



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO ICADE

**Dictamen para la realización del Trabajo de fin de
Máster en Acceso a la Abogacía**

Autor/a: Alejandra Bonilla Montes

Tutor: Ignacio Hornedo Villalba

Madrid

2020/2021

INDICE

| | |
|--|-----------|
| INFORME I | 4 |
| 1. OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE CIRCERÁMICA POR CERTRONIC | 5 |
| 1.1. Primera operación | 5 |
| 1.2. Segunda operación | 9 |
| 1.3. Tercera operación..... | 13 |
| 2. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL | 19 |
| Anexo I | 26 |
| Anexo II..... | 27 |
| Anexo III..... | 28 |
| INFORME II..... | 29 |
| 1. CONSECUENCIAS DE QUE D ^a AMPARO Y D ^a LIDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS. | 30 |
| 2. POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE SU DEBER DE LEALTAD | 35 |
| 3. EXIGIR/ PRESIONAR A LOS SOCIOS PARA SU ABSTENCIÓN EN LA VOTACIÓN DE LA JUNTA | 41 |
| 4. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE TRASLADO POR ABUSIVO..... | 43 |

INFORME I

FECHA: 11/01/21

DIRIGIDO A: Consejo de Administración de CerTronic S.A.

CONSULTA: Posibilidades bajo Derecho español de articular la operación de adquisición de CirCerámica, sociedad italiana, por parte de CerTronic, sociedad española. Se plantean tres situaciones posibles: 1. Adquirir acciones en autocartera por el valor de la marca para que sean suscritas los socios de CirCerámica. 2. Aumento de capital a cambio de la aportación de la marca. 3. Compra de todas las participaciones de CirCerámica.

Articular el traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos.

NORMATIVA APLICABLE:

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.
- Directiva de la UE 2019/2121 de 27 de noviembre de 2019
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

1. OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE CIRCERÁMICA POR CERTRONIC

CirCerámica es una sociedad italiana con domicilio social en Módena, compuesta por dos socios D. Angelo Vattermoli y una sociedad de capital riesgo “Il Piccolo Avvoltoio, srl”, controlada al 100% por Vulture. A pesar de no contar con actividad económica como resultado de trasladar sus activos a otra sociedad en virtud de una escisión, su marca conserva un alto prestigio en el mercado. Se presentan dos modos posibles de articular la operación:

En primer lugar, mediante la aportación de la marca de CirCeramica que tiene la consideración de aportación no dineraria. Los dos socios de CirCerámica aportarían la marca a cambio de la suscripción de acciones de CerTronic, presentándose a su vez dos alternativas distintas de ejecutar la operación. A) Que CirCeramica adquiriera el número suficiente de acciones propias en régimen de autocartera para que, una vez formalizada la operación, los socios de CirCeramica pasen a ser accionistas adquiriendo estas acciones, amortizando el posible excedente en caso de haberlo (**PRIMERA OPERACIÓN**). B) Realizar un aumento de capital por el valor de la marca (**SEGUNDA OPERACIÓN**).

En segundo lugar, la adquisición por CerTronic de las participaciones de los dos socios de CirCerámica, para lo que se necesitaría solicitar un préstamo a una entidad financiera, habiendo de tener en cuenta las condiciones incluidas en el pacto de socios con respecto al acuerdo de refinanciación suscrito por los accionistas de CerTronic con Vulture en su día. Posteriormente se acordaría una fusión transfronteriza intracomunitaria por absorción de la ahora filial italiana (**TERCERA OPERACIÓN**).

A continuación, se describe el modo de proceder con respecto a cada una de las posibilidades planteadas:

1.1. Primera operación

Adquisición por CerTronic de acciones propias en régimen de autocartera por el valor de la marca de CirCerámica con el objetivo de que los dos socios que componen esta última las adquieran y pasen a ser accionistas de CerTronic.

Ver síntesis de la primera operación en el Anexo I.

En este sentido el artículo 146 LSC:

- Permite a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones siempre y cuando esta operación haya sido **autorizada mediante acuerdo de la junta general**. Las acciones van a ser adquiridas con fondos pertenecientes a la sociedad y, en consecuencia, pueden verse afectados los beneficios de los accionistas y la toma de decisiones en el seno de la junta al extinguirse el voto de las acciones en autocartera, por tanto, es de sentido común que sean ellos los que mediante un acuerdo social decidan sobre efectuar o no la operación. Importante respetar en todo caso las exigencias legales relativas al reparto de beneficios y el capital social.
- Habrá de tenerse en consideración que será nula la adquisición por CerTronic de acciones propias que se encuentren parcialmente desembolsadas, por consiguiente, las acciones adquiridas de los accionistas que componen la sociedad deberán estar **íntegramente desembolsadas**. Con esta premisa el legislador intenta evitar que los negocios con acciones propias encubran una condonación de la deuda a favor de alguno de los accionistas. En caso de no estar desembolsadas en su totalidad, se tendrán que adquirir a título gratuito.
- Como último supuesto de nulidad encontramos la adquisición derivativa de las acciones que lleven aparejadas la obligación de realizar **prestaciones accesorias**. Recordemos que en el pacto de socios de CerTronic se previó la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto, obligación que se incluyó mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad como prestación accesorias. El contenido íntegro de esta prestación está determinado extraestatutariamente de forma perfectamente cognoscible no solo por los socios que componen actualmente la sociedad sino también por los futuros integrantes. Entendemos pues, que no son las acciones, el título como tal, el que lleva aparejado la prestación accesorias si no la condición de socio, por tanto, las acciones pueden ser objeto de adquisición derivativa.

Es importante respetar las exigencias legales previstas en materia de negocios sobre las acciones propias, pues el artículo 157 contiene expresamente el régimen sancionador aplicable ante las infracciones de su cumplimiento.

En el artículo 148 de la misma ley se expone el régimen aplicable de las acciones propias, informando de lo siguiente:

- Quedan suspendidos todos los derechos políticos incorporados a las acciones, incluido el voto.
- Los derechos económicos inherentes a las acciones serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones, a excepción lógicamente del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones.
- Las acciones se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.
- En el informe de gestión de la sociedad adquiriente, CerTronic habrá de constar imperativamente con las siguientes menciones: **(I)** Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio, **(II)** el número y el valor nominal de las acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan, **(III)** la contraprestación de las acciones, **(IV)** el número y valor nominal del total de las acciones adquiridas y conservadas en cartera por CerTronic y la fracción del capital social que representan.

1º Informe del experto/s independiente/s

La adquisición derivativa de las acciones propias quiere realizarse por el valor de la marca, por tanto, habrá que conocer en primer lugar cuál es exactamente la valoración que se hace de esta. La marca CirCeramica constituiría una aportación no dineraria, en estos casos la ley prevé para las sociedades anónimas en los artículos 67 y ss. LSC que sea objeto de un informe pericial elaborado por uno o varios expertos independientes. Una vez conozcamos este dato se procederá a la convocatoria de la Junta de accionistas por los administradores.

2º Acuerdo de Junta.

Cualquier adquisición derivativa de acciones debe ser autorizada por los accionistas reunidos en junta general, a través de un acuerdo social, por tanto, los administradores de CerTronic habrán de convocarla al menos con un mes de antelación a su celebración como así lo estima oportuno el artículo 176.1 LSC.

Este acuerdo deberá precisar los aspectos más relevantes de la operación, el contravalor máximo y mínimo de las acciones, la duración de la autorización, que en ningún caso podrá exceder de 5 años y las modalidades de adquisición.

Ahora bien, debemos prestar atención a dos **límites** impuestos legalmente en materia de autocartera:

- i. El primer límite se encuentra recogido en el segundo apartado del artículo 146 LSC informando que el valor nominal de las acciones adquiridas en autocartera sumadas a las que ya pudiera poseer en el mismo régimen CerTronic **no puede superar el 20% del capital social**. Para garantizar el cumplimiento de esta premisa necesitaríamos conocer la valoración del experto pertinente de la marca CirCerámica para estimar la cuantía de acciones que han de ser adquiridas y su correspondiente porcentaje del capital social de CerTronic.
- ii. El segundo límite se desarrolla en la reciente resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, concretamente en su artículo 20, en el cual dispone:

Sin perjuicio de otros requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la adquisición derivativa de acciones propias está condicionada a que estas acciones junto a las que la sociedad o persona que actuase en nombre propio, pero por cuenta de aquélla, hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

A estos efectos, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, minorado en el importe de los beneficios imputados directamente al mismo (ajustes por cambios de valor positivos y subvenciones, donaciones y legados reconocidos directamente en el patrimonio neto), e incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. A modo esquemático:

3º Suscripción de las acciones por los socios de CirCeramica.

Una vez alcanzado el acuerdo y en relación con la obligación de enajenar estas acciones, los artículos 145 en relación con el 146 LSC informan que deberá realizarse en un **plazo máximo improrrogable de 5 años** a contar desde la fecha de adquisición, por lo que deben ser adquiridas por D. Angelo Vattermoli y II Piccolo Avvoltoio SRL en el mencionado plazo.

Por el contrario, en caso de que la adquisición de las acciones en autocartera por los socios de CirCeramica no resultase satisfecha se presentan dos opciones: bien enajenar las acciones en el plazo de 5 años indicado anteriormente, o bien realizar una reducción del capital por el valor proporcional de las acciones adquiridas en autocartera en el plazo de los 2 meses siguientes a la finalización del plazo de enajenación.

1.2.Segunda operación

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

Ver síntesis de la segunda operación en el Anexo II.

Esta operación jurídica conlleva un aumento de la cifra de capital social que figura en los estatutos por lo que implicaría en primer lugar una modificación estatutaria.

La ley somete a unos requisitos imperativos generales, dada la trascendencia, a este tipo de acuerdos, que se resumen a continuación:

PRIMERO. La competencia para la modificación la ostenta La Junta General. En la convocatoria de la misma deberán expresarse los extremos de los estatutos objeto de modificación, en virtud del artículo 287 LSC, en relación con el derecho de información reforzado conferido a los accionistas consistente en el derecho de examinar el texto íntegro de la modificación propuesta.

Llegados a este punto es importante traer a colación el pacto de socios en el que se incluía una cláusula referente al aumento de capital que informa lo que sigue:

La obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adopte con el voto favorable del 67% del capital.

