



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Autor: Ainhoa Moreno Hueros
Tutor: Miguel Martínez Muñoz

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE

INFORME I	5
I. OPCIÓN 1: ADQUISICIÓN DE AUTOCARTERA, PERMUTA Y POSTERIOR AMORTIZACIÓN DEL EXCEDENTE	6
1. Autocartera	7
2. Transmisión de las acciones a cambio de la marca	11
3. Amortización del excedente	13
4. Informe de experto	14
II. OPCIÓN 2: AUMENTO DE CAPITAL A CAMBIO DE LA APORTACIÓN DE LA MARCA	14
1. Documentos necesarios para llevar a cabo el aumento	15
2. La convocatoria de junta de socios	16
3. La adopción del acuerdo de aumento	16
4. Formalización del acuerdo de aumento	17
III. OPCIÓN 3: ADQUISICIÓN DE LAS PARTICIPACIONES DE CIRCERÁMICA A TRAVÉS DE PRÉSTAMO DE ENTIDAD FINANCIERA Y POSTERIOR FUSIÓN POR ABSORCIÓN	18
1. Concesión de préstamo	18
2. Fusión por absorción	19
IV. OPINIÓN SOBRE LAS DIFERENTES OPCIONES ANALIZADAS	24
V. TRASLADO TRANSFRONTERIZO DE DOMICILIO SOCIAL	25
1. El acuerdo de junta de socios	26
2. Certificación registral	28
VI. ANEXO I AL INFORME I: CALENDARIO DE OPERACIONES	29
INFORME II	31
I. CONSECUENCIAS DE FALTA DE FIRMA DEL PACTO POR DÑA. AMPARO Y DÑA. LIDÓN	31
1. Legalidad de la inclusión de la disposición en los estatutos sociales	32
2. Consentimiento individual para prestaciones accesorias	33
3. Efectos de la falta de firma	34
4. Conclusiones	35
II. POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE SUS DEBERES DE LEALTAD	35
1. El deber de lealtad	35

2. La infracción del deber de lealtad	39
III. POSIBILIDAD DE EXIGIR A LOS DEMÁS SOCIOS SU ABSTENCIÓN EN LA VOTACIÓN DEL TRASLADO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS	40
IV. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO POR ABUSIVO	42
BIBLIOGRAFÍA	45

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
C. Com.	Código de Comercio
CC	Código Civil
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Núm.	Número
Págs.	Páginas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
Ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INFORME I

El presente informe tiene como objeto el estudio de tres operaciones diversas que tienen como fin la adquisición o inclusión de la marca italiana Cir-Cerámica en la sociedad española CerTronic, teniendo como destinatario del mismo esta última sociedad.

Las operaciones analizadas serán tres: en primer lugar, la adquisición de autocartera por CerTronic, la transmisión de la marca a través de la figura de la permuta y la consecuente amortización del excedente resultante; en segundo lugar, el aumento de capital social de CerTronic con la aportación simultánea de la marca italiana; y, en último lugar, la concesión de un préstamo financiero para la adquisición de la sociedad Cir-Cerámica y la ulterior fusión por absorción de la mencionada sociedad.

Mientras que las dos primeras opciones planteadas constituyen supuestos de una operación denominada *asset deal* – que consiste en la adquisición de activos de una sociedad (la marca de Cir-Cerámica) a través de dos procedimientos diferenciados -, la tercera opción que se analizará se trata de un caso de *share deal*, puesto que consiste en la compra de capital de la sociedad, implicando, por tanto, la transferencia global de todos los activos y pasivos de la empresa en una única operación.

Así pues, mientras que, a través de las dos primeras vías de *asset deal*, CerTronic únicamente adquirirá el activo que se pacte, reduciéndose el riesgo de asumir pasivos desconocidos; en el supuesto del *share deal*, las partes que participarán en la operación son los accionistas de Cir-Cerámica y CerTronic, como comprador, recibiendo, en consecuencia, los socios de Cir-Cerámica el precio de las acciones de la sociedad de la que forman parte. Con esta última opción, CerTronic, tras la adquisición de la sociedad italiana, podrá subsumirlo en su negocio a través de la fusión que se propone en este informe.

Para la realización de este informe, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias, de gran relevancia para el estudio:

- CerTronic es una sociedad española domiciliada en Alcora y cuyo órgano de administración consiste en un Consejo formado por cinco personas, existiendo una plaza vacante en el momento en que el cliente solicita nuestro asesoramiento.
- El capital social se reparte entre cinco socios: Badenes SRL, que ostenta el 28% del mismo; Dña. Lidón Falomir Fabra, con un 8%; D. Antonio Falomir Steve, con un 10%; Dña. Amparo Fabra Llorens, con un 10%; y el fondo Vulture Capital Corp., cuya participación alcanza el 44% del capital social.
- La sociedad firma en 2013 un pacto de socios, estableciéndose la obligatoriedad de su firma por todos los socios por medio de la inclusión de esta obligación en los estatutos sociales de CerTronic. Este pacto, entre otras disposiciones, exige el voto favorable de 67% del capital social para la adopción de acuerdos de reestructuración societaria y aumentos de capital.

- La sociedad italiana Cir-Cerámica se compone de dos socios: D. Angelo Vattermoli e Il Piccolo Avvoltoio, SRL (participada al 100% por Vulture), y carece de actividad económica, encontrándose entre sus activos únicamente la marca.

En el marco de las operaciones que tienen como fin la incorporación de la marca de Cir-Cerámica en el capital de CerTronic, se recomienda al cliente, antes de proceder a negociar con la contraparte, la firma de una **carta de intenciones** (*letter of intent*) con la sociedad italiana. Se trata de un documento precontractual y, por tanto, situado en el ámbito de los actos previos y que implicaría una mera “invitación a contratar” (LLODRÀ GRIMALT¹). En ella, se indicará la finalidad y la estructura de la transacción, un precio indicativo y un calendario de negociaciones, entre otros.

También se aconseja la suscripción de un *memorándum of understanding* (“MOU”): documento precontractual que contiene únicamente algunos aspectos del contrato que las partes pretenden alcanzar. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN² los describe como “*actos que los interesados y sus auxiliares realizan con el fin de elaborar, discutir y concertar un contrato*”. En él, se recogerían acuerdos parciales, que podrían dar lugar al contrato final por medio del cual se plasmará la operación que se realizará y las condiciones de la misma.

En cualquier caso, es altamente recomendable la firma de un **acuerdo de confidencialidad o Non Disclosure Agreement** si CerTronic fuera a compartir con Cir-Cerámica información que la propia sociedad considera confidencial y con la finalidad de garantizar que dicha información no es revelada a terceros ajenos al NDA. En él, se incluirá la identificación de ambas sociedades, la información que se considerará confidencial a esos efectos, el alcance o *scope* de la obligación de confidencialidad, así como sus posibles exclusiones (información pública o ya divulgada, autorizada a divulgar, solicitada por tribunales, por ejemplo) y el plazo de duración del acuerdo.

I. OPCION 1: ADQUISICIÓN DE AUTOCARTERA, PERMUTA Y POSTERIOR AMORTIZACIÓN DEL EXCEDENTE

En primer lugar, vamos a distinguir tres momentos en la realización de esta operación: la adquisición de acciones propias (autocartera), la transmisión a terceros y, por último, la amortización del excedente.

¹ LLODRÀ GRIMALT, F., “Letter of intent, carta de intenciones, precontrato”, en *Derecho de los negocios*, Madrid, 2003, págs. 14-30

² DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Volumen I, Madrid, 2001, versión online.

1. Autocartera

Respecto a la adquisición de autocartera, debe señalarse que se trataría de una adquisición derivativa, pues ella tendría lugar no en el momento de constitución de la sociedad -ya que la misma se encuentra debidamente constituida-, ni tampoco como consecuencia de una ampliación de capital, sino que las acciones serían, en primer lugar, adquiridas a los socios de CerTronic para después transmitir las la propia sociedad a un tercero (la sociedad Cir-Cerámica), que será el nuevo titular de las mismas. Por ello, habrá de estar a los artículos 144 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “LSC”), que regulan la adquisición derivativa en sociedades anónimas.

Más concretamente, debe acudir al artículo 146, que recoge el régimen de autocartera para las adquisiciones derivativas condicionadas. Esto se debe a la imposibilidad de subsumir el presente caso en uno de los presupuestos habilitantes del artículo 144 LSC, pues no nos encontramos ante ninguno de los supuestos que en él se contemplan: (a) adquisición como consecuencia de un acuerdo de reducción de capital adoptado en junta general; (b) y (c) adquisición a título universal y a título gratuito, respectivamente; (d) adquisición como consecuencia de una adjudicación judicial, para satisfacer el crédito de la sociedad frente a su titular.

Si bien es cierto que podría acudir a través de este cauce legal por adquisición de las acciones a título gratuito, se descarta esta posibilidad debido a la escasa probabilidad de que los socios de CerTronic transmitan sus acciones a título gratuito para, posteriormente, transmitir las a los socios de la sociedad Cir-Cerámica a cambio de su marca.

Así pues, la vía a seguir, conforme a la Ley de Sociedades de Capital, será la señalada en su precepto 146 para las adquisiciones derivativas condicionadas. Mientras que, en su apartado 1), establece la necesidad de que la adquisición se adopte a través de acuerdo en junta general -que deberá cumplir determinados requisitos-, así como la imposibilidad de que la adquisición provoque que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas indisponibles; en los apartados 2) y 4), se recogen dos prohibiciones, de manera que el valor nominal de las acciones adquiridas no podrá ser superior al veinte por ciento, una vez sean sumadas a las que ya poseyera la sociedad; y no podrán adquirirse acciones propias parcialmente desembolsadas y aquellas que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias.

Así pues, para considerar lícita la adquisición de acciones propias, la Ley exige no solo que la junta general lo autorice mediante un acuerdo, sino que, por otro lado, la adquisición no puede producir el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles, siendo los administradores aquellos que deben controlar que se alcancen ambos extremos. Por tanto, habrá que estar a las cifras para evitar infringir el precepto legal.

El motivo de esta regulación de la autocartera tiene como objeto la desconfianza que suscita para el ordenamiento jurídico que una sociedad pueda ser titular de sus propias acciones, convirtiéndose, consecuentemente, en su propia accionista. Desde el punto de vista corporativo, la autocartera podría amparar conductas abusivas e irregulares de los administradores, que tendrían capacidad de alterar las reglas que establecen la formación de la voluntad de la sociedad y afectar a la paridad de trato para con los accionistas.

En este sentido, como señala doctrina autorizada –ALFARO ÁGUILA-REAL³, entre otros-, los negocios sobre las acciones propias de una sociedad pueden generar un trato desigual para los accionistas en el momento de adquisición e, incluso, en su enajenación, pues aquellos socios que las vendieran podrían obtener beneficios sobre la enajenación, y puesto que si la sociedad transmite sus acciones propias, podrían tener como destinatarios accionistas o terceros concretos, pudiendo éstos apropiarse de parte de las reservas que corresponden a los demás socios accionistas.

Además, desde el punto de vista patrimonial, la regulación trataría de evitar que, por medio del mecanismo de la adquisición de acciones propias, se liquide de manera encubierta el patrimonio social, pues, parte del patrimonio social que debe cubrir el capital está formado por las propias acciones y su valor variará en función del valor de la propia sociedad. Por tanto, si la sociedad viera su valor reducido, el efecto tendría un efecto mayor si la sociedad tuviera acciones en autocartera. Por ello se dice que las acciones propias no tienen valor patrimonial ni representan garantía para los acreedores de la sociedad, debido a que, en realidad, cuando una sociedad adquiere sus propias acciones, lo que se hace es repartir parte de su patrimonio a los accionistas cuyas acciones adquiere. Consecuentemente, si las enajenara sería como si procediera a aumentar el capital social de una manera figurada.

Estas cuestiones explican el régimen jurídico de la autocartera y las limitaciones a la misma.

1.1.La convocatoria de la junta de socios

En primer lugar, respecto al acuerdo adoptado en junta, debe hacerse referencia a la necesidad de que la junta general sea convocada por los administradores mediante anuncio en la página web o, si fuera inexistente, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio social de CerTronic, conforme a los artículos 166 y 173 LSC. Debe destacarse que la convocatoria deberá expresar, además de la fecha de celebración, el orden del día de los asuntos a tratar y deberá concurrir un plazo de, al menos, un mes entre la convocatoria y la celebración (art. 174 y 176 LSC).

³ ALFARO ÁGUILA-REAL, R., “Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones” en blog *Almacén de Derecho*, 2020.

