estatutos de la sociedad, incluyendo las nuevas obligaciones de los miembros que hayan sido incluidos. Tanto el acuerdo de aumento como la ejecución del mismo deberán constar en escritura, que se inscribirá en el Registro Mercantil de manera simultánea al no haberse acordado por CerTronic la suscripción incompleta.

Para poder llevar a cabo esta opción, es necesario tener en cuenta el pacto parasocial firmado con anterioridad. Ese pacto exige un 67% de los votos, modificando los estatutos. Como se ha expresado arriba, para que pueda llevarse a cabo tal modificación será necesaria una mayoría absoluta de la junta en primera convocatoria y de dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando sea en segunda convocatoria. Así lo entiende la Sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2017 (EDJ 2017/57004), añadiendo que, las mayorías recogidas en la Ley se deben entender calculadas sobre el capital presente o representado en la Junta y que no cabe derecho a la interpretación de lo recogido en los artículos 194 y 201.1 LSC.

En caso de que esta modificación no pueda ser llevada a cabo por fracasar la votación aquí recogida o por el artículo 293 LSC en caso de modificaciones discriminatorias, esta opción deberá aprobarse por una mayoría absoluta de los votos en primera convocatoria o de dos tercios en la segunda convocatoria. Si esta votación saliera adelante podría ser aceptado el aumento de capital para incluir en el accionariado a Cir-Cerámica.

**Informe experto independiente en Asset Deal:**

Si elegimos la opción del aumento de capital, exige el artículo 67 LSC, la necesidad de un informe por parte de un experto independiente para aquellos casos en que se realicen

aportaciones no dinerarias, como es el caso que nos atañe, con la aportación de la marca. Además, dicho experto deberá ser designado por el registrador mercantil del domicilio social siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se haya decidido seguir.

Si atendemos al apartado segundo de este mismo artículo, podemos observar los requisitos del informe. Este deberá recoger como mínimo una descripción de la aportación que se va a llevar a cabo que incluya los datos registrales, el valor de la misma (con los criterios empleados) y la comparativa con el valor nominal que conste y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida. Debe quedar claro que, el valor que se le dé a la aportación en la escritura no podrá ser superior al que le dio el experto en su informe.

Debe entender la Junta, como así obliga el artículo 68 LSC, que el experto deberá responder ante ellos en caso de daños causados por la valoración que ha llevado a cabo, salvo que haya aplicado los estándares propios de la actuación encomendada. Dicha exigencia de responsabilidad al experto prescribirá a los cuatro años de la emisión del informe.

Como en el presente caso, ni existe un informe previo en la operación de aumento de capital, ni nos encontramos ante una aportación no dineraria que consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial, ni existe un informe de experto independiente en los 6 meses anteriores que exprese el valor de la aportación, deben entender los accionistas que no cabe la excepción del artículo 69 LSC, que exime de la exigencia del informe en determinadas situaciones. Siendo estas las únicas de las que podría haber duda y, una vez analizadas, cabe decir que no podrán sujetarse a ellas y necesitarán el informe.

Podemos observar la necesidad de dicho informe en la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado, de 11 de julio de 2019. En esta, se califica como negativo un aumento de capital social de una sociedad anónima mediante aportaciones no dinerarias, argumentando tal calificación en la falta de informe de expertos independientes, desestimando la alegación de no ser necesario y rechazando la posibilidad de su sustitución en el caso por el informe de los administradores.

- II. CerTronic compraría sus participaciones a los dos socios de CirCerámica, de manera que CerTronic pasaría a ser la socia única de esta última. Para ello, CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, que ya tiene acordado con una entidad financiera. Inmediatamente después, CerTronic pretende acordar una fusión por absorción de su filial en Italia CirCeramica.**

En el supuesto de que decidiéramos decantarnos por esta opción, estaríamos llevando a cabo un Share Deal, es decir, una compra de capital, de las acciones/participaciones

de la sociedad. De esta forma se transfiere de manera global todos los activos y pasivos de la sociedad en una única operación, junto con sus obligaciones y responsabilidades.

Si comprobamos el domicilio social de Cir-Cerámica, podemos observar que está en Modena. Por ello, debemos fijarnos en la parte referida a fusiones transfronterizas intracomunitarias de la Ley de Modificaciones Estructurales. En concreto, en el Artículo 54.1, se entiende por estas fusiones las que se realizan entre dos Estados miembro del Espacio Económico Europeo, debiendo estar uno de ellos sujeto a la legislación española.

Previamente a comprar las acciones de los socios de Cir-cerámica, se plantea la posibilidad de solicitar un préstamo. Debe tener en cuenta la Sociedad que, habiendo firmado el pacto parasocial, el establecimiento de condiciones mejores a las que se establecieron con Vulture, podría suponer que este llevara a cabo el vencimiento de la deuda por 10 millones de euros que se pactó en la cláusula cuarta del pacto, en referencia al incumplimiento de la cláusula una del mismo.

Dicho esto, no es recomendable que las condiciones sean mejores que las de Vulture, sino que se recomienda que como mínimo, se fijen las mismas que se firmaron con esta sociedad.

Una vez realizado el préstamo, se debería llevar a cabo la transmisión de las participaciones de Cir-Cerámica. Es recomendable realizar una due diligence previa, no solo para detectar cláusulas como la de cambio de control, sino para poder tener una imagen fiel de la sociedad en todos los aspectos y todas sus contingencias, dado que al transmitir en bloque todo el activo y el pasivo se transmiten todas las cargas y obligaciones que afectan a la empresa target independientemente de que hayan sido conocidas o negociadas entre las partes.

La transmisión de las participaciones debe hacerse en documento público y, no habiendo fijado nada en los estatutos, se registrará por lo establecido en la Ley. Al tratarse de una transmisión voluntaria, deberá registrarse por el artículo 107 LSC. Debemos tener en cuenta que en este caso se deberán cumplir con una serie de requisitos establecidos en la Ley al no transmitirse al cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, sino que se transmite a otra sociedad.