Este pacto de organización es perfectamente válido y expresa la voluntad de los socios de reglamentar, en este caso, el régimen de mayorías para la toma de decisión, por lo que esta cláusula se convierte en ley entre las partes.

Puede surgir la duda de si realmente prevalece el pacto de socios frente a la propia LSC, no obstante, ante esta cuestión la doctrina sostiene que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario, como pueden ser las mayorías y quórum, deviniendo inválidos sin embargo si atentan contra valores sustantivos del sistema, como, por ejemplo, establecer la validez de pactos leoninos. En resumidas cuentas, el acuerdo deberá ser adoptado, no en función de los quórum y mayorías exigidos por la ley, sino por la cláusula específica firmada por la totalidad de los socios, momento en el cual se sometieron y quedaron afectos por la misma.

En el caso concreto de que existan en CerTronic clases de acciones que confieran ciertos privilegios para su titular y se vean afectados negativamente por el aumento de capital se requerirá un doble acuerdo: el voto favorable del 67% del capital social en la junta de accionistas y el acuerdo mayoritario de aquella clase de acciones afectadas, siguiendo las exigencias del artículo 293.1 LSC.

SEGUNDO. La modificación estatutaria queda sometida a unos especiales requisitos de forma y publicidad, que únicamente podrán ser obviados si se aprueba el acuerdo mediante una junta universal, ya que la propia naturaleza de la misma garantiza el derecho de información reforzado que ostentan los accionistas: Imperatividad de un informe justificativo de la modificación al tiempo de convocar la junta, el cual deberá ser elaborado por los administradores de la sociedad, que como se señaló anteriormente, también puede ser objeto de examen por los accionistas en atención a su derecho de información reforzada. Este informe deberá contener los puntos exigidos por el artículo 300 LSC que en definitiva son: descripción de las aportaciones proyectadas, las personas que vayan a efectuarlas y el número de acciones a entregar a cambio.

TERCERO. Una vez adoptado el acuerdo los administradores por imperativo legal contenido en el artículo 313 LSC, redactarán los nuevos estatutos fijando la nueva cifra de capital social. Así mismo esta operación queda sometida a un régimen especial de publicidad recogido en el artículo 290 LSC y artículos 165 y ss. del Reglamento del Registro mercantil, en virtud de los cuales habrá de hacerse constar en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, el aumento de capital social y su ejecución de forma simultánea, en la que consten los correspondientes acuerdos y actos relativos a su ejecución y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

No existirá derecho de preferencia en esta operación al realizarse el aumento de capital con aportación no dineraria.

Para la correcta inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública además de los requisitos generales mencionados ut supra habrá de atenderse a las siguientes exigencias:

1. Expresarse la cuantía en virtud de la cual se eleva la cifra de capital social que figura en estatutos, indicando expresamente que la misma se realiza por emisión de nuevas acciones.
2. Identificar la identidad de las personas que hayan suscrito las nuevas acciones, la cuantía de estas y las condiciones de desembolso y la declaración por parte del órgano de administración de su constancia en el Libro-registro de la sociedad en caso de que las acciones fuesen nominativas.
3. En la operación objeto de consulta no existe derecho de suscripción preferente de los accionistas, por lo que habrá que manifestarlo expresamente. La supresión de este derecho inherente a la condición de socio habrá debido ser acordada por Junta por lo que deberá constar también que se realizó la memoria prevista por Ley y emitido el preceptivo informe por el auditor de cuentas con su nombre completo y fecha.
4. Valorar la posibilidad de crear las acciones con prima de emisión para evitar diluir la posición de los accionistas anteriores de la sociedad.

La prima de emisión se presenta como un instrumento cuyo objetivo no es otro sino el de conservar la posición jurídica del socio ante la entrada de nuevos accionistas a la mercantil, evitando que se diluya su participación en el capital social, como se ha expuesto con anterioridad. Este instrumento encuentra soporte

legal en el artículo 298 LSC donde expresamente se recoge la licitud de la creación de esta medida de protección de los accionistas, puntualizando que debe ser íntegramente satisfecha en el momento de suscripción de las mismas por parte de los socios de CirCerámica.

En caso de que finalmente se acordara, también se deberá expresar la cuantía de esta por cada acción.

5. Que el aumento acordado ha sido íntegramente suscrito, como será el caso al tratarse la contraprestación en la aportación de la marca y haber sido calculado expresamente el aumento en función de su valor concreto.
6. La manifestación de los administradores de que el proceso ha cumplido las exigencias de la Ley. Conviene repetir que este tipo de trámites deben ser objeto de examen exhaustivo, con el fin de asegurar efectivamente el correcto cumplimiento de las normas, pues de forma contraria podría derivarse responsabilidad para los componentes del órgano de Administración.
7. En el supuesto de capital autorizado explicado con anterioridad, la cuantía dispuesta respecto del límite de delegación, la cuantía que queda por disponer y el plazo fijado en virtud del cual continua vigente esta delegación.
8. La nueva redacción de los artículos de los estatutos sociales relativos a la cifra de capital social y a las acciones.

CUARTO. La suscripción de las acciones tendría como contraprestación la aportación de la marca CirCerámica, por consiguiente, estamos ante un aumento de capital con aportación no dineraria, por lo que habrá que respetar además una serie de particularidades referentes a esta modalidad contenidas en los artículos 67 y ss. de la LSC y 133 del RRM. Así, en las sociedades anónimas este tipo de aportaciones (no dinerarias) habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional que habrá de ser designado por el registrador mercantil del domicilio social y que será incorporado junto a la escritura del aumento de capital, depositándose testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil que corresponda.

En este caso concreto y haciendo referencia de nuevo a la escritura del acuerdo, se requiere la descripción del derecho objeto de aportación, en este caso la marca, con indicación de sus datos registrales, así como la constancia del nombre del experto que elaboró el informe, las circunstancias de su designación y la fecha de su emisión.

1.3.Tercera operación

Adquisición por CerTronic de las participaciones de los dos socios de CirCeramica, D. Angelo Vattermoli y la sociedad de capital de riesgo, Il Piccolo Avvoltoio SRL, para posteriormente acordar una fusión por absorción de su entonces filial en Italia (CirCeramica).

Ver síntesis de la tercera operación en el Anexo III.

Para ello CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la venta, que ya tiene acordado con una entidad financiera. No obstante, este contrato financiero debe realizarse tomando en consideración el pacto de socios que se suscribió por parte de la totalidad de los accionistas con Vulture, en el momento en el que este fondo de Capital Riesgo ingresó en la sociedad. Así recordar en particular una de las cláusulas, que deberá ser obligatoriamente tenida en cuenta:

La necesidad de que cualquier nuevo crédito que solicitara (la sociedad) se estableciera en condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture.

Por tanto, en primer lugar, habrá que recordar cuáles eran las condiciones concretas en virtud de las cuales se celebró el acuerdo de refinanciación de los socios con Vulture para evitar infringir el citado pacto de socios que desembocaría, de acuerdo con otra de las cláusulas en el *vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante de Vulture frente a CerTronic por un valor de 10 millones de euros.*

Posteriormente, se debe formalizar la operación de compra de las participaciones sociales de CirCerámica, de manera que CerTronic pasaría a convertirse en la socia única de la sociedad italiana.

El siguiente paso de CerTronic es acordar una fusión por absorción de su ya filial en Italia, esta operación se denomina **fusión por absorción transfronteriza intracomunitaria** y para conocer su desarrollo debemos acudir de nuevo a la Ley de Modificaciones Estructurales. Así en su artículo 54 dispone la definición de esta modificación:

Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad

principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

A este tipo concreto de fusiones se les aplica las disposiciones del Capítulo II de la LME y supletoriamente las disposiciones aplicables a una fusión ordinaria.

Además, y este es un punto importante, debemos tener en consideración las reglas específicas contenidas en el artículo 35 relativo a las **fusiones apalancadas**, esto es, las fusiones posteriores a una adquisición de una sociedad con endeudamiento de la adquiriente, en los 3 años inmediatamente anteriores a la adquisición. (Las particularidades de la fusión apalancadas se encuentran integradas en el desarrollo de la operación expuesto en adelante).

En primer lugar, CerTronic solicitó un préstamo por el valor de la compraventa a una entidad financiera, con el objetivo de adquirir el control de CirCeramica. Posteriormente a la compra la adquiriente absorbe a la adquirida.

En este tipo de fusiones destacan dos extremos importantes:

1. La entidad financiera con la que CerTronic ha acordado la solicitud del préstamo adquiere automáticamente una garantía sobre los activos de la empresa adquirida, en este caso la marca CirCeramica.
2. Son de hecho los bienes de la sociedad adquirida los que originan los flujos de caja necesarios para pagar el préstamo solicitado, en otras palabras, la sociedad que ha sido adquirida, CirCeramica, termina soportando el pago de la financiación. Por esta razón es crucial haber realizado con anterioridad a la adquisición un estudio exhaustivo sobre el verdadero valor y prestigio que CirCeramica conserva en el mercado para asegurarnos que efectivamente los flujos de caja que se van a producir gracias a la adquisición son suficientes para “repagar” la deuda contraída con la entidad financiera.

Esta operación de compraventa apalancada debe ser realizada con absoluto respeto a las exigencias legales para evitarnos incurrir en alguna de las prohibiciones que la misma ley contempla sobre la asistencia financiera y devenga la operación nula.

El principal problema con el que nos podemos encontrar es el artículo 150 LSC.

La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero.

No obstante lo anterior, considerando la interpretación realizada por nuestros tribunales, la prohibición de asistencia financiera hace referencia a la operación en la cual, trayéndolo a nuestro caso concreto, CirCeramica asista económicamente a CerTronic para que esta pueda permitirse adquirir a la primera. No es el caso que nos concierne y por tanto continuamos con el estudio de la operación sin detenernos más en este aspecto.

