



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA
(2019-2021)**

**Doble Máster Acceso a la Abogacía y Derecho de la Empresa
(GRUPO A)**

**Máster Universitario en Acceso a la Abogacía
Especialidad Empresa**

CUADRA QUINTANA, LIDIA

ÍNDICE

A. INFORME 1

I. ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA POR CERTRONIC

1. ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA A TRAVÉS DE LAS ACCIONES QUE CERTRONIC GENERE EN AUTOCARTERA
2. ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE EL AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL
 - 2.1. LA ADOPCIÓN DEL CORRESPONDIENTE ACUERDO SOCIAL
 - 2.1. LA EJECUCIÓN DEL AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL
 - 2.2. FORMALIDADES DEL ACUERDO DE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL
 - 2.4. LA MODALIDAD DEL PRESENTE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL (AUMENTO DE CAPITAL POR APORTACIONES NO DINERARIAS)
3. COMPRAVENTA DE LAS PARTICIPACIONES DE CIR-CERÁMICA POR CERTRONIC COMO MODO DE ADQUISICIÓN (S.A.P)
 - 3.1. ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD (N.D.A)
 - 3.2. CARTA DE INTENCIONES (L.O.I)
 - 3.3. DUE DILIGENCE (D.D.)
 - 3.4. EL CONTRATO
4. CONCLUSIÓN

II. FUSIÓN (POR ABSORCIÓN) IMPROPIA DIRECTA TRANSFRONTERIZA INTRACOMUNITARIA.

1. EL PROYECTO DE FUSIÓN
2. PUBLICIDAD (art. 32 LME)
3. INFORME DE LOS ADMINISTRADORES Y DE EXPERTOS SOBRE EL PROYECTO DE FUSIÓN (art. 33 y 34 LME)
4. PUBLICACIÓN DEL ACUERDO (art. 43 LME)

5. DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES Y SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS (art. 44 y 62 LME)
6. ESCRITURA PÚBLICA DE FUSIÓN (art. 45 LME)
7. CERTIFICACIÓN PREVIA A LA FUSIÓN (art. 64 LME)
8. CONTROL DE LEGALIDAD (art. 65 LME)
9. PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN DE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA (art. 66 LME)

III. TRASLADO DE DOMICILIO A LOS PAÍSES BAJOS

1. PROYECTO DE TRASLADO Y ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE TRASLADO EN LA JUNTA DE SOCIOS
2. DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS Y OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES
3. EFICACIA DEL TRASLADO DE DOMICILIO Y RÉGIMEN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL
4. INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL PAÍS DE DESTINO Y CANCELACIÓN DE LA HOJA REGISTRAL EN ESPAÑA
5. SENTENCIA TJUE C-106/2016, DE 25 DE OCTUBRE DE 2017 - CASO POLBUD -
6. CONCLUSIÓN
7. ANEXO I

B. INFORME 2

1. CONSECUENCIAS DE QUE D^a AMPARO Y D^a LINDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS
2. POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE SUS DEBERES DE LEALTAD
3. POSIBILIDAD DE EXIGIR A LOS DEMÁS SOCIOS QUE SE ABSTENGAN DURANTE LA VOTACIÓN DE LA JUNTA EN LA QUE DEBEN DECIDIR SOBRE EL TRASLADO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS
4. POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL CORRESPONDIENTE ACUERDO POR ABUSIVO

INFORME 1

I. Posibilidades de adquirir la marca de “CirCerámica”

II. Posible fusión por absorción

III. Posibilidad de Traslado de domicilio social de “CerTronic” a los Países Bajos

El presente informe tiene por objeto analizar las diferentes vías y posibilidades con las que la sociedad CerTronic, S.A. (en adelante “Certronic”) cuenta para adquirir la marca de la sociedad italiana Cir-Cerámica società a responsabilità limitata (en adelante “Circerámica”) a la vista de los hechos que se desprenden del presente supuesto.

I. ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA POR CERTRONIC

En aras de conseguir y culminar de la manera más fructífera, accesible y óptima posible la adquisición de CirCerámica por parte de CerTronic, analizaremos, a la vista de los hechos, las distintas vías que el ordenamiento jurídico español nos concede para posibilitar dicha operación, estableciendo así, un marco que nos permita analizar cuál sería la opción más asequible y beneficiosa a elegir o aconsejar.

En primer lugar, nos centraremos en explicar la posibilidad, así como, los requisitos y el procedimiento a seguir, en caso de que CerTronic adquiriera la marca de CirCerámica mediante una operación previa de adquisición derivativa de acciones propias (autocartera) que, CerTronic, efectuaría con el propósito de, posteriormente, entregar a los socios de CirCerámica las acciones que se correspondan con el valor de la marca que la sociedad ostente en el momento en que se efectúe la operación, y, seguidamente, en caso de que hubiera excedente de las acciones adquiridas, la forma en la que se debería amortizar el mismo. Dicha operación se asimila a lo que viene a ser conocido como contrato de permuta que, por lo general, se trata del intercambio que hacen las partes de un bien por otro sin que haya dinero de por medio.

En segundo lugar, plantearemos la posibilidad, los requisitos, así como, el procedimiento a seguir en caso de que CerTronic optase por realizar un aumento de capital social con el objetivo de adquirir la marca de CirCerámica. Dicho aumento de capital social se realizaría a través de una de las modalidades ofrecidas por la Ley de Sociedades de capital 1/2010 de 2 de Julio (en adelante “LSC”) conocida como ampliación de capital por aportaciones no dinerarias (art. 300 de la LSC).

Y, en tercer y último lugar, se barajará la posibilidad, procedimiento y requisitos en caso de que CerTronic prefiera realizar una compraventa de las participaciones de Circerámica dónde CerTronic efectuaría el pago correspondiente del valor de las participaciones que ambos socios tienen en Circerámica a cambio de adquirir las mismas, convirtiéndose así, en socio único de la entidad adquirida.

Conforme al orden anteriormente expuesto respecto de las distintas vías que se ofrecen y que, CerTronic baraja para efectuar la adquisición de la marca de CirCerámica, comenzaremos el

presente informe a fin de desvelar, la opción, como decíamos al comienzo del presente escrito, más asequible y beneficiosa.

1. ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA A TRAVÉS DE LAS ACCIONES QUE CERTRONIC GENERE EN AUTOCARTERA

En primer lugar, conviene hacer un pequeño análisis de lo que se entiende por autocartera, y, por consiguiente, qué es la autocartera, así como, los dos tipos de autocartera existentes en la actualidad.

Grosso modo por autocartera se entiende el conjunto de acciones o participaciones de una sociedad cuya titularidad corresponde a la propia sociedad. Se trata básicamente de aquellas operaciones que conducen a la adquisición por parte de la sociedad de sus propios títulos y, una vez realizada mencionada adquisición se dice que la sociedad tiene las acciones o participaciones en “autocartera”.

Tras una extensa evolución, actualmente, la autocartera se encuentra regulada en los artículos comprendido entre el 134 y 158 del Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”).

Debemos distinguir dentro de las adquisiciones de acciones y participaciones propias, la adquisición originaria comprendida entre los artículos 134 - 139 de la LSC (prohibición absoluta de suscripción de acciones/participaciones en fase de constitución o fundacional de la sociedad o con motivo de ampliación de capital) y, en contraste, la adquisición derivativa de acciones o participaciones propias comprendida en los artículo 140 y ss. LSCA, que es en la que nos vamos a centrar a la hora de analizar la factibilidad de efectuarla en el presente supuesto.

La Sociedad CerTronic, S.A. (en adelante, “CerTronic”) es una sociedad anónima, y, por tanto, su capital social se encuentra integrado por acciones. De este modo, nos enfocaremos en la adquisición de acciones propias por parte de una sociedad anónima.

La norma jurídica mencionada denomina adquisición derivativa de acciones propias a la que se produce con posterioridad a la emisión de las mismas, es decir, en un momento posterior al de la constitución de la sociedad y distinto al de la ampliación de capital que esta pueda realizar.

Comprobamos que, Certronic no podría adquirir sus propias acciones libremente - sin tener que cumplir los requisitos establecidos en el art. 146 LSC que se expondrán a continuación -, al no

encontrarse intrínseca dentro de los supuestos excepcionales establecidos en el artículo 144 de la LSC.

Así, nos dirigiremos al artículo 146 de la LSC a fin de explicar la posibilidad, los límites y requisitos que la sociedad debería cumplir para poder adquirir sus propias acciones lícitamente.

Se deberán cumplir todos los requisitos y límites que se explican a continuación:

1ª La decisión empresarial de adquirir de forma derivativa las propias acciones se atribuye al órgano de administración, previa autorización por la junta general de la adquisición¹. La autorización de la junta debe de ser detallada, estableciendo expresamente las modalidades de adquisición, el número máximo y mínimo de la adquisición y la duración de la autorización, que no podrá en ningún caso exceder los cinco años (Art. 146.1 a. TRLSC).

No obstante, es interesante mencionar que, cuando la decisión de adquirir las acciones propias se adopta por el órgano de administración dentro de las competencias que le atribuye la norma, pero con infracción de la exigencia de autorización previa, la actuación de los administradores, cuyos poderes para vincular a la sociedad son inderogables dentro de ciertos límites, obliga a la sociedad².

2ª El valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente sumadas al de las ya poseídas por la sociedad adquiriente no puede exceder del 20% (art. 146.2. LSC).

3ª La adquisición no puede producir el efecto de que el importe del patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles. A estos efectos, se considera patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, minorando en el importe los beneficios imputados al mismo, e incrementando en el importe el capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo (art. 146.1 b. TRLSC).

4ª En cuanto al desembolso de las acciones, se establece la nulidad de la adquisición por la sociedad de las acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición fuese a título gratuito (146.4 TRLSC).

¹ STS de 2 de noviembre de 2012, EDJ 257787; SAP Barcelona de 28 de noviembre de 2014, EDJ 282253.

² STS de 2 de noviembre de 2012, EDJ 257787.

5ª Se establece la nulidad de la adquisición por la sociedad de acciones propias que llevan aparejada la obligación de prestaciones accesorias (art. 146.4 TRLSC)

6ª Se establece un deber especial de control por parte de los administradores de respetar las condiciones legalmente exigidas en el momento de la adquisición autorizada (art. 146.3 TRLSC).

Conviene comentar y tener en cuenta las consecuencias jurídicas que se desplegarían en caso de efectuar una adquisición de acciones propias ilícita simplemente con el fin de que Certronic pueda valorar tanto los pros como los contras de esta operación.

Se dice que estamos ante una adquisición ilícita de acciones cuando se haya realizado sin cumplir alguno de los requisitos generales expuestos anteriormente (art. 146 LSC) y sin que pueda tampoco encuadrarse la adquisición en alguno de los supuestos excepcionales de adquisición lícita (art. 144 LSC).