De este modo, antes de la transmisión deberá comunicarse a los administradores con todo detalle las acciones a transmitir (número, precio... etc.). Además, debe tener el consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la Junta General y debe llegar a la fijación de un precio con la otra parte, optando en su defecto por el valor razonable de las participaciones.

Tras todo este proceso, se procederá a la transmisión de las participaciones, llevándose a cabo el traspaso de todo el activo y el pasivo de Cir-Cerámica a CerTronic. Así lo entiende por ejemplo la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia 169/2005, de 18 de marzo de 2005, al decir que *“la transmisión de acciones o participaciones*

*integra la de una parte alícuota del activo y pasivo de la sociedad". Por tanto, transmitiéndose en su totalidad la sociedad, la parte alícuota sería también la totalidad del activo y pasivo.*

Cabe añadir también, en referencia a la transmisión de todo el activo y pasivo e introduciendo ya el siguiente paso referente a la fusión, lo expresado por la sección segunda de la Audiencia Nacional en el recurso 4380/2011, de 19 de enero de 2011. Según esta, en referencia a la transmisión de las participaciones, establece que *"se ha de indicar que, la Directiva creada por el Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea, define la Fusión como la "operación por la cual una sociedad transfiere a otra, seguida de una disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio, activo y pasivo , mediante la atribución a los accionistas de la sociedad absorbida de acciones de la sociedad absorbente"* y añade que *"partiendo de esta definición de la fusión dada por dicha Directiva, podemos establecer como sus rasgos característicos, (...) Uno. Dicha operación mercantil supone la transferencia de todo el patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente o de las sociedades a fusionarse a la nueva sociedad"*.

Una vez transmitidas las acciones, siendo ya propiedad de CerTronic, comenzaremos a realizar la fusión. Deberá ser votada en la Junta de Socios e inscrita en el Registro Mercantil español, siempre que cumpla con la legalidad exigible a la sociedad resultante en España. Además, previamente a la fusión y según exige la LME en su artículo 64 y 65, una vez inscrita la sociedad será necesario que el Registrador mercantil del domicilio social certifique la correcta realización de la inscripción y demás trámites previos. Si dicha sociedad resultante va a estar regida por la legislación española, el registrador mencionado deberá controlar previamente a la inscripción la legalidad de la misma.

La legislación reserva a aquellos socios que voten en contra de la fusión un derecho de separación conforme a lo que permite el Título IX de la LSC, en caso de que la sociedad resultante se domicilie en el país de la sociedad extranjera. Así lo recoge entre otras la Sentencia 179/2016, de la Audiencia Provincial de Baleares, de 27 de junio de 2016, al establecer que *"el derecho de separación se atribuye a los "socios que no hubieran votado a favor del acuerdo" (art. 15.1 LME), quienes deberán ejercitarlo de acuerdo con el régimen previsto para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 346 y ss LSC). Es necesario por tanto que el derecho de separación sea ejercitado activamente por los socios, pues de no hacerlo seguirán perteneciendo a la sociedad transformada"* y al decir que *"Estas causas legales de separación deben completarse con las que prevé para todas las sociedades mercantiles la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El derecho de separación reconoce los socios disconformes en los supuestos de transformación de la sociedad (art. 15.1 LME), de difusión transfronteriza intracomunitaria cuando la sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro distinto del espalo (art. 62 LME) o de traslado del domicilio social al extranjero (art. 99 LME)".* Es por ello que entendemos que tanto la LSC como la LME defienden esta posición de los socios disconformes.

### **Informe experto independiente:**

En el caso del Share Deal que nos atañe, será necesario el informe de experto independiente. Así lo exigen, por una parte, el artículo 55 LME, al establecer que a las fusiones transfronterizas le serán de aplicación las disposiciones de su capítulo y supletoriamente las de fusiones en general, que obligan a este requisito. Al no recogerse específicamente en los artículos de la Ley dedicados a las fusiones transfronterizas la necesidad del experto, debemos observar las normas supletorias, es decir, las de las fusiones en general.

Por un lado, el artículo 34 LME, recoge la necesidad de un informe realizado por un experto independiente en el proyecto de fusión que pueda afectar a una Sociedad Anónima. Este informe del experto deberá ser solicitado por los administradores al registrador mercantil correspondiente al domicilio social, que nombrará uno o varios expertos para que realicen varios informes comunes o un informe único. Con respecto a la capacidad de los expertos, tendrán capacidad para solicitar toda la información que crean conveniente para valorar. El informe, tendrá una primera parte dedicada a la exposición del tipo de canje seguido para las acciones de la sociedad que se extingue y a la valoración del sistema y, una segunda parte, dedicada a conocer si el patrimonio aportado es válido. Las sociedades involucradas podrán acordar la realización únicamente de la segunda parte del informe.

Por otro lado, el artículo 60 LME, recoge la necesidad de un informe realizado por el órgano de administración. Este informe deberá ponerse a disposición de los socios con un plazo de un mes de antelación con respecto a la fecha en que se convocó la junta que deberá votar la fusión transfronteriza. Respecto a este informe, entiende la Sentencia 118/2007 del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2007, que el informe de los administradores deberá ser suficiente para que los socios se hagan una idea suficiente para poder formar su propio criterio para formar su voto. Además, entiende el Tribunal que la revisión de este informe solo podría ser llevada a cabo en caso de que se demuestre una omisión, desviación o error apreciable que pueda viciar el acuerdo.

Para entender con más claridad esta obligación del artículo 55 LME, debemos mencionar la 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017. Según esta, será necesario tanto el informe por parte de un experto independiente como del órgano de administración y así lo recoge en sus artículos 95 y 96. Pese a esta obligación de ambos informes, entiende el último apartado de ambos artículos, que en caso de que se consiga una unanimidad de voto de todos los accionistas, se podrá acordar la eliminación del requisito de informe.