CerTronic, la sociedad absorbente, es titular de forma directa de todas las participaciones sociales de CirCerámica, la sociedad absorbida, este hecho (**la absorción de una sociedad íntegramente participada**) simplifica la operación ya que la propia ley prevé en su artículo 49 una serie de exenciones con respecto a las exigencias a la hora de articular la operación. En definitiva, teniendo en cuenta los artículos 59 y ss. en relación con el artículo 31 y 35 de la LME, las exigencias legales son las siguientes:

Los administradores de cada una de las sociedades participantes en la fusión deberán redactar lo que se denomina el proyecto común de fusión transfronteriza que contendrá una serie de menciones obligatorias, referidas básicamente a los principales términos y condiciones de la fusión proyectada:

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

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

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

4.ª Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así

como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

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

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

7.ª La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante. En este caso resultará sencillo al carecer CirCerámica de activos tras haberlos trasladado en virtud de una escisión a otra sociedad.

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

9.ª 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.

10ª Los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos. (Art. 35 LSC)

En adición, al participar en la fusión una sociedad anónima, en este caso CerTronic, el artículo 34.1 LME prevé que *los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan deberán solicitar del registrador mercantil correspondiente al domicilio social el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que, por separado, emitan informe sobre el proyecto común de fusión.*

No obstante lo anterior, los administradores de todas las sociedades que se fusionan a que se refiere el apartado anterior podrán pedir al registrador mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe.

Debido al endeudamiento de CerTronic, el informe de expertos debe contener un juicio sobre la razonabilidad de los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos, de las razones aportadas por las que se justifica la adquisición y del plan económico y financiero previsto en el informe de los administradores.

Podría simplificarse aún más la operación en caso de que el acuerdo de fusión se adoptase por unanimidad, como recoge el artículo 42 LME, ya que no sería necesario publicar los documentos exigidos por ley ni elaborar el informe de los administradores sobre el proyecto en cada una de las sociedades participantes una vez adoptada la fusión.

Seguidamente se insertará este proyecto en la página web de cada una de las sociedades, adicionalmente se podrá depositar de forma voluntaria en el BORME y deberá mantenerse hasta que finalice el plazo de un mes para el correspondiente ejercicio por los acreedores de su derecho de oposición. La inserción en la web del proyecto y la fecha de la misma se acreditarán mediante la certificación del contenido de aquélla, remitido al Registro Mercantil competente, debiéndose publicar en el BORME dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación. Si no existiera página web, los interesados (socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores) podrán examinar todos los documentos enumerados anteriormente en el domicilio social o solicitar que se les envíe una copia de cada uno de ellos.

En este caso concreto, como dicta el artículo 49.1. 4º LME, no hará falta que se apruebe la fusión por la junta general de la sociedad absorbida ni el aumento de capital de la absorbente pues, como se ha mencionado anteriormente, CirCerámica está íntegramente participada por CerTronic. Ahora bien, la fusión lógicamente si tendrá que ser aprobada por Junta General de la sociedad absorbente que será convocada al menos con un mes de antelación a su celebración y con toda la información pertinente puesta a disposición de los accionistas.

Sí será necesario sin embargo la elaboración de un informe por los administradores de cada una de las sociedades. En este se debe explicar y justificar el proyecto común de fusión, haciendo especial hincapié en: los aspectos jurídicos y económicos, indicando las razones que hubieran justificado la adquisición del control y la operación de fusión, así como un plan económico y financiero en el que se expresen los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, además de las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores.

Dada la trascendencia de este tipo de acuerdos y con el fin de ofrecer todos los datos necesarios para valorar la operación de fusión existe un derecho de información reforzado de obligado cumplimiento. Entre los documentos e informes que los administradores

deben poner a disposición de los socios, obligacionistas y representantes de los trabajadores, se encuentran:

- El balance de fusión, pudiendo utilizarse como tal el último balance anual aprobado siempre y cuando haya sido cerrado dentro de los 6 meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión, de lo contrario habrá que elaborar uno nuevo que en todo caso será verificado por el auditor de cuentas de la sociedad.
- Las cuentas anuales de los 3 últimos ejercicios.
- El proyecto común de fusión.
- Los informes de los administradores.
- La identidad de los administradores de las sociedades participantes y de aquellos que eventualmente vayan a ser propuestos como consecuencia de la fusión.

Estas menciones serán puestas a disposición de los interesados al menos con un mes de antelación a la celebración de la Junta convocada con motivo de la decisión de la procedencia o no de la fusión objeto de consulta, respetando los requisitos de quórums o mayorías que le sean aplicable, para cual habrá que atender de nuevo a las cláusulas contenidas en el pacto de socios, que recordemos, exigía el voto favorable del 67% del capital social ante cualquier acuerdo de reestructuración societaria.

En caso de aprobación de la fusión, el acuerdo se publicará en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de las provincias en que cada sociedad tenga su domicilio social, en defecto de una comunicación individual y por escrito a todos los socios y acreedores.

Brevemente recordar de nuevo que la fusión no podrá ser realizada hasta el transcurso de un mes desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo con motivo del derecho de oposición de los acreedores recogido en el artículo 44 LME. Durante este plazo los acreedores de cada una de las sociedades participantes cuyo crédito sea anterior a la fecha de inserción del proyecto de fusión bien en la página web bien en el Registro Mercantil o bien hayan solicitado que se les envíe la documentación personalmente, con el objetivo de velar por la protección de estos con motivo de la agrupación patrimonial, pueden oponerse a esta operación hasta que se les garantice el crédito.

Transcurrido el plazo citado o satisfechos los derechos de los acreedores que se hubiesen opuesto a la fusión se otorgará escritura pública de fusión y se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente.

La escritura pública en atención al contenido del artículo 45 LME vendrá determinado por el tipo de fusión del que se trate, así en la fusión por absorción, debe contener el acuerdo de fusión aprobado por la junta de CerTronic e incorporar el balance de fusión, las modificaciones estatutarias acordadas por la sociedad absorbente e identificar las acciones que van a ser entregadas a los dos nuevos socios. Entonces sí será susceptible de inscribirse en el Registro Mercantil, trámite con carácter constitutivo ya que es en este preciso momento en el que se hace efectiva la fusión.

Por último, brevemente mencionar que el artículo 62 LME prevé el derecho de separación de los socios para aquellos accionistas de las sociedades españolas que participen en una fusión transfronteriza intracomunitaria que hubieran votado en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro. Es conveniente tenerlo en cuenta pues el objetivo próximo a la fusión es realizar un traslado del domicilio social a Holanda.

2. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL

En cuanto a la posibilidad de trasladar el domicilio social de la ahora denominada CirCerámica a Países Bajos, concretamente Holanda, tras la fusión de ambas mercantiles (CerTronic- CirCerámica), adelantamos que es una opción posible en base a la argumentación siguiente:

En primer lugar, tras la entrada en vigor en el año 2009 de la Ley de Modificaciones Estructurales, en adelante, LME, el ordenamiento jurídico español permite el traslado del domicilio social de una sociedad española al extranjero, manteniendo la personalidad jurídica de esta y desapareciendo los costes fiscales de la operación.

Así es que, en su artículo 93 dispone lo siguiente: *El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.*

Por tanto, ya no se liga la posibilidad del traslado del domicilio a la existencia de un Convenio entre ambos países, sino a la conservación y continuidad de la personalidad jurídica previa de la mercantil.

En principio, por cuanto el ordenamiento de Holanda en particular contiene una serie de especialidades con respecto a este tipo de operaciones, el traslado del domicilio social al extranjero en atención a nuestro ordenamiento contiene dos cambios significativos: la adopción de la nacionalidad del país del destino y, por consecuencia directa, el cambio del derecho aplicable, lo que llamamos una modificación de la *lex societatis*.

El modelo de atribución de la nacionalidad del país y por tanto el modelo de la atribución de la ley aplicable puede ser de dos tipos, que serán descritos a continuación de forma breve para no salirnos excesivamente de los puntos resaltados en la consulta: modelo de constitución y modelo de sede real. El modelo de sede real es el utilizado por el ordenamiento español que en definitiva considera que la nacionalidad de la sociedad se regirá por la legislación del país en el que radique su domicilio, véase artículo 8 de la LSC. Por el contrario, Holanda defiende el llamado modelo de constitución, en virtud del cual la nacionalidad de la sociedad se establece en atención al país en el que fue constituida, esto es, aunque la sociedad traslade su domicilio social al país en cuestión esta continuará rigiéndose por el ordenamiento jurídico de la sociedad originaria, en nuestro caso concreto, el ordenamiento español.

Como podemos observar ambos ordenamientos incurren en una contradicción, por un lado, el español considera el cambio del domicilio social a otro país miembro como un cambio de la *lex societatis* y el ordenamiento holandés aboga por la conservación del ordenamiento que dio vida a la sociedad.

En cuanto a este aspecto se refiere, la legislación europea no proporcionaba línea doctrinal clara, no obstante la jurisprudencia ya tendía a amparar el libre establecimiento del domicilio social como así lo dejó entrever en los casos *Cartesio* (2008), *Vale* (2012) y más recientemente en el caso *Polbud* (2017) sentando la idea de que para trasladar el domicilio social al extranjero, no podía imponerse por parte del país de origen que estuviese supeditado a la liquidación y disolución de la sociedad para la posterior nueva constitución en el país de destino, sino que un Estado, que efectivamente, admite la transformación de sociedades nacionales debe permitir así mismo la transformación de las sociedades extranjeras de acuerdo a los criterios de conexión que se exige a una sociedad nacional para que pueda considerarse constituida bajo su Derecho interno, así como los criterios requeridos para mantener posteriormente tal condición.

Ahora bien, la reciente Directiva de la UE 2019/2121 de 27 de noviembre de 2019 unifica doctrina en este sentido, afirmando de manera inequívoca: *la libertad de establecimiento constituye uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión. Con arreglo al artículo 49, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), en relación con el artículo 54 del TFUE, la libertad de establecimiento para las sociedades o empresas comprende, en particular, la constitución y la gestión de tales sociedades o empresas en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado que comprende también el derecho de una sociedad o empresa constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro a transformarse en una sociedad o empresa sometida a la legislación de otro Estado miembro, siempre que cumpla los requisitos establecidos por la legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio adoptado por este para establecer los puntos de conexión de una sociedad o empresa con su ordenamiento jurídico nacional.*

En segundo lugar, en la legislación española, tanto en el Reglamento del Registro Mercantil como en la Ley de Sociedades de capital, artículos 120 y 9 respectivamente se recogen en definitiva la siguiente premisa:

Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.

