



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía

AUTOR: JUAN LOZANO DE DIEGO

TUTOR: ABEL BENITO VEIGA COPO

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE

INFORME LEGAL – CERTRONIC.....	3
1. CANJE DE ACCIONES PROPIAS POR VALOR DE LA MARCA.....	3
1.1. Transmisión de acciones propias y amortización del excedente.....	4
1.2. Requisitos generales y límites de la adquisición derivativa en sociedades anónimas	6
2. AUMENTO DE CAPITAL CON CARGO A APORTACIÓN DE LA MARCA... 	11
2.1. Valoración de aportaciones no dinerarias	11
2.2. Informe de experto independiente.....	12
2.3. Aumento de capital	15
2.4. Inversiones de no residentes	16
2.5. Escisión, segregación y su fiscalidad	18
3. ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y FUSIÓN POR ABSORCIÓN	22
3.1. Proyecto de fusión transfronteriza	22
3.2. Traslado de domicilio.....	26
4. ANEXO I: CALENDARIO SOCIETARIO DE LA OPERACIÓN.....	33
INFORME LEGAL – DOÑA AMPARO Y DOÑA LIDÓN	39
1. Oponibilidad al Pacto de Socios	39
2. Incumplimiento por los administradores de sus deberes de lealtad	42
3. Exigir abstención de los socios en la votación sobre el traslado de domicilio	44
4. Impugnar el acuerdo de traslado de domicilio por abusivo.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	50

INFORME LEGAL – CERTRONIC

Este Informe tiene como objeto el análisis de las distintas posibilidades a través de las cuales puede articularse la operación de compraventa por parte de CerTronic, S.A. (en adelante, la “Sociedad”) de la sociedad italiana Cir-Cerámica *società a responsabilità limitata* (en adelante, la “Target”), tanto bajo el cumplimiento de la legislación societaria española como en referencia a la normativa aplicable europea, al tratarse de una operación transfronteriza, y haciendo un análisis de las repercusiones que tendrá en el régimen fiscal de la operación.

1. CANJE DE ACCIONES PROPIAS POR VALOR DE LA MARCA

La primera posibilidad que se nos plantea para llevar a cabo la adquisición de la Target consiste en que la Sociedad adquiera de sus socios un número de acciones que tendrá en autocartera para posteriormente transmitir a los socios de la Target, que pasarán a ser socios de la Sociedad, y amortizando el excedente correspondiente al valor de la marca.

Se considera **autocartera** al régimen legal que existe con respecto a los negocios sobre las acciones que posee una sociedad y que son representativas de su propio capital social- también conocidas como acciones propias- o bien una serie de supuestos similares que presentan un cierto riesgo para la estructura financiera y organizativa de la sociedad.¹ Su regulación se encuadra desde los artículos 134 al 148 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”)², proyectando una protección frente a la tenencia de autocartera que tiene un doble fundamento.

En primer lugar, una protección de **orden corporativo**, evitando así que a través de la adquisición de acciones propias se otorgue al órgano de administración -adicionalmente a los poderes de gestión propios de su cargo- aquellos otros que derivan de la condición de propietario, pervirtiendo así su deber de actuar en el mejor interés social. En segundo lugar, una protección de **orden financiero**, de forma que se impida un debilitamiento de los recursos propios de la sociedad por su uso en la adquisición de acciones propias de la sociedad dominante, encontrándonos ante un supuesto de devolución de aportaciones.

El fin de este negocio sobre acciones propias puede variar, pudiendo utilizarse como un mecanismo de distribución de las acciones propias en favor de los trabajadores de la sociedad, como un instrumento para llevar a cabo una adquisición de control de carácter hostil de otra

¹ Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE p. 767 y siguientes.

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

sociedad, o bien utilizando sus propias acciones para llevar a cabo una inversión, regularizando o alterando los cambios bursátiles que conlleva dicha operación. En el caso que nos concierne, la Sociedad observa la posibilidad de utilizar la adquisición de sus propias acciones para financiar la adquisición de la Target, amortizando el excedente resultante de la transmisión de las acciones propias a cambio de la marca como un activo que forma parte de la empresa ulteriormente adquirida con un valor económico considerable.

En un primer análisis de la problemática legal que nos plantea el caso, vemos que no sería aplicable la normativa reguladora de adquisición de acciones por la sociedad dominante, puesto que, pese a que Wulture Capital, Corp (en adelante, “**Vulture**”) ostenta la totalidad del capital social de Il Piccolo Avvoltoio, srl, entendemos que ésta tiene repartido el capital social de la Target junto con el otro socio, teniendo así el 50% de los derechos de voto y no cumpliéndose las condiciones que establece el art. 42.1 del Código de Comercio (en adelante, “CCom”)³, para que exista una sociedad dominante.

Por otro lado, la adquisición de acciones propias por parte de la Sociedad supone un “aguamiento” de su patrimonio, que se ve reducido en aras de financiar una compra de acciones que posee uno de los socios, cuya participación social no varía, al igual que tampoco lo hace el capital social. Así, vemos cómo se destina parte del patrimonio de la sociedad para adquirir una participación sobre el capital social, resultando en una variación solamente en la cifra del patrimonio, pese a que ahora ostenta un porcentaje sobre las acciones propias. No obstante, ahora la Sociedad, y de forma directamente proporcional también su patrimonio, se enfrenta al riesgo de una disminución de su valor de cotización, lo que implicaría también una disminución en el valor de las acciones que ostenta, produciendo una pérdida en su patrimonio.⁴

1.1. Transmisión de acciones propias y amortización del excedente

Para que la Sociedad pueda optar a adquirir acciones propias para posteriormente amortizarlas y enajenarlas a cambio de la marca de la Target, estando ante un régimen legal de sociedad anónima -el cual goza de mayor libertad de restricciones en régimen de prohibición de autocartera-, puede optar por dos tipos de adquisición de acciones propias:

³ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

⁴ ALFARO, J. “Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones” *Almacén de Derecho* (2020). Disponible en: <https://almacenederecho.org/los-negocios-de-una-sociedad-sobre-sus-propias-acciones-o-participaciones>.

- En primer lugar, existe una prohibición general que enuncia el art. 134 LSC sobre la adquisición originaria de acciones o participaciones propias o de la sociedad dominante, esto es, la suscripción o asunción de dichas acciones o participaciones en el momento de su emisión. Si bien es cierto que el fin es tratar de garantizar la efectividad del capital, en contra de lo dispuesto para las sociedades limitadas, donde se entiende la autosuscripción como nula de pleno derecho, en las anónimas las acciones suscritas infringiendo la prohibición serán propiedad de la sociedad anónima suscriptora, que estará obligada a enajenarlas en el plazo máximo de un (1) año a contar desde la fecha de la primera adquisición o, de forma subsidiaria, a amortizarlas, con la consiguiente reducción del capital.
- En segundo lugar, existe la adquisición derivativa, para la cual establecen los art. 144 y 146 LSC distintos límites para su licitud si se cumplen ciertos presupuestos, entendiendo también que el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al 20% del total del capital social para sociedades no cotizadas (10% para las cotizadas, conforme al artículo 509 LSC).
- En conclusión, con carácter general, las adquisiciones de acciones propias, aun realizadas en contravención de las normas que las prohíben o condicionan, son válidas y producen la transmisión de su titularidad a la sociedad. Por último, se establece también la prohibición de adquirir acciones propias parcialmente desembolsadas -entendiendo lo contrario como una condonación de los dividendos pasivos-, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias⁵.

Habiendo explicado las diferentes posibilidades de adquisición de acciones propias, se entenderá infringida la prohibición general de adquisición originaria de autocartera cuando las acciones se suscriben directamente por la sociedad en el momento de su constitución o en una ampliación de capital para el caso de sociedades limitadas, pero que será lícita para el caso de una sociedad anónima, supuestos que sin embargo no se encuadran con la operación descrita por la Sociedad con respecto a la Target.

Por otro lado, debemos considerar la adquisición pretendida como una **adquisición derivativa**, entendida en un sentido residual -a falta de una especificación clara en la norma- de abarcar todo negocio jurídico que suponga la cesión de la titularidad de las acciones, en palabras de Rodrigo Uría⁶. La normativa aplicable no establece una prohibición o régimen de libre adquisición, sino

⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 2017.

⁶ Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE p. 771.

un régimen restringido y supeditado al cumplimiento de los requisitos y límites para considerar la adquisición como lícita (art. 146 LSC), una serie de supuestos excepcionales que establecen su licitud cuando no se cumplen los requisitos generales (art. 144 LSC) o bien, un establecimiento de las consecuencias jurídicas de las acciones propias, distinguiendo entre las lícitas o ilícitas (arts. 139 y 145 LSC).

1.2. Requisitos generales y límites de la adquisición derivativa en sociedades anónimas

La adquisición de la Target se considerará lícita si se cumplen todos los requisitos generales y límites que detallamos a continuación:

1. La decisión empresarial de adquisición de acciones propias corresponde al órgano de administración, previa autorización de la junta⁷. La autorización debe ser suficientemente detallada, debiendo incluir: (i) las modalidades de adquisición; (ii) el número máximo de acciones adquiridas; (iii) el contravalor máximo y mínimo en caso de onerosidad; y (iv) la duración de la autorización, que no podrá exceder el límite de cinco (5) años⁸. Este requisito se justifica porque *"la respuesta ha de buscarse en la influencia intrasocial que despliega la operación, influencia que básicamente se manifiesta en dos planos: en el plano de los derechos económicos de los accionistas y en el plano de sus derechos administrativos. Con relación al primero de dichos planos, suele argüirse que si la competencia para distribuir beneficios corresponde a la Junta General [...], por fuerza ha de contarse con su plácet a la hora de adquirir las propias acciones [...]. En lo que atañe al segundo de los planos mencionados, la necesidad de la autorización de la Junta se justifica por razones de modificación de las cuotas de poder dentro de la sociedad"*.⁹
2. El valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente y sumadas a las ya poseídas por la sociedad adquirente y filiales no podrá exceder el límite del 20% (art. 146.2 LSC) o del 10% en caso de ser cotizada.
3. La adquisición de acciones, o bien por parte de la sociedad o bien por una persona que actúe en nombre propio pero por cuenta de aquélla y haya adquirido con anterioridad y

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, nº 635/2014, de 2 de noviembre de 2012.

⁸ Entiende la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1968, que se acepta que dicha autorización pueda efectuarse como una ratificación *a posteriori* de las adquisiciones ya efectuadas por los administradores.

⁹ PAZ ARES, C.: "Los negocios sobre las propias acciones". Thomson CIVITAS; Pamplona (2008) p. 502-503.

posee en cartera, no podrá producir el efecto de que el patrimonio neto sea inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

4. La imposibilidad de adquirir por la sociedad acciones propias parcialmente desembolsadas, lo que conllevaría su nulidad, a menos que la adquisición sea a título gratuito (art. 146.4 LSC).
5. Por último, será nula también la adquisición por la sociedad de acciones propias que lleven aparejada la obligación de prestaciones accesorias (art. 146.4 LSC).

En este supuesto, es posible llevar a cabo la adquisición de acciones en autocartera bajo el cumplimiento de cada uno de los requisitos generales, los cuales no plantean *a priori* problemas prácticos, entendiendo que se procedería a la adquisición de no más del 20% del capital social, y que dicha adquisición se llevaría a cabo previa autorización de los órganos de gobierno de la Sociedad, que no conllevará a que el patrimonio neto fuese inferior al capital social más reservas.

Asimismo, conforme a esta autorización, y con arreglo al art. 148 LSC, el Consejo de Administración de la Sociedad deberá, tras la adquisición de acciones en autocartera, constituir en el patrimonio neto una reserva equivalente al importe del precio de adquisición de las acciones en autocartera así adquiridas computado en el activo, que deberá mantenerse en tanto las acciones no sean enajenadas.

En cuanto a los límites a dichos requisitos, desconocemos si las acciones están totalmente suscritas y desembolsadas, ya que la LSC en su artículo 79 establece la obligación de que estén totalmente suscritas pero sólo parcialmente desembolsadas en, al menos, una cuarta parte de su valor nominal. En el caso de que solamente se hubiera cumplido con el desembolso mínimo legalmente establecido, la Sociedad no podría proceder a la adquisición de acciones propias, puesto que estarían todas y cada una de las acciones desembolsadas en una cuarta parte de su valor nominal, como explicaremos más adelante.

Por último, debemos observar la posibilidad de que exista nulidad de la adquisición de acciones que lleven aparejada la obligación de prestaciones accesorias, ya que, pese a lo que desarrollaremos más adelante con respecto al pacto de socios y la obligación como prestación accesoria de suscripción y adhesión al mismo, la Sociedad no podría adquirir acciones suscritas por los socios que estuviesen sujetos por dicho pacto parasocial, y que por tanto estuviesen obligados a realizar las prestaciones accesorias correspondientes.