### III. VALORACIÓN MEJOR OPCIÓN:

Para poder elegir entre las tres la mejor opción para incluir a Cir-Cerámica en el accionariado debemos tener en cuenta dos elementos fundamentales: cual supone una menor modificación de la estructura accionarial y en cuál de los casos puede suponer un exceso de acciones para Vulture que lo sitúe en una posición de abuso de poder.

Es importante saber, que la modificación de la estructura accionarial y el abuso de poder van muy ligadas. De esta forma, destacamos que Vulture posee una parte importante de Cir-Cerámica al tener íntegramente participada a la sociedad "Il Piccolo Avvoltoio, srl". De esta forma, cuando Cir-Cerámica o sus socios entren en el accionariado de CerTronic, Vulture será el único que recuperará o incluso ganará más fuerza en cuanto a porcentaje de acciones en el reparto. Antes de ejecutar esta acción Vulture ya poseía un 44% y, si todos los socios desembolsan, perderán parte de sus acciones haciéndose con ellas, en parte, Vulture con su filial.

Añadido a todo esto, en el caso de la autocartera, existirá derecho preferente sobre aquellas acciones privadas que no han sido incluidas como propias de la sociedad, como ruego el artículo 148.b) LSC. En el aumento de capital por absorción este derecho se pierde totalmente.

Tanto en la operación de aumento de capital como en la fusión transfronteriza intracomunitaria, se deberán modificar los estatutos de la sociedad, incluyendo las nuevas obligaciones de los miembros que hayan sido incluidos. En ambos también será necesaria la constancia en escritura, que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la operación de Autocartera, solo sería necesaria la aprobación en junta de la transmisión de las acciones, debiendo regirse por las mayorías generales de Sociedades Anónimas y no por mayorías modificadas en un pacto parasocial.

Por último, debemos tener en cuenta que, el aumento de capital obliga a cumplir con la mayoría del 67% de los votos, siendo siempre necesaria la aprobación de Vulture. También, que en el Share Deal nos podemos encontrar con el vencimiento de los 10 millones de deuda con Vulture fijados en el pacto parasocial por incumplimiento contractual si no se consiguen condiciones iguales o inferiores con el nuevo prestamista a las del préstamo de Vulture.

Por todo lo dicho, creo que lo más acertado es recurrir a la autocartera. Pese a que con esta opción es posible que Vulture gane algo de fuerza en el reparto del accionariado, es la menos conflictiva, la que menos desembolso dinerario provoca y la que menos trámites en Junta supone. Por tanto, entiendo que es la que mejor actúa en interés de la sociedad que, al fin y al cabo, es lo que deben buscar todos los socios como así se lo exige la Ley.

#### IV. CALENDARIO DE LAS OPERACIONES:

- |   |  |
|---|--|
| 1. Adquisición de acciones en autocartera.....  | Hasta el 15 de enero de 2021                                   |
| 2. Emisión del informe de experto independiente y realización de Oferta a Cir-Cerámica..... | Desde el 16 de enero de 2021<br>Hasta el 10 de febrero de 2021 |
| 3. Firma del contrato de Asset Deal.....  | El día 17 de febrero de 2021                                   |
| 4. Designación y comunicación de la fusión .....  | El día 20 de febrero de 2021                                   |
| 5. Transmisión de acciones a los socios de Cir-Cerámica y adquisición de la Sociedad .....  | Hasta el 10 de marzo de 2021                                   |
| 6. Amortización del excedente .....   | Hasta el 20 de marzo de 2021                                   |
| 7. Fecha de cierre.....   | El día 1 de abril de 2021                                      |

## **2. Traslado del Domicilio Social a Países Bajos:**

Para poder valorar el traslado del domicilio social a los Países Bajos, debemos acudir a la Ley de Modificaciones Estructurales. En concreto, el artículo 93, establece la posibilidad del traslado a otro país de una sociedad domiciliada en España, siempre que este Estado permita mantener la personalidad jurídica de la sociedad, y siempre que la sociedad no se encuentre en concurso o liquidación.

Los administradores, como así ruego el artículo 95 LME, deberán redactar un proyecto de traslado firmado por todos o dejando claro al final quien no lo firma y por qué. Dicho proyecto deberá recoger:

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

Este proyecto deberá ser presentado por los administradores en el Registro Mercantil, calificado por el Registrador y comunicado al Registro Mercantil Central para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Tras depositar estos datos, será cuando se podrá publicar la junta de socios.

Tratándose de una Sociedad Anónima, el acuerdo de traslado se deberá fijar con las mayorías establecidas para este tipo societario. Entiende el artículo 99 LME, que aquellos socios que voten en contra del traslado al extranjero podrán separarse de la sociedad, teniendo en cuenta los artículos 346 y siguientes de la LSC. Siguiendo esto, el socio podrá solicitar, en el plazo de un mes desde la publicación de la aprobación del traslado, su derecho de separación, debiendo adquirir la sociedad las acciones de dicho socio separado. Estas acciones, serán reembolsadas al socio separado en el plazo de dos meses tras la correcta valoración de las mismas por la sociedad o por un experto independiente.

Habiéndose llevado a cabo todos los requisitos anteriores, establece el artículo 102 LME, que el traslado de domicilio y la posible modificación estatutaria tendrán efecto en el momento que la sociedad se inscriba en el domicilio social de los Países bajos.

Debemos valorar también otros puntos importantes a la hora de trasladar el domicilio. Con respecto al posible coste de la operación, establece el artículo 19 de la Ley de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que esta operación no está sujeta a tal impuesto por no constar en sus hechos imposibles. Tampoco corresponderá el pago de la cuota gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados establecida en el artículo 31.2 de esta misma ley, por no tener la

operación de traslado del domicilio social al extranjero por objeto una cantidad que implique el devengo del impuesto. Por último, respecto al Impuesto de Sociedades, no se devengará el 18% referido a plusvalías en los activos, ya que no se produce una transmisión de la titularidad de la sociedad manteniendo en todo momento la referida personalidad jurídica.