Contrariamente en el ordenamiento holandés, en atención al criterio de constitución, no se exige ninguna conexión entre el lugar en el que radique el domicilio social con la actividad desarrollada.

Volviendo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2017, (caso Polbud) el TJUE por regla general considera que un Estado Miembro no puede oponerse al traslado porque no se cumpla el principio de coincidencia entre el domicilio social y el domicilio real, esto es, el centro de su efectiva administración o su principal explotación, sosteniendo:

Del mismo modo, una situación en la que una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro desea transformarse en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado miembro, respetando el criterio adoptado por el segundo Estado miembro para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento

jurídico nacional, está comprendida en la libertad de establecimiento, aun cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el primer Estado miembro.

La jurisprudencia clama de nuevo la libertad de establecimiento incluso cuando en el país de destino no se vaya a realizar ninguna actividad. Además, refuta la existencia de abuso por el simple hecho de trasladar el domicilio social a un país con una legislación más ventajosa, reforzando esta premisa añadiendo que *sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si está justificada por razones imperiosas de interés general.*

En atención a lo expuesto con anterioridad concluimos que efectivamente sí se puede realizar tal operación. No obstante, han de tener en cuenta una serie de trámites legales contenidos en los artículos 95 y ss. de la LME, que pasamos a describir a continuación:

1. Aprobación del proyecto de traslado.

Este proyecto debe ser redactado y suscrito por los administradores de la sociedad, el cual precisa tener un contenido mínimo por imposición del artículo 95 LME: *a) La denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil. b) El nuevo domicilio social propuesto. c) Los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social. d) El calendario previsto para el traslado. e) Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.* Una vez confeccionado, los administradores presentarán un ejemplar del proyecto en el Registro Mercantil de Castellón, que será calificado por el Registrador y posteriormente enviado al Registrador Central para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME).

El proyecto de traslado debe ir acompañado de un informe realizado por los administradores en el que se justifique jurídica y económicamente las razones de la migración, así como sus consecuencias para los socios, acreedores y trabajadores. Este requisito es de extrema importancia y deberá realizarse con suma precisión, ya que de la errónea elaboración del mismo podría derivar en responsabilidad para los administradores y conllevar la impugnación del acuerdo social por abusivo.

2. Convocatoria de la Junta General.

Deberá publicarse en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia de Castellón, importante, con 2 meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para su celebración. De forma simultánea junto a la convocatoria deberá publicarse: *a) El domicilio actual y el domicilio que en el extranjero pretende tener la sociedad. b) El derecho que tienen los socios y los acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de obtener gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos. c) El derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y la forma de ejercitar esos derechos.* En cuanto a este tipo de trámites formales deben cerciorarse de su adecuado cumplimiento para evitar dilaciones innecesarias del proceso y futuras controversias.

Posteriormente la Junta someterá a votación la conveniencia o no de la migración a un país extranjero, como es lógico, respetando el régimen de quórum y mayorías previsto por ley para las sociedades anónimas o bien en sus estatutos, únicamente en caso de estas sean más exigentes. Por regla general los acuerdos en las sociedades anónimas se adoptan mediante mayoría simple, no obstante, se exige para determinadas materias, entre ellas el traslado del domicilio social al extranjero una mayoría reforzada. (Art. 201.2 LSC) En tal caso, la adopción de este acuerdo se sujeta a una regla de mayoría absoluta siendo necesario que en el momento de adopción se encuentre el 50% del capital social presente o representado. Si no se hubiera llegado al citado cociente del capital será requisito necesario el voto favorable de 2/3 del capital, no de accionistas.

3. Derecho de separación de los socios.

Recogidos por la LME en sus artículos 99 y 100, confieren tanto a los socios como a los acreedores instrumentos de protección frente al cambio de domicilio social a un país extranjero con motivo, principalmente, del cambio de ley aplicable y la trascendencia que esto conlleva sobre su posición jurídica.

Abordaremos primero el derecho de separación de los socios, amparado en el artículo 99 de la LME en relación con el título IX de la LSC. Los preceptos legales mencionados, prevén esta como una de las causas legales de separación,

otorgando a los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero en el seno de la Junta, la facultad de separarse de la sociedad. Este derecho deberá ejercitarse por escrito y en el plazo no posterior a un mes desde la publicación del acuerdo, que podrá haber sido inscrito en el BORME o, en caso de que todas las acciones de la sociedad fuesen nominativas podrá haber sido sustituido por una comunicación escrita a cada uno de los socios disidentes, independientemente de la opción elegida, se tomará cualquiera de ambas fechas como la que deberá tomarse en consideración como la del inicio del plazo.

Como trámite final y a fin de afianzar este derecho de protección, para la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero será requisito imperativo que la propia escritura pública contenga la declaración expresa de los administradores de que ningún socio ejercitó el derecho mencionado, o bien, que la sociedad ha adquirido conforme a la ley las acciones de los socios separados o ha acordado la pertinente reducción de capital. Para la valoración de las acciones en titularidad del socio separado, si no existe acuerdo entre este y la sociedad podrá nombrarse un experto independiente para la solución de la controversia. El reembolso deberá ser recibido en los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración.

4. Derecho de oposición de los acreedores.

En relación con la protección de los acreedores, la LME establece en su artículo 100: *Los acreedores de la sociedad cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión.*

De esta manera, este derecho de oposición se presenta como un instrumento dirigido a garantizar de forma suficiente sus créditos, instaurando el plazo de un mes desde la comunicación del acuerdo en el BORME o de forma particular a cada acreedor para presentar por escrito su oposición. El traslado del domicilio internacional no podrá llevarse a cabo entonces hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que

fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

5. Inscripción del traslado en el Registro Mercantil correspondiente.

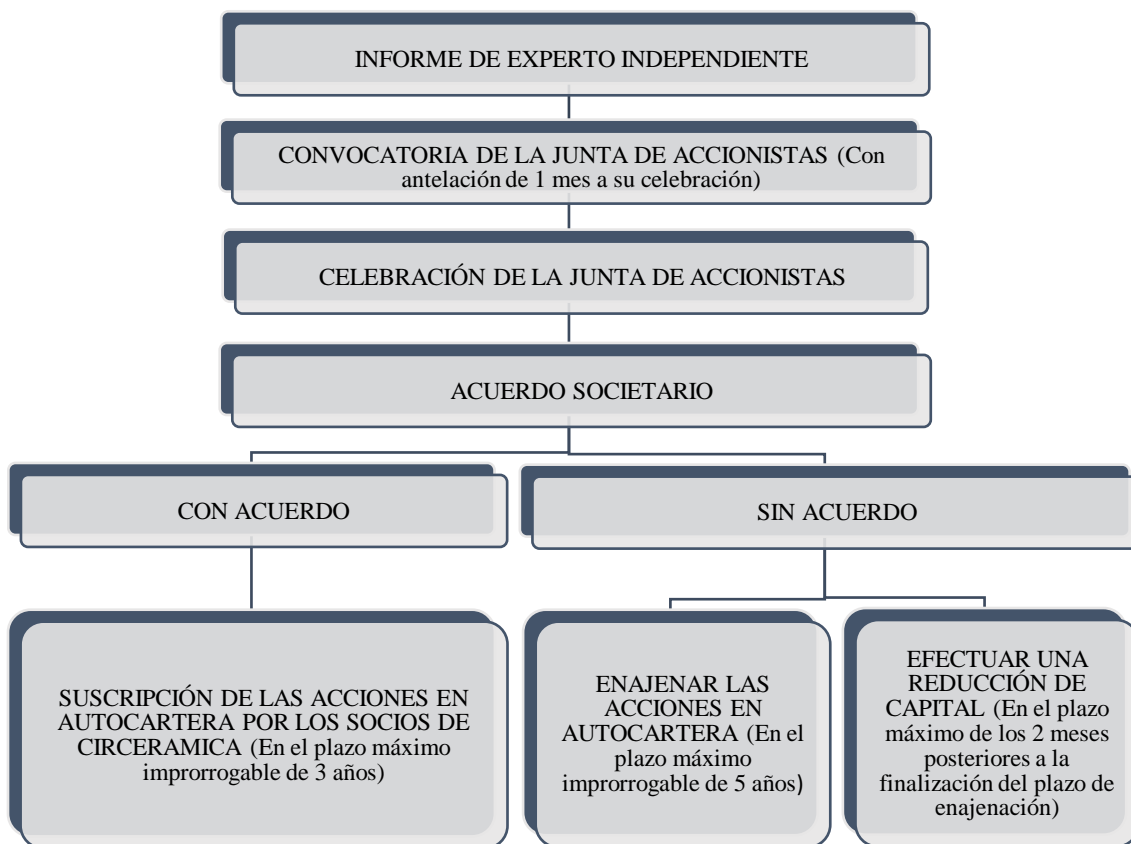
La normativa que resulta de aplicación se encuentra en los artículos 101, 102 y 103 LME.

Una vez presentada la escritura de traslado, el Registrador mercantil de Madrid certificará el cumplimiento de los actos y trámites que deben ser realizados por la sociedad con anterioridad a su traslado. Esta certificación se limita a verificar que se han cumplido las exigencias contenidas en la LME para que la sociedad sea susceptible de inscripción en el país de destino, así como proporcionar los datos registrales pertinentes para su identificación. Una vez expedida quedará cerrado el Registro para cualquier nueva inscripción. Durante este periodo de tiempo la sociedad seguirá rigiéndose por la ley española y deberá respetar los estatutos sociales que aún siguen en vigor hasta que el traslado se considere efectivo, no obstante, no podrá realizar actos que tengan acceso al Registro Mercantil.