En este sentido, y teniendo en cuenta la potencial negativa de algunos socios a la adopción del acuerdo como consecuencia de la existencia de una plaza vacante en el Consejo de Administración, debe defenderse que la resolución de 14 de marzo de 2016 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la tradicional Dirección General de Registros y del Notariado) reconoce la posibilidad de que un consejo con un número de consejeros inferior al exigido en los estatutos pueda convocar la junta general y establecer el orden del día, siempre que se encuentre válidamente constituido, entendiéndose como tal que se encuentren presentes la mayoría de los vocales. Esta doctrina es, además, ratificada por el Tribunal Supremo en su sentencia 24/2019, de 16 de enero de 2019.

El artículo 193 LSC regula el quórum necesario para entender constituida válidamente la junta, requiriendo que se halle presente, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. No obstante, debería acudirse también a los estatutos de CerTronic con el fin de verificar que en los mismos no se haya fijado un quórum superior. En consecuencia, si no llegara a darse esta condición en la primera convocatoria, se celebrará una segunda convocatoria, requiriendo la Ley que transcurran, como mínimo, veinticuatro horas (art.177.2 LSC).

1.2.La adopción del acuerdo en junta de socios

Así pues, una vez se haya constituido válidamente la junta, se dará paso a la adopción del acuerdo. Para ello, en virtud del art. 201 LSC, es necesario la mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en ella, considerándose adoptado el acuerdo cuando el mismo obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado.

No obstante, aquí también se debería comprobar que, en los estatutos, no se hubiera establecido un porcentaje más elevado. En este sentido, si bien se firmó un pacto de socios con diversos porcentajes, éste no es aplicable por los dos siguientes motivos: la elevación de quórum únicamente se daría el supuesto de acuerdos de reestructuración societaria o aumento de capital; y los pactos de socios, con carácter general, no son oponibles a la sociedad, como se detallará más adelante en este informe.

1.3.El acuerdo de adquisición de acciones propias

Una vez señalados los presupuestos generales de constitución de junta y las mayorías para la adopción de acuerdos, deberá regresarse al ya citado art. 146, con el propósito de conocer los requisitos exigibles al acuerdo.

La Ley menciona que el acuerdo deberá establecer las modalidades de adquisición, el número máximo de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años.

Además, no puede olvidarse la condición mencionada con anterioridad relativa a la prohibición de provocar que el patrimonio neto sea inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles. Se trata, en definitiva, de que permanezca intacto el patrimonio que retiene la cifra del capital y las demás partidas indisponibles del pasivo por lo que las adquisiciones habrán de hacerse con cargo a bienes libres.

Por otro lado, el texto legal impone un requisito puramente cuantitativo. Expresamente dispone que la autocartera derivativa que se constituya ha de respetar el límite cuantitativo de que el valor nominal de las acciones así adquiridas, sumándose al de las que ya posea, no exceda del 20% del capital social. Por tanto, en el supuesto de que, tras la adquisición de las acciones propias, la suma total exceda de dicho porcentaje del capital social, deberá procederse a realizar una amortización; extremo que se detalla más adelante.

Como precisión, debe mencionarse que la Ley recoge, para el presente supuesto, en el apartado 4) de este artículo, la prohibición de que se adquieran acciones parcialmente desembolsadas - pues, de lo contrario, equivaldría a una condonación de los dividendos pasivos - y acciones que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias. Por tanto, deberán adquirirse aquellas que se encuentren completamente desembolsadas pues, de lo contrario, la adquisición será nula.

En el supuesto de no cumplir los presupuestos y limitaciones legales, se aplicaría el art. 139 LSC. La consecuencia será que las acciones deberán enajenarse en el plazo de un año. De no realizar la citada enajenación, los administradores deberán convocar junta general para acordar la amortización de las acciones propias con la consiguiente reducción de capital social. Si tampoco se obedeciera a ello en un plazo de dos meses desde que finalizase el plazo de un año para enajenar, cualquier interesado podrá solicitar la reducción del capital al secretario judicial o al registrador mercantil. Los administradores, además, estarán obligados a solicitar dicha reducción judicial o registral cuando el acuerdo de la junta fuera contrario o no pudiera ser logrado.

Por tanto, aun superándose, tras la adquisición, el porcentaje del veinte por ciento de la suma total de acciones propias que establece la Ley, podrían adquirirse las acciones, siempre que vayan a ser enajenadas en el plazo de un año.

En este sentido se pronuncia la STS 3333/2016, de 27 de marzo, que reconoce la posibilidad de incumplir con los límites impuestos por la Ley siempre y cuando se considere la adquisición de autocartera como un paso intermedio e instrumental para la transmisión posterior de esas acciones, entendiéndose que si se enajenaran inmediatamente, no se generaría el riesgo que se pretende evitar con la prohibición de adquisición de participaciones propias, esto es, la merma de la integridad del capital social.

Debe insistirse en la responsabilidad de los administradores, puesto que responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores de los daños provocados por actuaciones contrarias a la ley, siempre y cuando intervenga dolo o culpa. No obstante, la culpabilidad se presume cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos (art. 236 LSC).

Así pues, una vez que el acuerdo sea adoptado por la junta general, deberá constar en acta, art. 202.1 LSC. El acta deberá, a su vez, ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, dentro del plazo de quince días, por el presidente de la junta y dos socios interventores, representando uno de ellos la mayoría y el otro, la minoría.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que, al no tratarse de un acuerdo de modificación de los estatutos sociales (por no encuadrarse en ninguno de los supuestos recogidos en el Título VIII LSC), no habrá de constar en escritura pública ni inscribirse en el Registro Mercantil.

1.4. Régimen de las acciones propias hasta su posterior enajenación

Ha de tenerse en cuenta el régimen de aquellas acciones que van a pasar a formar parte de la autocartera. En este sentido, el artículo 148 LSC establece que no podrán ejercerse el derecho de voto ni demás derechos políticos incorporados a dichas acciones, pero sí se tendrán en cuenta a efectos de cálculo de quórum para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.

2. Transmisión de las acciones a cambio de la marca

Una vez adquiridas las acciones por CerTronic y con el objeto de transmitir las a la sociedad italiana Cir-Cerámica, debería formalizarse un acuerdo que regule esta operación. A estos efectos, se plantean dos vías: un contrato de permuta mercantil o un contrato de cesión de marca a cambio de las acciones de CerTronic.

2.1. El contrato de permuta

Una vez adquiridas en autocartera las acciones por CerTronic, deberá realizarse la transmisión de las mismas a la sociedad italiana Cir-Cerámica y no a sus socios, pues la titular de la marca es de la sociedad.

Teniéndose en cuenta que aquí no se produce una verdadera compraventa de las acciones, sino que las mismas son transmitidas a cambio del valor de la marca, la figura exacta es la de un contrato de permuta, más concretamente, una permuta mercantil, pues ambas partes son sociedades, aplicándose por analogía las disposiciones relativas al contrato de compraventa mercantil, en virtud de art. 346 del Código de Comercio. Como afirma la doctrina (resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

16832/2019, de 16 de octubre), en relación a la finalidad de la permuta, *“quien permuta busca precisamente el cambio directo de los objetos en juego, mediando en el negocio unos intereses y motivaciones que quizá nada tengan que ver con el valor real o valor en la venta de las cosas intercambiadas, de modo que el valor de algo dado al derecho permutado en ningún caso es precio en dinero del contrato”*.

Respecto al contrato de permuta, como señaló ya el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala Primera de 17 de noviembre de 1998, el título que se le dé al contrato no tiene relevancia si en el mismo es claro el cambio de unas acciones por otro bien o derecho.

En principio y, salvo que los estatutos de CerTronic establezcan lo contrario, no se requerirá el acuerdo de la junta para la entrega de estas acciones a través de una permuta, en virtud del art. 160. j) LSC.

Para llevar a cabo la permuta, se recomienda al cliente la suscripción de un contrato de permuta mercantil entre ambas sociedades en que se pacte el intercambio mutuo de la marca por las acciones que equivalgan al valor de la marca, asegurando que sendos co-permutantes ostentan los mismos derechos y deberes resultantes del contrato.

En el contrato de permuta habrá que incluir expresamente la transferencia de la propiedad de la marca (derecho de propiedad industrial) y de las acciones (valores mobiliarios) con sus entregas; deberá regularse la responsabilidad por los posibles vicios ocultos que pudieran ser inherentes a los mismos, esto es, los problemas o carencias que pudieran tener; y el pacto sobre los pagos de los gastos de escritura y registro. También deberá regularse la posibilidad de término del contrato de permuta, con el fin de cubrir, especialmente, la posibilidad de que Cir-Cerámica no entregue la marca en el plazo convenido o entregase una cosa diferente.

Por último, y únicamente con carácter informativo, ha de señalarse que, a los efectos tributarios, se considera como una doble transmisión de bienes, por lo que conlleva a la duplicidad impositiva.

2.2.El contrato de cesión de marca

Otra opción posible a la transmisión sería la cesión de la marca a cambio de las acciones de CerTronic.

La cesión de marca es un derecho recogido en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que permite la misma bajo la necesidad de cumplir unos presupuestos: derecho de tanteo y derecho de retracto. No obstante, ha de mencionarse que, al tratarse de una marca perteneciente a una sociedad italiana, habría que acudir a la legislación de Italia con el fin de determinar si esta operación se encuentra regulada y cuáles son los requisitos exigibles a esta operación.

En cualquier caso, la cesión implica una transferencia de todos los derechos de propiedad intelectual (en este caso, la marca Cir-Cerámica). Ahora bien, habría que estar al hecho de que la marca en cuestión no esté sometida a una prohibición de cesión, en el caso de que se tratara de una marca derivada, por ejemplo.

Además, habría que prestar también atención a que el contrato no incluya únicamente la cesión de la marca para un determinado territorio, pues no es de interés para CerTronic que se limite geográficamente la cesión a un área concreta; así como que la cesión no esté limitada a un producto en concreto.

En suma, se recomienda al cliente que la transmisión se realice a través de un contrato de permuta en lugar de un contrato de cesión, no solo por los riesgos inherentes a este último, sino también por la celeridad que puede proporcionar un contrato de permuta – donde en un solo contrato opera la entrega de acciones a cambio de la marca -, frente a la formalización de un contrato de cesión de marca, junto con el correspondiente acuerdo en que se entregan las acciones a la sociedad italiana.

3. Amortización del excedente

La última etapa de esta operación sería la amortización en el supuesto de que, tras la adquisición de acciones propias por CerTronic, se supere el porcentaje máximo que regula la Ley.

Así pues, en el supuesto de que, tras la adquisición de la autocartera, el valor nominal total de las acciones propias sobrepasara el veinte por ciento, la CerTronic debería optar por una de las siguientes opciones: la amortización del excedente o la enajenación de dichas acciones que exceden del porcentaje establecido en el periodo de un año.

Ahora bien, en el presente supuesto, las acciones serían entregadas de manera inmediata a la sociedad italiana Cir-Cerámica, por lo que no sería necesario proceder a la amortización del excedente, siempre y cuando dichas acciones “salgan” de la sociedad para ser entregadas a Cir-Cerámica en un tiempo máximo de un año y asumiendo que la sociedad solo hubiese adquirido en autocartera las acciones que correspondieran exactamente al valor de la marca que opera la sociedad italiana.

En el supuesto de que la CerTronic adquiriera acciones por un valor superior al valor de la marca de Cir-Cerámica y que se superaran los límites cuantitativos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital, CerTronic debería proceder a la amortización de las mismas.

Es por ello que se recomienda al cliente la adquisición únicamente de acciones que representen el equivalente al valor de la marca italiana, con el fin de evitar la posterior amortización si se sobrepasaran el porcentaje legal.

4. Informe de experto

Por último, en relación a la posibilidad de necesitar un informe de experto independiente, la Ley recoge supuestos tasados en los que es obligatorio. Así, se exige la elaboración de dicho informe en los supuestos de constitución de sociedad anónima y de aumento de capital, art. 67 LSC a través de aportaciones no dinerarias, como sería la marca de una sociedad. Además, también impone dicha necesidad en los supuestos de adquisiciones onerosas que tengan lugar en los dos años inmediatamente posteriores a la constitución de la sociedad anónima, conforme al art. 72 de la citada Ley.

En consecuencia, en esta opción planteada, debe indicarse que no se trata ni de un supuesto de aumento de capital social ni de constitución, así como tampoco puede entenderse que dicha operación tenga lugar en el plazo que recoge la Ley tras la constitución. Por tanto, no será preceptivo el informe de experto independiente aquí.

Sin embargo, no existe inconveniente para que, aun no siendo obligatorio el informe de experto independiente de conformidad con lo establecido anteriormente, se someta a la marca a verificación de experto independiente de manera voluntaria. En efecto, es altamente recomendable la elaboración de un informe de experto sobre la marca que va a ser transmitida a CerTronic.