Las consecuencias jurídicas de las adquisiciones consideradas lícitas varían según el incumplimiento cometido, pudiendo diferenciarse entre:

- Adquisición derivativa de acciones propias con incumplimiento de alguno de los requisitos generales (art. 146 LSC): sus consecuencias son las mismas que para el caso de adquisición originaria, siendo éstas: (i) la obligación de enajenar las acciones ilícitamente adquiridas en el plazo de un (1) año; (ii) en caso de no enajenarse en dicho plazo, los administradores deben inmediatamente convocar Junta General que acuerde la amortización de dichas acciones con la consiguiente reducción de capital; y (iii) de no darse la correspondiente reducción en el plazo de dos (2) meses tras la finalización del plazo de un (1) año para enajenar, cualquier interesado estará facultado para solicitar la reducción de capital al letrado de la administración de justicia o registrador mercantil del lugar del domicilio social, constituyéndose esta solicitud como un deber de los administradores en caso de imposibilidad de lograrse el acuerdo de amortización y reducción¹⁰.
- Adquisición de acciones parcialmente desembolsadas a título oneroso o de acciones que lleven aparejada una prestación accesorio: la sanción legal correspondiente es la nulidad del negocio jurídico pretendido, con el fin de evitar la extinción por confusión de las obligaciones sociales del socio frente a la Sociedad. No existe la posibilidad de enajenar las acciones ilícitamente adquiridas dado que no han llegado a adquirirse por la Sociedad por nulidad del negocio, que además legitimará el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los administradores, que será sancionado con una multa, conforme al art. 236 LSC, y sin perjuicio de las sanciones administrativas previstas en el art. 157 LSC¹¹.

En conclusión, en caso de cumplirse los requisitos generales establecidos, la adquisición derivativa de acciones por la sociedad estaría limitada a la adquisición de acciones totalmente desembolsadas y que no tuvieren aparejadas una prestación accesorio, por lo que se deberían adquirir por parte de un socio que no hubiera suscrito el pacto de socios ya mencionado.

1.3. Desembolso parcial de acciones totalmente suscritas

Como hemos mencionado, en caso de cumplirse los requisitos generales para la adquisición derivativa de acciones propias respetando el límite de acciones que no lleven aparejadas

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, del 12 de septiembre de 2012.

¹¹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 2017.

prestaciones accesorias, todavía quedaría por cumplir el límite que establece la prohibición de adquirir acciones parcialmente desembolsadas.

En este supuesto, el enunciado omite el desembolso que existe con respecto a las acciones totalmente suscritas de la Sociedad, lo que dificulta nuestro análisis, ya que la Ley solamente exige el desembolso mínimo del 25%, como ya hemos explicado. En base al art. 81.1 LSC, el accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital no desembolsada en la forma y dentro del plazo máximo establecido por los estatutos. Esta parte no desembolsada es lo que se suele denominar dividendo pasivo de la acción, y que tras la entrada en vigor de la LSC pasaron a denominarse “desembolsos o aportaciones pendientes”.

Desconocemos cuál es el plazo estatutariamente previsto para aportar los desembolsos pendientes y “liberar” las acciones, por lo que no podemos saber si efectivamente han sido liberadas y pueden ser objeto de adquisición derivativa por la Sociedad. No obstante, la existencia de acciones no totalmente desembolsadas en la Sociedad tiene distintos efectos:

- Las acciones no totalmente desembolsadas deben adoptar, mientras así se mantengan, la forma nominativa (art. 113.1 LSC).
- En tanto se mantenga este desembolso parcial, la Sociedad no puede ampliar capital emitiendo nuevas acciones cuya contraprestación consista en nuevas aportaciones dinerarias, excepto los supuestos en que la cantidad pendiente de desembolso no exceda del 3% del capital social y siempre que se trate de una sociedad de seguros (art. 299 LSC).

Por tanto, y sabiendo que el objeto social de la Sociedad no son los seguros, debemos considerar que las acciones se encuentran totalmente desembolsadas puesto que, de no ser así, la ampliación de capital que se llevó a cabo para suscribir nuevas acciones a favor de Vulture cuando en 2013 entró a formar parte del accionariado no se podría haber llevado a cabo.

1.4. Supuestos excepcionales de libre adquisición derivativa en sociedades anónimas

De forma excepcional, la Sociedad puede adquirir de forma lícita sus propias acciones sin la observancia de los requisitos antes mencionados, bajo una serie de supuestos:

1. Acciones propias adquiridas en ejecución de un acuerdo de reducción de capital adoptado por la Junta General de la Sociedad.

2. Acciones adquiridas formando un patrimonio adquirido a título universal, entre los que se encuadran los supuestos de herencia, fusión, escisión..., etc.
3. Acciones o participaciones adquiridas a título gratuito, siempre que estuvieran íntegramente desembolsadas.
4. Acciones adquiridas como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente al titular de las acciones, siempre que estuvieran íntegramente desembolsadas.

En primer lugar, si bien podría darse una reducción de capital que permita dicha adquisición derivativa por ejecución del acuerdo, al ser una modificación estatutaria, requeriría de aprobación de mayoría favorable del 67% del capital social, lo cual hace difícil que pueda llevarse a cabo. Además, no es el fin de la Sociedad la reducción de su capital social, puesto que se plantea también una posible ampliación a cambio de la marca, así como una futura fusión de la filial.

En segundo lugar, no nos consta que existan acciones adquiridas que formasen un patrimonio adquirido por sucesión universal, ya que no nos consta que se haya dado ninguna fusión o escisión. En este sentido, debemos considerar esta operación de canje de acciones por activos, como explicaremos más adelante, como una segregación entre ambas sociedades, si bien esto se produce en un momento posterior a la adquisición derivativa de acciones propias.

En tercer lugar, no nos consta que existan acciones adquiridas a título gratuito, si bien podría haberse dado en el caso de la hija D. Lidón cuando adquiere el 8% al terminar sus estudios universitarios, pero el enunciado nos dice que adquiere dicha participación social, no que le haya sido donada por sus progenitores, pese a sus éxitos universitarios.

En último lugar, no existe adjudicación judicial para satisfacer un crédito que mantenga la Sociedad, como es el restante frente a los bancos que no fue compensado por Vulture.

Como podemos observar, dichos supuestos no tendrían cabida en nuestro caso, por lo que, en resumen de lo anteriormente explicado, la posibilidad de adquisición de acciones propias para su canje por la marca de la Target sólo se podrá llevar a cabo bajo el cumplimiento de los requisitos generales y límites del art. 146 LSC. En este sentido, la adquisición estaría sujeta al límite de no superar el 20% de las acciones en que se divide el capital social, las cuales hemos explicado que deben entenderse como totalmente suscritas y desembolsadas, y no pudiendo tener aparejada prestación accesoria alguna.

Por lo tanto, la adquisición de acciones propias quedará limitada a la adquisición por parte de la Sociedad de las acciones de Doña Amparo, las cuales no llevan aparejadas prestaciones accesorias a nuestro entender, al entrar en el accionariado con posterioridad al otorgamiento de

consentimiento individual para la inclusión de la prestación accesoria estatutariamente prevista, así como la suscripción del pacto por los socios. En línea con lo que comentaremos en el segundo Informe, en caso de que la prestación accesoria estatutariamente incluida de suscripción del pacto perdiese su eficacia o quedase extinta por la entrada de un nuevo socio como es Doña Amparo sin vinculación al pacto al no dar su consentimiento, no existirían prestaciones accesorias aparejadas a las acciones de la Sociedad, abarcando por tanto mayor posibilidad de adquisición de acciones propias.

2. AUMENTO DE CAPITAL CON CARGO A APORTACIÓN DE LA MARCA

En este supuesto, la Sociedad pretende realizar una ampliación de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, y más concretamente, a la aportación por la Target de su marca como inmovilizado intangible susceptible de valoración económica, si bien dicha aportación presenta diversas implicaciones legales a tener en cuenta.

En primer lugar, no existe riesgo de incumplir el régimen de prohibición de autocartera antes descrito y que aplicaba para el supuesto anterior, por lo que no haremos referencia a dicho riesgo en este caso. Por otro lado, establece el art. 300 LSC que cuando el contravalor de la ampliación pretendida consista en aportaciones no dinerarias será preciso que al tiempo de la convocatoria de la junta se ponga a disposición de los socios un informe de los administradores en el que se describa con detalle las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las acciones que hayan de crearse o emitirse, la cuantía del aumento del capital social que corresponde y las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista. Por tanto, este supuesto plantea dos problemáticas claras, como son la valoración de la aportación de la Target y su correspondiente informe de experto independiente, así como la consideración de inversión extranjera y sus implicaciones legales.

2.1. Valoración de aportaciones no dinerarias

Las aportaciones realizadas no en metálico, sino a cargo de bienes y/o derechos de contenido patrimonial presentar ciertas especialidades en las sociedades anónimas, y más concretamente, en

el caso de aumento de capital que nos concierne. Su regulación establece un detallado sistema de control de las aportaciones que garantiza su realidad y valoración efectiva.

Los arts. 63 LSC y 133.1 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, “RRM”)¹², establecen la obligación de describir en la escritura que corresponda -en este caso, la de ampliación de capital- los bienes y derechos que son objeto de aportación, incluyendo:

- (i) sus datos registrales;
- (ii) el título o concepto de la aportación;
- (iii) la valoración en euros que se designa a cada uno de ellos; y
- (iv) la numeración de las acciones atribuidas como contravalor a la aportación no dineraria.

En este caso, deberán incluirse cuantos datos sean posibles que permiten identificar la marca que es objeto de aportación a la Sociedad, pudiendo consistir en los datos registrales de la inscripción de la marca en los registros correspondientes –debiendo constar en la EUIPO-.

La dificultad que se plantea con respecto a las aportaciones de bienes inmateriales o intangibles es el de su valoración, como para el resto de las aportaciones no dinerarias. De acuerdo con los criterios contables generalmente establecidos¹³, los bienes de activo inmaterial sólo pueden ser asentados en el balance de la sociedad cuando ésta haya soportado un coste o realizado alguna contraprestación para su obtención. De no ser así, la valoración que se dé a los mismos se basará en meras estimaciones, tales como beneficios obtenidos o esperados, precio de su eventual transmisión..., etc.¹⁴

Por último, el elemento clave sobre el que se fundamenta el sistema de control de las aportaciones no dinerarias es el control exterior de la valoración, debiendo someter las aportaciones a un informe pericial o de expertos independientes, que habrán de realizar una descripción y valoración exhaustiva de las aportaciones.

2.2. Informe de experto independiente

¹² Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

¹³ Norma de Registro y Valoración 18ª del Plan General Contable de 2007, junto con la consulta nº 11 de septiembre de 2008; BOICAC 75.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985, junto con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 1986.

El informe de expertos independientes presenta, además de relevantes implicaciones teóricas, una gran trascendencia práctica debido al elevado coste que deben afrontar algunas empresas en caso de estar incurso en los supuestos en que se establece como un trámite preceptivo y necesario, como pueden ser posibles aumentos o reducciones de capital, modificaciones estructurales o incluso posibles traslados del domicilio al extranjero.

A fin de centrar el debate que nos concierne, el informe de experto independiente adquiere gran relevancia cuando existen aportaciones no dinerarias cuya valoración suele presentar problemas al equipararlas con las dinerarias, pretendiendo evitar así que no se realicen aportaciones sociales por debajo del valor nominal que produzcan un agudamiento del capital social dividido en acciones -cuya creación será nula de constatar que no responden a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad, en base al art. 59 LSC-. En este sentido, tanto para la constitución de la sociedad como para un posible aumento de capital cuando existan aportaciones no dinerarias, el art. 67 LSC exige, como regla general, la intervención de un experto, ya que estas aportaciones, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social conforme a los arts. 338 y siguientes del RRM que regulan su nombramiento.

Con respecto a su nombramiento, la designación por el registrador mercantil será a solicitud de la sociedad, no del socio aportante¹⁵. La solicitud se hace mediante instancia por triplicado, y presentada la misma, se practica el acento en el libro diario, en que se identifica al solicitante y los bienes objeto de valoración, para posteriormente abrir un expediente numerado, cuya existencia se hace constar por nota al margen.

El contenido de la solicitud consistirá en:

- (i) denominación y datos de la identificación registral de la Sociedad, así como su domicilio;
- (ii) descripción de los bienes, con indicación del lugar donde se encuentran, así como el número y valor nominal y, en su caso, prima de emisión de las acciones que se emiten como contrapartida;
- (iii) declaración de no haberse obtenido en los últimos tres (3) meses otra valoración de los mismos bienes realizada por experto independiente nombrado por el registrador mercantil; y
- (iv) fecha de la solicitud.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 6009/2007, de 14 de septiembre de 2007.

Dentro de los quince (15) días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, el registrador designa un experto independiente que pertenezca a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración, o que se dedique específicamente a valoraciones o peritaciones. Además, en la resolución se determina la retribución a percibir por el mismo o los criterios para su cálculo, que deberá ajustarse a las reglas de los respectivos colegios profesionales y normas del Ministerio de Justicia, y deberá ser abonada por la sociedad en cuyo nombre se solicite el informe. El nombramiento deberá ser notificado por cualquier medio que permite certificar la fecha en que se recibe, y deberá comparecer en el plazo de cinco (5) días ante el registrador para aceptar el cargo, o caducará el nombramiento, procediendo el registrador a nombrar a otro nuevo.