En referencia a lo expuesto, se entiende en el seno de la Unión Europea que todo traslado de una sociedad española al extranjero será válido siempre que el país de destino admita que dicha sociedad mantenga su personalidad jurídica, más aun perteneciendo Países Bajos a la UE.

Habiendo emitido el Registrador Español certificado de cumplimiento de los requisitos en el país de destino en base a la LME, deberá recibir tal registrador español un certificado de la inscripción de la sociedad en el país al que se traslada.

Atendiendo a lo recogido en los estatutos de la filial holandesa, considerando que tras la fusión se regirá por la legislación española, hay que hacer referencia al artículo 188 LSC, para aclarar el voto doble que esta filial mantiene por estatutos. En este artículo, pese a permitirse en el caso de S.L., en su segundo punto, se recoge la imposibilidad de alterar la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto de cada acción para una S.A. Teniendo CerTronic un valor de un derecho de voto por acción, no cabe el derecho de voto doble de la filial holandesa. Además, añade el artículo 96.2 LSC *“la imposibilidad de emitirse acciones de forma directa o indirecta que alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto o el derecho de preferencia”*.

Más aún, si tenemos en cuenta que es filial de Vulture y que se estaría produciendo un claro abuso de posición dominante por su parte. Por tanto, la compensación económica de Vulture a los socios no pertenecientes a Nederlandse por el éxito de la operación, no podemos considerarla como lícita conforme a la Ley española.

Este argumento queda claramente reflejado en el recurso 1625/2019 planteado ante el Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid, que fue resuelto con fecha 28 de julio de 2020. Son varias las aclaraciones que demuestran la ilegalidad de un voto plural en una fusión con una S.A. y el posible abuso de posición dominante.

Respecto al voto plural, estable que *“como es sabido, en nuestro Derecho de Sociedades actualmente vigente, no cabe emitir en la sociedad anónima acciones cuando de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (arts. 96.2 y 188.2 LSC); esto es en la actualidad taxativo”*. Además, añade el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2020 se pronunciaba en parecidos términos: *“(…) No se trata de enjuiciar, ahora provisionalmente, la legalidad de los estatutos de la futura MFE que, naturalmente, están sujetos a derecho holandés y se escapan a nuestra jurisdicción. Más modestamente, de lo que se trata es de analizar si el acuerdo aprobado e impugnado en los términos en que lo ha sido puede indiciariamente considerarse abusivo desde la óptica de la legislación española que es la que se aplica al acuerdo impugnado adoptado por MEDIASET ESPAÑA”*. Por último, se

aclara que *“la abusividad no se aprecia, ni podría apreciarse, por el hecho de que la sociedad resultante sea holandesa y quede sometida a su régimen jurídico, sino porque el acuerdo de fusión aprobado por la sociedad española en los términos en que lo ha sido resulta abusivo (...)”*.

Respecto al posible abuso, establece que *“aunque un tribunal de los Países Bajos llegase a concluir que el diseño de acciones de lealtad de MFE es conforme al Derecho neerlandés, ello no significaría por ello que dejase de ser abusivo el acuerdo de Fusión bajo Derecho español al que está sometido. (...) Pues bien, si el juzgador español llegara a la conclusión con los elementos de prueba que han sido puestos a su disposición que determinados elementos que integran los acuerdos de la fusión transfronteriza proyectada merecen la calificación de "abusivos" al amparo del artículo 204.2 LSC (EDL 2010/112805) o "contrarios a ley" por infringir algún precepto del Derecho sustantivo español, debe aplicarse inequívocamente el Derecho español”*.

Por tanto, debemos entender la abusividad de los estatutos de la sociedad Nederlandse Gier-NV.

Por todo lo expuesto, el traslado de domicilio, en base a la legislación española, podrá llevarse a cabo siempre y cuando en Holanda admitan mantener el tipo social que CerTronic posee en España. Respecto a la fusión, también podrá realizarse, siempre y cuando se impugne el valor doble o plural de los votos de la filial holandesa de Vulture.

## **INFORME PARA OPOSICIÓN DE D<sup>a</sup> AMPARO Y D<sup>a</sup> LIDÓN A LA OPERACIÓN**

Para poder llevar a cabo el análisis solicitado por D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón, es necesario responder a una serie de preguntas, que faciliten la valoración de la posible oposición a la operación de traslado del domicilio.

### **1. Las consecuencias de que D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón nunca llegaran a firmar el pacto de socios.**

Para el análisis de esta cuestión, debemos diferenciar entre firmante y no firmante. D<sup>a</sup> Lidón entró en la sociedad en junio de 2012, recibiendo un 8% del capital que poseía su padre, D. Antonio Falomir. Por su parte, D<sup>a</sup> Amparo, ingresó en la sociedad en 2014, tras un proceso de separación de su marido, D. Antonio Falomir, que le llevó a recibir un 10% del capital social. Teniendo en cuenta que el pacto parasocial fue acordado en 2013, una vez llevada a cabo la operación de refinanciación con Vulture, debemos entender como firmante del pacto a D<sup>a</sup> Lidón y como no firmante a D<sup>a</sup> Amparo.

Para poder valorar la posibilidad de no firmar el pacto de socios, debemos analizar su naturaleza en cuanto a los dos siguientes principios:

- 1º.** Principio de Autonomía de la voluntad de los contratos: este principio, regulado en el artículo 1255 del Código Civil, permite que los socios establezcan los pactos que consideren oportunos siempre que no se contradiga a la Ley, la moral y el orden público. Por su parte, la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 28, establece la posibilidad de que dichos pactos de socios sean incluidos en los estatutos, siempre que no se opongan a leyes o a los principios del tipo, que en este caso es la Sociedad Anónima.
  