Las consecuencias jurídicas dependen de cual fuese el requisito quebrantado con dicha adquisición, por lo que podemos distinguir dos tipos de resultados:

1. En la adquisición derivativa de acciones propias en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: la falta de autorización de la junta, el exceso de adquisición sobre el porcentaje legalmente permitido o la reducción del patrimonio neto por debajo del importe del patrimonio indisponible (capital más reservas indisponibles), se ejecutarán las mismas consecuencias que las establecidas para la suscripción originaria de acciones propias (art. 147 LSC) que son las establecidas en el art. 139 de la LSC:

a) La obligación de enajenar las acciones ilícitamente adquiridas en el plazo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición (art. 139.1 LCS).

b) En caso de que no fueran enajenadas las acciones en el plazo dispuesto anteriormente, los administradores deberán, de forma inmediata, convocar junta general con el propósito de acordar la amortización de las acciones con la consiguiente reducción del capital social pertinente (Art. 139.2 LCS)

c) De no producirse la reducción de la capital dentro de los dos meses siguientes a la finalización del plazo fijado para la enajenación de las acciones, cualquier interesado podrá solicitar la reducción del capital al secretario judicial o registrador mercantil del lugar del domicilio social. Referida solicitud constituye una obligación para los administradores cuando, por las

circunstancias que sean, no pueda alcanzarse el correspondiente acuerdo de amortización y reducción de capital³ (art. 139.3 LSC).

Es importante resaltar que, el incumplimiento del deber de enajenar, cuando así se ha establecido legalmente, constituye una infracción independiente y, por tanto, de una sanción independiente y adicional (157.2 LSC).

También es elocuente traer a colación una forma existente y legalmente válida de estabilizar (reducir) el porcentaje de autocartera cuando este es superior al 20% de su capital social. Se ha considerado válida y conforme a derecho la ampliación de capital efectuada por una sociedad anónima que, con anterioridad a dicho aumento, había adquirido un porcentaje de sus propias acciones, siendo el valor nominal de éstas superior al 20% de su capital social, de forma que tras la ampliación dicho límite no queda rebasado. El aumento de capital en este supuesto, aunque sea acordado con el propósito de cumplir con posterioridad el requisito legal, no es considerado contrario a la ley ni constituye fraude de ley, debido a que el resultado no está prohibido por el ordenamiento jurídico ni es contrario a él⁴.

2. En la adquisición de acciones parcialmente desembolsadas a título oneroso o de acciones que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias, la sanción legal que se estipula es la nulidad del negocio de adquisición. Esto es así porque se trata de evitar la extinción por confusión de las obligaciones del socio frente a la sociedad.

A mayor abundamiento, centrándonos en las peculiaridades de este tipo de operación, destaca el artículo 148 de la LSC el cual regula el régimen aplicable a las acciones propias que lícitamente se hayan adquirido.

Así, la sociedad puede mantener las acciones lícitamente adquiridas a expensas de que su tenencia esté sometida al régimen específico de “estatuto de acciones propias” establecido con carácter general para este tipo de acciones, y que se detalla a continuación:

a) Se suspende el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos (art. 148.a párrafo 1º LSC).

b) Los derechos económicos se atribuyen proporcionalmente al resto de las acciones (art. 148.a párrafo 2º LSC).

³ SAP de Zaragoza de 12 de septiembre de 2012, EDJ 208693

⁴ STS 28 de septiembre de 2004, EDJ 143881

c) Las acciones se computan en el capital a efectos de calcular el quórum para la válida constitución y adopción de acuerdos en la junta (art. 148.b LSC).

d) En el patrimonio neto del balance de la sociedad adquiriente se ha de establecer una reserva indisponible por importe equivalente al de las acciones (art. 148.c TRLSC).

e) El informe de gestión la sociedad adquiriente deberá mencionar como mínimo:

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

Se explicará, seguidamente, cómo se debería efectuar el fin perseguido por Certronic que es, la adquisición de la marca de Circerámica a través de la autocartera generada.

Primero, se deberá analizar, por parte de Certronic, el valor real que tiene la marca que se pretende adquirir a fin de conocer el número máximo de acciones propias que tendría que adquirir como contravalor de la misma.

La marca de Circerámica es un bien intangible que se corresponde con una aportación no dineraria (art. 63 de la LSC) al capital social de Certronic a cambio de las acciones que esta última genere en autocartera.

Las aportaciones no dinerarias están constituidas por bienes y derechos susceptibles de valoración económica diferentes del dinero. Así, son aquellas que no se realizan en metálico de modo que, para su efectividad bastará con acreditar la propiedad o titularidad sobre el bien y llevar a efecto una valoración económica del mismo.

Aunque no se trate de una ampliación de capital, en este supuesto sería conveniente la aplicación del requisito de la valoración de la aportación no dineraria (la marca) que viene regulado en los artículos 67 y ss. de la LSC. En dicho artículo se establece la necesidad de que estas aportaciones sean objeto de informe por parte de expertos profesionales independientes con la oportuna formación especializada, experiencia, bagaje y competencia profesional y designados por el Registrador Mercantil.

El informe deberá describir el bien intangible (la marca) objeto concreto de la aportación debiendo incluir sus datos registrales y la valoración de la misma.

Así, para realizar dicha operación será aconsejable el informe de experto independiente en relación a la marca entregada a Certronic en concepto de aportación no dineraria a la sociedad.

Una vez analizado el mismo y efectuada la operación de adquisición de sus propias acciones en número proporcional al valor de la marca para intentar que la amortización de las restantes sea lo más mínima posible y, habiendo cumplido paso a paso todos los requisitos expuestos en este informe para que la adquisición propia de las acciones sea considerada lícita, se procederá a:

1. Certronic transmitirá las acciones que tenga en autocartera a Circerámica integrándose esta última en el capital social de Certronic. A cambio, Circerámica, entregará a Certronic la marca.

Para realizar mencionada operación de transmisión de la marca por parte de Circerámica a cambio de las acciones generadas en autocartera, destacamos la existencia de dos vías:

a) Dicha operación se podrá llevar a cabo a través de lo que se conoce como **contrato de permuta**. El contrato de permuta es muy similar al contrato de compraventa, ya que consiste en un acuerdo entre dos partes cuyo fin es hacer un intercambio de prestaciones para conseguir un beneficio, con la diferencia de que, la permuta consiste en un intercambio de cosas sin precio.

Por consiguiente, conviene que ambas partes formalicen un contrato de permuta el cual se encuentra regulado en el art- 1538 del CC siendo también de aplicación las normas reguladoras del contrato de compraventa, tal y como dispone el artículo 1541 del CC siempre y cuando las disposiciones de dichos artículos puedan ser de aplicación a la permuta, dadas las diferencias que pueden existir entre ambas formas de contrato.

Según el art. 1278 del CC no se necesita ningún tipo especial de forma para el contrato de permuta, únicamente se requerirá la capacidad suficiente de las partes contratantes, su voluntad manifiesta y el acuerdo de las cosas a intercambiar.

Las partes, por tanto, deberán transferir la propiedad de las cosas o derechos: Certronic transferirá las acciones generadas en autocartera a Circerámica y, Circerámica la propiedad de la marca (propiedad intelectual) a Certronic. Ambas partes garantizarán la posesión pacífica de las mismas, así como, deberán responder por los vicios ocultos.

En caso de ser el valor de la marca inferior al número de acciones adquiridas en autocartera por Certronic se deberá amortizar el excedente de autocartera resultante tras ser efectuada la operación.

1.2. También, para poder efectuar la operación destaca la existencia de lo que se conoce como **contrato de cesión de marca**.

El contrato de cesión de marca es aquel acuerdo mediante el cual la parte titular o propietaria de la marca (cedente), cede o transmite a un tercero (cesionario) la titularidad sobre dichos signos distintivos a cambio del pago de un precio o canon.

El contenido mínimo del contrato para garantizar su eficacia deberá incluir: (i) la información sobre las partes del contrato; (ii) la forma de pago; (iii) la descripción de la marca; (iv) el ámbito territorial al que se circunscribe la cesión de la marca; (v) la manifestación de la posible existencia de cargas sobre la marca; y, (vi) el tipo de cesión de la marca, total o parcial. Además de las cláusulas de confidencialidad y no competencia del cedente.

Una vez que se haya firmado el contrato por Circerámica y Certronic, se deberá solicitar a la Oficina Española de Patentes y Marcas el cambio de titularidad de la marca, que exigirá adjuntar el contrato estipulado entre las partes al denominado documento o certificación de transmisión.

El contrato de cesión de marca está sujeto a lo dispuesto en la Ley de Marcas 17/2001, de 8 de diciembre, concretamente a lo dispuesto en los artículos 46 y ss.

En lo referente a las marcas de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en el Reglamento 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015. Y, en caso de cuestiones no reguladas en las dos leyes anteriores, subsidiariamente, será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil y Código de Comercio.

2. Una vez concluida la operación, bien mediante contrato de permuta, bien mediante contrato de cesión de marca entre las partes, el resultado que encontramos es el siguiente:

Circerámica se encuentra integrada dentro del capital social de Certronic al haber adquirido las acciones que esta última generó en autocartera y, por tanto, los dos socios que tenía Circerámica han quedado incluidos indirectamente en el capital social de Certronic, siendo así, junto con Circerámica, nuevos socios de la entidad, cuyas acciones se corresponderán con el número de acciones equivalentes al valor que se haya dado a la marca.

Ahora Certronic sería propietario de la marca de Circerámica que constaría como activo intangible de la entidad, además de producirse la incorporación al capital social de Circerámica como nuevo socio de Certronic, junto con los dos socios que la componían, de manera indirecta.

OPINIÓN

El régimen de autocartera siempre ha sido considerado problemático. A nuestro juicio, no sería la opción más conveniente a elegir por los siguientes motivos:

(i) A parte de producirse una dilución en las acciones sociales de los socios de la entidad, se efectúa la entrada en el capital social de nuevos socios, cuestión que puede ser *non grata* para la sociedad o alguno de sus socios ya existentes.

(ii) Los riesgos que tiene la operación de poder incurrir en un supuesto de adquisición de acciones propias ilícita debido a la cantidad de requisitos que se deben cumplir.

(iii) La posterior operación de amortización que se tendría que realizar en caso de que se produjese un excedente en la adquisición propia de acciones.

(iv) La dificultad económica que puede suponer debido a que, en esta operación, se deberá desembolsar el 100% de las acciones que se pretendan adquirir en concepto de autocartera por la sociedad, no siendo posible desembolsarlas parcialmente, y, una vez desembolsadas, se podrá adquirir la marca de la sociedad Circerámica como contravalor de estas. Por tanto, la sociedad tiene que disponer de la liquidez suficiente como para poder adquirir propiamente las acciones para su posterior transmisión, cuestión que puede resultar, dependiendo del caso concreto, complicada.

(v) La necesidad de celebrar junta general para que autorice la operación.

2. ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE EL AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.

Explicaremos, a continuación, las reglas generales que se deberían cumplir en caso de que Certronic optase por la opción de realizar un aumento de capital para la adquisición de la marca de Circerámica, así como, la modalidad que se aplicaría a este supuesto de hecho.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que, el capital social es una mención que necesariamente debe constar en los estatutos sociales, lo que le dota de una cierta vocación de permanencia y estabilidad necesarias frente a terceros.