Por otro lado, establecen los arts. 345 a 348 RRM que el informe debe elaborarse por el experto mediante escrito razonado en el plazo de un (1) mes, a contar desde la fecha de aceptación del nombramiento, salvo concurrencia de circunstancias excepcionales y el registrador conceda un plazo mayor. Una vez emitido, el experto debe entregar el original del informe a la persona que hubiese solicitado su nombramiento y comunicar tal entrega al correspondiente registrador, que lo hará constar en el expediente que cerrará en ese mismo instante mediante correspondiente diligencia.

Así, la **publicidad del informe** es efectiva mediante el depósito en el Registro Mercantil de copia autenticada en el plazo previsto, así como incorporación como anexo a la escritura de ejecución de aumento de capital, en este caso, debiendo constar en la inscripción el nombre del perito, las circunstancias de su designación, fecha de emisión del informe y posibles diferencias entre las valoraciones del experto y las designadas en la escritura.

Con respecto al valor dado a la aportación en la escritura social no podrá ser superior al dado por el experto independiente. Bajo el marco normativo de la LSC, al contrario de lo que establece el art. 133.2 RRM, dicta que el registrador denegará la inscripción de la correspondiente escritura en caso de que el valor dado a la aportación no dineraria supere - sin importar el porcentaje o cuantía en que lo haga- el valor atribuido a la misma por informe de experto. Por ello, y cabiendo la posibilidad que debido a la contradicción entre cuerpos normativos la escritura sea inscrita, la **sobrevaloración** que se produce si el valor de las aportaciones no dinerarias no cubre el valor de las acciones suscritas, la sociedad podrá exigir al aportante que cubra la diferencia en efectivo, de acuerdo con las reglas generales de desembolso entre socio-aportante y sociedad.¹⁶

Este informe caduca a los tres (3) meses de su fecha, salvo que anteriormente hubiese sido ratificado por el propio experto, en cuyo caso prorroga su validez otros tres (3) meses más a contar

¹⁶ CHULIÁ, F. V. "Introducción al Derecho mercantil. Volumen 1." 23^a Ed. Tirant lo Blanch; Valencia (2012).

desde la fecha en que se ratificó. De no emitirse el informe en dicho plazo, caduca el encargo y el registrador procederá también a un nuevo nombramiento, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad en que pueda haber incurrido el experto previamente designado.

Por último, existen una serie de excepciones al deber de nombramiento de experto independiente que recoge el art. 69 LSC, como son: (i) que la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios cotizados en mercados secundarios u otros regulados o instrumentos del mercado monetario; y/o (ii) que la aportación sea de bienes distintos a la letra anterior pero cuyo valor razonable se hubiera determinado dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la aportación por experto independiente no designado por las partes, a menos que concurrieran nuevas circunstancias modificativas del valor razonable de los bienes. Entendemos que nuestro supuesto no es subsumible en estas excepciones, al menos con la información que disponemos, puesto que no tenemos constancia que la marca haya sido valorada dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de aportación.

2.3. Aumento de capital

Para proceder al aumento pretendido y así poder emitir nuevas acciones que sean suscritas por los socios de la Target a cambio del valor de su marca, debe seguirse el procedimiento legal de aumento de capital para sociedades anónimas, si bien con ciertas peculiaridades debido al carácter no monetario de la aportación que es contravalor de las nuevas acciones.

Además del informe de administradores antes descrito del art. 300 LSC, se exigirá el **quórum reforzado** de asistencia que establece el **art. 194 LSC**, siendo necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean al menos el 50% del capital suscrito en acciones con derechos de voto, y en segunda convocatoria, será suficiente que concurra el 25% de dicho capital.

Asimismo, establece el art. 201 LSC que, para la **adopción de los acuerdos** anteriormente descritos, en primera convocatoria se requerirá mayoría absoluta del capital presente o representado para la adopción de acuerdos, mientras que en segunda convocatoria se requerirá el voto favorable de dos tercios del capital presente o representados cuando concurran accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el 50%.¹⁷

¹⁷ FAUS, M. “Aportaciones no dinerarias en caso de aumento de capital de una sociedad anónima”. *Vlex*. Disponible en: <https://practico-sociedades.es/vid/aportaciones-aumento-capital-oacute-66954089>.

Para el caso en que el aumento de capital sea a cargo de aportaciones no dinerarias, el art. 304 LSC no concede derecho de preferencia a los socios, que sólo se concede en los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, caso en el que cada socio tendrá derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea. Por lo tanto, los socios de la Sociedad no tendrían derecho de suscripción preferente, dado que el aumento de capital es por compensación del valor de la marca, es decir, aportaciones no dinerarias.

Como vemos, la Sociedad estableció que todo aumento de capital debía adoptarse por una mayoría reforzada que requería el voto favorable de un 67% del capital presente o representado, posibilidad que se encuentra amparada por la ley, hasta el límite de no exigirse la unanimidad para la adopción de acuerdos.

La aportación no dineraria podrá ser efectuada por quien ya era socio -pudiendo revestir la modalidad de creación de nuevas acciones o de aumento del valor de las existentes- o por quien no ostentaba dicha condición, debiéndose en ese caso emitir nuevas acciones, no siendo admisible que se llegue a esta aportación por el mecanismo de capital autorizado. Sin embargo, en caso de que el no socio aportante sea no residente, dicho supuesto reviste de ciertas peculiaridades que explicamos a continuación.

2.4. Inversiones de no residentes

Las inversiones extranjeras en España gozan de un régimen general de libertad de acuerdo con la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio, que fue desarrollado por el RD 664/1999¹⁸, el cual limitó a ciertos supuestos de inversión para los cuales sería requisito indispensable la obtención de autorización administrativa previa, entre los que se encuentran las inversiones extranjeras no comunitarias en determinados sectores especiales, así como la adquisición de inmuebles con destino diplomático de Estados no miembros de la UE.

De acuerdo con la Directiva ya mencionada, se consideran inversiones extranjeras las realizadas por aquellas personas, físicas o jurídicas, que tengan la consideración de sujetos inversores de acuerdo con el criterio de residencia del sujeto inversor, sin tener en cuenta la procedencia de los fondos empleados.

¹⁸ Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

De entre las actividades que se encuentran sujetas a la obligación de declaración que explicaremos más adelante, se encuentran las del art. 3.a) del RD 664/1999 para la constitución de una sociedad, la suscripción y adquisición total o parcial de sus acciones o la asunción, en sociedades distintas de las anónimas, de participaciones sociales.

Como regla general, las inversiones extranjeras sólo requieren ser declaradas una vez realizadas. No obstante, el único supuesto en el que es preciso la declaración previa es cuando la inversión procede de paraísos fiscales. Por tanto, la adquisición de la Target de las acciones de la Sociedad deberá ser declarada una vez efectuada.

El sujeto obligado a realizar la declaración, si bien con carácter general es el titular de la inversión extranjera, puede variar:

- En caso de intervención del fedatario público, bien porque las partes lo hubieran acordado o porque fuera necesario por el negocio jurídico (en nuestro caso, estando obligado por ser una transmisión de acciones al portador en sociedades anónimas que no cotizan), la declaración deberá hacerse por el titular de la inversión – la Target-, a menos que se encargue al fedatario su presentación-. En este caso, estas operaciones intervenidas deberán ser objeto de información a la DGCI por parte de los fedatarios.
- Sin embargo, en el caso de acciones nominativas que no se negocian en mercado secundario, corresponderá la presentación de la declaración a la sociedad española objeto de la inversión tras haberse inscrito la transmisión referida en el libro-registro de acciones nominativas, sustituyendo en la obligación de declaración tanto al fedatario que hubiera intervenido como al titular de la inversión (art. 4.2.b) 2º 2ª RD 664/1999).

Por tanto, será la Sociedad la obligada a presentar la declaración de la inversión extranjera realizada por la Target para la adquisición de acciones nominativas, que deberá presentarse al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Empresa.

Para este supuesto, debe presentarse el Modelo Oficial D-1A, aprobado por la Resolución de la DGCI de 27 de julio de 2016, que deberá presentarse en el plazo de un (1) mes desde la fecha de inscripción de los accionistas en el Libro-registro de la Sociedad. (art. 17.5 de la Orden de 28 de mayo de 2001). Además, todo modelo oficial de declaración de inversión deberá acompañarse de los documentos acreditativos que exige el art. 16 OM 28 de mayo de 2001, entre los que se encuentran: (i) la documentación justificativa de la no residencia del titular de la inversión; (ii) la cumplimentación de los requisitos de la legislación sectorial; (iii) la autorización en supuestos de suspensión del régimen de liberalización; (iv) la declaración previa cuando fuera necesaria; y/o (v) las declaraciones relativas a otras formas de inversión, junto con la memoria explicativa.

Por último, comentaremos cómo se ha articulado la compraventa de acciones a cambio de la marca, desde el punto de vista de la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante, “LME”)¹⁹.

2.5. Escisión, segregación y su fiscalidad

A. Escisión de la Target y sus consecuencias legales

En este apartado, estudiaremos las implicaciones legales que supone que la Target haya sido objeto de una escisión a favor de otra sociedad por la que trasladó todos sus activos, careciendo actualmente de actividad económica, como nos describe el supuesto.

En primer lugar, debemos rechazar que nos encontremos ante una **escisión total** de la Target que regula el art. 69 LME, puesto que encontramos de entre sus notas características que la sociedad quedará extinguida mediante su disolución sin liquidación y transmisión por sucesión universal de su patrimonio a favor de dos o más sociedades beneficiarias de nueva creación o ya existentes, no pudiendo realizarse sólo a favor de una, puesto que estaríamos ante un supuesto de fusión por absorción.

Por tanto, nos encontramos ante una **escisión parcial**, regulada en el art. 70 LME, en la que se traspa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de una sociedad a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo a cambio los socios de la sociedad escindida un número de acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión que sea proporcional a la respectiva participación en la sociedad que se escinde, que reducirá el capital social en la cuantía necesaria.

B. Segregación

Este modelo de operación societaria fue incluido como **modalidad de escisión** a partir de la entrada en vigor de la LME. La importancia de esta inclusión vino dada tras numerosos debates doctrinales sobre el carácter de modalidad estructural que planteaba esta operación, muy cercana a la escisión, y para la cual se consideraba que no aplicaban las reglas de aportaciones no dinerarias.

¹⁹ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Así lo entendían las Resoluciones de la DRGN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, interpuestas ante la negativa de dos registradores mercantiles a inscribir unas escrituras de ampliación de capital cuyo contravalor era la aportación de una rama de actividad. En ellos se entendía que se realizó una transmisión a título universal de activos y pasivos y, por lo tanto, eran segregaciones patrimoniales ajenas al derecho sustantivo vigente, que impedían la aplicación de la normativa sobre aportaciones no dinerarias, debiendo acudir a las normas de escisión²⁰. En esta línea, se pretendía por cierto sector doctrinal la aplicación por analogía de las normas de escisión a la segregación, pese a que entre ambas figuras existían diferencias manifiestas.

Por tanto, vemos que la **segregación** se define como un tipo de modificación estructural societarias muy próximo tanto a la escisión -entendiéndose aquella como una modalidad de ésta- como a la aportación no dineraria. En este sentido, la segregación se diferenciará de ambas modalidades en que:

- (v) con respecto a las **escisiones parciales**, la contraprestación realizada por la sociedad beneficiaria de dicha operación es recibida por los socios, mientras que en la segregación dicha contraprestación es recibida por la propia sociedad, produciéndose por tanto una subrogación real; y
- (vi) con respecto a las **aportaciones no dinerarias**, sólo parece distinguirse por la forma en que se realiza el traspaso patrimonial de la unidad económica, entendiendo que en la segregación se lleva a cabo por “sucesión universal”, mientras que en la aportación no dineraria es “a título particular”. Además, entiende la jurisprudencia²¹ que *“en la segregación lo que realmente sucede es una modificación cualitativa, y no cuantitativa, del patrimonio de la sociedad segregada, al cambiar todo o parte de este por acciones.”*

Habiendo explicado las diferencias existentes con otras figuras jurídicas, vemos que la transmisión patrimonial que nos concierne puede articularse tanto como una segregación o como una mera aportación no dineraria a título particular, debiendo entender que la complejidad de definición del concepto de “unidad económica” podrá favorecer que se opte por la transmisión a título universal que permite la segregación.

Por otro lado, será admisible que una sociedad como el caso de la Target decida aportar una de sus ramas de la actividad como contravalor del aumento de capital de otra sociedad sin presumirse que existe una sucesión universal, debiendo cumplirse los requisitos establecidos para la

²⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, L. M. “La escisión parcial y la segregación como formas de reestructuración empresarial” Tutora: Prof. Dra. Alonso Ledesma, C. Trabajo de Fin de Máster; Universidad Complutense de Madrid (2011).