La eficacia del traslado del domicilio de la sociedad a Holanda y la consiguiente modificación estatutaria, aspecto en el que la ley hace especial énfasis, estará siempre supeditada a que se proceda a la inscripción del traslado en el órgano equivalente a nuestro Registro Mercantil en el país de destino y a la cancelación de la inscripción en el país de origen. La cancelación de la inscripción *tendrá lugar cuando se aporten el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio social y los anuncios de esa inscripción en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio.*

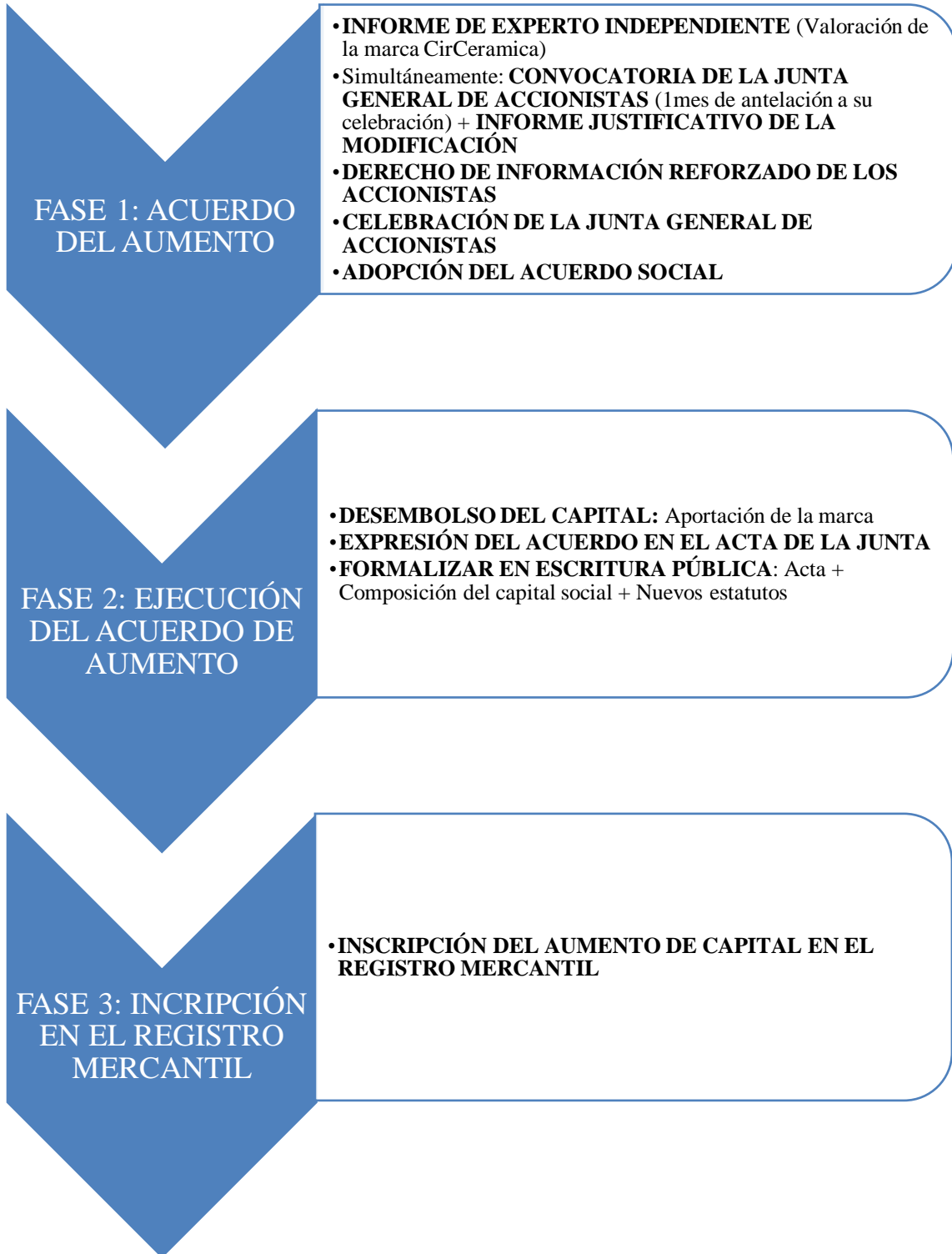
Anexo I

Adquisición por CerTronnic de acciones propias en régimen de autocartera por el valor de la marca de CirCerámica con el objetivo de que los dos socios que componen esta última las suscriban y pasen a ser accionistas de CerTronic.



Anexo II

Aumento de capital de CerTronic con aportación no dineraria, la marca CirCeramica.



Anexo III

Adquisición por CerTronic de las participaciones de los dos socios de CirCeramica, D. Angelo Vattermoli y la sociedad de capital de riesgo, II Piccolo Avvoltoio SRL, para posteriormente acordar una fusión por absorción de su entonces filial en Italia.

SOLICITUD DEL PRÉSTAMO A LA ENTIDAD FINANCIERA

- Respetar las condiciones del acuerdo de refinanciación acordado con Vulture.

COMPRA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES A LOS SOCIOS DE CIRCERAMICA

REDACCIÓN DEL PROYECTO COMÚN DE FUSIÓN

INFORME DEL EXPERTO INDEPENDIENTE SOBRE EL ACUERDO COMÚN DE FUSIÓN

INSERCIÓN DEL PROYECTO COMUN DE FUSIÓN EN LA PÁGINA WEB DE LA SOCIEDAD Y EN EL BORME

DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

- Durante el plazo de un mes desde la notificación del proyecto común de fusión.

CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL PROYECTO

- La certificación se remitirá al Registro Mercantil correspondiente

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL PROYECTO DE FUSIÓN

- Dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la última certificación

ELABORACION POR LOS ADMINISTRADORES DE CERTRONIC DE UN INFORME JUSTIFICATIVO DE LA FUSIÓN

CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS DE CERTRONIC

- Con un mes de antelación a su celebración.

CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

- Habiendo respetado las exigencias del Dº de información reforzado de los socios, obligacionistas y representantes de los trabajadores

APROBACIÓN DE LA FUSIÓN INTRACOMUNITARIA

PUBLICACIÓN DEL ACUERDO EN EL BORME + PERIODICO DE MAYOR CIRCULACIÓN O COMUNICACION INDIVIDUAL

DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

- Durante el plazo de 1 mes desde la publicación del acuerdo, la fusión no se hará efectiva hasta que haya transcurrido el plazo o se hayan garantizado los créditos

ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA LA FUSIÓN

INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA EN EL REGISTRO MERCANTIL CORRESPONDIENTE

INFORME II

FECHA: 11/01/20

DIRIGIDO A: D^a Amparo Fabra Llorens y D^a Lidón Falomir Fabra.

CONSULTA: Informe sobre la posibilidad de oponerse al traslado internacional del domicilio social de CerTronic, sociedad española, a Países Bajos, concretamente Holanda. Se consulta sobre las siguientes alegaciones y su procedencia en aras a la consecución de tal fin: 1. Ninguna de las dos accionistas llegaron a firmar un pacto de socios, incluido en los estatutos de la sociedad. 2. Alegar el cumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad. 3. Posibilidad de exigir o presionar a los demás socios para que se abstengan durante la votación en la junta de accionistas relativa al traslado internacional del domicilio. 4. Impugnar el acuerdo social por abusivo.

NORMATIVA APLICABLE:

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018 (BOE del 10 de julio).
- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 30 de enero de 2001.

La sociedad CerTronic, de la que son accionistas tanto D^a Lidón como D^a Amparo, con un porcentaje del capital social de un 8% y un 10% (esta última a partir del 2014 a raíz de su divorcio con su exmarido) respectivamente, no ostentando la condición de administradoras, pretende realizar un cambio internacional del domicilio social de la mercantil que se estructurará de la siguiente manera:

En primer lugar, la sociedad adquirirá mediante una fusión por absorción CirCeramica S.L., una sociedad italiana domiciliada en Modena con el fin de beneficiarse del renombre de su marca, pues aun careciendo de actividad alguna tiene reconocido un alto prestigio en el mercado.

Posteriormente y una vez finalizada esa primera operación CerTronic prevé el traslado del domicilio social de Madrid a Países Bajos, con el objetivo mediato de realizar una nueva fusión de la reciente sociedad CirCeramica holandesa con otra filial de Vulture, denominada Nederlandse Gier-NV. Para ello Vulture se compromete a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean sus propios empleados.

D^a Amparo y D^a Lidón se oponen al traslado objeto de informe considerando que se están vulnerando determinados derechos que les son propios como accionistas de la mercantil. A continuación, se procede a realizar el estudio de las distintas posibilidades de alegación que nos fueron propuestas:

1. CONSECUENCIAS DE QUE D^a AMPARO Y D^a LIDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS.

Para centrar la cuestión, la entrada de Vulture como accionista en CerTronic se produjo en 2013 en atención de un contrato de refinanciación acordado con la mercantil que permitió la supervivencia de esta dada la complicada situación financiera que atravesaban. CerTronic aumentó su capital social por el valor de la mitad de la deuda de la que se hizo cargo Vulture, ascendiendo su porcentaje de participación en el capital a un 44% y, conservando aún un crédito de 4 millones de euros frente a CerTronic. Así, el Fondo concluyó un acuerdo de refinanciación con el resto de los accionistas. En el pacto de socios de CerTronic se previó la obligación de todos los accionistas de suscribir el

citado acuerdo, incluyéndose mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad como prestación accesorio.

En el momento de constitución de la sociedad D. Antonio Falomir Fabra, socio fundador, padre de D^a Lidón y esposo de D^a Amparo, era titular del 28% del capital social. En el año 2012, tras concluir sus estudios D^a Lidón, ambos padres decidieron transmitirle el 8% de las acciones. El acuerdo de reestructuración y, por ende, entiendo, el pacto de socios fue suscrito en el año 2013, cuando la hija ya era propietaria de las acciones. No obstante, la separación entre D. Antonio y D^a Amparo no se produjo hasta el 2014 y con ello la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que regía el matrimonio, momento en el cual D^a Amparo pasa a ser titular del 10% de las acciones de su marido. Por tanto, si bien es cierto que, en el momento de suscripción del pacto de socios, Lidón ya formaba parte de la mercantil, los derechos relativos al 20% restante de las acciones correspondían a D. Antonio, no a D^a Amparo.

Es evidente que se trata de dos situaciones distintas, pero con la misma conclusión jurídica: Por un lado, D^a Lidón debió votar en la Junta General a favor de la modificación estatutaria que se exige para la introducción en los mismos de la prestación accesorio. Por otro lado, a D^a Amparo se le transmitieron las acciones ya afectas por la prestación accesorio, adhiriéndose a los EETT y transmitiéndosele por tanto la obligación de cumplimiento de la firma del pacto de socios. Está claro que, una vez ambas pasan a ser titulares de un porcentaje del capital social y se han respetado los trámites mencionados, quedan afectas al pacto de socios.