El aumento de capital funciona como alternativa a la financiación de terceros pudiendo ampliar el mismo mediante nuevas aportaciones provenientes de los propios socios o de terceros o, incluso mediante la transformación en capital de contrapartidas existentes en su activo (beneficios, reservas) o que constituyen un crédito contra la sociedad (compensación de créditos).

Así, cualquier cambio que se realice en el capital social de una entidad, implica, jurídicamente, una modificación de los estatutos sociales y, por tanto, está sometido a los requisitos generales aplicables a toda modificación estatutaria. Por consiguiente, el aumento de capital social habrá de acordarse por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales (art. 285 y ss. LSC).

2.1. LA ADOPCIÓN DEL CORRERESPONDIENTE ACUERDO SOCIAL (REGLAS GENERALES).

El aumento de capital ha de ser acordado en el seno de la junta general, independientemente de que esta sea ordinaria, extraordinaria o universal. La convocatoria de la junta ha de ir precedida de la redacción de la propuesta del órgano de administración de ampliar el capital social, indicando para ello la modalidad en la que se realizará y el contravalor a aportar, así como de la emisión del informe justificativo de dicha propuesta.

1º Convocatoria de la Junta

Salvo en el supuesto de junta universal, la celebración de la junta general deberá ir precedida de su convocatoria formal realizada conforme a las reglas generales previstas en la Ley, y en su caso, en los estatutos sociales. El anuncio de la convocatoria deberá contener la referencia al aumento

de capital como punto del orden del día, el derecho de los socios a examinar el texto íntegro de la propuesta de aumento de capital (en el domicilio social o solicitando la entrega o envío gratuito de la propuesta) y del informe justificativo de la misma (art. 287 LSC).

Es importante tener en consideración, a la hora de realizar el anuncio de la convocatoria de la junta general que ha de deliberar y decidir sobre el aumento de capital, las siguientes precisiones:

La exigencia de claridad en el anuncio mencionado, ha dado lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto y a las circunstancias concurrentes en el mismo, así es interesante tener en cuenta que, en ciertas ocasiones, se ha entendido que se infringe la exigencia legal de claridad cuando en la convocatoria no se fija el importe de la ampliación, ni se expresa si puede hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor de las ya existentes, ni se prevé la delegación de facultades a los administradores⁵. En otras en cambio, se considera suficiente con hacer referencia a los preceptos estatutarios a modificar⁶ o enunciando la materia y señalando que se trata de modificar los artículos relativos a ella⁷.

En cualquier caso, resulta evidente que, la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 287, se conecta con el derecho de información que la misma ley (art. 88 LSC) reconoce a todo socio, y que consiste en el conocimiento de los asuntos que han de tratarse en junta general a fin de garantizar a los socios un adecuado y oportuno conocimiento de la trascendencia de las modificaciones propuesta que posibilite el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto.

Por otro lado, cabe hacer hincapié en que la inclusión en el orden del día de la referencia al aumento del capital no puede ser suplida por la propuesta de ampliación e informe justificativo de la misma, ni siquiera con la expresión en la convocatoria del derecho de los accionistas a su consulta, entrega o envío gratuito⁸.

2º Mayorías

En el caso que nos ocupa, al ser una sociedad anónima, el art. 288 de la LSC nos remite a aplicar los artículos 194 y 201 de la LSC, cuyo régimen de mayorías contiene y varía en función de que el acuerdo se adopte en primera o segunda convocatoria. En primera convocatoria (a la que deberá acudir el 50% del capital social), se requerirá la mayoría absoluta de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta (es decir, la mitad más uno), en cambio, en segunda convocatoria, si los asistentes con derecho a voto representan al menos el 25% del capital social

⁵ STS de 29 de diciembre de 1999

⁶ STS 9-07-66; 30-04-88, EDJ 3606

⁷ TS 04-03-00, EDJ 3645; 14-06-94, EDJ 11022; DGRN Resol 25-10-18

(quórum mínimo de la junta en segunda convocatoria) pero no alcanzan el 50% de ese capital total, se requerirá el voto favorable de 2/3 del capital presente o representado con derecho a voto. Asimismo, se admite que los estatutos fijen una mayoría reforzada (sin que se pueda exigir el voto unánime) que, en cuyo caso, prevalecerá sobre lo comentado.

3° Contenido del acuerdo

El contenido del acuerdo de aumento del capital vendrá condicionado por la específica modalidad elegida, así como por la posibilidad de delegar en los administradores la facultad de fijar las condiciones del aumento en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta que se celebre al efecto. Pero, en todo caso, como mínimo el acuerdo deberá contener: (i) la cifra del aumento; (ii) el valor nominal de las acciones sociales, y en su caso, los derechos atribuidos a las acciones preferentes; y, (iii) en el caso de que el contravalor del aumento consista en aportaciones no dinerarias, ha de hacerse constar la aceptación de aquellas y las condiciones establecidas en el informe sobre las mismas que han de emitir los administradores conforme al art. 300 del TRLSC.

2.2. LA EJECUCIÓN DEL AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL.

Una vez se haya alcanzado el acuerdo de aumentar el capital social, se procederá a la realización de todos los actos jurídicos y materiales necesarios o convenientes para asegurar el buen fin de la operación, cuya competencia se asigna a los administradores. El contenido y extensión de dicha actividad difiere según la modalidad de aumento de que se trate pero destaca la importancia de dos circunstancias clave para lograr la culminación del mismo que son: la suscripción de las acciones y su desembolso.

Como se explicará a continuación, Certronic lo que deberá llevar a cabo será una ampliación de capital con cargo a una aportación no dineraria. La aportación no dineraria será la marca de Circerámica.

Por consiguiente, al ser esta la modalidad que se va a efectuar y tratarse de una aportación no dineraria deberá estar desembolsado al menos el 25% del capital social de Certronic, no siendo necesario, por tanto, el desembolso íntegro de las mismas (art.79 LSC). A diferencia de las aportaciones dinerarias, dónde el desembolso del capital social debe ser íntegro antes de la ampliación del mismo (art. 299 LSC). No obstante, en caso de que las acciones se emitan con prima, ésta deberá ser satisfecha íntegramente en el momento de la suscripción (art. 298 LSC).

En esta modalidad de ampliación de capital aplica la exclusión del derecho preferente de adquisición del socio sobre las nuevas acciones emitidas.

En el caso de aportación no dineraria, la Ley de Sociedades de Capital, no concede derecho de preferencia a los socios. En efecto, el artículo 304 de la LEC únicamente concede derecho de adquisición preferente 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 asumir un número de participaciones sociales proporcional al valor nominal de las que ya posea.

La Resolución de la DGRN de 4 de febrero de 2012, tras realizar un análisis evolutivo del derecho de asunción preferente, estimó, también, aplicable, adicionalmente, a la sociedad limitada el artículo 304 de la LSC por lo que, salvo que se trate de aportaciones dinerarias, se ha de entender suprimido legalmente el derecho de asunción preferente de los socios en aquellos aumentos de capital social con aportaciones no dinerarias.

2.3. FORMALIDADES DEL ACUERDO DE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL.

Una vez ejecutado el aumento de capital social, los administradores deberán dar nueva redacción a los estatutos sociales a fin de recoger en los mismos la nueva cifra de capital social, a cuyo efecto se entenderán facultados por el acuerdo de aumento (art. 313 LSC)

Así, el acuerdo de aumento de capital social tiene aparejada la consiguiente modificación estatutaria, por lo que deberá elevarse a escritura pública, inscribirse en el Registro Mercantil y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil Español (“BORME”) (art. 290 TRLSC).

Para su inscripción en el Registro Mercantil, la escritura debe expresar, además de los requisitos de carácter general que resultan de la legislación notarial, las menciones relativas tanto al acuerdo de aumento como a su ejecución.

En cuanto al **acuerdo de ampliación de capital** social se deberán expresar las siguientes cuestiones:

- (i) La cuantía en que se ha acordado elevar la cifra de capital social.
- (ii) El procedimiento mediante el que se realiza el aumento.
- (iii) El contenido del contravalor.

Además de lo expuesto, como el aumento se realizará por emisión de nuevas acciones, se deberá indicar:

- (i) La identificación de las acciones: su número, su clase, valor nominal, numeración y demás circunstancias exigidas en el art. 122 del Reglamento del Registro Mercantil (“RRM”).

(ii) Respecto al derecho de suscripción preferente se tendrá que indicar expresamente **la inexistencia del mismo**.

(iii) La cuantía y condiciones del desembolso, y en caso de haber desembolsos pendientes, las circunstancias de los mismos (Art. 134 RRM).

(iv) La prima de emisión, si la hubiera, expresada con respecto a cada nueva acción que se emite o crea que, en este caso, será muy conveniente con ánimo de proteger a los antiguos accionistas frente a los nuevos que entran consiguiendo así un equilibrio entre las aportaciones de los socios sin que se tenga que modificar la distribución del capital social. Con la prima de emisión además se evitaría diluir el valor real de las acciones, ya que, en caso de efectuar la emisión de las acciones sin prima, la sociedad italiana aportante entraría en el capital social de Certronic llevándose parte de las reservas que ya existen.

En cuanto a la **ejecución del acuerdo**, la escritura deberá contener las siguientes menciones:

(i) Aumento acordado íntegramente suscrito, desembolsado en los términos previstos y adjudicadas las acciones a los suscriptores.

(ii) Caso de existir prima de emisión, importe íntegramente satisfecho en el momento de la suscripción.

(iii) La nueva redacción de los artículos de los estatutos sociales en relación a la cifra del capital social y a las acciones con las indicaciones a que se refiere en RRM en sus artículos 121, 122, 183 y 184.

Además, se deberá indicar:

(i) La identidad de las personas a quienes se hayan adjudicado.

(ii) La numeración de las acciones atribuidas.

(iii) La declaración de que la titularidad de las acciones nominativas se ha hecho constar en el Libro-registro de acciones nominativas por el órgano de administración (art. 314 TRLSC)⁹

Por regla general, el acuerdo de aumento de capital y su ejecución, deben inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil, siendo su carácter meramente declarativo y no constitutivo¹⁰.

La falta de inscripción de todo lo comentado da lugar a una serie de consecuencias importantes (art. 316 y 508 TRLSC):

⁹ DGRN Resol 10-9-15

¹⁰ DGRN Resol 11-01-05

Transcurridos seis meses desde la apertura del plazo de suscripción de las nuevas acciones, sin que se hayan inscrito en el Registro Mercantil los documentos acreditativos de la ejecución de dicho aumento, los aportadores podrán pedir la resolución de la obligación a aportar y exigir la restitución de las aportaciones realizadas junto con el interés legal, en su caso. Como se puede extraer de la redacción, se trata de una facultad y no, por tanto, de un deber. El transcurso del plazo de seis meses no impide que el aumento de capital se pueda inscribir, aunque sea tardíamente.

Sin embargo, se ha considerado doctrinalmente (Cabanas Trejo) que, el transcurso de dicho plazo no implica una resolución automática del aumento, ni constituye una fecha tope para mantener la eficacia de la suscripción. Simplemente marca el momento a partir el cual el suscriptor puede ejercitar el derecho de verse liberado de su compromiso con la sociedad.