II. OPCIÓN 2: AUMENTO DE CAPITAL A CAMBIO DE LA APORTACIÓN DE LA MARCA

La segunda operación planteada es la incorporación de la marca Cir-Cerámica en el capital social de CerTronic a través de un acuerdo de un aumento de capital social por aportación no dineraria.

El aumento, en el presente supuesto, se ejecutará mediante la emisión de nuevas acciones y, atendiendo al contravalor, corresponderá a una nueva aportación no dineraria (el valor de la marca Cir-Cerámica), pues, como afirma la STS 3403/2007, de 6 de octubre, se trata de una aportación al capital social, distinta del dinero, de distinta clase.

El aumento de capital, en cuanto constituye jurídicamente una modificación de los estatutos sociales – conforme al Título VIII de la LSC -, está sometido a los requisitos generales aplicables a toda modificación estatutaria.

La validez y eficacia del aumento de capital queda condicionada a la adopción del correspondiente acuerdo social en junta general (art. 160.d) y 296 LSC), su ejecución y

al otorgamiento de escritura pública, inscripción en el Registro Mercantil y su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Además, se recomendaría también la inscripción de la marca italiana en la oficina de Patentes y marcas italiana (denominada *Ufficio Italiano Brevetti e Marchi*), en el caso de que no estuviera ya inscrita o, si ya lo estuviera, el cambio de titularidad. No obstante, para su realización se recomienda al cliente acudir a un asesor italiano que pueda recomendarle cómo llegar a cabo esta operación a la luz de la legislación y procedimientos italianos.

1. Documentos necesarios para llevar a cabo el aumento

Al tratarse de un aumento con cargo a aportaciones no dinerarias, el art. 300 LSC impone la emisión de un **informe de administradores** que ha de incluir la descripción de las aportaciones y su valoración (en este caso, la marca); personas que van a efectuarlas; número y valor nominal de las acciones que se van a crear; y la cifra de aumento del capital social. También deberán elaborar un **informe justificativo** de dicha propuesta, al tratarse de una modificación estatutaria en una sociedad anónima (art. 286 LSC).

En primer lugar, en relación con la **propuesta**, serán los administradores o bien los accionistas o socios autores de la propuesta aquellos que habrán de redactar el texto íntegro de la modificación de los estatutos.

Tanto la propuesta como el informe justificativo de la misma deberán constar por escrito y estar elaborados y presentados al tiempo de convocar la junta. La finalidad radica en que no sea necesario, de este modo, hacer constar en el orden del día de la convocatoria el detalle de las medidas que vayan a acordarse.

Ha de indicarse que tanto el texto íntegro como el informe justificativo deben hallarse en el domicilio social a disposición de los socios, con el fin de que aquellos puedan examinar los documentos en el domicilio social o pedir su entrega o envío gratuito. En este sentido, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en su resolución de 9 de enero de 1998, ha afirmado que el fin consiste en que dichos documentos sean accesibles para que el accionista pueda ejercer su opción sobre a entrega o el envío.

La jurisprudencia defiende que, si un accionista ha ejercido este derecho y no le ha sido entregado el preceptivo informe sobre la ampliación, ello es constitutivo de una lesión de su derecho de información (STS 824/2006, de 1 de septiembre de 2006), por lo que habrá de prestarse atención en el supuesto de que sea solicitado por los socios.

La Ley también exige, en su art. 67 LSC, en casos de aumento de capital, que las aportaciones no dinerarias sean objeto de **informe de experto independiente**, designado por el registrador mercantil de domicilio social. Este informe contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima

de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida. El efecto directo será que el valor que el experto dé a la aportación social no podrá verse aumentado en la escritura pública. Este informe habrá de elaborarse en el plazo de un mes desde la aceptación por el experto de su nombramiento (art. 345-348 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; en adelante (“RRM”).

Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia 87/2010, de 9 de marzo, esta exigencia se debe a la necesidad de disponer de conocimientos especiales para la valoración de la aportación y tiene la finalidad de dictaminar el precio por el que se han de adquirir las acciones, siendo el experto responsable directo por los daños ocasionados a la sociedad, los accionistas y los acreedores, por una incorrecta valoración, en virtud del art. 68 LSC.

2. La convocatoria de junta de socios

Se exige la convocatoria formal de la junta de socios. El anuncio ha de recoger en el orden del día la referencia al aumento y el derecho de los socios a optar por acudir al domicilio social o solicitar la entrega de los documentos señalados anteriormente (art. 287 LSC).

Aunque no existe obligación de poner a disposición de los accionistas el informe de experto independiente en el momento de convocatoria de la junta – a diferencia del informe de administradores -, parece lógico que deba ponerse a disposición de los mismos para un mayor conocimiento a la hora de votar.

Para considerar válidamente constituida la junta en casos de aumento de capital social, deberán darse los quórum recogidos en el art. 194 LSC: el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto, en primera convocatoria; o el veinticinco por ciento de dicho capital, en segunda convocatoria. No obstante, habrá que estar a la posible elevación de los porcentajes en los estatutos, de manera que, si en ellos se recoge un quórum superior, deberá tenerse en cuenta aquel.

3. La adopción del acuerdo de aumento

En junta deberá aprobarse el acuerdo con las mayorías exigidas para la modificación de los estatutos, esto es, mayoría absoluta si el capital presente es superior al cincuenta por cien; o el voto de dos tercios del capital presente o representado cuando, en segunda convocatoria, los accionistas representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto y sin alcanzar nunca el cincuenta por ciento. Aquí también habrá que acudir a los estatutos por si hubieran elevado las mayorías.

El acuerdo, una vez adoptado, deberá contar con un contenido mínimo exigido legalmente. A saber: (i) la cifra del aumento; (ii) el valor nominal de las acciones y los derechos atribuidos a las acciones preferentes; y, (iii) la aceptación de las aportaciones no dinerarias y las condiciones, art. 300 LSC.

Con respecto al posible derecho de suscripción preferente de los socios, debe defenderse, en el supuesto de que algún socio reclame sus derechos, que el derecho de suscripción preferente únicamente tiene lugar cuando el aumento de capital se vea acompañado de la emisión de nuevas acciones y su contravalor consista en aportaciones dinerarias, como señala el art. 304 LSC. No obstante, en este supuesto, la aportación que va a hacer la sociedad italiana no es dineraria, sino que consiste en un bien que solo dicha sociedad puede aportar, por lo que no coexiste aquí el derecho de suscripción preferente de los socios de CerTronic.

En este sentido se pronuncia la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en la resolución de 4 de febrero de 2012, que insiste en que, salvo que se trate de aportaciones dinerarias, ha de entenderse suprimido legalmente el derecho de asunción preferente de los socios en supuestos de aumentos de capital social con aportaciones “in natura”.

Posteriormente, tendrá lugar la ejecución del acuerdo, cuya realización compete a los administradores y consiste en el contravalor de la marca Cir-Cerámica, que aportarán la sociedad italiana Cir-Cerámica.

4. Formalización del acuerdo de aumento

Solamente una vez que es ejecutado el acuerdo de aumento, podrá formalizarse en **escritura pública**, art. 290 LSC y 165.2 RRM. La escritura pública deberá describir el bien objeto de aportación (art. 133 RRM), el concepto de la aportación y el valor de la misma.

A la escritura, además, deberá acompañarse un informe de experto independiente sobre las aportaciones no dinerarias y su valoración. También deberá señalarse la nueva redacción de los artículos de los estatutos sociales que hayan sido modificados en relación a la cifra de capital social y a las acciones.

Así pues, una vez se haya otorgado la escritura, el acuerdo de aumento y su ejecución deberán **inscribirse** en el Registro Mercantil del domicilio social, en virtud del art. 290 LSC, siendo únicamente obligatoria la inscripción tras haberse formalizado en escritura pública (resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de enero de 2011).

Existen dos posibilidades: o bien se inscriben el acuerdo de aumento y de ejecución en una sola escritura, o bien en escrituras separadas, como permite el Reglamento del Registro Mercantil en sus arts. 166.5 y 198.5. En cualquier caso, ha de tratarse de una inscripción simultánea, art. 315 LSC. La inscripción incluirá las mismas referencias hechas para la escritura pública.

Una vez inscrito el aumento de capital social, deberá **publicarse** el acuerdo de aumento y su ejecución en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en adelante “BORME”).

Por último y con carácter informativo, teniendo en cuenta la potencial negativa de algunos socios a la adopción del acuerdo como consecuencia de la existencia de una plaza vacante en el Consejo de Administración o la posibilidad de que el registrador se niegue a la inscripción como consecuencia de dicha situación, debe defenderse que la resolución mencionada en el primer apartado, de 14 de marzo de 2016 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública reconoce la posibilidad de que un consejo con un número de consejeros inferior al estatutariamente exigido pueda convocar la junta y establecer el orden del día, siempre que se encuentre válidamente constituido, esto es, siempre que se hallen presentes la mayoría de los vocales.

III. OPCIÓN 3: ADQUISICIÓN DE LAS PARTICIPACIONES DE CIR-CERÁMICA A TRAVÉS DE PRÉSTAMO DE ENTIDAD FINANCIERA Y POSTERIOR FUSIÓN POR ABSORCIÓN

La tercera opción propuesta sería la adquisición de participaciones de la sociedad italiana Cir-cerámica gracias a un préstamo acordado con una entidad financiera, para después producirse una fusión por absorción entre CerTronic y Cir-Cerámica.

Constituye un claro ejemplo de compra apalancada (“*Leverage By Out*”) pues una sociedad existente (CerTronic) se endeuda, en este caso al cien por ciento, para adquirir el control de otra sociedad (Cir-Cerámica) y, con posterioridad y dentro de los tres años siguientes a la adquisición, la sociedad endeudada absorbe la adquirida (“*forward merger Leverage By Out*”), con lo que finalmente la deuda acaba garantizada por el total del patrimonio resultante de la fusión.

En este supuesto de compraventa de Cir-Cerámica, si bien, en un principio la sociedad solo está compuesta por la marca, se recomienda al cliente la realización de una ***due diligence*** con el fin de obtener una revisión sobre la situación financiera y legal de la sociedad italiana, para evaluar el cumplimiento por la misma del ordenamiento jurídico y sus compromisos financieros y evitar que, tras la compraventa, se encuentren pasivos que no fueron comunicados con anterioridad a la misma, reduciendo así el riesgo de la sociedad.

1. Concesión de préstamo

Para ello, en primer lugar, CerTronic debería solicitar la concesión de un préstamo a una entidad financiera. En relación con este préstamo, debe señalarse que, en vistas a cumplir

el pacto parasocial, dicho préstamo deberá presentar igual o peores condiciones que el préstamo que fue concedido por Vulture en favor de CerTronic en 2013 pues, de no ser así, daría lugar a un incumplimiento contractual del convenio de socios.

No obstante, como ha señalado la jurisprudencia, los pactos parasociales son inoponibles a la sociedad, aun cuando hayan sido suscritos por todos los socios, salvo que medie mala fe o abuso de derecho (STS 103/2016, de 25 de febrero), pues se concibe la sociedad como un tercero a quien no puede afectar directamente lo convenido en el pacto, art. 29 LSC y SAP León, Sec. 1ª, 75/2013, de 21 de febrero.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 613/2020, de 17 de noviembre, confirma la jurisprudencia anterior, afirmando: *“es reiterada jurisprudencia de esta sala (...) que declara que la impugnación de acuerdos sociales no puede fundarse en que el acuerdo impugnado infringe los pactos parasociales, porque se trata de pactos que <<no será oponible a la sociedad>> (art.29. LSC), sin perjuicio de que pueda considerarse contraria a la buena fe la conducta del socio que impugna un acuerdo social que justamente da cumplimiento al pacto parasocial omnilateral en el que ha intervenido (sentencia 103/2016, de 25 de febrero)”*.

Así pues, aquellos socios que firmaron el pacto habrán de velar por la adopción de un acuerdo en que se acepte un préstamo con las condiciones requeridas en el pacto extraestatutario, ya que, de lo contrario, los firmantes estarían actuando en contra de las exigencias derivadas de la buena fe, puesto que quienes son parte del pacto parasocial pueden confiar en que la conducta de los demás integrantes se ajustará a la reglamentación establecida en el pacto parasocial, como afirma la sentencia citada.

En el caso de que, en junta, se adopte un acuerdo mediante el cual se acepte un préstamo en mejores condiciones que el ya mencionado, Vulture podría acudir a la vía judicial contra aquellos socios que hubieran firmado el pacto parasocial para reclamar su cumplimiento en los términos pactados (obligar a su contraparte en el pacto a volver a votar en una junta convocada al efecto en el sentido previsto) o el resarcimiento de los daños provocados del art. 1101 del Código Civil.