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 1353/2006, de 7 de marzo de 2006.

aportación no dineraria de rama de actividad, así como los intereses en juego que quedarán protegidos:

- (i) La posición de los socios de la Sociedad queda garantizada bajo el marco normativo de los aumentos de capital por aportaciones no dinerarias (régimen de responsabilidad del aportante, informe de administradores, informe de experto independiente..., etc);
- (ii) La posición de los socios de la Target, que podrá quedar comprometida en caso de que la unidad económica tenga el carácter de activo esencial, requiriéndose el acuerdo de la junta general (art. 160.f) LSC);
- (iii) La posición de los terceros queda garantizada, al no existir reducción efectiva de la garantía que para ellos representa la cifra de capital social de ambas sociedades; y
- (iv) La posición de los trabajadores queda suficientemente garantizada de acuerdo con la subrogación que establece el art. 44 ET para todo cambio de titularidad en empresas.

Por tanto, concluimos que la configuración como aportación no dineraria planteará mayor nivel de protección a los intereses afectados por la operación, pese a requerir el acuerdo de ambas juntas generales, mientras que la segregación planteará mayores ventajas por la facilidad que plantea la sucesión universal de una unidad económica de la Target.

C. Régimen fiscal de las modificaciones estructurales: escisión y segregación

Para estas operaciones de reestructuración reguladas por la LME, establece la Ley de Impuesto de Sociedades (en adelante, “LIS”)²² un régimen especial basado en una neutralidad impositiva, que se entiende a partir de la Exposición de Motivos de la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio:

“Se alcanza a través de dos técnicas tributarias:

- *No integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos.*
- *Las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.*

²² Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Técnicas similares se utilizan respecto de los socios de las entidades transmitentes, ya que estos no están obligados a integrar en su base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio que se produzcan con ocasión del canje de valores, pero los recibidos se valoran, a efectos fiscales, por el valor de adquisición de los entregados”.

Así, el fin del régimen especial que establece la LIS es despejar la carga fiscal de las operaciones de reestructuración, no estableciendo una exención, sino un diferimiento de la tributación de las rentas que pueden surgir de la consecución de una operación de reestructuración, hasta que la entidad adquirente proceda a la transmisión de los bienes.²³

Sin embargo, la operación pretendida, entendiendo a la Target como receptora de las acciones que se reciben de la Sociedad, se articula como una segregación, la cual no tiene encaje con la definición que se da de las distintas modalidades de escisión a efectos fiscales del art. 76.1.2.º LIS, ya que se exige la atribución de los valores recibidos de las sociedades beneficiarias a los socios de la escindida. Pero, en otro sentido, sí que podrá beneficiarse del régimen especial establecido para otras figuras, pudiendo reunir los elementos necesarios para configurarse como una aportación no dineraria de rama de actividad, ya que no se extingue la sociedad segregada y porque es esta sociedad y no sus socios los que reciben las acciones de la sociedad beneficiaria.

No obstante, puede no existir coincidencia plena del patrimonio aportado ya que, conforme a reiterada doctrina de la DGT, el concepto fiscal de rama de actividad, aunque relacionado, es más exigente que el mercantil de unidad económica autónoma. El artículo 76.4 LIS define la rama de actividad como *“el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*²⁴.

En este sentido, parece *a priori* difícil poder encajar una marca sin pluralidad de elementos patrimoniales e incapaz de explotación económica por sí sola en la definición que este precepto establece para la rama de actividad y su régimen especial fiscal. No obstante, existe división de opiniones en la doctrina, entendiendo un sector que no es necesaria una normativa específica, distinta del Derecho de Obligaciones, para la transmisión de un elemento patrimonial aislado a

²³ BANACLOCHE PÉREZ, J: *“Tributación de las Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles”*, en *“La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”*. Tirant lo Blanch; Valencia (2010) p. 310.

²⁴ LÓPEZ TELLO, J. Y CREMADES SCHULZ, M. *“El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo”*. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 25-2010.

pesar de su relevancia económica, a excepción de un activo que pueda considerarse unidad económica autónoma -en este sentido, un buque que presenta activo y pasivo diferenciado²⁵-.

Por el contrario, acepta otra parte de la doctrina la posibilidad de que exista una unidad económica autónoma sin pluralidad de elementos, siempre que sean homogéneos, de funcionamiento autónomo y que exista una interrelación organizativa²⁶, citándose como ejemplos bienes de propiedad industrial, redes de clientes o de distribución comercial, e incluso se aceptó jurisprudencialmente²⁷ la admisión de un parque eólico como unidad económica autónoma.

En conclusión, entendemos que existe un criterio flexible de interpretación, que analiza caso por caso la posible inclusión de ciertas unidades económicas en la definición del régimen fiscalizador del LIS, debiendo por tanto considerar que el valor de la marca y su importancia en el mercado y en la estructura económica de la Target es tal que nos permite beneficiarnos del régimen de neutralidad que establece la norma para las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, pese a que su literal hable de “pluralidad de elementos patrimoniales”.

3. ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y FUSIÓN POR ABSORCIÓN

Para la última posibilidad que se nos plantea para la adquisición de la Target, debemos analizar tanto el régimen de fusión transfronteriza como el posible traslado del domicilio social a los Países Bajos, de acuerdo con las previsiones legales al respecto.

3.1. Proyecto de fusión transfronteriza

A. Informe de experto en fusiones (art. 34 LME)

De acuerdo con el literal de este artículo, cuando una de las sociedades que forman parte del proyecto de fusión sea una sociedad anónima, como es el caso de la Sociedad, el registrador

²⁵ ALONSO LEDESMA, C. “La segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en AA.VV, Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo II. Aranzadi; Navarra (2009) p. 511.

²⁶ GUASCH MARTORELL, R. “La escisión de sociedades en el derecho español”. CIVITAS; 1992, p.114-115.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) 91/2004 de 3 de marzo.

mercantil correspondiente al domicilio social deberá designar un experto independiente que valore el proyecto común de fusión.

De esta forma, se evita una valoración distinta para cada uno de los activos que toman parte en la fusión de las sociedades, evitando desigualdades en las aportaciones no dinerarias que formen parte del proyecto común de fusión. En lugar de que los administradores de cada una de las sociedades soliciten el nombramiento de uno o varios expertos independientes de forma separada, podrán pedir conjuntamente al registrador mercantil del domicilio social de la sociedad absorbente o del que figure en el proyecto común de fusión como domicilio de la nueva sociedad, para que nombre a uno o varios expertos independientes para la elaboración de un único informe.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha hecho numerosas interpretaciones en lo referente a la regulación que existe con respecto a la intervención del experto independiente basado en la transposición de Directivas Europeas que han implementado la obligación *ex lege* de este trámite, como la Directiva (UE) 77/91/CEE del Consejo de 13 de Diciembre de 1976, la Directiva (UE) 78/855/CEE del Consejo de 9 de octubre de 1978, la Directiva 82/891/CEE del Consejo de 17 de diciembre de 1982, y que han sido objeto de numerosas modificaciones simplificando dicha intervención.

Así, la DRGN en su Resolución de 2 de febrero de 2011 establece lo siguiente:

*“El informe de peritos independientes establecido en la D 77/91/CEE a menudo no es necesario cuando ha de elaborarse asimismo un informe pericial independiente para proteger los derechos de los accionistas o acreedores en el contexto de la fusión o escisión. Por consiguiente, los Estados miembros deben tener la posibilidad en estos casos de **eximir a las sociedades de la obligación de presentar un informe con arreglo a la D 77/91 CEE o de permitir que ambos informes sean redactados por el mismo perito**. Por ello se modifica el art 27.3 de la D 77/91/CEE para permitir que los estados miembros decidan **no aplicar la exigencia de informe de experto sobre las aportaciones no dinerarias cuando el aumento de capital suscrito se efectúe para realizar una fusión, si se elabora un informe pericial independiente sobre el proyecto de fusión informe este que cumplirá esa “doble función”**-. Señala además la D 2009/109 que, en caso de que los Estados decidan aplicar tal exigencia – no eximirla en los términos vistos-, podrán disponer que tal informe – el de aportaciones no dinerarias de la D77/91- y el informe pericial independiente sobre el proyecto de fusión puedan ser elaborados por el mismo perito. En definitiva, de esta disciplina comunitaria resulta que, pudiendo prescindirse del informe sobre el proyecto de fusión – proyecto común de fusión- por voluntad de los socios, será siempre*

*necesario un informe de experto sobre la suficiencia económica de la aportación patrimonial que constituya el contravalor del aumento de capital de la sociedad absorbente.*²⁸

Por lo tanto, vemos que existe cierta flexibilidad para el régimen de informe de experto independiente, para así agilizar el proceso de reestructuración pretendido. En cuanto al contenido del que deberá disponer dicho informe, el artículo 34.3 LME ha sido interpretado también por la DRGN, debiendo dividirse en dos partes:

- (i) en primer lugar, relativo al tipo de canje en el que se exponen los métodos utilizados por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones de las sociedades que se extinguen, así como una opinión de la justificación de este tipo de canje, cuya finalidad es de protección del interés de los socios; y
- (ii) en segundo lugar, se informa si el patrimonio aportado por las sociedades extinguidas equivale al importe del aumento de capital que realiza la sociedad absorbente, en base al principio de realidad del capital social y en relación con lo ya comentado de la nulidad de la emisión de acciones o participaciones por una cifra inferior a la de su valor nominal, de acuerdo con el art. 59 LSC. La DGRN²⁹ ha venido interpretando este requisito de observancia de un canje de forma extensiva, entendiendo que su importancia no sólo recae en la protección de los accionistas, sino también de los acreedores de la sociedad, por lo que no podrá quedar al arbitrio de aquéllos exclusivamente³⁰.

Existen ciertas excepciones a la necesidad de intervención de experto independiente con el fin de agilizar el tortuoso procedimiento de fusión societaria, y que son:

- (i) cuando todas las sociedades participantes en la fusión sean SRL;
- (ii) cuando la sociedad absorbente sea titular directo del 100% del capital social de la sociedad o sociedades absorbidas, lo que se denomina “fusión impropia”, de acuerdo con el art. 49 LME;
- (iii) cuando en una fusión por absorción la sociedad absorbida sea titular directa de todas las acciones de la absorbente, lo que se conoce como “fusión inversa”;
- (iv) en las fusiones de sociedades íntegramente participadas de forma directa por un mismo socio, o “fusión de sociedades gemelas”; y

²⁸ ANTUÑA PLAZA, C. J. “El informe de expertos independientes: su necesidad en las fusiones y escisiones de empresas”. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-informe-expertos-independientes-fusion.htm>.

²⁹ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 2 de febrero de 2011 y 21 de octubre de 2014.

³⁰ Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE p. 1159.

- (v) en la absorción de sociedades participadas al 90% o más pero nunca íntegramente participadas, cuando en el proyecto común de fusión la sociedad absorbente ofrezca adquirir las acciones de los socios minoritarios en las sociedades absorbidas por su valor razonable y dentro del plazo máximo de un mes tras la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil.

Vemos que, si bien Vulture es titular directo de la totalidad de la participación que ostenta Il Piccolo Avvoltoio, srl sobre la Target, entendemos que aquélla solamente es titular de la mitad de las acciones en que se divide el capital social, por lo que esta fusión no puede beneficiarse de ninguno de las excepciones antes descritas, ya que no se estaría respetando el interés social de D. Angelo Vattermoli, el cual es socio de la Target e independiente de la Sociedad que pretende la fusión por absorción.

B. Fusión transfronteriza intracomunitaria

El Capítulo II del Título II de la LME regula por primera vez las fusiones transfronterizas intracomunitarias, limitándose a establecer una regulación base que es de aplicación común a todas las fusiones, además de establecer ciertas peculiaridades que desarrollaremos a continuación.

El **proyecto común de fusión**, de acuerdo con los arts. 57 y 59 LME, debe estar redactado por los administradores de cada una de las sociedades participantes en la fusión, y su contenido deberá incluir las menciones mínimas explicadas anteriormente (art. 31 LME), además de:

- (i) Las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto común de fusión, a los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de las sociedades fusionadas.
- (ii) Al tratarse de una fusión transfronteriza mediante absorción de sociedad íntegramente participada, o fusión impropia, el proyecto debe incluir también tanto la información sobre la valoración del activo y pasivo de la sociedad que se extingue, como las fechas de las cuentas utilizadas para la fusión.

El **informe de administradores** que regula el art. 60 LME debe ser elaborado por el órgano de administración de cada una de las sociedades que participan en la fusión, de acuerdo con el contenido que establece el art. 33 LME, y siendo preceptivo para nuestro caso al encontrarnos ante una fusión transfronteriza especial por absorción de una sociedad íntegramente participada o filial (art. 49.1. 2º LME).

Para el **acuerdo de fusión** en las juntas generales de las sociedades participantes en la fusión transfronteriza, se entiende que es aplicable por analogía el régimen de procedimiento abreviado establecido bajo el cumplimiento de los requisitos del art. 49.1 LME para fusiones nacionales en que la sociedad absorbente ostente el 100% de las acciones de la absorbida. Si bien la LME no dice nada al respecto de esta analogía en el procedimiento de fusión, no dice tampoco nada sobre su inaplicabilidad, por lo que se entiende que no habrá necesidad de aprobación por la junta de socios en la sociedad absorbente, pero sí en la absorbida.

Además, es necesario en toda transmisión de la totalidad de las acciones o participaciones de una mercantil el proceder a formalizar la llamada **declaración de unipersonalidad** o cambio de socio único, según corresponda, e inscribirlo en el Registro Mercantil dentro del plazo de seis (6) meses desde que se formaliza la compraventa, de acuerdo con lo establecido en los arts. 13 y 14 LSC.