Se entiende que, la prescripción del derecho de los accionistas a solicitar el reembolso de las aportaciones realizadas, prescribe a los cinco años desde que finaliza el plazo de seis meses por aplicación analógica del artículo 947.2 del Código de Comercio.

A modo conclusión, todo el procedimiento explicado culminaría con la publicación en el BORME del acuerdo del aumento que, generará un doble efecto: (i) de publicidad meramente informativa y (ii) de oponibilidad frente a terceros de buena fe en los términos previstos en el art. 9 RRM.

2.4. LA MODALIDAD DEL PRESENTE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL (AUMENTO DE CAPITAL POR APORTACIONES NO DINERARIAS)

La modalidad de ampliación de capital que debería efectuar Certronic a fin de adquirir la marca de Circerámica, de entre las distintas modalidades contenidas en la LSC, sería la conocida por nuevas aportaciones/aportaciones no dinerarias.

La marca (propiedad intelectual) de Circerámica es un bien intangible real y susceptible de valoración económica determinable, tratándose de lo que se conoce como aportación no dineraria.

Esta modalidad pertenece al ámbito de nuevas aportaciones al capital social según el contravalor, siendo éste la aportación no dineraria. A continuación, se procederá a explicar el procedimiento a seguir:

En ocasiones, la sociedad puede estar interesada en la incorporación a su patrimonio de determinados bienes o derechos que sean distintos del dinero que pertenezcan a terceros ajenos a la sociedad (como en este supuesto).

En caso de que la sociedad careciese de liquidez suficiente (o por cualquier otro motivo), y no fuese conveniente realizar negocios jurídicos como por ejemplo una compraventa, permuta etc, sobre la aportación no dineraria a incorporar, se ofrecerá la posibilidad de incorporar los bienes o derechos a través de su aportación como contravalor del correspondiente aumento de capital social que se realice. Así, el dueño de los bienes o derechos aportados a la sociedad (Circerámica) se convertiría en socio de la misma.

El ordenamiento establece dos formas de efectuar un aumento de capital con aportaciones no dinerarias: (i) a través de la emisión de nuevas acciones (en caso de que el aportante no sea socio, será obligatoria esta vía), y, (ii) mediante el incremento del valor nominal de las acciones antiguas (común cuando el aportante ya ostentaba condición de socio).

Así, en este supuesto, la vía para efectuar el aumento de capital social será mediante la emisión de nuevas acciones.

Las aportaciones no dinerarias que se efectúen en fase de ampliación de capital están sometidas al mismo régimen establecido para las que se realizan en el acto constitutivo de la sociedad: objeto y título de aportación, responsabilidad, informe de experto de experto independiente (pericial) y verificación del desembolso. Todo ello regulado en los artículos 63 y ss. de la LSC.

Si bien, se prevé, con carácter adicional a los requisitos generales, las siguientes exigencias de cumplimiento:

a) Emisión de informe por los administradores de la sociedad que contenga (art. 300.1 TRLSC):

- (i) la descripción detallada de las aportaciones y su valoración,
- (ii) las personas que la efectúan,
- (iii) número y valor nominal de las acciones que se deban emitir,
- (iv) cuantía del aumento de capital social,
- (v) y, en su caso, las garantías adoptadas sobre el bien.

El informe deberá estar a disposición de los socios en la convocatoria de a junta que vaya a decidir sobre el aumento, por lo que debe realizarse de forma previa a la misma.

b) Emisión de informe de uno o varios expertos independientes a designar por el registrador mercantil del domicilio social que efectúe la valoración de los bienes. No es preceptiva la puesta a disposición del mismo en el momento de la convocatoria de la junta, aunque es conveniente.

En cuanto a la escritura pública donde se debe formalizar el aumento, y el mismo consista el contravalor total de las aportaciones no dinerarias, deberá contener, además de los requisitos de carácter general, los requisitos establecidos en el artículo 133 del Reglamento del Registro Mercantil (“RRM”):

- (i) los bienes o derechos objeto de aportación
- (ii) el título o concepto de la aportación
- (iii) el valor de cada uno de ellos

A la escritura se deberá acompañar informe de experto independiente sobre las aportaciones no dinerarias y su valoración. (Un testimonio notarial de referido informe se depositará en el Registro Mercantil).

En cuanto al desembolso de las acciones emitidas en contrapartida de las aportaciones dinerarias, deberá ser realizado íntegramente en el plazo de cinco años, a partir del acuerdo de aumento de capital.

No se admite el aumento por el procedimiento del capital autorizado cuando la contrapartida consiste en aportaciones no dinerarias.

En resumen, en la junta general que se celebre por Certronic, se deberá realizar la valoración final de la marca y, se deliberará y acordará el número de títulos a emitir en correspondencia con el valor que ostente la aportación no dineraria, en este caso, la marca. Tras el análisis previo de las circunstancias y valores correspondientes, deberá ser acordado el aumento de capital con cargo a la aportación de la marca de Circerámica.

En consecuencia, una vez aportada la marca de Circerámica a Certronic y, suscritos los títulos (acciones), mediante anotación en cuenta, de Certronic por Circerámica a cambio de la marca, ésta última pasaría a formar parte del capital social de Certronic, siendo, por tanto, “un socio” más de la entidad.

Como se desprende del supuesto de hecho, Circerámica está compuesto por dos socios, los cuales serían los nuevos socios que entraría a formar parte del capital social de Certronic.

Todo ello deberá de realizarse en cumplimiento de todos los requisitos y pasos a seguir explicados con anterioridad.

OPINIÓN

Los inconvenientes de esta operación serían los siguientes:

- (i) La entrada en el capital social de socios externos con la correspondiente dilución en el porcentaje accionarial de los socios ya existentes.
- (ii) La exclusión del derecho de adquisición preferente que ostenta la ampliación de capital con cargo a aportaciones no dinerarias.
- (iii) La duración y complejidad de la presente operación debida la necesidad de los requisitos y trámites explicados (junta general, modificación estatutos sociales, informe de experto independiente, mayorías, escritura pública).

Consideramos que, en base a dichos argumentos, no convendría la elección de esta opción para efectuar la operación pretendida por Certronic.

3. COMPRAVENTA DE LAS PARTICIPACIONES DE CIRCERÁMICA POR CERTRONIC COMO MODO DE ADQUISICIÓN (S.A.P)

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en la legislación española no existe una regulación específica sobre los procesos de adquisición de empresas, por ello, en función del tipo de proceso de adquisición que se quiera efectuar, deberemos acudir, en los casos de adquisición de empresas mediante una compraventa, al Código Civil o al Código de Comercio, y, en los supuestos de adquisición mediante modificaciones estructurales a la Ley 3/2009 de 3 de abril sobre Modificaciones Estructurales.

En el presente supuesto nos centraremos en la adquisición de una empresa mediante su correspondiente compraventa. Certronic adquirirá Circerámica a través de la compra de la totalidad de las participaciones sociales que ostentan los dos únicos socios de la misma.

Para realizar una compraventa de participaciones sociales cuyo objeto es la obtención de la sociedad de la cual estamos obteniendo estas, es imprescindible que tanto Certronic como Circerámica sigan los pasos que se detallan a continuación:

3.1. ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD (N.D.A)

Antes de comenzar la operación es importante realizar un acuerdo de confidencialidad con la sociedad objeto de adquisición. Se trata de un acuerdo donde las partes se comprometen a no compartir con terceros información catalogada como confidencial.

Es un mecanismo utilizado para garantizar que la información entre dos o más partes no sea revelada a terceros en operaciones donde se comparte información sobre el modelo de negocio y la forma de ejecutar el mismo, así como, los datos financieros, propiedad intelectual e industrial, métricas etc.

El acuerdo deberá contener fundamentalmente: las partes, el objeto del acuerdo, la duración, la penalización en caso de divulgación de la información calificada como confidencial, la resolución y las firmas de las partes que aceptan los términos y la cláusulas del acuerdo.

3.2. CARTA DE INTENCIONES (L.O.I)

En la fase preparatoria del futuro contrato de adquisición de la sociedad, el documento paradigmático es la carta de intenciones. Se configura como un documento suscrito a la fase precontractual de una transacción corporativa en la que las partes interesadas en la conclusión de la misma formalizan por escrito una serie de declaraciones de intención y manifestaciones sobre los principios y reglas del proceso de negociación a fin de regular los términos y condiciones de las negociaciones que mantengan entre sí en el contexto de la transacción corporativa.

3.3. DUE DILIGENCE (D.D.)

La *due diligence* es el término anglosajón utilizado para definir el proceso de investigación, revisión detallada o verificación de los distintos aspectos financieros, fiscales, legales, técnicos y operativos de una empresa con el propósito de realizar una transacción mercantil.

La finalidad de la *due diligence* es poder adquirir un conocimiento preciso de la empresa objeto de adquisición para dar el tratamiento adecuado a dicho conocimiento e información adquirida en función de las circunstancias de cada caso.

Como hemos comentado, la *due diligence* es la encargada de revisar detalladamente todos los aspectos de la sociedad, pero, las áreas más relevantes en las que se centra, comprenden los

aspectos financieros, legales, fiscales, inmobiliarios, laborales, penales, medioambientales, de protección de datos y reputacionales.

Cada sección es tratada por especialistas de las correspondientes áreas. Nos centraremos en el aspecto legal, que será el que traten abogados especialistas en el ámbito mercantil del derecho, pudiendo dar un enfoque de la situación legal de la sociedad más minuciosa, detallada, elaborada y precisa.

Los aspectos legales que deberán ser analizados a la hora de comprar las participaciones de CirCerámica deberán ser:

(i) Los aspectos societarios y corporativos: Existencia y situación jurídica, estatutos sociales, composición del órgano de administración, acuerdos entre socios, poderes, titularidad y situación jurídica de las participaciones, cuentas anuales, libros societarios, modificaciones estructurales, entre otros.

(ii) Activos: Situación jurídica de los principales activos, en este caso, únicamente la marca como activo intangible.

(iii) Contratos: Los contratos en los que haya estado incurso, así como, los que pudieren continuar. Los contratos con clientes, proveedores, financieros, de seguros, de colaboración mercantil, acuerdos de confidencialidad o no competencia etc.

(iv) Obligaciones exteriores y control de cambios: en caso de que la empresa objeto de adquisición otorgue financiación o realice movimientos de capitales con el exterior fuera del territorio español.

(v) Litigios: Es conveniente identificar riesgo derivados de procedimientos administrativos, judiciales o arbitrales en los que la empresa (Circerámica) pueda estar inmersa. Habrá que prestar especial atención en el análisis de los litigios ya que, como bien se desprende de los hechos relatados, Circerámica sufrió una escisión que ha podido conllevar conflictos.

Existe un tipo de *due diligence* que conviene comentar que es conocida como *Due diligence Report Red Flags*.

Normalmente, en las compraventas de sociedades, previamente a la realización de una *Due Diligence* completa sobre todos los aspectos de la sociedad a adquirir, se realiza un tipo de *due diligence* más escueta conocida como *due diligence report red flags*, donde se tratan los aspectos estrictamente necesarios y que sirven como marco representativo de la sociedad que se pretende adquirir. Este tipo de *due diligence* ofrece una visión oportuna e independiente de si los principales obstáculos que la sociedad pueda tener amenazan o no el progreso del proceso de transacción.