Por otro lado, ha de indicarse que la mencionada concesión de un crédito por una entidad financiera no constituye un supuesto de asistencia financiera prohibida del art. 150 LSC, ya que el préstamo no se solicita con el fin de que Cir-Cerámica adquiera las acciones de CerTronic, sino que el fin de este préstamo es la adquisición directa por CerTronic de la sociedad italiana.

2. Fusión por absorción

En último lugar, debe analizarse la ulterior fusión por absorción de las dos sociedades. Se trata de una **fusión transfronteriza intracomunitaria** de los arts. 54 ss. de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME”), pues consiste en una fusión con una sociedad de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado del Espacio Económico Europeo y cuyo

domicilio social (de Cir-Cerámica) se encuentra dentro del Espacio Económico Europeo, implicando la participación de entidades de diferentes estados. Además, se trata de una fusión “**especial**”, pues la sociedad absorbida está íntegramente participada, a este punto, por CerTronic, después de que haya sido adquirida de forma apalancada.

Como señalan PIQUER ALTARRIBA y GURREA BOIX⁴, la fusión transfronteriza intracomunitaria se encuentra sometida a los principios rectores de las fusiones. Estos principios son la sucesión universal, pues los derechos y obligaciones de la sociedad que será absorbida pasará a formar parte de la sociedad absorbente (CerTronic), sin que sea necesario consentimiento expreso para cada uno de los mismos; y la extinción de la sociedad absorbida, entre otros.

Dentro del procedimiento de fusión se distinguen tres fases: la fase preparatoria, la fase de decisión y la fase de ejecución. En la primera, los órganos de administración de las sociedades elaboran un proyecto de fusión. Este proyecto contiene las condiciones de la operación y permite poner a disposición de los socios y demás interesados los detalles de la fusión. En la segunda, se adoptan los acuerdos en junta; y, en la tercera, tiene lugar la formalización e inscripción de la operación.

2.1.Fase de preparación

En la fase de preparación, los administradores de CerTronic y Cir-Cerámica elaborarán un **proyecto común de fusión**, debiéndose indicar la causa si alguno de los administradores no firmara el proyecto. Teniendo en cuenta que, en CerTronic existe una plaza vacante, habrá de indicarse esta circunstancia con la correspondiente justificación en el apartado de firma de los administradores.

Una vez suscrito el proyecto, los administradores no podrán realizar actos que puedan comprometer el proyecto. Además, el mismo deberá aprobarse en junta de socios en el plazo máximo de seis meses, de acuerdo con el art. 30 LME.

El proyecto de fusión deberá recoger las siguientes circunstancias exigidas por el art. 31 y 59 LME, exceptuando las salvedades reguladas en el art. 49 en supuestos de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, siempre que no contradigan el art. 35 LME -aplicable aquí pues la adquisición tiene lugar dentro de los tres años siguientes al endeudamiento de CerTronic-.

Las alusiones que deberá recoger el proyecto de fusión son, por tanto, las siguientes:

- Identificación de las sociedades, su denominación, tipo social y domicilio.
- Derechos a otorgar a titulares de derechos especiales.
- Ventajas dirigidas a los expertos y administradores.
- Fecha de eficacia contable.
- Los estatutos resultantes de CerTronic, como sociedad absorbente.

⁴ PIQUER ALTARRIBA, J. y GURREA BOIX, D., “Las fusiones transfronterizas intracomunitarias desde la perspectiva del Derecho español” en *Actualidad mercantil 2019*, Valencia, 2019, págs. 147-166.

- La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad.
- Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan.
- 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.
- Los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por CerTronic de las deudas contraídas para la adquisición de Cir-Cerámica (art. 35. 1ª LME).

Además, ha de señalarse que no se requiere la realización de una operación de aumento de capital en CerTronic como sociedad absorbente, conforme al art. 49. 1. 3º LME. Debe indicarse que en el supuesto de que la legislación italiana impusiese otros requisitos, se acumularán las menciones, debiendo también cumplirse con los presupuestos formales que la normativa italiana pueda establecer.

El proyecto deberá ser redactado, al menos, en español, pero parece posible que en cada país se realice la publicidad de la versión en su propio idioma, por lo que se entiende en Italia podrá hacerse en lengua italiana.

Además, los administradores de cada una de las sociedades deberán elaborar un **informe justificativo** detallando los aspectos económicos y jurídicos de la fusión, con especial referencia a las implicaciones para acreedores, socios y trabajadores. El informe tendrá carácter preceptivo al tratarse de una fusión transfronteriza intracomunitaria (art. 49. 1. 2º LME). La jurisprudencia (STS 118/2007, de 15 de febrero) impone que la justificación recogida en el citado informe sea “suficiente para dar cumplimiento a la ratio del precepto”, que no es otra que facilitar que el socio pueda formar su propio criterio para ejercer su derecho de voto en un sentido u otro.

Como consecuencia de tratarse de una adquisición apalancada, este informe de administradores deberá incluir la mención regulada en el art. 35. 2ª LME, esto es, las razones que hubieran justificado la adquisición de Cir-Cerámica y que justifiquen, la operación de fusión, habiendo de contener también un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos a conseguir.

Dicho informe habrá de ponerse a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores con una antelación no inferior a un mes desde la fecha de junta de socios en que se resolverá sobre la fusión. Además, el art. 60 LME añade la necesidad de adjuntar al informe la opinión de dichos representantes.

Con respecto a la necesidad o no de un informe de experto independiente, si bien se excluye su elaboración en supuestos de fusiones por absorción de sociedad íntegramente participada, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 34 y 35. 3ª LME pues, en nuestro caso, concurre un endeudamiento de la adquirente CerTronic, por lo que habrá de elaborarse un informe de expertos de acuerdo con la normativa.

Así, los administradores de CerTronic deberán solicitar del registrador mercantil del domicilio social el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos para

la emisión de un informe sobre el proyecto común de fusión. Los administradores, no obstante, podrán solicitar al registrador que dichos expertos elaboren un único informe. Los expertos podrán obtener de las sendas sociedades todas las informaciones y documentos que consideren útiles y proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias, sin limitación alguna.

Este informe deberá contener un juicio sobre la razonabilidad de los recursos y plazos para la satisfacción de la deuda, las justificaciones de la adquisición, la operación de fusión, el plan económico y financiero, y los objetivos, determinando si existe asistencia financiera., en virtud del apartado 3ª del art. 35 LME.

Cada una de las sociedades también habrá de elaborar un **balance de fusión**, debiendo ponerse también a disposición de los socios e incorporarse a la escritura de fusión. Para ello, debe indicarse que podrá emplearse el último balance de ejercicio aprobado, siempre que hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. En caso de no alcanzar a cumplir este requisito, será preciso elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual (art. 36 LME). En ambos casos se podrán modificar las valoraciones del último balance en atención a las modificaciones importantes de valor razonable que no se encuentren en los asientos contables.

El balance y las posibles modificaciones de valor deberán ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad y deberá ser sometido a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión, de modo que ha de mencionarse en el orden del día, art. 37 LME.

Cabe destacar la importancia de cumplir con los requisitos establecidos en la Ley, pues constituye un elemento determinante para la posterior inscripción de la fusión, como afirma la resolución núm. 4438/2014, de 14 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

2.2.Fase de decisión

La segunda fase es de adopción de los acuerdos de fusión, debiendo CerTronic convocar junta general con el fin de pronunciarse sobre el proyecto (art. 160.g) LSC). Cir-Cerámica no deberá someter la fusión a la junta, como reconoce el art. 49.1. 4º y 51 LME. Antes de publicar la convocatoria de la junta de socios, los administradores deberán insertar en la página web de la sociedad, con posibilidad de descargar e imprimir o, en caso de no existir, poner a disposición de los socios, titulares de derechos y representantes de los trabajadores, en el domicilio social, los siguientes documentos (art. 39 LME):

- El proyecto común de fusión.
- El informe de los administradores.
- El informe de los expertos independientes.
- Las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los informes de auditores de cuentas de las sociedades que fueran auditadas.

- El balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado de un informe de auditoría si fuera exigible.
- Los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y los pactos relevantes que vayan a constar en documento público.
- El texto íntegro de los estatutos de CerTronic, como sociedad absorbente.
- La identidad de los administradores que participan en la fusión.

Respecto a la **convocatoria** de la junta, la publicación de la convocatoria de la junta deberá hacerse con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha de celebración. En caso de que CerTronic tuviera página web, deberán insertarse en ella los documentos ya mencionados. Si, por el contrario, no contara con página web, los socios o titulares de derechos o representación podrán examinar en el domicilio los mismos, o solicitar su envío o entrega.

Para considerar válidamente constituida la junta general, en primera convocatoria, la Ley exige la concurrencia del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto, salvo que los estatutos hubieran elevado dicha cifra, art. 194.1 LSC.

En junta, se considerará **adoptado** el acuerdo cuando obtenga el voto favorable del sesenta y siete por ciento del capital, pues el porcentaje legal del art. 201 LSC fue elevado por medio del pacto extraestatutario, firmado por todos los accionistas. En el supuesto de que D. Amparo Fabra Llorens no hubiera procedido a la firma del pacto tras la entrada como socia tras la ruptura con su marido en 2014, D. Amparo podría votar en contra del acuerdo, pues dichos pactos no alcanzan a los nuevos socios por el mero hecho de adquirir tal condición.

Por otro lado, debe hacerse una breve referencia a la ausencia de **derecho de separación** de los socios de CerTronic, pues el mismo solo se concede en aquellos casos en que la sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro: supuesto que aquí no se da, pues CerTronic, con domicilio social en España, absorberá a la sociedad italiana.

Respecto de la **publicidad** (art. 43 LME), el acuerdo de la junta deberá hacerse público durante, al menos, un mes, con el fin de que los acreedores puedan ejercer su derecho de oposición. Además, en la publicación en el BORME se requiere que se recoja la siguiente información: condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores; y la dirección donde pueda obtenerse una información exhaustiva de manera gratuita de dichas condiciones. Sin embargo, si se comunicara este extremo de manera escrita e individual a todos los socios y acreedores, a través de un procedimiento que asegure la recepción, no será necesaria la publicación en el BORME.

La fusión no podrá realizarse antes de que transcurra un mes desde la última fecha de publicación del anuncio del acuerdo que aprueba la fusión, o desde el envío de la última comunicación a socios y acreedores, de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior. En el tiempo mencionado, los acreedores de sendas sociedades que dispusieran de créditos nacidos anteriormente a la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web o al depósito en el Registro Mercantil, y siempre que no hubieran vencido, podrán oponerse hasta que vean sus créditos suficientemente garantizados, art. 44 LME. Por

tanto, aquellos acreedores cuyos créditos se encuentren suficientemente garantizados, no tendrán derecho de oposición.

Así, si existen acreedores con derecho de oposición, la fusión no surtirá efectos hasta que se preste a los mismos garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que se notifique al acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito por la cuantía del crédito de que fuera titular y hasta que no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

2.3.Fase de ejecución

Una vez transcurrido este plazo o prestadas ya las debidas garantías, en su caso, las sociedades deben elevar a escritura pública el acuerdo de fusión, incorporando también el balance de fusión y las modificaciones estatutarias acordadas de CerTronic.

Posteriormente, se requerirá una certificación previa a la fusión por parte de la autoridad competente de cada uno de los Estados, que verificará que se hayan cumplido con los trámites y actos previos, conforme a las respectivas leyes nacionales (art. 64 LME). La certificación indicada es expedida por el registrador y acredita la correcta realización de los trámites previos a la fusión de la sociedad española.

El Registrador también realizará un control de la legalidad de la fusión y de las modificaciones de la sociedad absorbente, así como la aprobación del proyecto de fusión. Para ello, CerTronic deberá remitir al Registrador mercantil de su domicilio la certificación a la que nos hemos referido en el párrafo anterior en un periodo de seis meses desde su expedición (art. 65 LME) y el proyecto común de fusión.

Superado este control de legalidad, la fusión surtirá efectos con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente.

IV. OPINIÓN SOBRE LAS DIFERENTES OPCIONES ANALIZADAS

Tras el estudio de las diversas vías posibles de adquirir la marca de la sociedad italiana Cir-Cerámica al patrimonio de la sociedad CerTronic, se va a plasmar aquí la opinión personal que se transmitiría al cliente, la sociedad CerTronic.

En primer lugar, se recomienda encarecidamente optar entre una de las dos primeras opciones de *asset deal* en lugar de la operación de *share deal*. El primer motivo se debe a los posibles riesgos que pueden transmitirse a CerTronic con carácter posterior a la operación, siendo, en tanto en el caso de la adquisición de autocartera con la ulterior permuta, como en el caso del aumento de capital a cambio de la marca, el riesgo es infinitamente inferior, puesto que únicamente se va a adquirir el activo que se pacte, es decir, la marca. En cambio, de optar por la operación de *share deal* (concesión de crédito

y posterior fusión por absorción), se adquiriría la sociedad italiana con todos sus activos y pasivos, pudiendo, en consecuencia, transferirse pasivos que sean desconocidos en el momento de la fusión.