3.2. Traslado de domicilio

A. Legislación nacional

Tras la adquisición por parte de la Sociedad de la participación social de los dos socios de la Target, pasando a ser socio único de la misma, junto con la ulterior fusión por absorción de la filial que está íntegramente participada por la Sociedad, ésta pretende trasladar su domicilio social a los Países Bajos, y posteriormente fusionar una sociedad filial de Vulture, como es Nederlandse Gier-NV (en adelante, la “**Filial**”).

Esta internacionalización de mercantiles españolas al extranjero ha llevado al legislador a incluirlas dentro del marco regulatorio de las modificaciones estructurales que establece la Ley 3/2009, junto a los tratados y convenios vigentes en España, así como un Convenio Internacional firmado en Bruselas en 1968 por los seis Estados constituyentes de las Comunidades Europeas para el reconocimiento de las sociedades, que se regirán por las leyes del país de constitución.

Como requisitos para el traslado del domicilio social al extranjero por una sociedad española como es el caso, establece el art. 93 LME que (i) deberán tener nacionalidad española; (ii) estar inscritas en el Registro Mercantil correspondiente; y (iii) no encontrarse en fase de liquidación o en concurso de acreedores. Por otro lado, se requiere que el Estado a cuyo territorio se traslada la sociedad permita, en base a su ordenamiento jurídico propio, el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Entendemos que la Sociedad no se encuentra en fase de liquidación o

incurra en un concurso de acreedores, por lo que, bajo el cumplimiento de los demás requisitos, *a priori* podría llevarse a cabo el traslado a los Países Bajos.

El traslado debe adoptarse necesariamente mediante acuerdo de la junta general, reconociéndose a favor de los socios el derecho a separarse de la sociedad y a los acreedores a oponerse a dicho traslado. Previo al acuerdo de la junta, se requiere la emisión por parte de los administradores de dos documentos de gran relevancia, como son el proyecto de traslado e informe de los administradores.

Establece el art. 95 LME que el **proyecto de traslado** deberá ser redactado por los administradores de la sociedad en cuestión, debiendo firmarse por todos ellos o hacer constar la falta de firma de quien decida oponerse al traslado. El contenido del mismo debe incluir (i) los datos registrales de la sociedad que se traslada, incluyendo denominación, domicilio e inscripción en el Registro Mercantil; (ii) el nuevo domicilio social; (iii) el calendario que se prevé para hacer efectivo el traslado; y (iv) los derechos previstos para la protección de socios, acreedores y trabajadores.

Se deberá depositar un ejemplar del proyecto de traslado por parte de los administradores en el Registro Mercantil, que deberá ser calificado por el Registrador y comunicar el efectivo depósito y su fecha al Registro Mercantil Central, para que pueda ser **publicado en el BORME** y adquiera publicidad registral y oponibilidad frente a terceros. Esta fecha condiciona la fecha de publicación de la convocatoria de junta para el acuerdo de traslado, que no podrá ser anterior al depósito y que deberá publicarse con una antelación de dos (2) meses a la fecha prevista para su celebración.

Los administradores deben además redactar un **informe** que explique y justifique el proyecto de traslado en lo referente a (i) sus aspectos jurídicos y económicos; y (ii) sus consecuencias para los socios, acreedores y trabajadores, no siendo necesaria la elaboración de un informe de experto independiente.

Tras la emisión de ambos documentos, es competencia de la junta general la aprobación del cambio de domicilio social al extranjero, la cual estará sujeta a ciertos requisitos y formalidades propios del tipo social de la Sociedad como sociedad de capital:

- La convocatoria debe publicarse en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia en que la Sociedad tiene el domicilio registrado, y que deberá publicarse con una antelación de dos (2) meses, como ya hemos comentado. Además del contenido general exigido a toda convocatoria de junta general de sociedad anónima (arts. 173 y siguientes. LSC), deberá incluir (i) el domicilio actual y al que se traslada; (ii) el derecho de socios y acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado e

informe de administradores ya emitidos, pudiendo obtener copia de los mismos previa solicitud y de forma gratuita; y (iii) el derecho de separación de socios y oposición de acreedores, así como la forma en que ejercitar dichos derechos sociales.

- Se exige un **quórum reforzado** del 50% del capital suscrito presente o representado y con derecho a voto para la válida constitución en primera convocatoria de la junta, y de al menos el 25% en segunda convocatoria. Para la **aprobación del acuerdo de traslado**, de acuerdo con el art. 201 LSC, en primera convocatoria se requerirá mayoría absoluta del capital presente o representado para la adopción de acuerdos, mientras que en segunda convocatoria se requerirá el voto favorable de dos tercios del capital presente o representados cuando concurren accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el 50%.

De acuerdo con los arts. 101 y 102 LSC, el acuerdo de traslado aprobado por la junta debe ser elevado también a escritura pública, para lo cual no será necesaria la intervención de Notario o fedatario público, y deberá presentarse en el Registro Mercantil de origen. El registrador, previo examen y confrontación de los datos registrales en el Registro Mercantil correspondiente con los de la escritura pública, expide una certificación en la que califica el cumplimiento de los actos y trámites exigidos para el traslado, tanto bajo el marco normativo español como el del país de destino. La expedición de esta certificación determina el cierre registral de la hoja abierta para la correspondiente sociedad, pero no cancela la inscripción de ésta, sino que se procede a un traslado de su domicilio, así como de los asientos vigentes que hayan sido presentados en dicho Registro. Por último, la eficacia del traslado, tras todos los trámites, queda sujeta a la inscripción de la sociedad en el correspondiente Registro del nuevo domicilio en el extranjero, en este caso, en Países Bajos.

Como punto importante al que hacer referencia, como consecuencia del posible abuso de poder que supone el voto de Vulture en la adopción del acuerdo de traslado, que tiene como objetivo inmediato la posterior absorción de una filial suya que le aportará voto doble en la junta general de la misma, los socios que voten en contra del acuerdo de traslado tendrán reconocido un **derecho de separación de la Sociedad**, de acuerdo con el procedimiento que establece el Título IX de la LSC.

Del mismo modo, y debido a la modificación del régimen procesal aplicable a la reclamación de garantías establecidas para los créditos que tenga concedidos la Sociedad, se reconoce un **derecho de oposición a los acreedores** cuyos créditos hubieran nacido y no estuvieran vencidos con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado. Esto afectaría en el presente supuesto tanto al fondo acreedor del crédito que todavía mantiene la Sociedad de cuatro (4) millones de euros, así como del crédito solicitado por la Sociedad a una entidad financiera para la compraventa de

las participaciones a los socios de la Target, que debió ser renegociado en condiciones iguales o peores que el crédito de Vulture, de acuerdo con el pacto de socios suscrito en 2013.

Por último, los acreedores solamente disponen del plazo de un (1) mes a contar desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo de fusión o, de darse un traslado individual a cada uno de ellos, desde el envío de esta comunicación escrita. Además, se ha consolidado por la jurisprudencia europea tras el caso *Gebhard* cuáles son los límites que podrán oponer los acreedores frente a un posible traslado transfronterizo de una sociedad deudora de un crédito financiero, bajo el cumplimiento de una serie de requisitos:

*“Que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”.*³¹

B. Jurisprudencia comunitaria

Por otro lado, debemos considerar la posibilidad de que la Sociedad mantenga su sede efectiva en Alcora, mientras que su domicilio fiscal ha cambiado, lo que puede plantear grandes problemas jurídicos. Cabe destacar, como jurisprudencia destacada y que dieron pie a las reformas que introdujo en esta materia la Ley 3/2009, los casos *Cartesio*³² y *Vale*³³ que fueron resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”), en los que el Tribunal europeo introdujo importantes conclusiones que serían aplicables desde ese momento a los traslados transfronterizos, como son:

- (i) La definición de la libertad de establecimiento para las sociedades mercantiles en el ámbito europeo, como establecen los arts. 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”)³⁴, entendiéndose que un país que permite la transformación interna de sociedades no puede impedir una transformación transfronteriza.
- (ii) La posibilidad de que el país de destino requiera a la sociedad trasladada los mismos requisitos exigidos a los tipos mercantiles en su propio ordenamiento jurídico para su constitución (apartado 112 del caso *Cartesio* y apartado 25 del caso *Vale*).

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de noviembre de 1995 (Asunto C-55/94).

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008 (Asunto C-210/06).

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012 (Asunto C-378/10).

³⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2012.

- (iii) Se establece un principio de efectividad para obligar al estado de destino a aceptar los documentos procedentes del país de origen para acreditar efectivamente el cumplimiento de los requisitos legales de transformación, en cumplimiento conjunto de ambas normativas (apartados 44, 48 y 59-61 del caso *Vale*).

Más adelante, el caso *Polbud*³⁵ planteó el problema que es aplicable a nuestra situación referido al punto de conexión que establece cada marco normativo para las sociedades mercantiles, que podrá ser basado en el **principio de incorporación** – que entiende que la sociedad se encuentra sujeta a la legislación del país en que fue originalmente constituida o del país en que se encuentra registrado su domicilio estatutario actual, sin necesidad de conexión con la actividad- o bien en el **principio de sede real** – el cual exige una simultaneidad entre el domicilio estatutario y el centro de administración o actividad principal, o bien ambos-.

La cuestión planteada al TJUE en el caso *Polbud* es si se ampara el traslado transfronterizo desde un Estado que sigue el principio de sede real cuando se pretende cambiar el domicilio estatutario manteniendo el centro de dirección efectiva en el país de origen, entendiéndose el Tribunal que el país de destino no puede oponerse por estar ya inscrita en el mismo y haberse planteado la cuestión jurídica por los tribunales del país de origen. El Tribunal entiende también que, de acuerdo con la doctrina del caso *Vale*, **este Estado de destino podría exigir que se cumpliera su punto de conexión**, estableciendo en su apartado 33 que:

“La transformación transfronteriza estará sometida a que cumpla los requisitos establecidos por la legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio adoptado por ésta para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional”.

De cara a centrar el debate que nos concierne, Holanda está basada en la teoría o principio de incorporación ya comentado, pese a tender hacia la vertiente más “blanda” de las dos, la cual establece el factor de conexión en el país donde se encuentra su domicilio social, y no en donde fue originariamente constituida, por lo que en este caso la Sociedad cumpliría con la normativa holandesa tras el registro de ésta. España, por el contrario, entiende bajo el art. 8.1 LIS que serán consideradas sociedades residentes en territorio español aquéllas que tengan su sede de dirección efectiva en España, entendiéndose como el lugar en donde radique la dirección y control del conjunto de actividades.

Por otro lado, la cuestión que plantea tanto la Abogado General como el TJUE es si para ejercer el derecho de establecimiento es necesario que *Polbud* desarrolle alguna **actividad en el Estado al que se traslada**, entendiéndose bajo la doctrina consolidada del TJUE que sí que sería necesario, pero bastando con que *Polbud* tenga *“la simple intención de constituir un*

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017 (Asunto C-106/16).

establecimiento” en el Estado de destino, que podrá ser un mero establecimiento secundario (apartado 36 del caso *Polbud*). Sin embargo, entiende el Tribunal que en el caso *Centros* (apartado 38) ya se admitió el ejercicio de la libertad de establecimiento cuando una sociedad se había constituido en otro Estado en el que no iba a realizar ninguna actividad, reconociendo la posibilidad de optar por la legislación más ventajosa y que esta sea la única motivación de la transformación transfronteriza.

Así, el Tribunal, basándose en los casos *Centros* y *Uberseering* -los cuales, más que un reconocimiento de la libertad de establecimiento para las sociedades sin actividad en su lugar de constitución se basaba en el respeto al derecho de los Estados que seguían el principio de incorporación-, establece una modificación sustancial y crea un pretexto contrario a las otras sentencias que fueron citadas por la Abogada General, como son los casos *Cartesio* y *Vale*, que se oponían a la elección de una legislación en la que no había contacto real.

Desde un punto de vista práctico esta novedad tiene una gran importancia pues implica favorecer el llamado *Delaware Effect*, entendido como la posibilidad de **optar por las jurisdicciones que las empresas consideren más favorables**. Esto se podía hacer antes solo en el momento de constituir una sociedad, pero ahora las sociedades ya constituidas podrán cambiar de *lex societatis* sin alterar su personalidad jurídica.³⁶

En conclusión, y antes de abordar el régimen fiscal aplicable tras el cambio de domicilio y posterior absorción de la filial, entendemos que es posible el cambio de domicilio al adecuarse a la *lex societatis* del país de destino, que se basa en el principio de incorporación, que queda cumplido tras la constitución de la Sociedad en el registro de Holanda, pese a mantener su sede efectiva en su domicilio social en Alcora. No es exigible por tanto que se realice actividad económica alguna en el país de destino, pese a que se pretende la fusión con la Filial, y podrá beneficiarse del derecho de establecimiento europeo del art. 54 TFUE.