También se puede llamar *due diligence* de enfoque selectivo, y se realiza en casos que no requieren una *due diligence* completa por razones de tiempo, o de eficiencia como es el supuesto presente.

La sociedad italiana CirCerámica, trasladó todos sus activos en virtud de una escisión a otra sociedad y, por tanto, CerTronic lo único que quiere adquirir de ésta es la marca por tener un alto prestigio en el mercado. Por tanto, a nuestro juicio, sería ilógico realizar una *due diligence* completa al carecer CirCerámica de actividad económica y activos que la compongan.

Este tipo de procesos normalmente se realiza por una o varias firmas de especialistas externos suscribiéndose entre las partes una carta de encargo (*Engagement letter*) que determinará la líneas básicas del trabajo a realizar.

Se recomienda a Certronic preparar un listado con toda la documentación que se pretende analizar de Cicerámica para que ésta la facilite. Este listado es conocido como “*check-list*” y deberá ser lo más amplio y exhaustivo posible.

Una vez comprobada la información de Circerámica (vendedora) por Certronic (compradora) deberá trasladarse el desarrollo y las conclusiones de análisis efectuado en un informe de *due diligence*. Obtenidos los resultados de la *due diligence*, las partes, deben darles el tratamiento adecuado en el marco de la transacción. En este sentido, las diferentes alternativas o estrategias a seguir dependen del caso concreto, principalmente de la naturaleza del aspecto, riesgo o contingencia identificada, pero también de su relevancia y de la negociación que en su caso lleven a cabo las partes al respecto.

3.4. EL CONTRATO

El contrato del presente supuesto tendría por objeto la adquisición de las participaciones de la sociedad propietaria de la empresa (*share deal*). Para lograr el objetivo de Certronic, la adquisición sería mediante la compra del 100% del capital social de la sociedad.

En el momento en el que esto se efectuara, Certronic adquiriría directamente todas las responsabilidades y obligaciones de Circerámica durante toda su vida social, incluso aquellas que no haya llegado a conocer, y de forma indirecta, adquiriría todos los activos y pasivos, en este caso, el único activo intangible que ostenta, la marca.

La marca sería adquirida por Certronic al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, “*la transmisión de la empresa en su totalidad implicará la cesión de la marca, a no ser que exista acuerdo en contrario o que las circunstancias*

determinen claramente lo contrario, siendo esta disposición aplicable a la obligación contractual de transmitir la empresa”. Por ende, en el momento que Certronic adquiriera la totalidad de las participaciones de Circerámica se produciría, por defecto, la cesión de la marca.

Es importante tener en cuenta que, la adquisición de las participaciones de Circerámica deberá constar en documento público (art. 106 LSC).

El contrato de compraventa de empresa (SPA) se configura como un contrato atípico, por tanto, su clausulado variará dependiendo del caso concreto. De todas formas, se deberán tener en cuenta aspectos como el perfil de los contratantes, el sector al que pertenece, el objeto de la compraventa, el precio, la modalidad de pago (aplazado o anticipado), el régimen de limitación de la responsabilidad, entre otros.

Una vez acordados los términos y cláusulas del contrato y estar ambas partes conformes con los mismos se procederá a su ejecución, proceso conocido también como “*closing*”. Es aquel momento en el que se ejecuta el contrato de compraventa, momento en el que el comprador adquiere efectivamente la empresa (Circerámica), mediando habitualmente en dicho momento la entrega y el pago del precio, consumando así la compraventa.

El *closing* debe diferenciarse de aquel momento en el que se firman y formalizan los contratos de adquisición («**signing**»), toda vez que uno y otro momento no siempre ni necesariamente deben coincidir, sino que, al firmar el contrato, las partes pueden acordar condicionar la ejecución y eficacia de las obligaciones contractuales al cumplimiento o acaecimiento de determinadas circunstancias.

OPINIÓN

A través de la compraventa de las participaciones sociales de Circerámica, Certronic consigue su propósito que es, la obtención de la marca (art. 47 LM). El contrato de compraventa como instrumento para adquirir la marca de Circerámica, a. nuestro juicio, es la opción más beneficiosa y ventajosa para Certronic.

Consideramos que sería la operación más conveniente para Certronic por los siguientes motivos:

(i) Se evitaría la entrada de nuevos socios en el capital social de Certronic.

La entrada de los dos socios de Circerámica en el capital social de Certronic podría suponer diversidad de conflictos y desventajas, por ello, se debería escoger la opción a través de la cual

se pudiera evitar la entrada de los mismos en el capital de la sociedad compradora. Además, consideramos que, la entrada de socios externos en el capital social de Certronic podría generar conflictos sociales internos entre los socios ya existentes al no mostrarse unánimemente conformes con su integración.

(ii) No se produciría una dilución en el valor de las acciones del resto de socios ya que todos ellos conservarían su porcentaje accionarial.

(iii) La posibilidad de encontrar defectos o vicios ocultos en la sociedad objeto de adquisición son mínimos al sólo estar integrada de un activo intangible, la marca.

(iv) No acuerdo de la junta. Certronic se ahorraría todos los trámites en relación a convocatoria de junta general, aprobación de los correspondientes acuerdos por las mayorías cualificadas etc.

El único inconveniente es que para poder realizar la operación Certronic necesitaría que solicitar un préstamo al no tener, suponemos, liquidación suficiente o no querer realizar el pago con sus propios recursos.

4. CONCLUSIÓN

Respecto a las opiniones que hemos venido formulando en el presente informe, finalmente consideramos que, para Certronic, la opción más conveniente para tramitar el fin pretendido que es, la obtención de la marca de Circerámica, sería: **La compraventa de las participaciones sociales de Circerámica.**

Es la operación más conveniente ya que, con la adquisición de las participaciones de Circerámica directamente, se produce la cesión de la marca no siendo necesaria la realización de trámites posteriores.

Efectuando dicha operación entre todas las comentadas, Certronic evitaría las siguientes cuestiones:

(i) La entrada de nuevos socios en su capital social, así como, la correspondiente dilución en el valor de las acciones de los socios ya existentes.

(iii) Los trámites y requisitos preceptivos estipulados tanto en la operación de autocartera como en la ampliación de capital de entre los cuales destaca la necesidad de convocar junta general para adoptar la decisión, la inscripción de los acuerdos, la necesidad de informe de experto independiente, etc.

II. FUSIÓN (POR ABSORCIÓN) IMPROPIA DIRECTA TRANSFRONTERIZA INTRACOMUNITARIA

Tras la tramitación y realización de la operación de compraventa de participaciones y, una vez que Certronic ostenta el 100% del capital social de Circerámica, procederemos a explicar los trámites, forma y requisitos que Certronic tendría que cumplir y realizar si pretendiese acordar la fusión por absorción de su, ahora filial, Circerámica.

El proyecto de fusión se deberá realizar al amparo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME”), concretamente nos centraremos en la explicación de los artículos 31, 35, 49 y 54 y ss. de la LME.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que estamos ante una fusión transfronteriza intracomunitaria, la cual se encuentra regulada en el art. 54 de la LME¹¹.

Del precepto extraemos que, estaríamos ante una fusión transfronteriza intracomunitaria ya que, el domicilio social de Circerámica, así como, su centro de actividad principal se encuentra en Italia bajo la legislación Italiana, en cambio, el domicilio social, el centro de administración y centro de actividad de Certronic se encuentra en España bajo la legislación española. Así, se cumple lo dispuesto en el artículo citado, estando las sociedades objeto de fusión en distintos estados procedentes del Espacio Económico Europeo y una de ellas bajo la legislación española.

En segundo lugar, la operación de fusión por absorción a realizar se correspondería con lo que se conoce como fusión impropia directa o absorción de sociedad íntegramente participada. Es aquella fusión en la que la sociedad absorbente es titular de forma directa de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbida. Esta modalidad de fusión se encuentra regulada por el art. 49 de la LME que faculta a realizar esta operación sin necesidad de que concurren todos los requisitos estipulados en el art. 31 de la misma ley.

No obstante, en el caso de Certronic y Circerámica, al ser una fusión transfronteriza intracomunitaria, sólo podrán abstenerse de cumplir los siguientes requisitos:

¹¹ “se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y, cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española”

- (i) Las menciones 2ª y 6ª del artículo 31 de la LME¹².
- (ii) El aumento de capital de la sociedad absorbente.
- (iii) La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad absorbida.

Para realizar la fusión por absorción pretendida se deberá cumplir con los requisitos que se expondrán a continuación:

1. EL PROYECTO DE FUSIÓN

En relación a los artículos 31, 49 y 59 de la LME, el proyecto común de fusión deberá contener las siguientes menciones:

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

2ª La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.

3ª Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.

4ª La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

5ª Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.

6ª La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad.

¹² “2ª El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje.

6ª La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho”.

7ª Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

8ª Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

9ª Al tratarse de una fusión transfronteriza intracomunitaria serán necesarios los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión.

10ª Las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen.

En relación al artículo 35 de la LME:

Este artículo regula la fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. Como bien se ha expuesto con anterioridad, en caso de que Certronic optase por la opción de compraventa de participaciones sociales para adquirir la marca de Circerámica, debería solicitar un préstamo y, por tanto, entraría dentro de este precepto al tener que endeudarse para adquirir las participaciones de Circerámica.

La intención de Certronic es proceder a la fusión acto seguido a la adquisición de la sociedad Circerámica, debido a lo cual, serán de aplicación, además de los requisitos ya explicados, las siguientes reglas al proyecto de fusión:

1ª El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.

2ª El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión deberá indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control y que las justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

3ª El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión deberá contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

2. PUBLICIDAD (art. 32 LME)

Los administradores estarán obligados a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión, sin perjuicio de depositar voluntariamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella.

El hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el “BORME”, con expresión de la página web en que esté y la fecha de la inserción, ambas se deberán acreditar mediante la certificación de contenido de aquélla, remitido al correspondiente registro mercantil, debiéndose publicar en el “BORME” **dentro de los 5 días siguientes** a la recepción de la última certificación.

La inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión.

3. INFORME DE LOS ADMINISTRADORES Y DE EXPERTOS SOBRE EL PROYECTO DE FUSIÓN (art. 33 y 34 LME)

Informe de los administradores:

Ambas sociedades elaborarán un informe explicando y justificando el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos. En este caso se incluirá lo explicado del art. 35 LME.

Informe de expertos:

El contenido de este informe deberá manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por la sociedad que se extingue es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad (art. 34.4 LME). En este caso también deberá incluirse lo estipulado en el art. 35 LME.

4. PUBLICACIÓN DEL ACUERDO (art. 43 LME)

Una vez adoptado el acuerdo de fusión se publicará en el “BORME” y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como, el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. No

obstante, la publicación no será necesaria siempre y cuando se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores.

5. DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES Y SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS (art. 44 y 62 LME)

Derecho de oposición acreedores:

La fusión no se podrá efectuar **antes de que transcurra un mes**, contado desde la fecha de la publicación de último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión, o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos.