En segundo lugar, respecto a la posible duración de la operación en su conjunto, se desaconseja la realización de la fusión, pues conlleva un mayor número de trámites, así como la necesidad de elaborar una serie más larga de documentos de contenido muy restrictivo, presupuesto sin el cual la autoridad no emitirá certificado necesario para la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil. En efecto, para el caso de la autocartera, ni siquiera es necesaria la formalización de la adquisición de acciones propias en escritura pública ni su inscripción en el Registro Mercantil.

Además, la concesión del préstamo por parte de la entidad financiera podría generar problemas en los órganos sociales de CerTronic, como consecuencia de la existencia de un pacto de socios que no ha sido firmado por todos los socios que integran, en la actualidad, el capital social, pudiendo alcanzarse un acuerdo en la junta general que suponga un incumplimiento del pacto social y, por tanto, pudiendo ello derivar en el ejercicio de acciones legales entre Vulture y los demás accionistas.

Así pues, si bien las dos primeras opciones de *asset deal* nos parecen adecuadas, la adquisición de acciones propias parece ser el método que más celeridad y seguridad podría proporcionar a la sociedad CerTronic, no exigiendo ni siquiera y, a diferencia de la operación de aumento de capital, la elaboración de un informe de experto independiente. Si las acciones propias se entregasen en permuta a la sociedad Cir-Cerámica, dentro del plazo legal, no supondría un incumplimiento y supondría la realización de la totalidad de la operación en plazos menores que en los dos casos restantes.

V. TRASLADO TRANSFRONTERIZO DE DOMICILIO SOCIAL

Esta operación consiste traslado al extranjero del domicilio una sociedad mercantil española, con cambio de la ley reguladora de la sociedad y adopción de un tipo societario en el estado de destino, conservando su personalidad jurídica (S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA⁵).

Como señala, GACIMARTÍN ALFÉREZ⁶, el traslado de domicilio social implica una modificación de la *lex societatis*, por lo que debe analizarse previamente si tanto el ordenamiento jurídico de origen (el español) y el de destino (holandés) permiten conservar la personalidad jurídica por razón del traslado, de acuerdo con el art. 93 LME

⁵ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La futura Directiva sobre transformación transfronteriza. Propuestas para un proceso complejo”, en *Diario La Ley*, núm. 9048, Sección Tribuna, 2017.

⁶ GACIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE as. Vale Építésis Kft”, en *Diario la Ley*, núm. 7992, 2012.

y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-210/06, FJ 111, 1112, *Cartesio*. Nuestro ordenamiento sí lo permite.

En cuanto a la posibilidad de que el ordenamiento de destino permita dicho traslado, debe recomendarse al cliente que se ponga en contacto con un abogado o asesor legal holandés, con el fin de que le informe sobre este extremo. En este sentido, como afirma ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA⁷, el traslado comporta, para un estado, reconocer una sociedad que no ha sido constituida siguiendo sus normas y que, además, supone la coexistencia de relaciones jurídicas que fueron creadas a la luz de un ordenamiento jurídico distinto.

De ser posible dicha conservación, la sociedad debería adoptar uno de los tipos societarios reconocido en el Derecho holandés, modificar los estatutos para adaptarlos a dicha legislación y cumplir con los requisitos de validez impuestos por la normativa sobre sociedades inscritas en este país.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la posibilidad de operar un traslado de domicilio, inclusive en el supuesto en que la sociedad ejerza la totalidad de sus actividades económicas en el Estado de origen. Por tanto, en el supuesto de que CerTronic quisiera trasladar su domicilio únicamente en vistas a obtener un régimen más beneficioso para la posterior fusión, a pesar de efectuar su actividad en España, debe indicarse que sí será posible.

En este sentido se pronunció el TJUE en la Sentencia C-106/2016, de 25 de octubre de 2017, asunto *Polbud*, señalando que si, en un traslado de domicilio social, se respeta el criterio del Estado de destino en relación a los puntos de conexión de la sociedad con el ordenamiento jurídico, el traslado está protegido por la libertad de establecimiento, aun cuando la sociedad ejerza sus actividades económicas en el Estado de origen. Confirmó también el Tribunal que el hecho de establecer el domicilio de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado Miembro para disfrutar de una legislación ventajosa no constituye, por sí solo, un abuso de Derecho.

En el supuesto de que la legislación de destino permita el traslado, deberán tenerse en cuenta la regulación y los presupuestos exigidos por la legislación española. En primer lugar, el art. 92 LME exige que la CerTronic esté sometida al ordenamiento jurídico español, que se trate de una sociedad mercantil y que se halle inscrita en el Registro Mercantil. En este supuesto, CerTronic cumple con estos condicionantes, por lo que, en principio, podría trasladar el domicilio social a Holanda.

1. El acuerdo de junta de socios

Para efectuar el traslado, el mismo debe ser adoptado necesariamente mediante acuerdo de la junta de socios, conforme al art. 160.g) LSC, reconociéndose a favor de los socios el derecho a separarse de la sociedad y a los acreedores el de oponerse al traslado. Además, con carácter previo a la junta se requiere que los administradores emitan el

⁷ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El traslado internacional de domicilio social: novedades jurisprudenciales y legislativas”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 80, 2018, págs. 144-148.

proyecto de traslado y un informe explicativo de dicho proyecto, en que se detallen los aspectos jurídicos y económicos y las consecuencias para socios, acreedores y trabajadores (art. 96 LME). Debe señalarse que no se establece como requisito la elaboración de un informe de experto independiente en este aspecto.

Con respecto al acuerdo, deben tenerse en cuenta los presupuestos necesarios para entender la junta como válidamente celebrada, esto es, la previa convocatoria formal, así como la constitución de la misma y la adopción del acuerdo conforme a los demás requisitos y por las mayorías previstas.

En virtud del art. 98 LME, la convocatoria de la junta deberá publicarse, al menos dos meses antes de la celebración, en el BORME y en un diario de gran circulación de la provincial en que la sociedad tiene su domicilio, debiendo haberse depositado antes de la convocatoria, en el Registro Mercantil, el proyecto del traslado. En la convocatoria ha de incluirse el domicilio actual de la sociedad y aquel al que se traslada; el derecho de los socios y acreedores a examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, y a obtener con carácter previo y de forma gratuita, la copia de dichos documentos; y, por último, el derecho de separación de los socios y el de oposición de acreedores, así como la forma de ejercitar dichos derechos.

Posteriormente, se celebrará la junta de socios. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el traslado del domicilio social al extranjero constituye un presupuesto de modificación de estatutos, de acuerdo con el art. 23 c) LSC y, por ello, para la adopción del acuerdo se exige un quórum y mayorías reforzadas.

Respecto al quórum, para la válida constitución en primera convocatoria, art. 194 LSC, es necesaria la concurrencia de accionistas que presenten, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria, sería suficiente con el veinticinco por ciento suscrito con derecho. No obstante, habría que acudir también a los estatutos sociales para verificar que no se hubiera elevado el quórum establecido en la Ley. En caso de precisar un quórum superior, habrá que estar al que soliciten los estatutos.

En la junta deberá aprobarse no solamente el traslado de domicilio sino, además, se deberá fijar y aprobar el texto de los nuevos estatutos que regirán la sociedad una vez el traslado devenga eficaz. En consecuencia, la redacción del estatuto ha de ser aprobado simultáneamente al acuerdo de traslado.

En virtud del art. 201 LSC, el acuerdo se considerará adoptado si, estando presente el cincuenta por ciento del capital social, se obtiene la mayoría absoluta a favor del mismo. En segunda convocatoria, se requerirá el voto favorable de dos tercios del capital presente, cuando concurren accionistas que presenten entre el veinticinco y el cincuenta por ciento del capital social. Sin embargo, habrá que estar aquí también a un posible aumento regulado en los estatutos sociales.

El acuerdo, además, deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, conforme al art 348. 1 LSC.

Con respecto a la posibilidad de aprobar el acuerdo en junta universal, la doctrina (ÁVILA NAVARRO⁸ y ECHEBARRÍA SÁENZ⁹, entre otros) reconocen que, si bien el art. 98 LME no prohíbe la aprobación del acuerdo en junta universal, condicionaría ello su existencia, como consecuencia del derecho de los acreedores de acceder al informe y proyecto en los dos meses previos a la celebración de la junta universal. La Ley reconoce un **derecho de separación** únicamente a aquellos socios que voten en contra del acuerdo de traslado, en virtud del art. 99 LME. Este derecho permite que un socio abandone su condición de tal en la sociedad cuando los órganos sociales hubieran adoptado un acuerdo que le afectara de manera trascendente. Así, supondrá la adquisición de las acciones de dicho socio por la propia sociedad, que deberá entregar, a cambio, el valor correspondiente a las mismas. Su ejercicio habrá de tener lugar por escrito en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.

Ha de recalcar que tendrán este derecho exclusivamente los socios que votaran en contra, por lo que, si algún socio se hubiera abstenido, votado en blanco o no asistido a la junta, no podrá ejercerlo por no tenerlo reconocido a la luz de la normativa.

Los acreedores tienen reconocido el **derecho de oposición** al traslado (art. 100 LME), siempre que sus créditos hubieran nacido antes de la publicación del proyecto de traslado; no estuvieran vencidos; y no estuvieran suficientemente garantizados. El traslado no podrá llevarse a cabo hasta el transcurso de un mes desde la publicación del último anuncio de traslado o del envío de la última comunicación por escrito a todos los socios ya creadores, art. 44 LME.

Publicados los anuncios y transcurrido el periodo de un mes para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores y del derecho de separación de los socios, el acuerdo ha de elevarse a escritura pública y presentarse en el Registro Mercantil español de origen para su inscripción.

2. Certificación registral

El Registrador Mercantil Central expedirá una certificación que acredita el cumplimiento por la sociedad de todos los actos y trámites previos al traslado (art. 101 LME) y en la emisión de un correlativo certificado posterior en el país de destino, que se aportará al Registro Mercantil español y que acreditará que la sociedad se ha inscrito en Holanda. Ello supone el cierre registral de la hoja abierta a la sociedad para nuevas inscripciones, pero no cancela la inscripción de la sociedad.

Habrà de ser el Registrador Mercantil Central y no el registrador del domicilio social de CerTronic, puesto que así se especifica en el art. 379. d) RRM, que recoge entre las

⁸ ÁVILA NAVARRO, P., “Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Ley 3/2009”, Barcelona, 2009, págs. 613-614.

⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Fase decisoria. Tutela de los intereses de los socios y acreedores”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, 2019, pág. 95.

funciones de este “*la llevanza del Registro relativo a las sociedades y entidades que hubieren trasladado su domicilio al extranjero sin pérdida de la nacionalidad española*”.

Es importante destacar aquí que la eficacia del traslado queda supeditada a la inscripción de CerTronic en el Registro del nuevo domicilio, art. 102 LME. Por tanto, hasta que la sociedad no se vea inscrita en el Registro holandés, CerTronic continuará siendo una sociedad española con domicilio social en España, pero no tendrá acceso al Registro Mercantil español, en el sentido de no poder llevar a cabo nuevas inscripciones.

Así pues, una vez acreditada la inscripción de la sociedad en Holanda, se procederá a cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil español.

En último lugar y con carácter informativo, se debe indicar que el traslado transfronterizo de domicilio social no supondrá coste fiscal a la sociedad CerTronic, como se deduce de la resolución de la Dirección General de Tributos de fecha 27 de julio de 2009.

VI. ANEXO I AL INFORME I: CALENDARIO DE OPERACIONES

El siguiente calendario tiene como objeto detallar en el espacio temporal las diferentes acciones de acuerdo con la opción recomendada al cliente, esto es, la adquisición de acciones propias en autocartera y la transmisión posterior de las mismas a cambio de la marca de Cir-Cerámica por medio de un contrato de permuta mercantil. Se trata, en cualquier caso, de un calendario orientativo.

1. Negociación de acuerdo de confidencialidad, carta de intenciones o MOU – Del 1 al 30 de enero de 2021
2. Informe (facultativo) de experto independiente – Del 1 al 30 de enero de 2021.
3. Operación de adquisición de autocartera
 - 3.1. Convocatoria de junta general (1 mes) – 30 de enero de 2021
 - 3.2. Celebración de la junta general (1m después) y adopción de acuerdo acta – 2 marzo de 2021
 - 3.3. Aprobación del acta de junta de no tener lugar en el momento de celebración de la junta (15 días máximo) – 17 de marzo de 2021
 - 3.4. Negociación contrato de permuta y entrega autocartera – Del 17 de marzo al 30 de abril de 2021.
 - 3.5.Fecha prevista de enajenación y amortización: Del 1 al 15 de mayo de 2021.
 - 3.6.Fecha máxima de enajenación y amortización: Hasta 30 de abril de 2021.