- 2º.** Principio de Validez de los pactos: estos pactos serán válidos siempre que sean lícitos. De este modo, debido al carácter contractual de los mismos, deberá cumplir con los ya mencionados en la introducción, elementos esenciales del contrato, es decir, consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 CC). Además, deberán establecerse unas garantías que le otorgarán fuerza de ley, como establece el artículo 1091 CC. Todo ello, viene también regulado en la Ley de Sociedades de Capital, en el ya mencionado artículo 28.

Los pactos de socios se clasifican en tres grupos: pacto de relación, de atribución y de organización. En nuestro caso, nos encontramos ante un pacto de organización, que consiste en aquellos pactos que regulan cuestiones que tienen que ver con la estructura y el funcionamiento de la sociedad y establece normas para futuros procesos, votaciones o decisiones que deban tenerse de cara al futuro.

Si observamos el artículo 29 LSC, podemos entender a primera vista, que los pactos solo serán exigibles a quienes lo firmaron y que no es posible la oposición frente a la sociedad. Por su parte, añade la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

128/2009, de 6 de marzo, que tampoco son oponibles estos pactos si contradicen los acuerdos sociales, la escritura o la Ley. Pese a que el acuerdo sea firmado por todos los socios, no supone que se vincule a la sociedad, que tiene personalidad jurídica propia, continuando así con la consideración puramente contractual del pacto.

Es importante tener en cuenta, que el Código Civil recoge también una serie de mecanismos para garantizar el cumplimiento de los pactos parasociales. En el citado pacto con Venture, encontramos en la letra d, la acción de ejecución forzosa, la de indemnización y la de resolución del contrato.

- Respecto a la acción de ejecución forzosa, recogida en el artículo 1096 CC, consiste en ejecutar la prestación debida, pudiendo obligar al acreedor a la realización de la entrega debida.
- Respecto a la acción de indemnización por los daños y perjuicios, recogida en el artículo 1101 CC, consistiría en una cantidad económica a pagar por quien causare el daño por incumplimiento contractual. En todo caso, el daño debe ser probado.
- Respecto a la resolución del contrato, recogida en el artículo 1124 CC, la parte afectada podrá resolver el contrato, exigiendo lo debido, o resolverlo, solicitando el resarcimiento de daños y perjuicios.

Una vez tenemos un conocimiento de los pactos y su eficacia debemos aplicarlo al caso concreto. De todo lo expuesto podríamos sacar una idea clara, los pactos parasociales que existen antes de la entrada del socio nuevo no deberían vincularle. Pero existe una excepción, ya que se permite la posibilidad de que estos pactos se integren en los estatutos de la sociedad como cláusula accesorias.

Para entender las posibilidades atendemos de nuevo a la ya mencionada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de junio de 2018. En referencia al artículo 86.1 LSC, establece la necesidad de que cualquier prestación accesorias incluida en los estatutos deberá estar perfectamente identificada mediante escritura.

Por otro lado, en referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018 y al artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital, se establece que los pactos parasociales son aquellos acuerdos entre los socios a los que se busca dar fuerza contractual de carácter obligatorio, sin acudir a los estatutos. Por ello, la naturaleza del pacto es contractual y, siendo así, deberá aplicarse el Derecho de obligaciones en caso de incumplimiento. Este derecho se recoge a través del artículo 1091 del Código Civil que establece que las *“obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”*, el artículo 1.256 del Código Civil que dispone que *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”* y el artículo 1258 del Código Civil que dispone la obligación del cumplimiento de lo expresamente pactado. De todo esto se desprende la obligatoriedad del pacto entre los contratantes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos deducir que en el caso de D<sup>a</sup> Lidón se incorporó con anterioridad al pacto de socios, mostró su consentimiento y no podrá negarse a la firma del cambio de domicilio.

Con respecto a D<sup>a</sup> Amparo, atendiendo también a lo expuesto, cabe decir que estaría obligada a la firma tanto del pacto de socios como del cambio de domicilio al tratarse de una prestación accesoria incluida como cláusula en los estatutos y que, por tanto, incumbe a todos los miembros que pertenecen a la sociedad, hayan entrado antes o después de la firma del pacto.

Ante esta exposición, viendo la imposibilidad de negarse ambas socias a la firma, tanto a D<sup>a</sup> Amparo como a D<sup>a</sup> Lidón no les quedaría más que la vía de la impugnación, ya sea porque se perjudique a los socios o a la sociedad, o por incluir en los estatutos cláusulas que contradigan las leyes o los principios configuradores del tipo.

Para poder valorar la impugnación del posible acuerdo, hay que tener en cuenta la sentencia de 25 de febrero de 2016 del Tribunal Supremo, que ofrece una visión distinta a la recogida con anterioridad en relación con la eficacia de los pactos de socios. Entiende esta Sentencia que, el acuerdo adoptado infringiendo los estatutos, pero cumpliendo un pacto parasocial, no puede ser impugnado por el socio que fue parte en ese acuerdo, al ser un comportamiento contrario a la buena fe. Es decir, si estuviste de acuerdo con lo que se pactó en dicho pacto parasocial, no podrás impugnarlo por considerarlo abusivo. Por otro lado, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de junio de 2012, estableció para el caso de socios que no lo fueran al momento de firmarse el pacto parasocial, gozar de legitimación activa para impugnar acuerdos sociales. Entiende la Sentencia que no es necesario reunir la condición de socio al tiempo de celebrarse la junta en la que se adoptaron los acuerdos impugnados. De todo lo expuesto, entendemos que solo se encontraría en la posición de poder impugnar D<sup>a</sup> Amparo, que al separarse de D<sup>o</sup> Antonio en 2014, no firmó el pacto parasocial, por lo que estaría legitimada para impugnar por abusivo.

Partiendo de este punto, hay que valorar la posible impugnación del acuerdo en base a lo recogido en el artículo 204 LSC y al análisis previo llevado a cabo.