En ese plazo, los acreedores cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la pagina web de la sociedad o, de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos. En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

Derecho de separación de los socios:

Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo podrán separarse de la sociedad conforme al artículo 348 de la LSC **en el plazo de un mes** a contar desde la publicación del acuerdo, o desde la recepción de la comunicación.

6. ESCRITURA PÚBLICA DE FUSIÓN (art. 45 LME)

Las sociedades fusionadas elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública y deberá contener las modificaciones estatutarias que se hubieres acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión.

7. CERTIFICACIÓN PREVIA A LA FUSIÓN (art. 64 LME)

El Registrado mercantil del domicilio social de la sociedad que se fusiona certificará la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de la sociedad sujeta a legislación española, a las deberá entregar, sin demora, el correspondiente certificado.

8. CONTROL DE LEGALIDAD (art. 65 LME)

El Registrador mercantil, antes de proceder a la inscripción, controlará también la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y las modificaciones de la sociedad absorbente, así como la aprobación en los mismos términos del proyecto común por las sociedades que se fusionen. A estos efectos, cada una de las sociedades participantes remitirá al Registrador mercantil el certificado a que se refiere el artículo 64 LME, **en el plazo de seis meses** a partir de su expedición, así como el proyecto común de fusión aprobado por la junta de socios.

9. PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN DE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA (art. 66 LME)

En el “BORME” se publicará una indicación, para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre esas condiciones.

Al estar la sociedad resultante de la fusión sujeta a la legislación española, el Registro Mercantil que practique la inscripción (Castellón) lo notificará de inmediato a los Registros donde estén inscritas las sociedades participantes para que se proceda a su cancelación.

Una vez cumplidos los trámites manifestados para realizar la fusión por absorción impropia directa transfronteriza intracomunitaria, ésta se entenderá completada y se dará por finalizada, constituyendo, en ese momento, ambas, una única sociedad.

III. TRASLADO DE DOMICILIO A LOS PAISES BAJOS

En este apartado se analizará la posibilidad de Certronic de trasladar su domicilio a los Países Bajos, así como el trámite a seguir y requisitos.

El traslado internacional del domicilio social de una entidad viene regulado en el artículo 92 y ss. de la Ley de Modificaciones Estructurales 3/2009 de 3 de abril.

En primer lugar, el traslado se registrará por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en la precitada ley (art. 92 LME). Y, el presupuesto de validez impuesto para poder efectuar el traslado de una sociedad española al extranjero será que el país de destino admita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad (art. 93 LME).

1) PROYECTO DE TRASLADO Y ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE TRASLADO EN LA JUNTA DE SOCIOS

Se explicará a continuación el procedimiento establecido, los trámites y documentos necesarios que se necesitarán para cumplir los requisitos que se exigen para efectuar el traslado de domicilio de una sociedad española, Certronic, al extranjero.

En atención al art. 95.1 de la LME, se exigirá la aprobación de un proyecto de traslado que deberán redactar y suscribir los administradores de la sociedad, y constituirá la base sobre la que se deberán pronunciar los socios en la Junta General que se convoque al efecto.

El proyecto de traslado deberá estar compuesto de las siguientes menciones (art. 95.2 LME):

1ª La denominación, el domicilio de la sociedad y los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil.

2ª El nuevo domicilio social propuesto, en este caso, los Países Bajos.

3ª Los estatutos que regirán la sociedad después de su traslado, incluida la nueva denominación social en caso de que se modifique.

4ª El calendario previsto para el traslado.

5ª Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.

Los administradores, una vez formulado el proyecto de traslado, deberán depositarlo en el Registro Mercantil para su calificación por parte del registrador mercantil y su posterior publicación en el Boletín Oficial de Registro Mercantil (“BORME”). En el anuncio del BORME deberá constar la denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad que se traslada, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, y una indicación de las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores (art. 95.3 LME).

Como complemento adicional al proyecto de traslado, los administradores deberán elaborar un informe explicando y justificando el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos y también las consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores (art. 96 LME).

Una vez depositado el proyecto de traslado en el Registro Mercantil y publicado el anuncio en el BORME, los administradores deberán convocar a los socios para que se constituyan en Junta General a fin de decidir sobre el traslado (art. 97 LME).

La convocatoria de la junta se publicará, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración, en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en la que la sociedad tenga un domicilio social, en este caso, Castellón (art. 98.1 LME). Junto a la convocatoria deberán también publicarse: (i) el domicilio actual y domicilio extranjero que pretende la sociedad; (ii) el derecho de los socios y acreedores de examinar el proyecto de traslado y el informe de los administradores; (iii) el derecho de separación de los socios y, el derecho de oposición de los acreedores, así como la forma de ejercitar los mismos (art. 98.2 LME).

La LME vincula el régimen de mayorías y formalidades del proceso de adopción de acuerdos al régimen específico de cada tipo societario, así, en el caso de las sociedades anónimas, se estará a lo dispuesto en el art. 194 LSC siendo necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de, al menos, el 50 por ciento del capital suscrito con derecho a voto, y, en segunda convocatoria el 25 por ciento, pudiendo los estatutos fijar un quórum superior.

En el seno de la Junta los socios deliberarán y se pronunciarán sobre el proyecto objeto de traslado y el informe de administradores, así como, resolverán si procede o no el traslado de la sociedad. La elección de trasladar la sociedad a un país extranjero conlleva no solo adoptar el acuerdo de traslado de domicilio, sino, la aprobación de unos nuevos estatutos que rijan la sociedad una vez se efectúe el traslado, ya que, cuando la sociedad se inscriba el órgano equivalente al Registro

Mercantil Español, en el país de destino (Países Bajos), deberá tener unos estatutos conformes a la ley aplicable en el país de destino. Por consiguiente, la redacción de los estatutos será aprobada de forma simultánea al acuerdo de traslado.

2) DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS Y OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Como ya se exponía con anterioridad, la LME establece un sistema de protección frente a los socios y a los acreedores, que se encuentran regulados en los artículos 99 y 100 de la LME.

El art. 99 versa sobre el derecho que tendrán los socios que voten en contra del acuerdo de traslado de domicilio en el seno de la Junta a separarse de la sociedad. El plazo para el ejercicio de este derecho será el de un mes desde la publicación del acuerdo de traslado en conformidad con lo dispuesto en el art. 348.2 de la LSC.

En relación a la protección de los acreedores la LME establece en su art. 100 la posibilidad de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión, siempre y cuando, su crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto. Deberán ejercitarlo también en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la publicación del último anuncio (art. 44 LME)

3) EFICACIA DEL TRASLADO DE DOMICILIO Y RÉGIMEN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Una vez han sido publicados los anuncios de acuerdo de traslado y transcurrido el plazo de un mes para el ejercicio del derecho de separación de socios y oposición de los acreedores, el siguiente trámite será otorgar la escritura de traslado de domicilio social y presentarla en el Registro Mercantil para su correspondiente inscripción.

El registrador procederá a: (i) inscribir el hecho de que se ha adoptado el acuerdo, (ii) a emitir la certificación prevista en el art. 101 LME y, (iii) a cerrar la hoja registral a nuevas posibles inscripciones.

Para que el traslado de domicilio sea eficaz se deberá inscribir en el órgano equivalente al Registro Mercantil del país de destino (art. 102 LME), es decir, el traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio en Países Bajos.

Por su parte, el Registro Mercantil español procederá a cancelar la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil de Castellón una vez que se aporte: (i) el certificado acreditativo de la inscripción de toda la documentación ante el Registro Mercantil neerlandés correspondiente y (ii) los anuncios de la inscripción de la escritura de traslado en el BORME y en un diario de gran circulación de la provincia de Castellón.

4) INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL PAÍS DE DESTINO Y CANCELACIÓN DE LA HOJA REGISTRAL EN ESPAÑA

Cuando es acreditada la inscripción en el país de destino, se deberá proceder a cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Para ello, la ley exige que, se aporte un certificado emitido por el órgano equivalente al Registro Mercantil y una copia de “*los anuncios de la inscripción del traslado en el “BORME” y en uno de los periódicos de la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio*” (art. 103 LME).

5) SENTENCIA TJUE C-106/2016, DE 25 DE OCTUBRE DE 2017 – CASO POLBUD -

Conviene hacer mención a la sentencia mencionada mediante la cual, el TJUE se pronuncia sobre un traslado de domicilio de una sociedad polaca a Luxemburgo sin cambiar el lugar del ejercicio de la actividad económica y sin trasladar la sede efectiva.

Es importante mencionarla para abordar el tema del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades que pretendan trasladar su domicilio social, así como sus actividades.

Así, el asunto Polbud marcó un antes y un después en materia de establecimiento y traslado del domicilio social *intra UE*.

De la cuestión prejudicial¹³ que fue planteada, emanó el siguiente fallo estimatorio por parte del Tribunal de Justicia de la UE:

¹³ “¿Se oponen los artículos 49 TFUE y 54 TFUE a la aplicación de disposiciones de Derecho interno del Estado miembro en el que se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada que supeditan la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil a la disolución de la sociedad una vez efectuada la liquidación, cuando la sociedad ha sido reconstituida en otro Estado miembro sobre la base de un acuerdo social que prevé la continuidad de la personalidad jurídica que se adquirió en el Estado miembro de la constitución?”

“1) Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, sin que se desplace el domicilio real de la mencionada sociedad.

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

El TJUE estimó así todas las pretensiones de la mercantil Polbud permitiendo, por un lado, (i) que esta se amparase en la libertad de establecimiento para iniciar un procedimiento de transformación transfronteriza en la que solamente su domicilio registral, y no real, se traslade de su Estado a otro, y por otro lado, (ii) señaló que la normativa impuesta por Polonia, que exige la liquidación de Polbud, transgrediría el principio de libertad de establecimiento, ya que, exigir la liquidación supondría no reconocer la continuidad de la sociedad y, por consiguiente, no permitir la transformación que se pretende.

Así, finalmente se acordó que, cualquier traslado de domicilio, aunque quede limitado al domicilio únicamente registral, está amparado por la libertad de establecimiento. Por tanto, las legislaciones internas que obliguen a la extinción/disolución de la sociedad para poder llevar a cabo su traslado no serían aplicables, ya que primaría la libertad de establecimiento frente a estas y, por ende, la permanencia de la personalidad jurídica de las sociedades.

6) CONCLUSIÓN

En caso de que Certronic cumpliera todos los trámites y requisitos establecidos y explicados en este informe respecto del traslado internacional del domicilio social, podrá perfectamente ser trasladado a los Países Bajos, a pesar de no contar con actividad en ese país (libertad de establecimiento). En cuanto al documento previo que se debe emitir al Registro Mercantil de Castellón para la operación se trata del certificado estipulado en el art. 101 LME, que deberá acreditar que han sido cumplidos los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado (certificación previa de traslado).