El objetivo de la consulta es conocer las consecuencias de, habiendo firmado estatutos y por tanto encontrándose obligadas por la prestación accesorio, no haber firmado finalmente el pacto de socios.

Pues bien, nos encontramos con dos acontecimientos distintos, por un lado, la creación de la prestación accesorio y por otro la firma del pacto social contenido en la misma.

En primer lugar, apuntar que es perfectamente legal la inclusión de un pacto de socios en una prestación accesorio como así lo pone de manifiesto la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018 (BOE del 10 de julio).

Para la inclusión de la citada prestación accesoria en los estatutos sociales deviene necesaria una modificación estatutaria como se exponía anteriormente: Si bien es cierto que en atención al artículo 201 de la ley de Sociedades de Capital;

En las sociedades anónimas, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado.

Existen determinadas modificaciones estatutarias para las que la ley establece una serie de requisitos especiales, como es el caso concreto de las creaciones de prestaciones accesorias (artículo 89 LSC), que no han de ser adoptadas mediante un acuerdo mayoritario, exigiendo así mismo el consentimiento individual y expreso de los socios afectados, pues contienen acuerdos que no pueden suponer la obligatoriedad para el socio si han sido aprobados por la mayoría.

Entendemos en relación con la situación planteada que los estatutos sociales fueron debidamente firmados por la totalidad de los socios y aprobados mediante acta notarial, con la concurrencia del consentimiento expreso e individual de cada uno de ellos en cuanto a la afectación por la prestación accesoria planteada, incluida D^aLidón.

Del mismo modo entendemos que D^a Lidón y D^a Amparo tras haberse comprometido y haber quedado obligadas a la posterior firma del pacto social no lo hicieron.

Aquí es donde se encuentra nuestro problema, D^a Lidón firmó expresamente la prestación accesoria concerniente a la firma del pacto social y a D^a Amparo se le transmitió la obligación junto con las acciones. En otras palabras, desde ese momento quedaron obligadas al cumplimiento de esta condición.

Lamentablemente, al no haber firmado el pacto de socios incurren en un incumplimiento estatutario que acarrea consecuencias para el o los socios responsables de esta infracción. En virtud del artículo 86.1 de la LSC y 127 del Reglamento del Registro Mercantil:

En los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento

Por tanto, llegados a este punto, debemos acudir al pacto de socios para comprobar si efectivamente se ha incluido una de estas cláusulas, que, por otro lado, es lo más probable pues se configuran de esta manera como medidas para el caso de que las cosas no sigan el curso regulatorio del acuerdo.

Así mismo, como ha sostenido la Dirección General de Registros y Notariado en una de sus resoluciones, concretamente la de 30 de enero de 2001, los estatutos sociales no pueden considerarse normas jurídicas sino, como apunta el Tribunal Supremo, un contrato que vincula tanto a la sociedad como a los socios de forma que en relación con el artículo 1091 del Código Civil tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos. La observancia de la/las posibles cláusulas penales contenidas en el pacto de socios no cerraría la puerta, en caso de inexistencia, a la reclamación por la vía genérica de los daños y perjuicios irrogados por incumplimiento contractual contenida en el artículo 1101 del Código Civil.

Por otro lado, también podrían verse afectadas por la doctrina de los actos propios, que encuentra su fundamento legal en el artículo 7.1 del Código Civil cuyo contenido informa que *los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*.

El principal requisito para la aplicación de esta doctrina es la manifiesta contradicción entre un acto anterior y uno posterior, acto susceptible de crear una situación jurídica y que puede ser valorada objetivamente como exponente de una actitud definitiva. Llevado al caso que nos ocupa, la contradicción de aprobar la inclusión de la prestación accesoria que contenía el pacto de socios y, posteriormente, no firmarlo. Como apunta en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, por todas la SSTs 505/2017, de 19 de septiembre:

“La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio , 119/2013,

de 12 de marzo , 649/2014, de 13 de enero de 2015 , y 301/2016, de 5 de mayo). Esta doctrina responde a la necesidad de proteger la confianza legítima creada por la apariencia derivada del comportamiento de una de las partes, que induce a la otra a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado.”

Por lo expuesto, la ausencia de firma del pacto de socios puede entenderse como transgresión de la buena fe y abuso de confianza.

La última consecuencia que podría originar este hecho es que se determine la exclusión de alguna o ambas de la sociedad (D^a Amparo y D^a Lidón) como mecanismo dirigido a la protección del interés mayoritario frente a determinados socios disconformes. CerTronic al ser una sociedad anónima, y al contrario de las de responsabilidad limitada, no aplican las causas legales de exclusión, esto es, en la Ley de Sociedades de Capital no se prevén unas determinadas causas que den derecho a otro/s socios a ejercitar la acción de exclusión en nombre propio o en nombre de la sociedad. No obstante, los estatutos de la sociedad pueden contener las llamadas causas estatutarias de exclusión. En todo caso deberá ser decidido mediante acuerdo de la Junta general como exige el artículo 352 de la ley mencionada, necesitándose en ocasiones incluso una resolución general, para salvaguardar los derechos del socio excluido y evitar posibles actuaciones abusivas.

¿Cuál sería la consecuencia de la exclusión? La amortización de las acciones poseídas por cada una de ustedes y la reducción preceptiva del capital social por el valor nominal de las mismas. Las acciones deberán reembolsarse en principio y, si fuese posible, por el valor que convengan el o los socios excluidos con la sociedad, no obstante, ante la falta de acuerdo será un auditor de cuentas quien determine el valor razonable de las mismas, como así sostiene el artículo 352 LSC. Este hito con independencia, por supuesto, de las acciones anteriormente descritas, de las que pueden derivarse indemnizaciones en su contra.

Para ofrecer una información completa deberíamos conocer el contenido exacto de los estatutos de la sociedad para, en caso de que la voluntad de las dos accionistas sea la de permanecer en la sociedad, comprobar que todas las exigencias legales han sido pertinentemente respetadas y en caso contrario impugnar el acuerdo social.

2. POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE SU DEBER DE LEALTAD

Primeramente, para la mejor comprensión del asunto procedemos a exponer lo que es, en definitiva, el contenido del deber de lealtad, por regla general indisponible, para considerar aquellos puntos que puedan resultarnos útiles en aras a justificar la posible infracción de este deber por parte de los administradores. Posteriormente realizaremos un breve resumen de las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma, entendiendo que puede ser de su interés conocer el resultado de la infracción.

El artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital el cual informa que *los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*, se presenta como una cláusula general en cual se sientan los cimientos en los que descansa todo el conjunto de obligaciones y prohibiciones inherentes al cargo de administrador.

La jurisprudencia por su parte se encarga de perfilar este deber añadiendo, por todas, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 15 de octubre de 2018 (EDJ 2018/673779): *“debe recordarse que lo que vulnera el deber de lealtad del administrador es la conducta del mismo en el tráfico jurídico con distorsión de la finalidad última de su actuación, que no debe ser sino anteponer y priorizar siempre los intereses de la sociedad sobre los suyos propios”*.

D^a Amparo y D^a Lidón son accionistas minoritarias, sin embargo, esta condición no les confiere el derecho a actuar conforme a su propio interés y en detrimento del social, por lo que ni todas las decisiones adoptadas por la mayoría son impugnables ni todas las acciones promovidas por accionistas minoritarias conllevan necesariamente un abuso de derecho por parte del resto.

A continuación, se relacionan algunas de las prohibiciones con su situación concreta para estudiar la forma óptima en la que fundar la acción de responsabilidad.

La principal problemática que observamos es que uno de los administradores que componen el Consejo de Administración de la sociedad a la que pertenecen, CerTronic, ha sido designado directamente por Vulture, siendo este fondo de Capital Riesgo el titular del 44% del capital social. Así mismo todas las operaciones, sin excepción, se están

realizando o se pretenden realizar con sociedades controladas por Vulture o con sus propias filiales.

En adición es relevante tener cuenta también que el mencionado fondo ha llegado a comprometerse a retribuir con una prima por el éxito total de la operación relativa, en primer lugar, al traslado del domicilio social de CirCerámica a Países Bajos y la posterior fusión de esta con una filial de Vulture holandesa, al resto de los administradores de CirCeramica, lo que puede llevar a una toma de decisiones en el seno del Consejo viciada e impulsada por los beneficios prometidos.

Finalmente entiendo que la fusión realizada entre la sociedad CirCeramica holandesa y la filial de Vulture, independientemente de la denominación social que se pacte, llevaría a la disolución de CirCerámica a favor de la filial. Los accionistas de la filial están afectos por la cláusula de lealtad prevista en sus estatutos en virtud de la cual se atribuye un voto doble a los socios internos con más de dos años de antigüedad, diluyendo de forma considerable la posición de los accionistas de CirCeramica en relación con la toma de decisiones en el seno de la mercantil. Si esta operación finalmente resultase articulada de la forma descrita D^a Lidón y D^a amparo, titulares de un total del 18% del capital social de CerTronic podrían votar en contra de la fusión puesto que en atención a los estatutos iniciales de CerTronic *cualquier acuerdo de disolución por la mera voluntad de los socios tendría que contar con una mayoría reforzada del 85% del capital.*

Estos hechos son claramente constitutivos de, al menos, indicios de una posible transgresión al deber de lealtad de todos los administradores, no obstante, seguidamente se exponen los concretos comportamientos tipificados que pueden dar lugar a la acción de responsabilidad social, en atención al contenido expuesto en los artículos 228 y 229 LSC. El artículo 228 contiene aquellas obligaciones sustantivas, absolutas e incondicionales que en ningún caso pueden ser objeto de dispensa, por el contrario, en el artículo 229 subyacen aquellas obligaciones instrumentales que podrían ser objeto de dispensa en casos excepcionales, por consiguiente, centraremos el grosor de la cuestión en las primeras de ellas.

1. Prohibición de desviación de poder

Artículo 228.a) LSC.

Que descansa sobre la prohibición de *ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.*

La finalidad última del administrador como se ha mencionado anteriormente es actuar en el mejor interés de la sociedad y por tanto promover y defender aquellas personas a las que representa anteponiendo sus intereses a los propios. Este se configura como un deber general que marca los límites de las competencias que le han sido conferidas con motivo de su cargo. La redacción de las obligaciones sustantivas expuestas a continuación permite de una manera más concreta clasificar este tipo de conductas desleales.