De las cuatro cláusulas que se fijaron en el pacto parasocial, debemos descartar el aumento de la mayoría al 67% y la imposición de la reestructuración por impago de las cantidades, ya que ha quedado demostrada su legalidad en el caso concreto. No queda tan clara la validez de las cláusulas a y d, que exigen respectivamente unas condiciones iguales o peores a las de Vulture en cualquier nuevo crédito y una indemnización muy genérica para cualquier incumplimiento del contrato o del pacto de socios.

Teniendo en cuenta lo dicho y lo que recoge el artículo 201.1 LSC, debemos comprobar si estas letras a y d son contrarios a la Ley, se oponen a los estatutos o lesionan el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Con respecto a la exigencia de unas condiciones iguales o peores a las de Vulture en cualquier nuevo crédito, deben ser los administradores, como así recoge el artículo

228.d) LSC, quienes en cumplimiento de sus deberes para con la sociedad, actúen con independencia buscando el interés de la sociedad y sin verse influenciado por Vulture. Pero, en esta cláusula, es muy complicado poder demostrar la influencia de Vulture que exige el artículo 204 LSC para poder impugnar la cláusula. Quizás es más sencillo impugnar el daño causado al interés social por entender que se ha impuesto de forma abusiva dicha cláusula y que no responde a una necesidad social, sino más bien en interés propio y en detrimento injustificado de los socios minoritarios. Por tanto, demostrando que la limitación de las condiciones de los futuros créditos a unas peores o iguales a las de Vulture afectan al bien de la sociedad y no buscan más que el interés personal del socio mayoritario, podrá ser impugnada esta cláusula por abusiva.

Con respecto a la indemnización a Vulture ante cualquier incumplimiento del pacto, debemos entender que nos encontramos ante una cláusula penal. Estas se regulan en los artículos 1152 a 1155 CC y están muy relacionadas con los artículos 1101 y 1124 del mismo Código. Por ello, la Ley permite la exigencia de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el acto negligente o de una acción de resolución anticipada por incumplimiento de lo pactado. Podemos deducir de lo expuesto, en referencia a lo que recoge la letra d) del clausurado, que debe ser considerada como contraria a la Ley aquella cláusula de carácter tan genérico que no permite a la otra parte conocer cuáles son aquellos errores que, de cometerse, suponen la activación de la cláusula penal. Por tanto, siendo contraria a la Ley, puede ser impugnado el pacto en este punto.

Considerando que ambas cláusulas son contrarias a la Ley y abusivas, podremos proceder, en base a estos argumentos, a la impugnación del pacto de socios que fue firmado en 2013 sin D<sup>a</sup> Amparo, quien entró en 2014 y tiene garantizado ese derecho a impugnar como se expuso arriba.

## **2. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.**

Para entender la posibilidad de ejercitar esta acción debemos acudir a la Ley de Sociedades de Capital y, en concreto, al artículo 227 y siguientes.

Este deber exige el ejercicio del cargo con buena fe y en interés de la sociedad, debiendo indemnizar a la sociedad y devolver el enriquecimiento injusto a quien cometa tal infracción.

Dentro del deber de lealtad, el artículo 228 recoge una serie de obligaciones:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

- 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.
- 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.
- e) 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.

Vistos los deberes, es posible que se pueda acudir a las letras d y e. En este sentido, podríamos entender una falta de criterio en todos los administradores influidos por Vulture, debido al pacto parasocial firmado. Por otro lado, podríamos ver en Vulture un interés propio en detrimento del interés social.

Respecto de este interés particular de Vulture y el posible conflicto de intereses con la sociedad, entiende el artículo 229 LSC, en su letra b), que no se deberá buscar por la condición de administrador una influencia en la sociedad para realizar una operación privada. También debemos recoger la letra d) y e), donde se prohíbe el aprovechamiento de oportunidad de negocio de la sociedad y la obtención de ventajas para terceros asociados a su cargo.

También hay que resaltar que, al hablar de personas vinculadas a los administradores, para el caso que nos atañe (como persona jurídica que es Vulture), que debemos entender por ello a toda aquella sociedad que ostente un poder sobre un grupo de sociedades teniendo la mayoría de los votos y pudiendo facultar el nombramiento de nuevos miembros y aquellos administradores pertenecientes a la misma sociedad.

Para poder aplicar estos principios jurídicos, debemos entender en que casos es responsable un administrador. Así, el artículo 236 LSC, como antes introdujo el artículo 228 LSC, expone los presupuestos para valorar dicha responsabilidad. De este modo, los administradores responderán ante la sociedad y sus socios *“del daño que causen por actos u omisiones 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”*. No debemos olvidar que, pese a que el acuerdo lesivo haya sido adoptado en junta general, no evitará la posible responsabilidad de los administradores y todos ellos responderán solidariamente si hubieran firmado el acuerdo, salvo desconocimiento del acto lesivo.

Respecto a la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad por D<sup>a</sup> amparo y D<sup>a</sup> Lidón, poseyendo conjuntamente más del 5% del capital social, podrán llevarla a cabo si la sociedad se niega a hacerlo y sin tener que someter la decisión a la misma. Si se estima la acción, los socios que la solicitaron tendrán derecho al reembolso de los gastos incurridos, con los límites del artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Hay que añadir, que la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 232, permite ejercitar otras acciones además de la de infracción del deber de lealtad. Por esta razón, quien lo desee, podrá ejercitar esta acción y posteriormente otras como la de impugnación de los actos y contratos celebrados por los administradores.

De todo lo expuesto podemos concluir que:

Una vez el pacto ha sido firmado por todos los socios, habrá que demostrar el daño causado a D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón. Esta justificación del acto lesivo para el socio concreto o para la sociedad es clave para que la acción de responsabilidad por deslealtad pueda ejercitarse y, por lo tanto, no valdrá solo con tener el porcentaje suficiente para presentar la acción, sino que habrá que demostrar el daño. Así lo entiende la Sentencia 176/2012 de la Audiencia Provincial de Palencia, de fecha 18 de junio de 2012, donde establece que *“es en los arts. 236 y 238 de la LSC se dice que los administradores responderán frente a la sociedad del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo y que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad. Así pues, el requisito esencial para que proceda dicha acción social de responsabilidad es que se haya causado daño sobre el patrimonio de la sociedad, con la lógica finalidad de que toda lesión de dicho patrimonio debe reintegrarse necesariamente a través del ejercicio de esta acción. Se trata, por lo tanto, de determinar cuál es el daño o patrimonio perjudicado de la sociedad por el comportamiento antijurídico de los administradores y ello con independencia de que este consista en la infracción de normas legales o estatutarias o por negligencia, dolo o deslealtad”*.