ANEXO I

Operación de Compraventa de Participaciones Sociales

N°	Descripción de la operación	Estimación Plazo
1	Redacción, elaboración y firma del acuerdo de confidencialidad (N.D.A)	X – 5 días
2	Redacción y elaboración de la Carta de Intenciones por el Consejo de Administración	X- 20 días
3	Due Diligence	X 52 días
3.1	Preparación por el Consejo de administración de un listado que contenga toda la documentación que se pretenda analizar de Circerámica (Check List)	(X 10 días)
3.2	Elaboración de la carta de encargo por el Consejo de Administración (Engagement Letter) determinando las líneas básicas del trabajo a realizar por la firma de auditoría de su elección (OPCIONAL)	(X 2 días)
3.3	Traslado del desarrollo y las conclusiones del análisis efectuado en un informe due diligente por la auditoría/sociedad	(X40 días)
4	Solicitud del préstamo acordado con la entidad financiera por el valor de la compraventa	X 7 días
5	Preparación, redacción y elaboración de los documentos necesarios de gestión y administración para poder llevar a cabo el contrato la SPA.	X 25 días
6	El contrato: términos, cláusulas, objeto de la compraventa,	X 30 días

	precio, modalidad de pago, régimen de limitación de la responsabilidad	
7	Formalización y firma del contrato en escritura pública ante notario (art. 106 LSC) (“Signing”)	X 4 días
8	Ejecución del contrato entre las partes (“Closing”)	X 2 días

Operación de Fusión Impropia Directa Transfronteriza Intracomunitaria

Nº	Descripción de la operación	Estimación Plazo
1	Elaboración y redacción del proyecto de fusión por el Consejo de Administración que deberá contener:	X 100 días
1.1	Denominación, el tipo social, el domicilio de las sociedades que se fusionan y los datos identificadores de la inscripción de las sociedades en el RM	
1.2	Incidencia de la fusión sobre las aportaciones de industria	
1.3	Derechos que se otorguen a la sociedad resultante de a fusión	
1.4	Fecha en que la fusión despliegue efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General Contable	
1.5	Estatutos de la sociedad resultante de la fusión	
1.6	Valoración activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad	
1.7	Fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan	
1.8	Consecuencias de la fusión	

1.9	Las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como, a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen	
1.10	Indicación de los recursos y plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control.	
2	Publicidad del proyecto de fusión en la página web de cada una de las sociedades	X 10 días
2.1	Hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el “BORME” con expresión de la página web en que esté y la fecha de la inserción	
2.2	Remitir al correspondiente registro mercantil, debiéndose publicar en el “BORME” dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la última certificación.	X 5 días siguientes
3	Redacción y elaboración de informe de administradores que contenga:	X 20 días
3.1	Los aspectos jurídicos y económicos del proyecto de fusión	
3.2	Las razones que justifiquen la adquisición del control y la operación de fusión	

3.3	Un plan económico y financiero con expresión de los recursos y descripción de los objetivos	
4	Informe de expertos: Solicitud al registrador mercantil de Castellón del nombramiento de uno o varios expertos independientes para que emitan un informe sobre el proyecto común de fusión que deberá contener:	X 20 días
4.1	Un juicio sobre la razonabilidad de la justificación de la operación de fusión y del plan económico y financiero	
4.2	Determinación acerca de si existe asistencia financiera	
5	Publicación del acuerdo de fusión: en el “BORME” y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado	X 3 días
6	Derecho de oposición de acreedores: Periodo de un mes para ejercitarlo tras la publicación del acuerdo en el “BORME”	X 30 días
7	Derecho de separación de los socios: Periodo de un mes para ejercitarlo a contar desde la publicación del acuerdo en el “BORME”	X 30 días
8	Elevación a escritura pública del acuerdo de fusión: deberá contener las modificaciones	X 7 días

	estatutarias y número, clase y serie de las participaciones que hayan de ser atribuidas	
9	Certificación previa de la fusión por parte del registrador mercantil del domicilio social de la sociedad que se fusiona	X 15 días
10	Remisión del certificado: Cada una de las sociedades remitirá al registrador mercantil el certificado a que se refiere el apartado anterior en el plazo de seis meses a partir de su expedición.	X 180 días
11	Control por el registrador mercantil de la legalidad del procedimiento y las modificaciones de a sociedad absorbente.	X 30 días
12	Publicación e inscripción de la fusión:	X 7 días
12.1	Se publicará en el “BORME” una indicación de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores	
12.2	El RM que practique la inscripción lo notificará de inmediato a los Registros donde estén inscritas las sociedades participantes para que se proceda a su cancelación	

Operación de Traslado de domicilio social a los Países Bajos

Nº	Descripción de la operación	Estimación de plazo
1	Redacción y elaboración de los respectivos documentos necesarios de gestión y administración para poder efectuar el traslado	X 60 días
2	Redacción del proyecto y del informe de traslado internacional del domicilio por el Consejo de Administración	X 60 días
3	Depósito del proyecto de traslado internacional de domicilio social.	X 5 días
4	Convocatoria de la junta general y redacción de los documentos societarios de la mismas (una vez adoptado el acuerdo)	X 60 días
5	Publicación del acuerdo de traslado internacional del domicilio social de Certronic y el resto de los acuerdos necesarios para su ejecución	X 5 días
6	Periodo de oposición de acreedores y derecho de separación del socio durante 1 mes desde la publicación del acuerdo	X 30 días
7	Elevación a público ante un notario de nacionalidad española del acuerdo de traslado	X 3 días
8	Registro de la escritura pública ante el Registro Mercantil de Castellón	X 3 días
9	Obtención del certificado emitido por el RME acreditando que se han cumplido todos los requisitos para el traslado	X 14 días

	internacional del domicilio conforme la legislación española.	
10	Se cierra registro para nuevas inscripciones	X 2 días

INFORME 2

**Posible oposición a la operación de Traslado de domicilio social de
CerTronic a los Países Bajos**

El presente informe tiene por objeto analizar la posibilidad que tendría Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lindón Falomir Fabra de oponerse la operación de traslado social de Certronic a los Países Bajos.

A modo introducción, con anterioridad a la entrada en el capital social de Certronic de la Sra. Fabra y la Sra. Falomir (en adelante, “las socias”), fue firmado por todos los socios que en ese momento componían Certronic un pacto social que se incluyó en los estatutos de la sociedad mediante prestación accesoria.

Posteriormente a la firma de este pacto parasocial por todos los socios, uno de ellos, Don Antonio Falomir el cual ostentaba el 28% del capital, casado el régimen de gananciales, se divorció y, en consecuencia, su capital social quedó dividido en 10% correspondiente a su exmujer la Sra. Fabra, el 8% a la Sra. Falomir (su hija) y el restante 10% lo conservó él.

A raíz de la división del capital social de D. Antonio, surge el problema de que “las socias”, no llegaron nunca a firmar el pacto parasocial comentado.

A mayor abundamiento, “las socias” muestran disconformidad respecto de la operación que se pretende realizar de traslado de domicilio social de Certronic a los Países Bajos para poder realizar una posterior fusión con otra filial de Vulture. Así como, respecto de la actuación de Vulture de retribuir con una prima en caso de conseguir el éxito total de dicha operación.

Por todo ello, “las socias” quieren conocer la posibilidad de oponerse a la citada operación alegando varias cuestiones que procederemos a analizar a continuación:

1) CONSECUENCIAS DE QUE D^a AMPARTO Y D^a LINDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS

En un primer análisis podríamos decir que, analizando el art. 29¹⁴ de la LSC, “las socias” no tendrían por qué quedar vinculadas al pacto parasocial de Certronic sino hubieran firmado el mismo y, por tanto, no tendría el deber de respetar las cláusulas contenidas en él.

Ahora bien, es importante resaltar la existencia del artículo 86 de la LSC el cual regula el carácter estatutario de las prestaciones accesorias disponiendo que, “*en los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su*

¹⁴ “*los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”.

contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento (...) los estatutos podrán establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios.”

Para la explicación de la presente cuestión trae a colación mencionar la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (“DGRN”) del 26 de junio de 2018.

La resolución de referencia se pronunció acerca de la posibilidad de vincular los estatutos de una sociedad mercantil a un pacto de socios suscrito por los socios de la misma, a través del establecimiento de una prestación accesoria que preveía exigir a los socios de la compañía el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en ese pacto parasocial.

Básicamente, dicha resolución versa acerca del problema que se nos presenta en este supuesto que es sí “las socias” debieron firmar el pacto parasocial para entender que el mismo les vinculaba y que, por tanto, debían cumplirlo o que, al ser un pacto parasocial incluido en los estatutos sociales mediante prestación accesorias, vincula directamente a los socios entrantes sin que tengan que firma o adherirse al mismo.

En línea con el caso objeto de la resolución de la DGRG, una sociedad anónima aprobó un protocolo familiar que fue elevado a público mediante escritura notarial (cuya naturaleza puede equipararse a un pacto de socios), y, por consiguiente, se aprobó la modificación de los estatutos sociales introduciendo un artículo que establecía, en concepto de prestación accesoria, cuestiones similares a las que los pactos parasociales suelen integrar.

A través de dicha operación, lo que se pretendía era que la regulación contenida en el pacto de socios adquiriera la condición de norma estatutaria a través de la introducción de una prestación accesoria en los estatutos sociales que consistiera en la exigencia a los socios del cumplimiento y observancia de las disposiciones del pacto de socios.

En un primer momento, la inscripción de dicha modificación estatutaria fue rechazada, pero, finalmente, la DRGN cuando se pronuncia sobre el recurso formulado contra la denegación de la inscripción, modifica el criterio inicial de Registro de Valencia y autoriza la inscripción de ese artículo como prestación accesoria en los estatutos sociales de la compañía, con referencia a las resoluciones de 24 de marzo de 2010 y 5 de junio de 2015, disponiendo:

“Que se admite que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto de los protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y los terceros, en el ámbito del ordenamiento corporativo, mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es precisamente el empleado en el caso del presente recurso: la configuración de la obligación de cumplir el

protocolo familiar como una prestación accesorio, de modo que su incumplimiento se sancione con la exclusión del socio incumplidor.

(...)

*En el presente caso la obligación en que consiste la prestación accesorio está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente **de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesorio cuyo contenido es estatutariamente determinable** –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista. Debe concluirse que la cláusula debatida es inscribible, por no rebasar los límites generales a la autonomía de la voluntad, por cuanto no se opone a las leyes ni contradice los principios configuradores de la sociedad anónima (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 114.2 del Reglamento del Registro Mercantil).”*

Por consiguiente, esta resolución introdujo una novedad posibilitando que las sociedades con la finalidad de reforzar la exigibilidad del contenido de los pactos de socios, traten de introducir en sus estatutos sociales prestaciones accesorias de este tipo.

Así, la respuesta a las consecuencias de que “las socias” no llegaran a firmar el pacto de socios es que, es intrascendente, ya que, los pactos parasociales incorporados a los estatutos mediante prestación accesorio como del caso se deriva, vinculan también al socio entrante.

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

El deber de lealtad de los administradores lo encontramos regulado en los artículos que van de 227 al 232 de la LSC.

Vulture pretende trasladar el domicilio social de Certronic a los Países Bajos con el propósito de realizar una posterior fusión de la nueva sociedad Certronic Holandesa con otra filial de Vulture y, para conseguir el acuerdo favorable de la operación, incentiva a los administradores con la retribución de una prima.