En el **ámbito fiscal**, resuelve la Dirección General de Tributos³⁷ el caso de discordancia producido porque, en aplicación de alguno de los criterios del artículo 8 LIS, la sociedad resultase ser residente fiscalmente en España y, al mismo tiempo, en la medida en que el traslado del domicilio social dé lugar a ser también considerada residente fiscal en el país de destino, que en este supuesto era Portugal, con arreglo a su propia normativa interna, se produciría un conflicto de residencia.

Este hecho daría lugar a un supuesto de doble residencia fiscal, requiriendo acudir al Convenio para evitar la doble imposición, que en nuestro supuesto es el Convenio entre el Gobierno del

³⁶ ÁLVAREZ, S. “El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud.” *Almacén de Derecho* (2017). Disponible en: <https://almacenederecho.org/traslado-internacional-domicilio-transformacion-transfronteriza-la-importancia-la-stjue-polbud>.

³⁷ Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V3538-16 de 27 de julio de 2016.

Estado Español y el Gobierno del Reino de los Países Bajos para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Madrid el día 16 de junio de 1971. En él, establece el artículo 4.4 lo siguiente:

“Cuando en virtud de las disposiciones del número 1, una persona, excluidas las personas físicas, sea residente de ambos Estados, se considerará residente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva.”

Por tanto, la Sociedad seguirá tributando bajo el régimen del Impuesto de Sociedades que establece la LIS, pese a tener su domicilio social registrado en Holanda.

4. ANEXO I: CALENDARIO SOCIETARIO DE LA OPERACIÓN

De acuerdo con el análisis legal llevado a cabo por mi despacho con respecto a las diferentes operaciones societarias ejercitables por la Sociedad para la adquisición de la Target, nos disponemos a detallar de forma sucinta en este Calendario Societario los pasos para cada una de las operaciones, junto con sus plazos y fechas, para que los clientes posteriormente puedan escoger la opción que más les convenga según sus intereses y las posibilidades legales ya planteadas.

1. Adquisición derivativa de acciones propias y su transmisión a cambio de la marca y amortización del excedente

Deberán llevarse a cabo los siguientes actos societarios:

- Convocatoria por el Consejo de Administración en el plazo de un (1) mes para la celebración de Junta General Extraordinaria y publicación de la misma en la web de la Sociedad o en el BORME y un diario de gran circulación de la provincia en que radica el domicilio social (arts. 173 y 176 LSC).
- Acuerdo de Junta General de autorización a la Sociedad para la adquisición derivativa de acciones propias, cuantas veces se desee y por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, sujeto a lo establecido en el art. 146 y siguientes LSC.
- Toma de decisión por parte del Consejo de Administración de la Sociedad, tras haber sido facultado para ello por la Junta General, para concretar la forma en que se llevará a cabo la adquisición derivativa de acciones propias.
- El acuerdo de la Junta General tiene un plazo de vigencia de cinco (5) años.
- Solicitud de nombramiento de experto independiente por la Sociedad ante el Registro Mercantil, debiendo incluir la información contenida en el art. 338.1 RRM.
- Tras la inscripción en el Libro Diario del asiento de presentación de la solicitud y el bien a valorar, dentro de los quince (15) días siguientes, el registrador designará al experto independiente en relación con el bien objeto de valoración.
- El nombramiento se notificará al experto, debiendo comparecer en el plazo de cinco (5) días para aceptar el cargo.
- El experto emitirá el informe dentro del plazo de un (1) mes a contar desde la aceptación de su nombramiento, entregándolo al solicitante y comunicándolo al registrador que cerrará el expediente.

- Elevación a público frente fedatario público de la escritura pública de compraventa de acciones sociales de la Sociedad a cambio de la marca como aportación no dineraria de la Target, haciendo constar en la misma el valor de las acciones por el que se adquieren.
- Tras la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública, comunicación por parte del socio entrante de la transmisión efectuada, de forma escrita, procediendo a practicar la correspondiente inscripción en el Libro Registro de Socios.
- Amortización de excedente de acciones propias dentro del plazo de un (1) año por parte del Consejo de Administración.

ACUERDO	FECHA
Convocatoria de Junta por el Consejo de Administración y publicación	1 de enero de 2021
Acuerdo de Junta General Extraordinaria de autorización a la Sociedad para la adquisición derivativa de acciones propias	1 de febrero de 2021
Decisión del Consejo de Administración para la adquisición	3 de febrero de 2021
Solicitud de nombramiento de experto independiente e inscripción en el Libro Diario por el Registrador	5 de febrero de 2021
Nombramiento de experto independiente por Registrador	10 de febrero de 2021
Aceptación del cargo	12 de febrero de 2021
Entrega del informe de experto independiente	1 de marzo de 2021
Elevación a público de contrato de compraventa de acciones	1 de abril de 2021
Inscripción registral de la escritura pública de compraventa	5 de abril de 2021
Comunicación del socio entrante o del transmitente e inscripción en el Libro Registro de Socios	9 de abril de 2021

Amortización del excedente por el Consejo de Administración	1 de junio de 2021
---	--------------------

2. Ampliación de capital con cargo a aportaciones no dinerarias

Deberán llevarse a cabo los siguientes actos societarios:

- Solicitud de nombramiento de experto independiente por la Sociedad ante el Registro Mercantil, debiendo incluir la información contenida en el art. 338.1 RRM.
- Tras la inscripción en el Libro Diario del asiento de presentación de la solicitud y el bien a valorar, dentro de los quince (15) días siguientes, el registrador designará al experto independiente en relación con el bien objeto de valoración.
- El nombramiento se notificará al experto, debiendo comparecer en el plazo de cinco (5) días para aceptar el cargo.
- El experto emitirá el informe dentro del plazo de un (1) mes a contar desde la aceptación de su nombramiento, entregándolo al solicitante y comunicándolo al registrador que cerrará el expediente.
- Convocatoria por el Consejo de Administración en el plazo de un (1) mes para la celebración de Junta General Extraordinaria y publicación de la misma en la web de la Sociedad o en el BORME y un diario de gran circulación de la provincia en que radica el domicilio social (arts. 173 y 176 LSC). Como peculiaridad, la convocatoria deberá incluir en el orden del día el aumento de capital, de acuerdo con el art. 287 LSC.
- Elaboración de informe de administradores en que se describa las aportaciones no dinerarias, de acuerdo con el art. 300 LSC.
- Acuerdo de Junta General de modificación de los estatutos sociales para el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, sujeto al régimen de quórum y mayorías ya detallados en el informe.
- Ejecución del acuerdo por el Consejo de Administración y acto de suscripción de nuevas acciones, de acuerdo con los arts. 310 y 311 LSC.
- Elevación a público ante fedatario público en una misma escritura pública del acuerdo de aumento y su ejecución, y su posterior presentación a inscripción dentro de los seis (6) meses siguientes (arts. 305, 316 y 508 LSC).
- Tras la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública, se debe publicar en el BORME, que se realizará de oficio por el registrador mediante la comunicación al RMC dentro de los tres (3) días hábiles al asiento de presentación.

ACUERDO	FECHA
Solicitud de nombramiento de experto independiente e inscripción en el Libro Diario por el Registrador	5 de febrero de 2021
Nombramiento de experto independiente por Registrador	10 de febrero de 2021
Aceptación del cargo	12 de febrero de 2021
Entrega del informe de experto independiente	1 de marzo de 2021
Convocatoria de Junta por el Consejo de Administración y publicación	9 de marzo de 2021
Entrega del informe de administradores	9 de abril de 2021
Acuerdo de Junta General Extraordinaria de aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias	9 de abril de 2021
Ejecución del acuerdo por el Consejo de Administración y acto de suscripción de nuevas acciones	20 de abril de 2021
Elevación a público de contrato de compraventa de acciones	27 de abril de 2021
Inscripción registral de la escritura pública de compraventa	3 de mayo de 2021
Comunicación al RMC y publicación en el BORME	5 de mayo de 2021

3. Adquisición de participación de los socios de la Target y fusión por absorción transfronteriza

De acuerdo con lo establecido en el art. 30 y siguientes de la LME, podemos estructurar la fusión en 3 grandes bloques (i) fase preparatoria; (ii) fase decisoria; y (iii) fase de ejecución, para las cuales habrán de llevarse a cabo los siguientes actos societarios:

1. *Fase preparatoria*

- Redacción del proyecto común de fusión por parte de los administradores de ambas sociedades y suscribir un proyecto común de fusión, que deberá hacer constar el contenido mínimo el art. 31 LME. El proyecto deberá ser presentado ante los correspondientes Registros mercantiles de cada una de las sociedades.
- Presentación del proyecto dentro del plazo de seis (6) meses para su aprobación por las Juntas Generales o la Junta Universal.
- Elaboración de informe de administradores por los órganos de gobierno de las sociedades, detallando el tipo de canje.
- Solicitud, nombramiento y aceptación del cargo por el experto independiente.

2. *Fase decisoria*

- Convocatoria por el Consejo de Administración en el plazo de un (1) mes para la celebración de Junta General Extraordinaria y publicación de la misma en la web de la Sociedad o en el BORME y un diario de gran circulación de la provincia en que radica el domicilio social (arts. 173 y 176 LSC). Como peculiaridad, la convocatoria deberá hacerse con posterioridad al depósito del proyecto común de fusión y en dicha junta se aprobará el balance de fusión, que deberá ser el último anual aprobado, cerrado dentro de los último seis (6) meses, o bien cerrándose otro con en su defecto en menos de tres (3) meses.
- Acuerdo de Junta General de autorización a la Sociedad para la adquisición de la totalidad de las participaciones sociales de la Target, de acuerdo con las mayorías ya detalladas, de acuerdo con el art. 61 LME.
- Una vez se adopte el acuerdo deberá ser publicado en el BORME y en un diario de mayor circulación en cada una de las provincias donde las sociedades tengan su domicilio social, de acuerdo con el art. 66.1 y 66.2 LME. Los acreedores cuyos créditos hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido, junto con los socios que voten en contra, tienen un (1) mes desde la publicación del anuncio para ejercer su derecho de oposición o de separación, respectivamente (arts. 38, 44 y 62 LME).

3. *Fase de Ejecución*

- Elevación a público ante fedatario público del acuerdo de adquisición de acciones y de fusión y su posterior presentación a inscripción (arts. 46.2 LME y 231-234 RRM)
- Formalización de la declaración de unipersonalidad o cambio de socio único de la Target e inscribirlo en el Registro Mercantil dentro del plazo de seis (6) meses desde que se formaliza la compraventa, de acuerdo con lo establecido en los arts. 13 y 14 LSC.

ACUERDO	FECHA
Redacción y presentación para su aprobación de proyecto común de fusión conjuntamente	10 de febrero de 2021
Solicitud de nombramiento de experto independiente e inscripción en el Libro Diario por el Registrador	15 de febrero de 2021
Nombramiento de experto independiente por Registrador	16 de febrero de 2021
Aceptación del cargo	18 de febrero de 2021
Entrega del informe de experto independiente	1 de marzo de 2021
Acuerdo de Junta General Extraordinaria de adquisición de acciones de Target y proyecto de fusión	8 de marzo de 2021
Publicación en el BORME y en un diario de mayor circulación en cada una de las provincias donde las sociedades tengan su domicilio social	19 de marzo de 2021
Elevación a público de acuerdo de adquisición de acciones y proyecto común de fusión aprobado	1 de abril de 2021
Inscripción registral de la escritura pública de fusión	9 de abril de 2021
Declaración de unipersonalidad o cambio de socio único de la Target e inscripción en el RM	16 de abril de 2021

INFORME LEGAL – DOÑA AMPARO Y DOÑA LIDÓN

Este informe tiene como objeto el asesoramiento legal a Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra que ha sido solicitado en su condición de accionistas de la Sociedad, con el fin de oponerse a la operación pretendida de adquisición de la Target por considerarla abusiva y que atenta contra el deber de lealtad del resto del accionariado.

1. Oponibilidad al Pacto de Socios

Se nos plantea la posibilidad de que el pacto de socios bajo el cual se renegociaron las condiciones del acuerdo de refinanciación que tuvo lugar entre los socios accionistas de la Sociedad y Vulture en el año 2013 nunca llegara a acordarse por Doña Amparo y Doña Lidón.

En una primera aproximación a la problemática legal, los pactos parasociales aparecen legalmente recogidos por primera vez en nuestro ordenamiento bajo esta denominación en la llamada Ley de Transparencia³⁸, que modifica la Ley de Mercado de Valores (en adelante, “LME”)³⁹, estableciendo la necesidad de hacer públicos estos acuerdos que cada vez tenían más relevancia en el tráfico jurídico de las sociedades cotizadas.

Si bien no existe una definición clara de los mismos en ningún cuerpo normativo, pueden ser definidos como “los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, *en sus relaciones internas*, las reglas legales y estatutarias que la rigen”. Subraya Cándido Paz-Ares en esta definición la importancia de la expresión “en sus relaciones internas”, puesto que lo característico de estos pactos es que “no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben”⁴⁰.

Los pactos parasociales que obligan a todos los socios de la mercantil se denominan omnilaterales, y pese a su naturaleza obligacional, están sometidos a los mismos límites normativos que los estatutos sociales, no pudiendo vulnerar normas imperativas societarias, o serán declarados nulos de pleno derecho.