Con respecto a la operación de traslado de domicilio social, los plazos orientativos serían los siguientes y tienen su inicio tras la operación de adquisición de la marca, suponiendo que la misma finalice el 15 de mayo de 2021.

1. Realización por los administradores de Cer-Tronic del proyecto de traslado: del 16 al 30 de mayo de 2021.
2. Depósito en el Registro Mercantil del proyecto de traslado: 1 de junio de 2021.

3. Anuncio de convocatoria de la junta de socios: 1 de junio de 2021.
4. Celebración de la junta de socios: 1 de agosto de 2021.
5. Adopción del acuerdo y publicación en el BORME: 1 de agosto de 2021.
6. Plazo previsto para ejercer el derecho de oposición por los acreedores o el derecho de separación de los socios: del 1 de agosto al 1 de septiembre de 2021.
7. Obtención de la certificación registral: 2 de septiembre de 2021.
8. Inscripción de Cer-Tronic en el registro holandés: del 2 al 30 de septiembre de 2021.
9. Cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil español: 1 de octubre de 2021.

INFORME II

El presente informe tiene como destinatarias a Dña. Amparo y Dña. Lidón y su objeto es el análisis de cuatro aspectos que han sido solicitados, a saber, las consecuencias de la falta de firma de un pacto de socios; el posible incumplimiento del deber de lealtad de los administradores; la posibilidad de exigir la abstención a los demás socios en el momento de votación del acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero; y la posible impugnación de un acuerdo por abusivo.

Para su estudio, se han tenido en cuenta, especialmente, los siguientes datos:

- Dña. Lidón pasa a formar parte del capital social de CerTronic en junio de 2012, con una cuota del 8%.
- Dña. Amparo adquiere el 10% del capital social en 2014.
- La posesión del 44% del capital social por Vulture; del 28% por Badenes SRL; y del 10% por D. Antonio Falomir Esteve.
- El consejo de administración está formado por cinco personas: D. Vicente Badenes, D. José Badenes, D. Antonio Falomir Esteve, un administrador nombrado por Vulture y existe una vacante no cubierta.
- El pacto de socios se suscribe en 2013, con la entrada de Vulture en el capital de CerTronic.
- La introducción de una cláusula en los estatutos de la sociedad que impone la firma del pacto parasocial como prestación accesorio.
- La intención de la sociedad CerTronic de trasladar el domicilio social a Holanda.
- La sociedad italiana Cir-Cerámica se encuentra formada por dos socios: D. Angelo Vattermoli e *Il Piccolo* (sociedad controlada al cien por ciento por Vulture).
- La finalidad del traslado del domicilio social es la fusión con la sociedad *Nederlandse Gier-NV* (filial de Vulture).
- La promesa por parte de Vulture de ofrecer una prima de éxito a los administradores no empleados por Vulture por el traslado del domicilio social a Holanda

I. CONSECUENCIAS DE FALTA DE FIRMA DEL PACTO POR DÑA. AMPARO Y DÑA. LIDÓN

En primer lugar, debe señalarse que los pactos sociales solo son eficaces entre los socios firmantes, pero no son oponibles ni a la sociedad -salvo que medie mala fe o abuso de

derecho (STS 103/2016, de 25 de febrero) ni a otros socios presentes o futuros, salvo que se adhieran (CAÑO DURÁN y DEL CAÑO CALOP¹⁰).

En relación a la posible ausencia de firma del pacto parasocial, ha de tenerse en cuenta que se introdujo en los estatutos sociales una cláusula que establece la obligatoriedad de la firma del mismo como prestación accesoria.

Para ello, debe analizarse, por un lado, si es conforme a derecho la inclusión de una disposición en los estatutos que imponga la obligación a todos los socios de la firma de un pacto extraestatutario y, por otro lado, si concurre aquí el consentimiento individual de los socios obligados por las prestaciones accesorias cuyo régimen se crea.

1. Legalidad de la inclusión de la disposición en los estatutos sociales

En primer lugar, en relación a la legalidad de la inclusión de esta cláusula en los estatutos sociales, ha de acudir a la Resolución de 26 de junio de 2018, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que afirma que es posible que la eficacia de los pactos parasociales se asegure frente a la sociedad y los terceros, mediante determinados remedios estatutarios como el presente: la configuración de la obligación de firmar el pacto social como una prestación accesoria, de modo que su incumplimiento se sancione con la exclusión del socio incumplidor.

Esta resolución recuerda que el art. 86 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) permite que en los estatutos se establezcan **prestaciones accesorias** distintas a las aportaciones de capital, configurándolas como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, debiendo constar en los **estatutos** los rasgos básicos y su contenido concreto y determinado -pudiendo ser también determinable-, con el fin de otorgar claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados.

De modo que, si el pacto de socios se encontrara perfectamente identificado mediante su formalización en escritura pública y a través de una reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones, quedarán obligados por la prestación accesoria, la introducción estatutaria sería acorde a derecho. En cambio, si, en el presente supuesto y, de acuerdo con la resolución mencionada de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 26 de junio de 2018, no se hubiera identificado de manera exacta el pacto al que los nuevos socios se obligan a firmar, entendiéndose de manera implícita que es necesaria su elevación a escritura pública, no podría obligarse a los socios a la firma del pacto parasocial.

Así pues, si se cumple con el presupuesto referenciado en el párrafo anterior y, en la prestación, concurren los requisitos establecidos en los arts. 1088 (obligación de dar,

¹⁰ CAÑO DURÁN Y DEL CAÑO CALOP, “Cláusulas estatutarias y pactos parasociales en los conflictos societarios”, en *Tratado de conflictos societarios*, Valencia, 2019, págs. 62-65.

hacer o no hacer) y 1271 y ss. (determinación del objeto, cosa posible) del Código Civil (en adelante, “CC”), sí se habría constituido legal y formalmente como obligación accesoria (que puede afirmarse que concurre aquí).

2. Consentimiento individual para prestaciones accesorias

Una vez corroborada la posibilidad de que se incluya una cláusula así en los estatutos, debe hacerse una referencia a las prestaciones accesorias, pues, para la inclusión de nuevas prestaciones accesorias diferentes de la aportación de capital por parte de los socios, se requiere el consentimiento individual de los afectados, es decir, de todos los socios en el presente supuesto, conforme al art. 93. 1 LSC.

En este sentido se pronuncia la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su resolución 78/2000, de 31 de marzo, que señala que no puede dejarse la creación de prestaciones accesorias al arbitrio de un acuerdo de la junta general, sin necesidad del consentimiento individual de los afectados, y sin que éstos tengan el recurso de ejercitar el derecho de separación, pues supondría ello una infracción indirecta del régimen legal establecido en la Ley de Sociedades de Capital. La resolución 2016/2001, de 8 de septiembre, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sigue también esta misma línea.

Por tanto, si Dña. Amparo y Dña. Lidón no hubieran aceptado individualmente esta prestación accesoria en el momento en que entraron a formar parte de la sociedad (en el caso de Dña. Amparo) o votaran en contra en la junta en la que se acordó la inclusión de la cláusula en los estatutos sociales (en el supuesto de Dña. Lidón), podrán ejercer su derecho a separarse de la sociedad.

En cambio, si hubieran Dña. Amparo y Dña. Lidón consentido anteriormente, se recomienda a las mismas que acudan a los estatutos sociales con el fin de determinar si la disposición cumple con los condicionantes exigidos por la doctrina y, por tanto, comprobar si están obligadas a la firma del pacto o, por el contrario, pueden negarse a su firma por incumplimiento de las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital.

En suma, la configuración de la obligación como prestación accesoria en los estatutos tiene como fin, precisamente, el aseguramiento a través de un mecanismo de que aquellos que accedan al capital social, se adhieran al convenio, es decir, que todo nuevo socio se vea obligado a la firma del pacto. Por tanto, es indiferente el momento en que los socios entran en el capital y si ya fue firmado el pacto, puesto que, en cualquier caso, se verán obligados también a suscribirlo: Dña. Lidón, en el momento en que se adopta, pues ya formaba parte del capital social; y Dña. Amparo en el momento en que adquiere las acciones, pasando a adquirir el estatus de socio.

3. Efectos de la falta de firma

Por último, ha de informarse a Dña. Amparo y Dña. Lidón que, en el supuesto de que, efectivamente, se regulara suficientemente la obligación en los estatutos de la sociedad, si no ejercieron su derecho de separación de la sociedad por no estar conformes con la disposición estatutaria en la que se obliga a la firma del pacto de socios, ello conllevaría, consecuentemente, a la aceptación de la modificación de los estatutos y a la nueva cláusula, así como a la obligación de firma del pacto.

Por tanto, si Dña. Lidón y Dña. Amparo no proceden a la firma, estarían actuando de manera contraria a la buena fe, constituyendo, por lo tanto, abuso de derecho.

Así pues, los demás socios podrían acudir a los Tribunales en el supuesto de que Dña. Lidón y Dña. Amparo votaran en la junta general en sentido contrario al pacto extraestatutario (por ejemplo, votando en contra a la solicitud de un crédito que presente mejores condiciones que aquel otorgado por Vulture), solicitando la impugnación del acuerdo si el mismo fuera divergente de lo establecido en el convenio de socios.

Ello es posible pues, el Tribunal Supremo no admite la sola alegación de violación de un pacto omnilateral como motivo de impugnación de un acuerdo social, sino a dicha violación debe haberse producido un ejercicio abusivo de un derecho por ser contrario a la buena fe.

En este sentido, el la STS 635/2016, de 25 de febrero, afirma *“los pactos parasociales no pueden servir como fundamento exclusivo de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en contradicción de tales pactos, cuando la situación es la inversa, esto es, cuando ha dado cumplimiento al pacto parasocial, la intervención del socio en dicho pacto puede servir junto con los demás datos concurrentes, como criterio para enjuiciar si la actuación del socio que impugna el acuerdo social respeta las exigencias de la buena fe”*.

En suma, como señala NOVAL PATO¹¹, el Tribunal Supremo rechaza que la simple vulneración de un pacto omnilateral justifique la impugnación de un acuerdo social, pero sí declara la invalidez de los mismos si se prueba un ejercicio abusivo de un derecho.

Así pues, en caso de adopción de un acuerdo contrario a lo regulado en el pacto, los socios podrían proceder a su impugnación no solo por violación del pacto omnilateral sino también por ejercicio contrario a la buena fe, ya que, en el momento en que Dña. Lidón y Dña. Amparo no se separan de la sociedad por estar en contra de la nueva cláusula de los estatutos sociales, se entiende que aceptan la misma y por tanto el contenido del pacto de socios, debiendo, en consecuencia, actuar conforme al mismo.

Además, los demás socios podrían acudir a los tribunales con el fin de hacer cumplir forzosamente el pacto social e incluso exigir el resarcimiento por los daños provocados como consecuencia del incumplimiento contractual del mismo.

¹¹ NOVAL PATO, J., “Los pactos parasociales omnilaterales” en *Estudios de Derecho de sociedades*, Valencia, 2019, págs. 94-107.

Además, si en los estatutos de CerTronic se recogiera la exclusión de los socios por incumplimiento voluntario de la obligación de realizar prestaciones accesorias, Dña. Lidón y Dña. Amparo se verían excluidas de la sociedad de no firmar el pacto de socios.

No obstante, a pesar de la exclusión, los socios tendrían el derecho a recibir el valor razonable de sus acciones o, a falta de acuerdo entre el socio y la sociedad sobre el valor de las mismas o sobre la persona que haya de valorarlas, el que determine un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio social.

4. Conclusiones

En suma, no podrían alegar la posible ausencia de firma del pacto parasocial para negarse a la operación de traslado o, en especial, a la solicitud de un crédito sometido a iguales o peores que las de aquel concedido por Vulture en favor de CerTronic si la inclusión de la cláusula en los estatutos de la sociedad fuera conforme a la Ley y tras no haber ejercido su derecho de separación de la sociedad en el supuesto de no estar conformes con la inclusión de la nueva prestación accesoria en los estatutos sociales.

II. POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE SUS DEBERES DE LEALTAD

1. El deber de lealtad

El deber de lealtad tiene como destinatarios a los administradores, a quienes obliga a actuar en el mejor interés de la sociedad, en todo momento.

Este deber se define en la LSC, en su artículo 227. 1 y ss. como “*desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”.