2. Obligación de confidencialidad

Artículo 228 b), previsiones completadas con el artículo 229.1 LSC.

En atención a los vínculos que unen al administrador nombrado por Vulture y la propia sociedad resultaría conveniente investigar si la información confidencial de la empresa no ha sido filtrada y/o explotada con fines privados y en beneficio del crecimiento de la mercantil, pues teniendo acceso a los documentos privados de la sociedad CerTronic han podido estudiar oportunidades de negocio y sopesar las operaciones que han sido propuestas.

3. Obligación de abstenerse de participar en decisiones en las que tengan un interés propio

Artículo 228. C) LSC.

Esta obligación hace referencia a todos los tipos de participación en la votación o deliberación del acuerdo, ya sea activa o pasiva, entendiéndose por esta última la mera presencia en la Sala del Consejo, evitando posibles coerciones a la libertad del resto de integrantes.

Atendiendo a los datos que nos han aportado, entendemos que el administrador nombrado de forma directa por Vulture formó parte, suponiendo que las operaciones ya se hayan consumado o de lo contrario no se hayan llevado a término aún, en cuyo caso se deberán observar los aspectos explicados, de todos los acuerdos relacionados con la toma de decisiones relativas a: a) la adquisición de la de la sociedad italiana CirCerámica la cual está formada únicamente por dos socios, uno de ellos una sociedad de capital de riesgo denominada II Piccolo Avvoltoio SRL, importante, participada al 100% por Vulture, b) el traslado del domicilio social a Países Bajos para la posterior fusión de CirCerámica con una filial propia de Vulture.

No ha lugar a dudas sobre la “estrecha” relación que puede existir entre un administrador nombrado a dedo por el citado fondo de Capital Riesgo y las operaciones que se lleven a cabo entre la sociedad en la que este ostenta el cargo con otras mercantiles en las que Vulture ejerce un poder, o bien considerablemente importante o absoluto.

4. Obligación de independencia

Art. 228 d) LSC.

Esta obligación desarrolla el imperativo del administrador a *desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.*

En definitiva, el deber general de actuación en aras de la buena fe, como así dispone nuestra legislación, no puede entenderse satisfecho desde el momento en que cualquiera de los administradores de CerTronic desarrolla un proceso de toma de decisión en el que no se realiza un juicio independiente respecto a cuál es el mejor interés para la sociedad sino, por lo contrario, un juicio interesado, personal y viciado en sí mismo.

Los administradores de la sociedad no son sino, fiduciarios de un patrimonio ajeno, pues, aunque en este caso la mayoría de estos sean a su misma vez socios, tanto D^a Amparo como D^a Lidón también son tenedoras de una cuota del capital social y como socios ostentan el derecho a una administración de la sociedad leal y neutral alejada de todas aquellas actuaciones sospechosas que se pretenden llevar a cabo en el seno de la sociedad, encaminadas a la toma de control por parte de Vulture de las futuras decisiones de la misma y convenientemente respaldadas por el resto de administradores manifiestamente sobornados por unos hipotéticos beneficios prometidos, incumpliendo las reglas procesales pertinentes para la seguridad en el tráfico jurídico.

Para concluir, el administrador nombrado por Vulture tiene la obligación de estudiar concienzuda e independientemente los términos y condiciones entre otras operaciones, el traslado del domicilio social y la futura posible fusión de esta con la filial de Vulture, actuando en el mejor beneficio del interés social. No obstante,

asaltan serias dudas de que tales extremos hayan sido analizados por el administrador y no prácticamente impuestos por el fondo de Capital Riesgo.

5. Obligación de evitar situaciones de conflicto de interés

Artículo 228.e) LSC.

Es una obligación de abstención del administrador en aquellas situaciones en las que pueda darse una situación de conflicto, con el fin de evitar actuar en interés propio o de un tercero. Este deber es de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador. La definición de persona vinculada se recoge en el artículo 231 LSC que informa de lo que sigue:

Tendrán la consideración de personas vinculadas al administrador:

Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio, a tenor del cual nos encontramos con el término sociedad dominante. Este hace referencia a aquella sociedad que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de la dependiente.

El administrador nombrado por Vulture no puede participar en los procesos decisivos descritos: la fusión con CirCerámica, la adquisición de su propia filial Nederlandse Gier-NV y por consiguiente el traslado del domicilio social necesario para tal operación, pues a parte de ostentar (la mercantil) una participación del 44% del capital social de CerTronic es la sociedad dominante de las últimas dos mercantiles nombradas. Además, que, una vez finalizadas ambas operaciones Vulture alcanzaría muy probablemente la mayoría del derecho a voto de CerTronic, ampliando el grupo de sociedades del que forma parte.

Entre las obligaciones instrumentales contenidas en el art. 229 LSC destacamos la que reza el apartado v) *la prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros asociadas al desempeño del cargo*, relacionada principalmente con la prima que ofrece Vulture por el éxito de la operación del traslado del domicilio y la fusión con su filial.

Este tipo de actuaciones se caracterizan por reportar al administrador desleal un beneficio o ganancia personal por lo que en virtud del artículo 227.2 LSC, *la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al*

patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador, completando este precepto con el 232 de la misma, el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad. En conclusión, se establece en primer lugar la obligación de devolver el enriquecimiento indebido y se informa su compatibilidad con una posible indemnización por daños y perjuicios.

No obstante, es importante destacar el matiz que aporta la jurisprudencia, por exponer una en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/232866) que establece *que al administrador no le libera de responsabilidad el hecho de no haber obtenido un beneficio personal pues lo relevante es el daño ocasionado a la sociedad con independencia del beneficio propio o ajeno que haya podido obtener derivado de su actuación.*

En este punto nos encontramos dos tipos de acciones: la acción de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad. La primera tiene lugar cuando sea la sociedad la que padece las consecuencias lesivas de la conducta del administrador y estarían ambas legitimadas a interponerla al ostentar más de un 5% del capital social. La segunda por el contrario otorga legitimidad, en este caso, a los socios que hayan visto lesionados directamente sus intereses. Para poder aconsejar sobre la elección entre ambas necesitaríamos tener datos más concretos.

Brevemente señalar que en virtud del artículo 190 del Código Penal cabría la posibilidad de acudir a esta jurisdicción en caso de que los informes justificativos de las operaciones, elaborados por los administradores, no reflejen la verdadera situación económica o jurídica de la entidad.

Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de PRISIÓN de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

De esta forma como acertadamente apunta la jurisprudencia se frustraría el derecho de los destinatarios de la información social, a obtener una información completa y veraz viciando e invalidando su consentimiento en los acuerdos sociales. Motivo más que suficiente para declarar la nulidad del mismo.

3. EXIGIR/ PRESIONAR A LOS SOCIOS PARA SU ABSTENCIÓN EN LA VOTACIÓN DE LA JUNTA

A continuación, las accionistas se cuestionan si existe la posibilidad de exigir o de alguna forma presionar al resto de accionistas para que se abstengan en la votación de la junta sobre el traslado del domicilio social a Países Bajos, concretamente Holanda.

En relación con el artículo 190 LSC consideramos la opción más acertada acudir a los conflictos de intereses que operan en los socios. Así entendemos que el administrador designado directamente por Vulture se encuentra afecto por un conflicto de interés en la votación del traslado de domicilio, ya que esta operación se pretende llevar a cabo con la única y exclusiva finalidad de fusionar la mercantil con una de sus propias filiales. Es cierto que, atendiendo al precepto mencionado, este hito no es causante de la privación del derecho a voto, sin embargo, en la propia ley se matiza lo siguiente:

cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social.

Esto significa que el socio en conflicto no tiene prohibido votar, no se le puede exigir por tanto su abstención, ahora bien, si se impugnase el acuerdo y su voto resultase decisivo para la toma de decisión habrá de realizarse lo que se denomina el test de resistencia: el socio que impugnó el acuerdo tendrá que probar la concurrencia de un conflicto de intereses y es el socio que votó estando inmerso en un conflicto el que tendrá que demostrar que su decisión fue tomada de conformidad con el interés social y por tanto ajena a cualquier tipo de injerencia o circunstancia externa.

El administrador designado por Vulture ostenta una cuota de capital social del 44% como ya hemos reiterado en varias ocasiones, este porcentaje sumado al 18% de D^a Amparo y D^a Lidón deja un escenario en el que más que probablemente su voto resulte determinante

para la adopción del acuerdo, por consiguiente, sugerimos en primer lugar la impugnación del acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero.

Por tanto, el administrador designado por Vulture, tendrá que demostrar que la decisión de votar favorablemente, la cual ha sido decisiva para la adopción del acuerdo en cuestión, no responde a un interés propio sino al interés social de la sociedad anónima.

Para poder EXIGIR como tal la abstención en la votación de los accionistas la única posibilidad es que tenga la consideración de obligación exigible por contrato, por tanto, podría ser una opción proponer, lógicamente con anterioridad a la votación, la firma de un pacto de sindicación de acciones.

La jurisprudencia del TS, por todas, la STS 296/2016 del 5 de mayo definió el pacto de sindicación de acciones como un *“acuerdo extrasocietario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA, actual art. 29.1 LSC), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben. Por este acuerdo los sindicados 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 mismos o a través de un representante, también elegido por el sindicato. 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 emisora”*.

Si bien es cierto que en la ley no se recoge expresamente este tipo de acuerdos, la doctrina entiende que se encuentran amparados por la autonomía de la voluntad entre las partes contratantes, como así lo ponen de manifiesto los siguientes preceptos legales:

- El artículo 28 LSC: *En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.*
- Artículo 1091- *Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.- y 1255 del Código Civil- Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*

Este instrumento se utiliza generalmente para conseguir una influencia mayor de los socios minoritarios, como es el caso de D^a Amparo y D^a Lidón en las decisiones en el seno de la sociedad ya que se pasa de ostentar una representación individual minoritaria a favor de una conjunta superior. El sindicato de votos se articula como un acuerdo en virtud del cual, los firmantes se comprometen a ejercitar el voto de forma unitaria en favor de aquel que sea elegido como representante del sindicato de accionistas.