Con respecto a Venture, podemos observar que existe un posible incumplimiento en el deber de lealtad por varias razones:

- Aprovechamiento de la influencia para operaciones privadas. Esta opción parte de la idea de que Venture en su momento salvo a la sociedad adquiriendo un 44% del capital y firmando un pacto de socios muy estricto que podría condicionar al resto en sus decisiones. Además, el hecho de ofrecer incentivos a los socios en el traslado a Holanda también podría entenderse como un intento de influenciar a los socios en el voto por el cambio de domicilio.
- Aprovechamiento de oportunidad de negocio de la sociedad. Según esta, Venture podría haber aprovechado la necesidad de CerTronic de recibir financiación mediante la introducción de sociedades participadas como Cir-Cerámica o Nederlandse Gier-NV.
- Obtención de ventajas para terceros asociados a su cargo. Empleando esta acción, Venture estaría aumentando su poder y el de sus filiales vinculando a CerTronic con sociedades que tiene participadas. Estaría modificando a CerTronic a placer con un simple pacto y mejorando la economía propia y de sus filiales.

Todas estas acciones, podrían llegar a demostrar que Venture en todo momento buscó el beneficio propio y no el bien para todos los socios. Por tanto, estimándose alguno de los actos lesivos recogidos arriba, podría permitir a D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón negarse al cambio de domicilio por no redundar en beneficio de la sociedad y en torno a la buena fe.

Con respecto al resto de administradores, podríamos observar una falta de independencia en el criterio de voto influidos por el poder que tiene vulture mediante el pacto parasocial y los incentivos ofrecidos. Debemos partir del punto que Venture llegó a la sociedad en una situación pre concursal, que obligó a los socios en su momento a la firma de la refinanciación y del pacto parasocial en favor de Venture. Pero, una vez se produjo lo anterior, se han querido tomar una serie de decisiones que no redundaban en beneficio de todos sino más a favor de Venture. Por ello, podemos entender que existe una grave falta de criterio en las votaciones del resto de socios, que podría suponer mala fe y la actuación en contra del beneficio social. De ello, deducimos que por esta vía también sería posible ejercitar una acción de falta de lealtad de los administradores y conseguir así que no se llegue a producir el cambio de domicilio.

### **3. La posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos.**

Para plantear esta posibilidad debemos partir de una premisa clara, el derecho de voto es un derecho político que se recoge en el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital para garantizar la participación de los socios en las decisiones relevantes. Este derecho, de carácter unilateral, tiene una gran importancia, ya que puede afectar al futuro del patrimonio de la sociedad y, por tanto, en los bienes de la sociedad y en los dividendos que le puedan tocar al socio. Es importante que no existan vicios en el voto llevado a cabo.

Si observamos lo recogido en el artículo 29 LSC, podemos comprobar que la validez y licitud de los pactos parasociales se mantiene entre los socios que lo firmaron pero que no es oponible frente a la sociedad, por lo que solo despliega efectos obligacionales entre las partes. Además, es necesario añadir que no se recogió ninguna estipulación a cerca del cambio de la sede social por lo que no se estaría incumpliendo ese pacto de socios y que este pacto se recogió en los estatutos, siendo oponible frente a la sociedad si hubiera recogido alguna cláusula referente al cambio social, pero tampoco se hizo.

El motivo más claro por el que se podría buscar la abstención es a través de la demostración de la existencia de un conflicto de intereses de los recogidos en el artículo 190 LSC. Para que esto pueda darse y se prohíba ejercitar el derecho de voto, será necesario que el acuerdo que pretendan acordar el socio interesado con la Sociedad Anónima tenga por objeto:

- a) En el caso de Venture, concederle un derecho o Dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230. En este

caso, mediante el cambio de domicilio pretende conseguir una fusión con su filial Nederlandse Gier-NV, pudiendo entender por esto una obtención de un derecho al ser su filial y obtener un porcentaje aún mayor del capital social de Cer-Tronic y un incumplimiento del deber de lealtad recogido en el 228.e), referente a la adopción de medidas que buscan un interés personal y no en favor de la sociedad. Por ello, Venture podrá ser privado del derecho de voto por ambas razones.

- b) En el caso de Badenes SRL y para D. Antonio Falomir Esteve, facilitarles cualquier tipo de asistencia financiera. De este modo, el traslado que pretende llevarse a cabo supone una asistencia financiera para estos dos socios, puesto que con el éxito del traslado se les promete una prima. Esto puede ser un claro motivo para impugnar un conflicto de intereses.

Fuera de estas razones, no se privará al socio de su derecho de voto. Debe ser siempre el socio afectado sobre el que recaiga la carga de la prueba. De esta forma lo aclara la Sentencia 207/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2018, entre otras, establece que *“cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social”*.

#### **4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.**

Siendo impugnado el pacto de socios, debemos atender a la posibilidad de impugnar también el acuerdo de cambio de domicilio de la sociedad por abusivo.

Hay que aclarar que la LSC, en sus artículos 9.1 y 10, recoge la necesidad de que el domicilio social coincida con el centro de administración estable en el que radique su principal establecimiento o explotación, es decir, que es necesario que sea real y que no cree confusión por aparentar tener varios. Es una exigencia imperativa para la sociedad que el domicilio registral coincida efectivamente con el centro efectivo, no solo al constituirse, sino a lo largo de toda su vida. Entendemos que dicho centro es donde se realizan todas las decisiones de gestión de la sociedad y que el establecimiento de la sociedad será el lugar donde se desarrolle la actividad, es decir, el objeto social. En nuestro caso, Vulture pretende trasladar ambos a Holanda.