El incumplimiento del deber de lealtad en este supuesto devendría, en primer lugar, del compromiso de Vulture a retribuir con una prima el éxito total de la operación a todos los

miembros del Consejo de administración que no sean empleados de Vulture y, en segundo lugar, de la aceptación de la prima ofrecida por parte de los miembros del Consejo de Administración como incentivo para conseguir su conformidad respecto de la operación.

El precepto legal que engloba el concepto de “deber de lealtad de los administradores” se encuentra en el art. 227 de la LSC entendiéndolo como, el deber de los administradores de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. No obstante, para una mayor precisión acerca del deber de lealtad, la precitada ley establece en los artículos siguientes, las obligaciones derivadas del deber de lealtad que los administradores deben cumplir.

Dichas obligaciones se encuentran reguladas en el art. 228 de la LSC. De todas ellas habrá que destacar las que, a nuestro juicio, podrían ser de aplicación al caso:

- (i) Deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (228 c. LSC)
- (ii) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de las instrucciones y vinculaciones a terceros (228 d. LSC)
- (iii) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (228 e. LSC).

Los administradores podrían estar incumpliendo las obligaciones citadas ya que, en caso de que aceptasen la prima que Vulture les está ofreciendo, con el objetivo de que se muestren conformes con la operación que se pretende realizar, estarían infringiendo el deber de lealtad en cuando a que (i) no estarían actuando con libertad de criterio e independencia; (ii) no se estarían absteniendo de participar en la deliberación y votación de un acuerdo en el que existe un conflicto de interés y; (iii) no estarían cumpliendo tampoco con la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses puedan entrar en conflicto con sus deberes para la sociedad o con el interés social.

El art. 228 e) de la LSC se correlaciona con el art. 229 de la LSC que establece el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Es relevante destacar el apartado e) del artículo 229 LSC que dispone la obligación del administrador de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la

sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

Por consiguiente, en relación a lo estipulado en este último artículo citado (Art. 229 e. LSC), culminamos nuestra decisión a favor de que, en caso de que los administradores de Certronic acepten dicha prima como incentivo, siendo la retribución de la misma condicionante en la toma de su decisión sobre el acuerdo para poder efectuar la operación que se pretende, estarían claramente incumpliendo sus deberes de lealtad e infringiendo los preceptos explicados con anterioridad.

El quebrantamiento del deber de lealtad se produce con independencia de que el conflicto de intereses pueda crear o no un perjuicio económico-patrimonial. Por tanto, será suficiente con que exista una ocasión de oportunidad y el administrador no actúe orientado por el interés de la sociedad. Así, los administradores de Certronic aprovechando la oportunidad de ser retribuidos con una prima, actúan orientados por el interés particular y no social, infringiendo sus deberes de lealtad.

A mayor abundamiento, con el objetivo de mencionar los remedios establecidos en la LSC frente a las infracciones por los administradores de su deber de lealtad, destaca el artículo 232¹⁵ LSC y, el artículo 227.2¹⁶ LSC

Del artículo 232 LSC podemos extraer tres grupos de acciones adicionales a las de indemnización y devolución del enriquecimiento injusto, cuyo ejercicio estará sujeto a la naturaleza y estado del comportamiento constitutivo de infracción del deber de lealtad: (i) la acción societaria de impugnación de los acuerdos de la junta general y el consejo de administración y órganos colegiados del consejo adoptados en contradicción con el deber de lealtad; (ii) la acción de Derecho común de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber; y (iii) las acciones de cesación y remoción, cuya finalidad respectiva es la obtención de una resolución judicial de cese de actividades contrarias al deber de lealtad.

¹⁵ “*el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad*”

¹⁶ “*la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*”

Destacamos jurisprudencialmente sentencias que versan sobre el deber de lealtad de los administradores:

(i) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 15 de octubre de 2018 (EDJ 2018/673779)¹⁷.

(ii) La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/232866)¹⁸.

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

Para resolver esta cuestión haremos referencia al art. 190 de la LSC que regula los supuestos en los que el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones cuando el acuerdo tenga por objeto los conflictos de intereses especificados en el punto primero.

Debemos tener en cuenta que, este precepto sería de aplicación al presente caso, ya que, el Consejo de Administración de Certronic al cual Vulture pretende ofrecer la prima por el éxito de la operación, está compuesto por los mismos miembros e integrantes que ostentan, a su vez, la calidad de socios de la entidad.

Para este supuesto concreto, nos centraremos en el apartado tercero del precitado artículo al no estar incursos, los socios, en ninguno de los supuestos señalados en el apartado primero del mismo.

El artículo 190.3¹⁹ LSC dispone que, en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado primero, **los socios no estarán privados de su derecho a voto.**

¹⁷ “debe recordarse que lo que vulnera el deber de lealtad del administrador es la conducta del mismo en el tráfico jurídico con distorsión de la finalidad última de su actuación, que no debe ser sino anteponer y priorizar siempre los intereses de la sociedad sobre los suyos propios”.

¹⁸ “al administrador no le libera de responsabilidad el hecho de no haber obtenido un beneficio personal pues lo relevante es el daño ocasionado a la sociedad con independencia del beneficio propio o ajeno que haya podido obtener derivado de su actuación”.

¹⁹ “en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, **los socios no estarán privados de su derecho de voto.** No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés.

Así, fuera de los casos expresamente previstos en el apartado primero, los socios podrán votar aunque exista un conflicto de intereses. Sin embargo, en estos supuestos se establece una presunta infracción del interés social (con inversión en la carga de la prueba) cuando el acuerdo haya sido adoptado con el voto determinante del socio o socios incurso en el conflicto.

En conclusión, no se podrá exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos, lo que si podrán es impugnar el acuerdo, en cuyo caso, una vez prueben que el voto de los socios incurso ha sido decisivo para la adaptación de acuerdo, corresponderá a la sociedad y, a los socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la acreditación del conflicto de interés en el acuerdo adoptado.

Por ende, D^a Amparo y D^a Lindón, una vez adoptado el acuerdo, tras la imposibilidad de exigir que se abstengan de votar, deberán impugnar el mismo debiendo probar y acreditar el conflicto de interés incurso en el acuerdo.

4) POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL CORRESPONDIENTE ACUERDO POR ABUSIVO

D^a Amparo y D^a Lindón suman un total del 18% del capital social de Certronic por lo pertenecen a lo que se conoce como accionistas minoritarias de la sociedad. Ello supone que, se podrían adoptar acuerdos sociales sin necesidad de su correspondiente voto favorable, aunque las mismas estén disconformes con el acuerdo a adoptar.

Según el artículo 206 de la LSC están legitimados para impugnar los acuerdos sociales cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital social. Dicha impugnación deberá dirigirse contra la sociedad.

Así, tanto D^a Amparo como D^a Lindón estarán perfectamente legitimadas para poder impugnar acuerdos adoptados por la sociedad, con el requisito de que, estos acuerdos deberán de ser susceptibles de impugnación.

De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social”.

Trae a colación explicar el artículo 204 de la LSC el cual regula los acuerdos susceptibles de impugnación. En su apartado primero dispone que, “*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, que se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros.*”

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

En principio, todo accionista es libre para ejercitar sus derechos en el sentido que considere oportuno. Sin embargo, las particularidades del contrato de sociedad, construido sobre la base de la consecución de un fin común que orienta su funcionamiento, impone a los socios un ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones con lealtad y corrección, en orden de alcanzar ese interés social, dando lugar a lo que se conoce como deber de fidelidad del socio respecto de la sociedad. Por ende, se viene afirmando que, el principio de funcionamiento supone la aplicación de la regla de la buena fe en las relaciones del socio con la sociedad, vinculando al socio respecto de los intereses colectivos y, debiendo prevalecer éstos frente a sus intereses particulares. Este principio opera como límite al ejercicio de sus derechos, en concreto, límite al ejercicio de su derecho de voto.

De esta forma, más que de abuso de mayoría o abuso de minoría, podríamos estar hablando de comportamientos de los socios que se adecuan o no al deber de fidelidad.

No obstante, en relación al caso concreto, a nuestro juicio, D^a Amparo y D^a Lindón, podrían impugnar el acuerdo social adoptado por abuso de derecho ya que, ha sido impuesto por la mayoría sin que respondan a una necesidad de la sociedad y que, si bien no causan un daño patrimonial a la sociedad, se adopta en interés de la mayoría y en detrimento de la minoría.

El punto clave para impugnar el correspondiente acuerdo es la definición de interés social. La concepción de interés social pone el foco en la suma de los intereses individuales que corresponden con cada uno de los socios, en lugar de la propia persona jurídica constituida por la sociedad. Así, no es posible identificar interés social con interés de la mayoría, sino que merece una dimensión diferente y más amplia, ya que, si el interés social es considerado el sumatorio de los intereses particulares de los socios, cualquier atentado al interés particular de un solo socio constituirá un atentado contra todo el interés social.

El acuerdo de traslado a los Países Bajos no parece ser beneficioso para la sociedad ya que no se desprenden indicios de que el traslado de domicilio vaya a suponer un acuerdo positivo para la misma. Por otro lado, el acuerdo de traslado iría en contra del interés social debido a que el interés particular de los miembros del Consejo de Administración ha sido atentado por Vulture mediante el ofrecimiento de una prima en caso de producirse el éxito de la operación, por tanto, en un sentido u otro, se podría decir que, los miembros de órgano de administración de Vulture han actuado en contra del interés social en el acuerdo al haber sido viciado su interés particular.

Por tanto, el acuerdo adoptado ha sido impuesto de forma abusiva atentando contra el interés de la sociedad, ya que, a parte de no responder a una necesidad razonable de la sociedad, ha sido adoptado por la mayoría en interés propio, debido a que, aprobando el acuerdo, los administradores, recibían una retribución cuantiosa en su propio beneficio personal sin importarles el interés que pudieran tener los demás socios.

En conclusión, D^a Amparo y D^a Lindón podrán perfectamente impugnar el acuerdo de traslado de domicilio social de la sociedad adoptado por abuso de derecho al amparo del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Deberán estar a lo dispuesto en el art. 205 de la LSC para ejercitar la correspondiente impugnación siendo el plazo para ejercitar la misma el de un año desde la adaptación del acuerdo al haberse adoptado el mismo en junta, o caso de ser inscrito el acuerdo el plazo se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción.

Para la impugnación del acuerdo se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 207 LSC).

CONCLUSIÓN

D^a Amparo y D^a Lindón podrán oponerse a la citada operación alegando el incumplimiento de la sociedad respecto de sus deberes de lealtad por conflicto de intereses (explicado anteriormente) y, en consecuencia, impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo dónde la carga de la prueba corresponderá a ellas.

Por el contrario, no podrán alegar que nunca llegaron a firmar el pacto de socios, ya que, como se ha explicado, es vinculante para ambas aún no habiendo firmado el mismo, así como, tampoco podrán exigir ni alegar que los demás socios debían haberse abstenido en la votación de la junta en la que se decidía sobre el traslado social de Certronic a los Países Bajos al concurrir un conflicto de intereses en su decisión.