Debido a su consideración de pacto parasocial y como se ha repetido en numerosas ocasiones a lo largo de la consulta, se presenta como un contrato privado y por lo tanto los socios firmantes pueden exigir el cumplimiento del mismo.

En conclusión, se podría proponer la firma de un sindicato de accionistas en el que se incluyera la obligación de votar en contra de cualquier propuesta de traslado del domicilio social.

Otra posibilidad al respecto podría resultar de la obligación de exigir el voto en contra en la junta del traslado del domicilio social al extranjero, si las accionistas hubieran sido firmantes del pacto de socios que se desarrolló en el momento en el que Vulture entró como accionista a la sociedad y eventualmente se hubiera reflejado esta obligación de voto en contra en el mismo.

4. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE TRASLADO POR ABUSIVO

Finalmente, D^a Lidón y D^a Amparo solicitan asistencia jurídica en cuanto a la posibilidad de ejercitar una acción de impugnación del acuerdo por abusivo, entendiendo por este el del traslado de domicilio social de CerTronic a Países Bajos una vez finalizada la operación de absorción de CirCerámica. Esta cuestión podría ser enfocada desde dos planos jurisdiccionales distintos, el civil y el penal, los cuales son respectivamente descritos a continuación:

Si bien es cierto que el principio de mayoría se ha erigido en uno de los configuradores de los tipos de sociedades de capital y, por consiguiente, en un límite a la autonomía de la voluntad en la redacción de los estatutos sociales como así recoge el art. 28 LSC, tal hecho no significa que deba aplicarse de manera absoluta, previendo la ley para estos casos una serie de limitaciones y medidas correctoras enfocadas a prevenir la imposición

de decisiones por parte de los socios mayoritarios en detrimento injustificado de los minoritarios o del interés social.

En primer lugar, la regulación de la impugnación de acuerdos societarios en la jurisdicción civil se encuentra recogida en los artículos 204 a 208 de la LSC.

Atendiendo a lo dispuesto en el art. 204.1 de la misma:

Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

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.

Siendo honestos dada la cantidad de conceptos jurídicos indeterminados tales como: interés social, necesidad razonable y perjuicio injustificado, este tipo de acciones de impugnación deben presentarse con cautela y una justificación exquisita para obtener una sentencia favorable y conseguir que se declare el acuerdo nulo.

A nuestro criterio y en atención a los datos expuestos por las accionistas D^a Amparo y D^a Lidón, podríamos plantear las dos opciones anteriores, una con carácter principal y otra con carácter subsidiario, sugiriendo que la primera de estas fuese la impugnación del acuerdo por haber sido adoptado por los socios mayoritarios en interés propio y causando un resentimiento al interés de los socios minoritarios y, en segundo lugar, la lesión del interés social a favor de aquellos con una cuota de capital social superior.

Primeramente consideramos conveniente recordar la STS de 7 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9284/2011) la cual incluye textualmente: « *los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo*

115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil , son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de enero de 1992 , 1136/2008, de 10 de diciembre y 770/2011 , de 10 de noviembre -».

D^a Amparo y D^a Lidón son titulares de un 10 y un 8% de capital social respectivamente quienes verían reducido, una vez más, su participación en la empresa tras la citada fusión, así como su porcentaje de voto y en definitiva su influencia en la sociedad.

Ciertamente, el objetivo último de este traslado del domicilio social es realizar una fusión de la nueva sociedad de CirCerámica holandesa con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV.

Vulture tras las dos operaciones llevadas a cabo, en primer lugar, la adquisición de CirCerámica (filial de Vulture) que recordemos estaba compuesta únicamente por dos socios uno de ellos el mencionado fondo de inversión y en segundo lugar tras el traslado del domicilio social a Países Bajos para la posterior fusión con otra filial del Fondo, aumentaría considerablemente su cuota de capital social controlando consecuentemente las futuras decisiones en el seno de la misma.

Así mismo, el socio persona jurídica Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración de CerTronic que no sean empleados de su propia empresa, esto nos deja un escenario más que evidente de por qué ese acuerdo resultó satisfecho, pues el traslado del domicilio social de CerTronic no responde a una necesidad razonable de la sociedad. El Consejo de Administración está compuesto por todos los socios a excepción únicamente de D^a Amparo y D^a Lidón, quienes aparte de, como se ha mencionado con anterioridad, ver notoriamente reducido su porcentaje de participación en la empresa, no recibirían aquellos beneficios que, manifiestamente, han sido un factor decisivo en la aprobación de la operación por parte del resto de socios.

Para articular el traslado del domicilio social al extranjero, como rezan los artículos 95 y ss. LSC, los administradores de la sociedad deben redactar un proyecto de traslado para presentarlo al Registro Mercantil correspondiente, de la misma forma, se exige que este sea acompañado de un informe confeccionado también los administradores en el que se

justifique esta operación desde un plano jurídico y económico. Este puede ser un punto importante en la calificación del acuerdo como nulo pues teniendo acceso al informe mencionado podríamos estudiar las contradicciones o fisuras del argumento en el cual justifican la migración de la sociedad.

En conclusión, si bien es cierto que el acuerdo del traslado del domicilio social a Holanda para la posterior fusión con una filial de Vulture puede no entrañar daño alguno para la sociedad, o incluso llegar a reportar beneficios para la misma, no es menos cierto que fue adoptado en beneficio principal del socio mayoritario no en beneficio del interés social.

Son estos últimos, principalmente D^a Amparo y D^a Lidón ya que no ostentan el cargo de socio administrador, quienes han visto en todas y cada una de las operaciones realizadas hasta el momento, la dilución de su posición jurídica en la sociedad y a quienes no se les ha reportado beneficio alguno por el riesgo o el perjuicio que se les está causando, como por el contrario si es el caso del resto de socios quienes a parte son administradores y reciben por tanto la polémica prima por el éxito de la operación.

En esta situación tan manifiestamente injusta, como pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de marzo de 2019, *debería activarse y cobrar especial virtualidad el deber de lealtad del socio mayoritario hacia el minoritario*, pues no negando que la entrada a CerTronic de Vulture fuese beneficiosa en un momento en el que la primera mercantil atravesaba una verdadera crisis financiera, también es innegable que el curso de la sociedad ha dado un giro de 180 grados y ha reducido el porcentaje de participación de estas dos accionistas hasta el punto de resultar prácticamente prescindibles en la toma de decisiones.

Debemos tener en cuenta que, la caducidad de esta acción de impugnación tiene el plazo común de 1 año computándose, si se hubiese adoptado el acuerdo en la Junta de socios o en reunión del consejo de administración desde la fecha de adopción del mismo, desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiese sido adoptado por escrito o si se hubiese inscrito desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. Entendemos con los datos aportados que nuestros clientes se encuentran en plazo.

D^a Amparo y D^a Lidón, en virtud del artículo 206 LSC en relación con el 10 de la LEC se encuentran legitimadas para propugnar la acción de impugnación ya que ostentan la cualidad de socio, con una cuota superior al 1% del capital social, con anterioridad a la adopción del acuerdo y tienen un interés legítimo reconocido y protegido por ley.

Como efectivamente señala la Ley de Sociedades de Capital el procedimiento de impugnación debe seguir los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la LEC, según la cual concretamente en su artículo 249.1.3:

Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, (lo que nos informa que sigue el presente procedimiento por razón de materia, no cuantía):

Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles.

Por otro lado, y solicitando la información pertinente, podríamos proponer acudir a la jurisdicción penal, presentando querrela criminal contra el representante legal de Vulture por el delito societario de imposición de acuerdos abusivos.

Los delitos societarios se encuentran recogidos en los artículos 209 a 304 del Código Penal, en virtud de los cuales se recoge el delito de imposición de acuerdos abusivos.

Este delito tipificado en el artículo 291 de la ley mencionada dispone lo siguiente:

Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Es un denominado delito especial por lo que el sujeto activo, hacia quien va dirigida la acción, debe ser una persona concreta, en este caso la persona jurídica Vulture o su representante legal.

Por regla general los acuerdos en las sociedades anónimas se adoptan mediante mayoría simple, no obstante, se exige para determinadas materias, entre ellas el traslado del domicilio social al extranjero una mayoría reforzada. (Art. 201.2 LSC) En tal caso, la adopción de este acuerdo se sujeta a una regla de mayoría absoluta siendo necesario que en el momento de adopción se encuentre el 50% del capital social presente o representado.

Si no se hubiera llegado al citado cociente del capital será requisito necesario el voto favorable de 2/3 del capital, no de accionistas.

En virtud de lo expuesto, deberíamos tener la información de la cuota actual de Vulture tras las operaciones llevadas a cabo con anterioridad al acuerdo de traslado del domicilio social que nos concierne para comprobar que, efectivamente, tiene capacidad para imponer un acuerdo.

Así mismo es un delito doloso por lo que habría que demostrar de forma objetiva que Vulture obtuvo un lucro propio en detrimento de los intereses de la sociedad, refiriéndonos con el término objetividad a que se pueda realizar una valoración económica del perjuicio causado.

Continuando con los requisitos tipo, D^a Amparo y D^a Lidón ostentan la legitimación necesaria para iniciar esta acción ya que ambas son socios perjudicados por el acuerdo.

La pena prevista en estos casos es *de prisión de seis meses a tres años o, alternativamente, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.*

Como última cuestión a abordar consideramos conveniente informar a las accionistas sobre el derecho de separación del socio, para, en caso de que el acuerdo no sea declarado nulo, no se sientan obligadas a permanecer disconformes en la sociedad.

Este derecho se encuentra recogido en los artículos 346 a 349 de la LSC, configurándose como una herramienta excepcional de la que dispone el socio cuando la adopción de un acuerdo perjudique los intereses del mismo, este corresponde por ley y en ningún caso podrá ser restringido por acuerdo.

Si bien es cierto que los estatutos pueden recoger otras distintas, la legislación contempla una serie de causas de separación entre las que se encuentra expresamente, en el artículo 346 LSC, la facultad del socio de separarse de la sociedad en caso de que hubiese votado en contra del acuerdo del traslado del domicilio al extranjero en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles concretamente en sus artículos 98 y 99. Considerar que deberá ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o la recepción de la comunicación.