Para que dicho traslado pueda ser válido, es necesario que este justificado qué criterios se han tomado y en que puede afectar esto al interés de la sociedad.

Por tanto, el órgano competente no solo debe cumplir con el deber que exige el artículo 9.1 LSC, sino también por motivos en interés de la sociedad y no particulares. Existiendo estos criterios, el artículo 204.1 LSC permite su impugnación.

Por otro lado, la Ley, en el artículo 204.1 LSC ya mencionado, también permite la impugnación del acuerdo de cambio de domicilio si se lesiona el interés social en

beneficio de uno o varios socios o si se impone el acuerdo de manera abusiva por la mayoría, es decir, cuando el acuerdo, 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 este punto, es importante tener en cuenta lo que recoge la 119/2019 del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, de 14 de junio de 2019. Esta, en sus fundamentos, hace referencia a diversas Sentencias del Tribunal Supremos, que llegan todas ellas a una misma explicación donde expresan que *"los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital - silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil , son contrarios a la ley".* Añadido a lo anterior, expone el Juzgado de Pontevedra para dejar más claro el concepto de abusivo, que *"la impugnabilidad de los acuerdos contrarios al interés social nos remite a una actuación del socio o socios mayoritarios que constituya un comportamiento desleal y lesivo para la sociedad o, incluso, para la minoría. Los acuerdos adoptados por la Junta General han de resultar conformes con el interés social, pero la Junta tiene un amplio margen de discrecionalidad para su concreción: el acuerdo será impugnable en aquellos casos en que el voto de la mayoría haya servido para causar un daño al patrimonio social. Y, según la jurisprudencia consolidada (y ya con el tenor del art. 204.1, párrafo segundo, LSC), también cuando se haya impuesto de manera abusiva por la mayoría en detrimento de los demás socios".*

Siguiendo lo recogido en la legislación y, añadiendo lo expuesto en el artículo 206.1 LSC, D<sup>ª</sup> Lidón y D<sup>ª</sup> Amparo tendrán legitimación para tal impugnación en el plazo de un año, por representar conjuntamente al menos un 1% del capital social y por quererse tomar la decisión en Junta.

Por todo ello, yendo al caso concreto que nos atañe, podrá ser impugnado el cambio de domicilio en base a varios criterios:

- Por un lado, por considerar que el cambio de domicilio social es una maniobra de Venture, que actúa en perjuicio de los minoritarios, alejándoles la sede social de sus domicilios habituales y dificultando su actuación en Junta y su derecho de oposición a las decisiones.
- Por otro lado, por considerar que el acuerdo es de carácter abusivo por no responder a una necesidad razonable y tomarse en interés personal de Venture.

Debemos entender que trasladar la sociedad a Holanda no juega más que a favor de Venture, buscando una fusión con su filial allí, Nederlandse Gier-NV, y ganando aún más poder en CerTronic. Además, el hecho de ofrecer incentivos si esta operación finalmente se fragua, puede entenderse como un interés particular de cada administrador, sin buscar lo mejor para el futuro de la sociedad y sí para su propio futuro.

## BIBLIOGRAFÍA:

ACEBES, A. y HERNÁNDEZ, I. (2016) “La impugnación de un acuerdo social que cumple un pacto de socios suscrito por el impugnante es contraria a la buena fe”. En: *CMS Law*.

ALFARO, J. (2017) “El aumento de capital por compensación de créditos”. En: *Almacén de Derecho*.

ALFARO, J. (2019) “El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses”. En: *Almacén de Derecho*.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2019) *Manual de Derecho Mercantil (Vol. I): Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades (26ª ED)*, Tecnos, Madrid.

CAMPUZANO, A. B. (2019) “Impugnación de acuerdos sociales por abuso de la mayoría”. En: *Nvntia, las noticias de Dictum*.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil, sección 1ª) 376/2012, de 18 de junio de 2012. Recurso 376/2012. En: *Legal Today*.

DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO (2017): *Resolución de 11 de mayo de 2017*.

DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO (2018). *Resolución de 26 de junio de 2018*.

DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO (2019). *Resolución de 11 de julio de 2019*.

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.

DUTILH, J.M. (2016) “Quórum y mayorías para los distintos acuerdos. El ejercicio de los derechos del socio en SA y SL”. En: *LeQuid, The J. Dutilh Law Firm for Social Impact*”

GARCIA WINTZER, L. (2015) “Fusiones Transfronterizas Intracomunitarias”. En: *Universidad Autónoma de Barcelona*”.

GIBANEL SANZ, E. (2012) “¿Puede un socio impugnar un acuerdo adoptado en una junta en la que no era socio todavía? En: *Legal Today*.

GOENECHEA, J.M. y GRACIA, C. “Traslado al extranjero del domicilio de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales”. En: *Actualidad Jurídica Uría Nº24*

IGLESIAS PRADA, J.L. "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos". En: *Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXIII*.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J.M.<sup>ª</sup>. (2010) "La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. En: *Cuadernos de derecho y comercio, nº 52*.

MALLO ROMAR, I. (2018) "El deber de abstención del socio en la Junta General: aspectos generales del conflicto de intereses". En: *Universidad de Salamanca*".

MARTÍN DE LA PEÑA, P. (2019) "Formalización e inscripción de la fusión transfronteriza intracomunitaria". En: *Colegio Universitario de Estudios Financieros*.

PAZ-ARES, C. (2005) "El enforcement de los pactos parasociales". En: *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*.

PAZ-ARES, C. (2011) "La cuestión de la validez de los pactos parasociales. En: *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*.

PÉREZ RAMOS, C. (Julio-septiembre 2012) "Problemas que plantean los pactos parasociales". En: *Actum Mercantil & Contable nº 20*.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.<sup>ª</sup> ed.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.