En lo que respecta a las prestaciones accesorias, el supuesto nos enuncia que fueron incluidas en el citado pacto como una obligación de hacer o, mejor dicho, como una obligación de “acceder” a la suscripción del citado pacto por la totalidad de los socios, al que debían quedar sujetos para

³⁸ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

³⁹ Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores

⁴⁰ PAZ ARES, C. “El *enforcement* de los pactos parasociales”. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez nº 5 (2003). Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>.

que pudiera alcanzar así la eficacia que se pretendía. Establece el art. 86 LSC los límites que deberán tenerse en cuenta a la hora de suscribirse prestaciones accesorias, las cuales no podrán integrar el capital social y que podrán ser establecidas estatutariamente como obligatorias para todos o alguno de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias acciones sociales determinadas. La creación de estas prestaciones se encuentra sujeta a las reglas existentes para las modificaciones estatutarias de las sociedades anónimas, de acuerdo con el art. 89 LSC, debiendo por tanto concurrir el cumplimiento del régimen de quórum del art. 194 LSC ya mencionado, así como el régimen de mayorías del art. 201.2 LSC, junto con el consentimiento individual de los socios. Será entonces cuando se podrá establecer estatutariamente la obligación de todos los socios de suscribir el pacto parasocial.

Como podemos observar por la información que nos detalla el supuesto, Doña Amparo y Doña Lidón entraron en el accionariado en momentos temporales diferentes, ya que en el caso de Doña Amparo fue tras la liquidación en 2014 de la sociedad de gananciales que mantenía con el que era entonces socio y su marido, Don Antonio, mientras que Doña Lidón pasa a ser accionista de la Sociedad en 2012 cuando sus progenitores le transmitieron el 8% del capital. Esto plantea importantes consecuencias debido a que el acuerdo de refinanciación y el correspondiente pacto parasocial que nos concierne tuvo lugar en 2013, en un momento posterior a la entrada en el accionariado de Doña Lidón y anterior a la entrada de Doña Amparo.

En este sentido, el **consentimiento individual de Doña Lidón fue condición *sine qua non* para la creación de las prestaciones accesorias**, las cuales establecían la obligación estatutaria de suscripción del pacto parasocial cuya oposición planteamos, el cual pudo no haberse suscrito por ella y por tanto no obligándola a su cumplimiento, lo que produciría una diferenciación entre clases de acciones con prestaciones accesorias aparejadas y suscripción del pacto de socios, así como otra clase de acciones sin estas prestaciones como consecuencia del no otorgamiento del consentimiento de Doña Lidón en 2013.

Por otro lado, Doña Amparo entró en el accionariado con posterioridad al acuerdo de refinanciación y el pacto parasocial suscrito por los socios en 2013, momento en el cual ya se habían constituido estatutariamente las prestaciones accesorias. Como ya hemos explicado, si bien los pactos parasociales en su condición de contrato entre todos o parte de los socios y sujeto al Derecho de Contratos no obliga a la sociedad, la inclusión estatutaria de una prestación accesorias personalísima de hacer, destinada a la suscripción y cumplimiento obligatorio del referido pacto, hace que el pacto adquiera fuerza de ley como norma estatutaria y sea oponible frente a terceros que entren en el accionariado. No obstante, esta publicidad registral que le otorga su inclusión en los estatutos no permite una equiparación normativa entre el contrato social y los pactos sociales omnilaterales, que serán inoponibles a la sociedad en cuestión, porque su eficacia

está limitada *inter partes* y no puede producirse un levantamiento del velo, y no pudiéndose impugnar un acuerdo social adoptado en junta que contradiga lo dispuesto en el referido pacto⁴¹.

Entiende la jurisprudencia y doctrina con respecto a la entrada de nuevos socios y su posición con respecto a pactos parasociales ya existentes que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, como establece el art. 1257 CC, entendiéndose que los derechos y obligaciones contenidos en los mismos no se transmiten junto con las acciones o participaciones a las que se encuentran aparejadas. Por tanto, se requiere que el socio entrante acepte de forma expresa la vinculación al pacto referido o, de no darse este consentimiento individual, el pacto no surtirá efecto entre las partes, debiendo entender por analogía que esto sería aplicable también para la vinculación a prestaciones accesorias, las cuales requieren el consentimiento individual de todos los obligados. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de noviembre de 2016, en su Fundamento Jurídico 3º, dicta lo siguiente:

“El pacto parasocial vincula a los socios que lo suscribieron, sin que pueda hacerlo valer don Fermín, ajeno al mismo y adquiriente de las acciones de su padre, en quien pueden no concurrir las cualidades que en su día llevaron a la otra socia a suscribirlo”.

No obstante, esta falta de vinculación a los nuevos socios tiene escasa relevancia práctica, puesto que siempre podrán incluirse en el referido pacto cláusulas como de limitación de las transmisiones, requiriendo la vinculación al pacto del nuevo socio entrante como requisito para su adquisición. Por otro lado, debemos hablar de las ya comunes *deed of adherence* o cláusulas de adherencia a los pactos de socios, por la cual el socio saliente que transmite su participación social se obliga a garantizar la aceptación del pacto omnilateral por el socio entrante adquiriente, y de no darse esta aceptación, queda obligado como garante de los perjuicios que se deriven.

Debemos entender en esta línea que, si bien el consentimiento de Doña Lidón fue necesario para incluir estatutariamente la prestación accesorias de obligación de suscribir el pacto, Doña Amparo por el contrario no estaría vinculada a su cumplimiento a menos que existiese alguna de las cláusulas en el pacto ya mencionadas, lo cual desconocemos. La falta de adherencia al pacto implicaría la pérdida de su oponibilidad como pacto omnilateral o universal que obliga a todos los socios estatutariamente, perdiendo su eficacia y pudiendo incluso extinguirse.⁴²

Por lo tanto, el incumplimiento de Doña Lidón de la prestación accesorias que entendemos quedó incluida estatutariamente de suscribir el pacto supone un incumplimiento del contrato social, pudiendo darse tanto consecuencias penales que pudieran haberse establecido tanto en el propio

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 635/2016 de 25 de febrero de 2016.

⁴² FELIU REY, J. “Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; Madrid (2006) p. 197-202.

pacto como en los estatutos, de acuerdo con el art. 127 RRM, o la exclusión de los mismos de establecerse estatutariamente.

Por último, cabría otra posibilidad en la que Doña Lidón no hubiera otorgado el consentimiento individual para la inclusión estatutaria de las prestaciones accesorias por entender que se impone en abuso de la mayoría, lo que provocaría que su inclusión en los estatutos hiciera referencia a la diferenciación, por medio de clases de acciones u otro método, de accionariado que estuviera obligado por las prestaciones accesorias, y el que no lo estuviera. En caso de haberse producido tal hecho, podría entenderse como no inscribible por parte del registrador que la califique, puesto que la prestación accesorio perdería su razón de ser, deviniendo ineficaz y pudiendo extinguirse por la mera falta de otorgamiento de consentimiento por Doña Lidón.

2. Incumplimiento por los administradores de sus deberes de lealtad

Los administradores, en su condición de gestores del interés social de la mercantil bajo cuyo nombre actúan en el tráfico jurídico, deben desempeñar, de acuerdo con lo establecido en el art. 227.1 LSC: *“el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*.

Este deber de lealtad se manifiesta en las obligaciones recogidas en el art. 228 LSC y que son:

- (i) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.
- (ii) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso tras cesar del mismo, salvo en los casos permitidos por la Ley.
- (iii) 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. De entre las posibles personas vinculadas que establece el art. 231 LSC, encontramos que serán consideradas como tal para el caso de administrador persona-jurídica las sociedades intra grupo, entendiendo como tal la participación del representante persona física nombrado por Vulture en el acuerdo sobre la adquisición de sociedades filiales de Vulture.
- (iv) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Podría considerarse que esta obligación se ha visto incumplida por las actuaciones llevadas a cabo por el representante persona física designado por Vulture -en su condición de administrador persona jurídica-. Sin embargo, no podemos otorgar a Vulture la

condición de tercero con respecto a la Sociedad, ya que actúa como administrador y es socio del 44% de participaciones de la mercantil, por lo que sus intereses personales no podrán subsumirse con respecto a este supuesto.

- (v) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir situaciones en las que sus intereses, tanto por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la Sociedad. Este caso sí que sería aplicable a Vulture en su condición de socio y administrador bajo el ejercicio de representación del consejero designado por ellos para actuar en su nombre. Este deber se concreta en una doble obligación: (i) en primer lugar, una obligación de abstenerse en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en que el administrador tenga un conflicto de interés, de acuerdo con el art. 228.c) LSC, obligación que se extiende a la abstención de realizar transacciones con la Sociedad; y en segundo lugar, un deber de revelación o *disclose*, que obliga a comunicar al resto de administradores del órgano de gobierno cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, entre los intereses de los administradores y los de la sociedad, así como a hacerlo constar en la memoria anual.

De acuerdo con estas obligaciones y las actuaciones llevadas a cabo por Vulture a través del consejero designado por ellos, debemos considerar que ha existido un **incumplimiento del deber de lealtad** por parte de Vulture al no cumplir su deber de abstención que desarrollaremos más adelante.

La infracción cometida tiene como consecuencia la posibilidad de que se ejerza una acción de responsabilidad por los daños producidos al interés social, de acuerdo con el art. 236 LSC, que podrá exigirse a través de:

- (i) la acción social de responsabilidad, cuando los daños han sido causados directamente a la Sociedad; y
- (ii) la acción individual, cuando los daños han sido causados a un tercero distinto de la Sociedad.

Nuestro supuesto debe encuadrarse en el ejercicio de la primera acción, bajo el supuesto de un administrador que ha actuado en beneficio propio y con perjuicio para el interés social. La legitimación activa para el ejercicio de esta acción la ostentará, en primer lugar, la propia sociedad que ha sufrido el daño, y con carácter subsidiario, los socios y acreedores, siempre que el daño afecte, aunque indirectamente, también a los mismos.

Si la acción es ejercitada por la Sociedad, de acuerdo con el art. 238 LSC, es la junta general quien debe decidir, por medio del pertinente acuerdo, sobre el ejercicio de la acción social contra los administradores, con las peculiaridades de que podrá adoptarse aun no constando en el orden

del día y que requerirá de la mayoría de votos válidamente emitidos que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las acciones en que se divide el capital social, mayoría que no podrá ser alterada ni reforzada (art. 238.1 LSC).

En este sentido, los votos correspondientes a la participación social que ostenta Doña Amparo y Doña Lidón no serán suficientes, por lo que habrá que acudir a la acción subsidiaria por parte de los socios de la Sociedad. Esta acción, para la cual se encuentran legitimadas Doña Amparo y Doña Lidón por su condición de socios de la Sociedad, se encuentra regulada en el art. 239 LSC y presenta ciertas particularidades:

- (i) la acción social de responsabilidad podrá ser ejercida por los socios que ostenten más del 5% del capital social, estando legitimados en ese caso a solicitar la convocatoria de la junta y, en caso de falta de convocatoria de junta tras su previa solicitud, de acuerdo en junta general para el ejercicio de la acción y transcurso del mes de plazo para ejercitarla, o en caso de acuerdo contrario a ejercer la acción, estarán legitimados subsidiariamente para ejercerla por ellos mismos; y
- (ii) existiendo una legitimación directa y excepcional a favor de los socios que representen el 5% del capital social, que podrán ejercitar dicha acción sin necesidad de acuerdo de la junta, cuando la acción se fundamente en la infracción del deber de lealtad, como ocurre en nuestro caso.

Por lo tanto, nuestras clientes tendrían legitimación activa directa y subsidiaria en caso de no ser ejercida por la propia Sociedad para reclamar a los administradores por su incumplimiento del deber de lealtad, si bien el ejercicio de la acción por parte de los socios no determina la destitución de los administradores afectados, a diferencia de lo que ocurre con la acción ejercitada por la Sociedad, por lo que será preferible este último caso para la destitución de Vulture como administrador.⁴³

3. Exigir abstención de los socios en la votación sobre el traslado de domicilio

La LME incluyó en su regulación el traslado de domicilio social de una mercantil española al extranjero. El art. 97 LME establece lo siguiente:

“El traslado del domicilio a otro Estado habrá de ser acordado necesariamente por la junta de socios con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada.”

⁴³ Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE, p. 329 y ss.

El régimen aplicable a nuestro supuesto será el establecido para las sociedades anónimas, siendo competente la junta general de la aprobación del cambio de domicilio social al extranjero, la cual estará sujeta a ciertos requisitos y formalidades propios del tipo social de la Sociedad como sociedad de capital:

- La convocatoria debe publicarse en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia en que la Sociedad tiene el domicilio registrado, y que deberá publicarse con una antelación de dos (2) meses, como ya hemos comentado. Además del contenido general exigido a toda convocatoria de junta general de sociedad anónima (arts. 173 y siguientes LSC), deberá incluir (i) el domicilio actual y al que se traslada; (ii) el derecho de socios y acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado e informe de administradores ya emitidos, pudiendo obtener copia de los mismos previa solicitud y de forma gratuita; y (iii) el derecho de separación de socios y oposición de acreedores, así como la forma en que ejercitar dichos derechos sociales.
- Se exige un **quórum reforzado** del 50% del capital suscrito presente o representado y con derecho a voto para la válida constitución en primera convocatoria de la junta, y de al menos el 25% en segunda convocatoria. Para la aprobación del acuerdo de traslado, de acuerdo con el art. 201 LSC, en primera convocatoria se requerirá mayoría absoluta del capital presente o representado para la adopción de acuerdos, mientras que en segunda convocatoria se requerirá el voto favorable de dos tercios del capital presente o representados cuando concurren accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el 50%.