Se trata, en efecto, de uno de los instrumentos de protección de los socios minoritarios, de manera que los administradores deberán actuar de acuerdo con los tres elementos que exige este deber: la fidelidad del representante, la buena fe y el mejor interés de la sociedad. Esto se debe, como señala JUSTE MENCÍA¹², a la confianza extrema que se le facilita al administrador, que le facilitaría defraudarla en su propio interés.

La fidelidad hace referencia al obligado cumplimiento de la Ley de los estatutos, teniendo como límite la buena fe. Por su parte, el interés de la sociedad supone un límite

¹² JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 22. Deber de lealtad” en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 21/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor, 2015, versión online.

infranqueable que consolida la prevalencia del interés de CerTronic sobre el interés personal del administrador, de otras personas a él vinculadas o de terceros, evitando potenciales conflictos de interés.

Las prohibiciones y los deberes específicos derivados del deber de lealtad se regulan en el art. 228 LSC -configurado como un *numerus apertus* y permitiendo, por tanto, encuadrar conductas no recogidas en su articulado-, habiendo de prestarse especial interés a los apartados c), d) y e). Mientras que el apartado c) recoge la obligación de abstención del administrador en deliberaciones y en la votación de acuerdos o decisiones en que él o una persona vinculada tenga conflicto de intereses; el apartado d) regula la obligación de desempeñar sus funciones con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y, el apartado e) establece, en último lugar, la obligación del administrador de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses.

En relación al término “persona vinculada”, debe estarse al Código de Comercio (en adelante, “C. Com.”), más concretamente a su art. 42, que describe los supuestos en que se entiende que una sociedad ostenta el control de otra: (a) cuando posea la mayoría de los derechos de voto; (b) tenga facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; (c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; y (d) cuando haya designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración y desempeñen su cargo en el momento de elaborarse cuentas consolidadas y durante los dos años anteriores.

Si bien se entiende que el análisis debe centrarse en el acuerdo de traslado de domicilio social, debe hacerse también una breve referencia a la **operación de compra de Cir-Cerámica** pues, de conocerse la participación de Vulture en Cir-Cerámica y, en el supuesto de que ésta poseyera la mayoría de los derechos de voto en Cir-Cerámica a través de *Il Piccolo* (participada al cien por cien por Vulture) o concurriera alguno de los presupuestos indicados en el párrafo anterior, se entendería que Cir-cerámica es persona vinculada a Vulture y, si el administrador que nombró Vulture no hubiera actuado con total independencia y de acuerdo a su libertad de criterio, podría considerarse que el mismo incumplió su deber de lealtad para con la sociedad CerTronic. En consecuencia, podrían aplicársele las sanciones previstas en la Ley y que son objeto de análisis más adelante en este informe. En cambio, si *Il Piccolo* no ostentara la mayoría de los derechos de voto en Cir-Cerámica o no se diera ninguna de las circunstancias exigidas en el art. 42 C. Com., no podría considerarse que son personas vinculadas.

Tanto respecto a la operación que involucra a Cir-Cerámica como a la operación de traslado de domicilio social a Holanda, han de identificarse dos supuestos escenarios en que sí se podría exigir la responsabilidad del administrador.

El primero tendría que ver especialmente con el administrador designado con Vulture en el supuesto en que en la toma de decisiones no esté actuando conforme a su **propio criterio y de manera independiente** y se esté viendo influenciado bajo las instrucciones del socio que propuso su nombramiento, esto es, Vulture.

En este sentido, debe señalarse que, para situaciones de consejeros dominicales en sociedades, entendiendo como tal al administrador nombrado para representar los intereses de un accionista (aquí, Vulture), dicho administrador puede recibir indicaciones o recomendaciones del accionista que le nombró, pero no podrá, en ningún caso, recibir instrucciones vinculantes. Así se pronuncia PAZ-ARES¹³, señalando que se trata de un “mandato de favor” no sometido a “relaciones jerárquicas”, quedando obligado, en todo momento, el administrador a todos los deberes inherentes al puesto que ocupa en el marco de la sociedad.

Por tanto, en el caso de que esté actuando respecto de instrucciones de Vulture sí podría exigírsele responsabilidad como consecuencia de la infracción del deber de lealtad regulado en el art. 228. d) LSC. Esta circunstancia también podría plantearse respecto a los demás administradores, pero podrían darse mayores dificultades respecto a su prueba.

El segundo escenario se presenta en cuanto al administrador nombrado por Vulture, que debería abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una **persona vinculada** tenga **conflicto de intereses**, directo o indirecto, estableciendo el art. 231. 1 LSC una lista cerrada, de modo que si este administrador se encontrara en alguna de las posiciones del art. 42 C. Com., en relación a Vulture, concurre vinculación y debería, por tanto, abstenerse de votar.

En consecuencia, en el supuesto de traslado, y en caso de que el administrador se encuentre vinculado por alguna de las circunstancias ya mencionadas del art. 42 C. Com., no podría votar, pues la finalidad del traslado es la posterior fusión con una filial de Vulture, confluendo entonces un conflicto de intereses (pues podría anteponer el interés de la sociedad filial holandesa al interés de CerTronic) que exigiría la abstención del mismo en el momento de votación. Lo mismo podría decirse de las operaciones para integrar la marca de Cir-Cerámica si Vulture dispusiera de la mayoría de los derechos de voto en ella a través de la sociedad *Il Piccolo*.

Además, el art. 229.1 LSC regula, a modo de índice, supuestos específicos en que el administrador ha de abstenerse como el obtener ventajas o remuneraciones de terceros ajenos a la sociedad. Por tanto, si pudiera probarse que el administrador se encuentra en esta posición y no ha ejercido su obligación de abstención, nos encontraríamos también ante un incumplimiento de su deber de lealtad.

Por tanto, de no haber evitado alguna de las situaciones previstas en el art. 229. 1 LSC, se habría vulnerado el deber de lealtad.

Además, de darse un conflicto de intereses entre el administrador o personas vinculadas a ellos y la sociedad, el administrador debería también **comunicarlo** al Consejo de Administración (únicamente si no tuvieran conocimiento todos los consejeros, de acuerdo con la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 3, de 30 de octubre de 2013) y ser objeto de información en la memoria anual.

¹³ PAZ-ARES, C., “Identidad y diferencia del consejero dominical” en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Vol. 2, Tomo 2, Pamplona, 2017, págs. 30-75.

No obstante, ha de tenerse en cuenta la posible **dispensa** que la junta le hubiera otorgado (art. 230.2 LSC), autorizando de manera expresa (STS 781/2012, de 26 de diciembre de 2012) la realización de determinadas operaciones concretas como la obtención de una ventaja o remuneración por tercero. En cualquier caso, como señala el Tribunal Supremo, únicamente se prevé dispensa en supuestos en que no cabe esperar daño para la sociedad o en los que cabe esperar que sea compensada la sociedad por los beneficios de la dispensa (STS 613/2020, de 17 de noviembre).

Respecto a esta misma operación y a los demás socios que forman parte del Consejo de Administración de CerTronic, habría que hacer una referencia a lo indicado en los párrafos anteriores.

Por otra parte, debe hacerse hincapié en el hecho de que Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture.

En este sentido, estos administradores deberían abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo por conflicto de intereses, pues no se les puede considerar libres en la adopción de decisiones, viéndose condicionados por la recepción de una prima si la operación de traslado de domicilio social es satisfactoria, conforme al art. 228. c) LSC. Ello enlaza también con el apartado d) de este mismo precepto y con el art. 229. e) de la Ley, que obliga a evitar situaciones de conflicto de interés y a abstenerse de obtener remuneraciones de terceros. En este caso, si bien Vulture sería la persona que ofrece esta remuneración, no estaría aquí actuando como socio, sino como tercero que proporciona una ventaja (una prima de éxito) si se obtiene el resultado deseado por ella misma (traslado de domicilio social).

Como señala C. PAZ-ARES, se trata de un beneficio privado y, más concretamente, de una retribución adicional a la que corresponde estatutariamente a los administradores por el ejercicio del cargo en una sociedad.

Así, el administrador social podría anteponer el interés social en vistas a obtener esa remuneración de Vulture, vulnerándose también el principio de independencia del art. 228. d) LSC.

Es por ello que estos socios que fueran a recibir la mencionada prima deberían abstenerse en la votación de un acuerdo.

Por último, debe señalarse que, en el caso de aprobarse el nuevo Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la LSC (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de septiembre de 2020), se modificaría el art. 231 LSC, ampliando el perímetro de la vinculación de personas a los administradores, incluyendo expresamente la vinculación del socio que solicitó el nombramiento del administrador y recogiendo, en consecuencia, la situación de vinculación entre Vulture y el administrador que aquella nombró, quedando obligada a abstenerse sin la concurrencia de ningún otro presupuesto. También se contemplaría como vinculación el hecho de que el administrador si dispusiera de una participación igual o superior al diez por cien en Vulture o, incluso, en la filial

holandesa *Nederlandse Gier-NV*. De aprobarse la reforma, sería innegable la vinculación del administrador analizada.

2. La infracción del deber de lealtad

Conforme al art. 232 LSC y, en caso de infracción del deber de lealtad por un administrador, se podrá ejercitar la acción de responsabilidad contra el administrador, acción de impugnación, de cesación, de remoción de efectos y, en su caso, la anulación de los actos y contratos celebrados con violación del deber de lealtad, al margen de la eventual acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, y de la devolución del enriquecimiento obtenido (compatibles con las primeras)

- La **acción de indemnización** regulada en los arts. 1101 y ss. del Código Civil (en adelante, “CC”), debiendo cumplirse los presupuestos civiles de acción u omisión, daño y relación causal entre la acción o la omisión y el daño producido.
- La **acción de responsabilidad** contra el administrador es entablada por la sociedad CerTronic (art. 238 LSC), previo acuerdo de junta, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio a pesar de no constar en el orden del día. La junta podría renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieran socios que representen, al menos, el cinco por cien del capital social. Por tanto, en caso de que Dña. Lidón o Dña. Amparo se opusieran -ostentan el 8% y el 10%, respectivamente-, no podría la sociedad renunciar a dicha acción, determinando la destitución del administrador o administradores afectados
- La **acción de impugnación** del art. 206 y ss. LSC, siempre que el socio represente, al menos, el uno por ciento del capital; supuesto que aquí se daría. La base de la impugnación sería la lesión del interés social (art. 204 LSC). A continuación, se seguirían los trámites del juicio ordinario contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La **acción de cesación** podría ejercitarse individualmente o podría traer causa el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que conllevaría de forma automática el cese del cargo. En el supuesto de ejercitarse la acción de cesación de manera autónoma, supondría en la destitución del administrador, sin que ello figure en el orden del día y, en su caso, el nombramiento de su sustituto, sin necesidad de que conste en el orden del día de la junta (art. 223 LSC). No obstante, habrá que tener presente siempre la necesidad de alcanzar el acuerdo con las mayorías requeridas, siendo en este caso la mayoría simple.
- La **acción de remoción** (art. 1098 CC) tiene como objetivo deshacer las conductas contrarias al deber y revocar el acuerdo adoptado gracias al incumplimiento del administrador.

Además, ha de señalarse que, si los estatutos de CerTronic hubieran limitado el contenido del deber de lealtad de los administradores o resultaran contrarios al mismo, no serán válidas aquellas disposiciones.

El administrador quedará obligado a indemnizar el daño causado al patrimonio social y a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido (art. 227. 2 LSC), con independencia de que el conflicto de intereses haya provocado o no un perjuicio económico-patrimonial.

Por tanto, es suficiente con que exista una ocasión de oportunidad y el administrador no actúe orientado por el interés social, exigiendo doctrina y jurisprudencia la culpabilidad y que el daño producido a la sociedad, a los socios o a terceros relacionados con ella sea evaluable económicamente (STS 256/2010, de 1 de junio de 2010, entre otras) y dándose por presumida la culpabilidad siempre que la conducta fuera contraria a la Ley o a los estatutos (art. 236. 2 LSC y STS 5151/2015, de 11 de diciembre de 2015), como sería el incumplimiento del deber de lealtad.

Como afirma la sentencia 256/2010, del Tribunal Supremo, citada anteriormente, se incluye el potencial daño a los negocios indirectos, siempre que exista relación causal con el incumplimiento y debiendo probarse, de manera que debe acudir a los requisitos de la responsabilidad civil, el hecho y el daño evaluable económicamente que debe relacionarse con el proceder que se califique de desleal.

En suma, sí podrán Dña. Lidón y Dña. Amparo oponerse a la operación de traslado de domicilio social, pudiendo ejercer la acción de anulación de los actos, de impugnación del acuerdo y de remoción de los efectos (entre otras), en función del momento exacto en que se encuentre el acuerdo del traslado y como consecuencia del incumplimiento del deber de lealtad por los administradores.

III. POSIBILIDAD DE EXIGIR A LOS DEMÁS SOCIOS SU ABSTENCIÓN EN LA VOTACIÓN DEL TRASLADO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS

En primer lugar, una de las herramientas que permiten exigir a los demás socios votar en un concreto sentido en la celebración de una junta general es la suscripción de un pacto de sindicación de acciones, definido por el Tribunal Supremo, en su sentencia 296/2016, de 5 mayo, como un “*acuerdo extra societario o parasocial en el que los sindicatos se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en la junta general en un determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismo o a través de un representante. En suma, se trata de un contrato asociativo que tiene como finalidad poder influir en las decisiones que se adopten en el seno de la junta general de la sociedad*”.

Se trataría pues, de alcanzar un acuerdo privado con los demás socios al margen de los estatutos sociales, entendiendo excluida a Vulture, pues no se entiende que se hallaría interesada en la suscripción del mismo. De esta forma, exclusivamente los socios firmantes quedarían obligados ante el mismo (art. 1257 CC).

Como se ha señalado, al ser un pacto privado, no es oponible ni frente a la sociedad (art. 29 LSC) ni frente a terceros. Los socios suscriptores habrán de fijar el tiempo de duración del sindicato, pudiendo ser determinada (para el concreto acuerdo de la junta que decide sobre el traslado de domicilio social a Holanda), o indeterminada.

Con el fin de proteger el posible acuerdo, se recomienda la inclusión en el pacto denominada “sindicación del bloqueo”, que constituye una restricción a la libre transmisión de las acciones sindicadas. Así, se impide que se pueda dejar sin efecto la sindicación de voto a través de la transmisión de las acciones a terceros ajenos al pacto, a los que no afectaría el pacto de sindicación. Por tanto, de esta manera se prohibiría a los socios firmantes que transmitan sus acciones a terceros ajenos al pacto de sindicación, fortaleciendo así las obligaciones y ofreciendo mayor seguridad para obtener el voto que se determine en el pacto el día de la celebración de la junta general.

También se sugiere al cliente la introducción en el pacto de una disposición penalizadora de envergadura suficiente para cumplir con la finalidad de disuadir desviaciones de voto el día de celebración de la junta y garantizando la votación en el sentido pactado. En este sentido, y a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo 678/2010, de 26 de octubre de 2010, debe hacerse hincapié en la necesidad de establecer expresamente y de manera precisa qué comportamientos van a considerarse incumplimientos y, por tanto, llevarán aparejada la imposición de la sanción pactada.

En segundo lugar, en relación al voto de Vulture, si bien no podría exigírsele la abstención por no incluirse el supuesto dentro de ninguno de los supuestos tasados del art. 190.1 LSC, si se adoptara finalmente el acuerdo de traslado (en el escenario de que no todos los socios quieren suscribir el pacto de sindicación y algún otro socio voto a favor del traslado, alcanzando la mayoría exigida para la adopción del acuerdo), la sociedad o el socio afectado por el conflicto de interés podría impugnar el acuerdo, siempre y cuando el voto favorable de Vulture fuera decisivo para la adopción del acuerdo de la junta, autorizando, por tanto, la transacción con un tercero (filial holandesa *Nederlandse Gier-NV*) vinculado al socio. En este caso, la carga de la prueba correspondería al socio que se encuentra en conflicto o a la sociedad, que debería probar que el acuerdo no es contrario al interés social. El impugnante solo deberá probar que un socio, en conflicto de interés, votó y que su voto fue decisivo para que se adoptara el acuerdo (art. 206. 3 LSC). Así pues, Vulture o la sociedad habrían de demostrar que el acuerdo responde a una necesidad razonable de la sociedad.

En tercer lugar, ha de señalarse que aquellos socios que son administradores, esto es, Badenes SRL (formada por D. Vicente y D. José Badenes) y D. Antonio Falomir Esteve se encuentran en conflicto de interés como consecuencia de la obtención, en el futuro, de una prima de éxito ofrecida por Vulture (y a la que se ha hecho referencia anteriormente). Así pues, si bien, conforme al art. 190. 3 LSC, no se verán privados de su derecho de voto, cuando el voto de aquellos haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, tanto la sociedad como los socios afectados podrán impugnarlo. Será el socio que impugna quien haya de acreditar el conflicto de interés.

Así, Dña. Lidón y Dña. Amparo podrán solicitar la abstención en la votación en junta de los socios administradores mencionados (no obstante, debe tenerse en cuenta que no se ven, *per se*, privados del derecho de voto), afirmando que, en caso de adoptarse finalmente el acuerdo gracias a los votos de aquellos, procederán a la impugnación del acuerdo correspondiente.

En cuarto lugar y, en última instancia, cabe indicar a Dña. Amparo y Dña. Lidón que ostentan el derecho a separarse de la sociedad en caso de que así lo desearan y votaran en contra del traslado del domicilio social al extranjero, en virtud del art. 99 LME.

IV. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO POR ABUSIVO

En primer lugar, debe analizarse la definición de **abuso de derecho**, que implica ampararse en un derecho legítimamente atribuido y usarlo para una dañar a otro u obtener una ventaja indebida. El Tribunal Supremo reconoce, en su resolución de 87/2018, de 15 de febrero, que no habrá que estar a las disposiciones del Código Civil para la determinación de esta figura, sino a la norma societaria.

Así pues, la LSC sienta las bases del abuso de derecho, su art. 204. 1, disponiendo lo siguiente: *“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. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. 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”*.

La finalidad de la figura del abuso del derecho y la posibilidad de impugnar acuerdos por abusivos combatir “el imperio despótico de la mayoría” (STS 5761/2005, de 26 de mayo) y proteger “los intereses sociales, entendidos como aquellos que respetan razonablemente los de la minoría” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1305508/2016, de 31 de marzo).

Respecto de los presupuestos necesarios para considerar una conducta como abusiva, el Tribunal Supremo ha interpretado el mencionado precepto y ha afirmado que la imposición de manera abusiva de un acuerdo por la mayoría produce la lesión del interés social cuando se cumplen los presupuestos anteriores, esto es, (i) la falta de respuesta a una necesidad razonable; (ii) la adopción por la mayoría en interés propio; (iii) y en detrimento injustificado de los demás socios (STS 410/2018, de 14 de febrero).

En relación al requisito de “necesidad razonable”, ha de hacerse un análisis *a contrario sensu* de la sentencia 191/2019, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 16 de mayo, que alude aspectos que han de tenerse en cuenta para concebir una actuación como abuso de derecho. De ella puede extraerse que, si el acuerdo o el acto en sí no está **justificado**,

sino que responde a una finalidad artificiosa creada para diluir deslealmente la participación de los socios en el capital social, va a considerarse como acuerdo adoptado de manera abusiva. Insistiendo en esta idea, la impugnación será posible para todos aquellos casos en que las medidas adoptadas por la junta general no alcanzan la “**necesidad razonable**” (E. VALPUESTA GASTAMINZA¹⁴).

Esta necesidad razonable consiste en la existencia de una razón objetiva que justifica la adopción del acuerdo, en este caso, de traslado, y el sacrificio que supone a los socios minoritarios. Como afirma, GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ¹⁵, no puede exigirse que consista en un acuerdo imprescindible para la sociedad, pero sí es necesaria una justificación económico-financiera objetiva (PULGAR EZQUERRA¹⁶).

En consecuencia, de disponer de elementos suficientes que permitan probar una ausencia de justificación o una justificación insuficiente, resultando la operación de traslado de domicilio social al extranjero una operación artificiosa, que tiene por fin diluir deslealmente la participación de los socios en el capital social, puesto que el objetivo mediato es la fusión de CerTronic con una sociedad holandesa filial del socio Vulture, sí prosperaría la impugnación del acuerdo social de traslado.

En este sentido, si, conforme a la situación económico-financiera, la sociedad CerTronic no se encontrara en un momento delicado, podría entenderse que no concurre un presupuesto válido que pudiera justificar el traslado y la posterior fusión, considerándose que el fin último de Vulture sería diluir la participación de los restantes socios en el capital de la sociedad por medio de la fusión con su sociedad filial holandesa. Para ello, debería solicitarse al cliente más información sobre dicho estado económico en vistas a determinar el acuerdo como injustificado o no y si puede entenderse el acto como desleal, contrario, ajeno o neutral al interés social.

Por tanto, la impugnación sería posible si, además de concurrir estos requisitos, el acuerdo fuera adoptado por la mayoría de los socios en interés propio. En este sentido, cabe señalar que, a la luz del supuesto de hecho, podría considerarse que los socios actuarían en interés propio con la votación a favor del traslado del domicilio social, puesto que, de votar de manera favorable en la junta general, los administradores recibirían una prima. Además, en el caso de Vulture, el interés propio se vería materializado por el hecho de que el objeto inmediato del traslado es la fusión de CerTronic con la sociedad filial holandesa de Vulture (Nederlandse Gier-NV).

Así, Dña. Lidón y Dña. Amparo estarían legitimadas para impugnar el acuerdo social, en cumplimiento del art. 206. 1 LSC, puesto que ambas socias presentan más de un uno por ciento del capital. La cualidad de socio ha de ostentarse, como indica CANDELARIO

¹⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital”, Barcelona, 2015, pág. 555.

¹⁵ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los grupos de casos de acuerdos abusivos” en *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 76, 2019.

¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada”, en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 44, 2015, págs. 69-106.

MACÍAS¹⁷, desde el inicio del proceso hasta la sentencia, de manera que la pérdida de dicha condición implicará la pérdida de la legitimación activa.

La interposición habrá de hacerse frente a la propia sociedad, como señala el apartado 3) precepto mencionado.

Salvo que en los estatutos existiera cláusula que someta la impugnación a arbitraje (STS 335/1998, de 18 de abril de 1998, entre otras), los trámites que se seguirán serán los del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al art. 207. 1 LSC. Al tratarse de materia reservada para los tribunales de lo mercantil (artículo 86.ter LOPJ), serán estos los encargados de conocer y resolver el asunto, más concretamente, será competente el Juzgado del lugar del domicilio social de CerTronic El procedimiento será el de juicio declarativo ordinario, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 249. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil

En todo caso la impugnación del acuerdo habrá de hacerse dentro de plazo, caducando tras el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo por la junta, en virtud del art. 205 LSC. Si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. En el supuesto de que se declare la nulidad del acuerdo, habrá de inscribirse dicha circunstancia en el Registro Mercantil y se publicará un extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 208 LSC).

¹⁷ CANDELARIO MACÍAS, M.I., “Manual práctico de Derecho mercantil”, Valencia, 2018, pág. 32.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, R., “Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones”, en blog *Almacén de Derecho*, 2020.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El traslado internacional de domicilio social: novedades jurisprudenciales y legislativas”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 80, 2018, págs. 144-148.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La futura Directiva sobre transformación transfronteriza. Propuestas para un proceso complejo”, en *Diario La Ley*, núm. 9048, Sección Tribuna, 2017.

ÁVILA NAVARRO, P., “Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Ley 3/2009”, Barcelona, 2009, págs. 613-614.

CANDELARIO MACÍAS, M.I., “Manual práctico de Derecho mercantil”, Valencia, 2018, pág. 32.

CAÑO DURÁN Y DEL CAÑO CALOP, “Cláusulas estatutarias y pactos parasociales en los conflictos societarios”, en *Tratado de conflictos societarios*, Valencia, 2019, págs. 62-65.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Volumen I, Madrid, 2001, versión online.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Fase decisoria. Tutela de los intereses de los socios y acreedores”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, 2019, pág. 95.

GACIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE as. Vale Építésis Kft”, en *Diario la Ley*, núm. 7992, 2012.

GARCÍA-VILLARUBIA, M., “Los grupos de casos de acuerdos abusivos” en *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 76, 2019, versión online.

JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 22. Deber de lealtad” en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 21/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor, 2015, versión online.

LLODRÀ GRIMALT, F., “Letter of intent, carta de intenciones, precontrato”, en *Derecho de los negocios*, Madrid, 2003, págs. 14-30.

NOVAL PATO, J., “Los pactos parasociales omnilaterales” en *Estudios de Derecho de sociedades*, Valencia, 2019, págs. 94-107.

PAZ-ARES, C., “Identidad y diferencia del consejero dominical” en “Estudios sobre órganos de las sociedades de capital”, Vol. 2, Tomo 2, Pamplona, 2017, págs. 30-75.

PIQUER ALTARRIBA, J. y GURREA BOIX, D., “Las fusiones transfronterizas intracomunitarias desde la perspectiva del Derecho español” en *Actualidad mercantil 2019*, Valencia, 2019, págs. 147-166.

PULGAR EZQUERRA, J., “Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada”, en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 44, 2015, págs. 69-106

VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital”, Barcelona, 2015, pág. 555.