De acuerdo con los requisitos exigibles para acordar el traslado por la Sociedad, cabe preguntarnos ahora si es posible exigir al resto de socios que se abstengan de votar a favor de dicho acuerdo, como consecuencia de la promesa hecha por Vulture de retribuir con una prima por el éxito del traslado a todos los miembros del órgano de administración de la Sociedad.

El art. 190.1 LSC establece los supuestos bajo los cuales el socio deberá abstenerse de votar la adopción de un acuerdo que, si bien no son oponibles a Vulture en nuestro caso, sí que hacen referencia en su apartado 3 del citado precepto que, en caso de existencia de conflicto de intereses entre el socio y la Sociedad, será la Sociedad y el socio entre los que existe la situación de conflicto sobre los que recaiga demostrar que el acuerdo adoptado con su voto decisivo no es contrario al interés social.

La participación de Vulture es del 44% del capital social, por lo que, si bien se le considera como socio mayoritario, su voto no será decisivo para la adopción de dicho acuerdo, al no ostentar más del 51% del capital social, lo que le otorgaría la consideración de socio dominante. Es Vulture el principal interesado en que se concluya dicha operación, puesto que tras el traslado se pretende

proceder a la fusión con la sociedad holandesa Nederlandse Gier-NV, filial de Vulture, y que reconoce en sus estatutos unas cláusulas de lealtad que atribuyen el voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad. Si bien desconocemos esta información, presuponemos que Vulture ostenta la condición de socio de la filial por más de dos (2) años, lo cual ocurriría en todo caso siempre y cuando la filial tuviera más de dos (2) años de antigüedad desde su constitución, debiendo a su régimen de unipersonalidad.

Por tanto, debemos considerar que, si bien no aplica ninguno de los supuestos que establece el art. 190 LSC, solamente podrá ser alegado por nuestras clientas la existencia de un conflicto de intereses entre la Sociedad y el socio mayoritario que es Vulture, el cual ofrece a los socios que voten a favor de la adopción del acuerdo una prima de éxito, y cuya operación le permitiría gozar de voto doble de acuerdo con los estatutos de la sociedad holandesa que se va a fusionar. En caso de que se concediera el reconocimiento de este conflicto de intereses, si bien lo entendemos como difícil, se produciría un cambio de las mayorías, al eliminar el capital social que le corresponde a Vulture. Con respecto a las primas ofrecidas por dicho socio, se entienden aceptadas las llamadas “primas de asistencia” para las sociedades cotizadas, de acuerdo con el art. 521.bis LSC, si bien se requieren eventuales restricciones para que no se desvirtúe su uso y se utilicen para favorecer la adopción de diferentes acuerdos sociales, por lo que las primas que se anuncian en nuestro caso no parecen que puedan declararse nulas de pleno derecho.

4. Impugnar el acuerdo de traslado de domicilio por abusivo

Se tipifica como delito, de acuerdo con el art. 291 del Código Penal (en adelante, “CP”)⁴⁴, la conducta de quienes, prevaleciéndose de su posición mayoritaria en la junta general u órgano de administración, imponen acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la sociedad. En este sentido, regula el art. 204 LSC los acuerdos que serán impugnables, entre los que se incluye los ya definidos acuerdos abusivos:

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

2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.

3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.”

⁴⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Existirá lesión del interés social, de acuerdo con la doctrina, en los acuerdos que no causen un daño patrimonial a la sociedad en beneficio de uno o varios socios, pero que se imponga de forma abusiva por la mayoría, considerando como tal todo acuerdo que, sin responder a una necesidad razonable de la Sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios.

De acuerdo con la jurisprudencia que desarrolla la adopción de estos acuerdos lesivos del interés social⁴⁵, destacamos las siguientes características de esta lesión que regula el art. 204.1 LSC:

- La lesión puede no ser actual, sino suficiente el peligro potencial del daño que podrá producirse, como es el caso del beneficio de tener voto doble por parte de Vulture de acuerdo con los estatutos de la Filial.
- El daño puede no ser económico, pudiendo consistir en ventaja política, social o profesional, como ocurriría con la ganancia de mayoría por parte de Vulture en los órganos de gobierno de la Filial que se absorbe.
- El interés social se entiende como la suma de los intereses particulares de todos los socios, de acuerdo con la teoría contractualista, sin que pueda atenderse a un solo interés que, pese a ser legítimo, no corresponde con el interés de los socios.

Entiende en este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra nº 540/2019, del 14 de junio de 2019 en su Fundamento Jurídico 2º un desarrollo del ya explicado “abuso de mayorías”, así como su interrelación con el “abuso de derecho” del art. 7.2 del Código Civil (en adelante, “CC”)⁴⁶, dictando lo siguiente:

*“Tradicionalmente, el control de estas decisiones mayoritarias en el ámbito de la impugnación de acuerdos se había resuelto desde la perspectiva del abuso de derecho y sobre dicha base se ha consagrado el carácter lesivo para el interés social de los acuerdos expropiatorios para la minoría, que no causan daño al patrimonio social -cfr. STS de 10 de febrero de 1992 -. La STS de 17 de enero de 2012, [RJ 2012/4981], con cita de la STS no 873/2011, de 7 de diciembre, [RJ 2012/3521], constituye un auténtico compendio jurisprudencial en la materia y acude a la proscripción general de **abuso de derecho** como **medio para combatir la adopción de acuerdos sociales lesivos para la minoría**, en los que es posible apreciar una conducta opresiva de los socios mayoritarios:*

“...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

⁴⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 6606/1999, de 23 de octubre de 1999; 7192/2000, de octubre de 2000; y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 1992 y de 30 de marzo de 1993.

⁴⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

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 -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre (RJ 2009 , 17) , y 770/2011 (RJ 2012, 1372), de 10 de noviembre-".

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo 1353/2006, de 7 de marzo de 2006, analiza el supuesto de aportación no dineraria de rama de actividad a cambio de acciones por parte de una sociedad constituida unos meses antes por dos de los socios favorables al acuerdo, y que fue impugnado por considerarse lesivo al interés social:

"En la sentencia recurrida se identificó la lesión de los intereses sociales, que exige el artículo 115.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para la anulación del acuerdo, con la causada a los derechos políticos de los socios demandantes, dada su condición de minoritarios y ejercientes de un control de los posibles abusos de la mayoría.

Se declaró en dicha resolución que un acuerdo que "elimina a la molesta minoría, sin que se haya demostrado que existan razones suficientes que justifiquen esa decisión"..."vulnera el interés social, al resultar lesionado el interés de los socios por pérdida de derechos políticos que impiden la fiscalización correcta de la sociedad en orden a una gestión diáfana y ajustada a la legalidad en el tráfico jurídico económico."

De acuerdo con lo establecido, el traslado no computa ningún interés a la Sociedad, puesto que la legislación holandesa no se entiende más favorable para la organización del funcionamiento de la Sociedad, ni tampoco un interés al conjunto de socios, sino que se otorga una ventaja única y exclusivamente a aquéllos que voten a favor de la adopción del acuerdo, a partir de la prima ofrecida por Vulture. No obstante, es dudoso el entender que existe un perjuicio a los socios minoritarios, lo cual solamente podría ser entendible porque Vulture pasaría a ostentar un voto doble de acuerdo con los estatutos de la filial holandesa, si bien habría que analizar la aplicabilidad de dicha cláusula, puesto que se produce una fusión por absorción por la que desaparecería dicha filial.

La legitimación para presentar la solicitud de calificación del acuerdo social como abusivo le corresponde a cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten interés legítimo y a los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que

representen, individual o conjuntamente, al menos el 1% del capital social, de acuerdo con el art. 206.2 LSC. En este sentido, nuestras clientas se encuentran legitimadas para presentar la demanda tanto individual como de forma solidaria, no exigiéndose ya como requisito para impugnar dichos acuerdos que se haga constar en acta de junta la oposición a la aprobación del acuerdo.

Asimismo, en lo que al procedimiento de impugnación se refiere debemos tener en cuenta las siguientes peculiaridades:

- La acción de impugnación se deberá dirigir contra la Sociedad.
- Los socios que hayan votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez.
- No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien, habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho.
- La acción de impugnación caduca en el plazo de un (1) año desde la fecha de adopción del acuerdo, y si éste hubiera sido inscrito, desde la fecha de oponibilidad de la inscripción.
- En virtud del artículo 727.10º LEC, se permite que los accionistas que representen el 5% del capital social en sociedades no cotizadas y que hubieren impugnado el acuerdo, soliciten al juez la suspensión del mismo como medida cautelar.
- El procedimiento que se seguirá es el propio juicio ordinario.
- La sentencia en la que se decida sobre el acuerdo impugnado producirá efectos para todos los accionistas pero no para terceros de buena fe que hubieren adquirido derechos a consecuencia del acuerdo impugnado.
- La sentencia estimatoria habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, y si el acuerdo impugnado estuviese inscrito, la sentencia determinará la cancelación del asiento registral y de los posteriores contradictorios con él.⁴⁷

Por último, entiende la DRGN⁴⁸ que la eventual caducidad de la acción de impugnación del acuerdo no lo convierte en válido, sino que los convierte en inatacables en vías de impugnación. Sin embargo, se entiende inadmisibles que el transcurso del tiempo transforme lo nulo en válido, por lo que un acuerdo contrario a la ley o estatutos, aunque no pueda ser impugnado judicialmente, no podrá acceder al registro, debiendo proceder a su regularización.

⁴⁷ Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE p. 922 y ss.

⁴⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 30 de mayo de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, J. “Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones” *Almacén de Derecho* (2020). Disponible en: <https://almacenederecho.org/los-negocios-de-una-sociedad-sobre-sus-propias-acciones-o-participaciones>.
- ALONSO LEDESMA, C. “La segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Tomo II. Aranzadi; Navarra (2009) p. 511.
- ÁLVAREZ, S. “El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud.” *Almacén de Derecho* (2017). Disponible en: <https://almacenederecho.org/traslado-internacional-domicilio-transformacion-transfronteriza-la-importancia-la-stjue-polbud>.
- ANTUÑA PLAZA, C. J. “El informe de expertos independientes: su necesidad en las fusiones y escisiones de empresas”. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-informe-expertos-independientes-fusion.htm>.
- BANACLOCHE PÉREZ, J: “*Tributación de las Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles*”, en “La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”. Tirant lo Blanch; Valencia (2010) p. 310.
- CHULIÁ, F. V. “Introducción al Derecho mercantil. Volumen 1.” *23ª Ed.* Tirant lo Blanch; Valencia (2012).
- Consulta nº 11 publicada en el BOICAC 75 (septiembre 2008).
- FAUS, M. “Aportaciones no dinerarias en caso de aumento de capital de una sociedad anónima”. *Vlex*. Disponible en: <https://practico-sociedades.es/vid/aportaciones-aumento-capital-oacute-66954089>.
- FELIU REY, J. “Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; Madrid (2006) p. 197-202.
- GARCÍA MARTÍNEZ, L. M. “La escisión parcial y la segregación como formas de reestructuración empresarial” Tutora: Prof. Dra. Alonso Ledesma, C. Trabajo de Fin de Máster; Universidad Complutense de Madrid (2011).
- GUASCH MARTORELL, R. “La escisión de sociedades en el derecho español”. CIVITAS; 1992, p.114-115.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LÓPEZ TELLO, J. Y CREMADES SCHULZ, M. “El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo”. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 25-2010.

Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE, p. 1159.

Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE, p. 767 y ss.

Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE, p. 771.

Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE, p. 922 y ss.

Memento Ley de Sociedades Mercantiles LEFEBVRE, p. 329 y ss.

Norma de Registro y Valoración 18ª del Plan General Contable de 2007.

PAZ ARES, C. “El *enforcement* de los pactos parasociales”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* n° 5 (2003). Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>.

PAZ ARES, C.: “Los negocios sobre las propias acciones”. Thomson CIVITAS; Pamplona (2008) p. 502-503.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

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.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 2017.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 2017.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 1986.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 2011.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 2014.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 30 de mayo de 2018.

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V3538-16 de 27 de julio de 2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) 91/2004 de 3 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de marzo de 1993.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, del 12 de septiembre de 2012.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008 (Asunto C-210/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017 (Asunto C-106/16).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012 (Asunto C-378/10).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de noviembre de 1995 (Asunto C-55/94).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1968.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, nº 635/2014, de 2 de noviembre de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 1353/2006, de 7 de marzo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 6009/2007, de 14 de septiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 635/2016 de 25 de febrero de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 6606/1999, de 23 de octubre de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 7192/2000, de octubre de 2000.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2012.