



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Especialidad Derecho de la Empresa

Autor: María Rodríguez Rodríguez

Tutor: D. Pablo Sanz Bayón

Madrid
Enero 2021

ÍNDICE

1.	LISTADO DE ABREVIATURAS	4
2.	ANTECEDENTES	6
3.	SÍNTESIS EJECUTIVA	8
4.	INFORME DE LAS POSIBILIDADES DE CERTRONIC BAJO DERECHO ESPAÑOL	9
4.1	Posibilidades de adquisición de la Sociedad Italiana	9
4.1.1	Régimen de Autocartera	9
4.1.2	Ampliación de Capital	16
4.1.3	Compra mediante Préstamo Bancario y fusión correspondiente	20
4.2	Alternativa Propuesta	23
5.	CUESTIONES JURÍDICAS DEL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS	24
5.1.	Traslado del domicilio a los Países Bajos	25
5.2.	Requisitos a cumplir	26
5.3	Tributación de la Operación	30
5.4	Fusión con Nederlandse	30
6.	SÍNTESIS EJECUTIVA	31
7.	INFORME LEGAL PARA D^a AMPARO FABRA LLORENS Y D^a LIDÓN FALOMIR FABRA	32
7.1	Consecuencias legales de no firmar el pacto de socios	32
7.1.1.	Pacto Parasocial. Concepto	32
7.1.2	Consecuencias de incumplimiento de un pacto parasocial	34
7.1.3.	Prestación Accesorio. Concepto	35
7.1.4.	Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales	37
7.1.5.	Consecuencias de incumplimiento de la prestación accesoria	37

7.2 Alegación de incumplimiento del deber de lealtad de los administradores	38
7.2.1 El deber de lealtad de los administradores	38
7.2.2 Incumplimiento del deber de lealtad	39
7.3 Posibilidad de exigir la abstención de los socios sobre el traslado del domicilio internacional en la votación de la junta general	40
7.4 Impugnación del acuerdo de socios por su carácter abusivo	42
8. ANEXO II: CALENDARIO DE OPERACIONES MERCANTILES Y SOCIETARIAS	44
9. BIBLIOGRAFÍA	47
9.1 FUENTES DOCTRINALES	47
9.2 FUENTES NORMATIVAS	47
9.3 FUENTES WEB	48
9.4 FUENTES JURISPRUDENCIALES	50

1. LISTADO DE ABREVIATURAS

- “**art**”: artículo / “**arts**”: artículos
- “**BORME**”: Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- “**CC**”: Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.
- “**DGRN**”: Dirección General de los Registros y del Notariado.
- “**EES**”: Estatutos Sociales.
- “**Etc.**”: Etcétera.
- “**LIS**”: Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- “**LME**”: Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.
- “**LSC**”: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- “**Pág.**”: Página.
- “**RM**”: Registro Mercantil.
- “**RRM**”: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- “**SA**”: Sociedad Anónima.
- “**SL**”: Sociedad Limitada.
- “**Ss.**”: Siguietes.
- “**TFUE**”: Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht.

El presente trabajo se encuentra dividido en dos informes, el primero se dirige al Consejo de Administración de CerTronic cuyo objetivo radica en la realización de un asesoramiento para la adquisición de la Sociedad Italiana. El segundo informe está dirigido a dos socias de la Sociedad, D^a Amparo Fabra Llorens y D^a Lidón Falomir Fabra para informarles sobre la posibilidad de oponerse a la realización de la Operación, para ello se va a proceder a analizar cuatro (4) cuestiones consideradas clave.

El presente trabajo es puramente mercantil, por lo tanto, el resto de aspectos tomados en consideración para proceder a la resolución del caso, no se tendrán en cuenta, los aspectos fiscales, laborales o administrativos que podría acarrear la adquisición de la Sociedad Italiana se analizarán desde un punto de vista puramente mercantil.

2. ANTECEDENTES

1.1 CerTronic, S.A. (“**CerTronic**” o “**la Sociedad**”) está interesado en la adquisición de Cir-Cerámica societá a responsabilitá limitata (“**Cir-Cerámica**” o “**la Sociedad Italiana**”), formada por dos socios D. Angelo Vattermoli y una sociedad de capital riesgo “*Il Piccolo Avvoltoio, srl.*” sociedad controlada a un 100% por el fondo de capital riesgo de nacionalidad luxemburguesa Vulture Capital, Corp (“**Vulture**” o “**el Fondo**”).

1.2 CerTronic tiene su capital dividido de la siguiente manera:

- (i) 28% pertenece a la sociedad Badenes-Bros, SRL (“**Badenes SRL**”);
- (ii) 28% pertenece a D. Antonio Falomir Esteve, D^a Lidón Falomir Fabra y a D^a Amparo Fabra Llorens (**desde 2012**: 8% pertenece a D^a Lidón Falomir Fabra; **desde 2014**, tras la disolución de la sociedad en gananciales: 10% pertenece a D. Antonio Falomir Esteve; 10% pertenece a D^a Amparo Fabra Llorens);
- (iii) 44% pertenece a Vulture.

1.3 Vulture, es titular del 44% del capital del Cliente, en virtud de un contrato de refinanciación firmado entre el Fondo y CerTronic en 2013. Dicho acuerdo dio lugar a los siguientes hechos:

- i. que el fondo ostente un crédito de 4 millones de euros frente al CerTronic;
- ii. que en los EESS de CerTronic se incluyese mediante una cláusula de prestación accesoria la obligación de que todos los accionistas deberán suscribir el pacto de socios;
- iii. que la obligación de que cualquier crédito firmado por CerTronic, con posterioridad al firmado con el Fondo, deberá tener unas condiciones iguales o peores que el anterior;
- iv. que los acuerdos de reestructuración societaria o de aumento de capital deben adoptarse con el voto favorable del 67% del capital;

- v. que en caso de violación de cualquier obligación, el Fondo puede solicitar el vencimiento anticipado del mismo y tendrá derecho a la conversión de la deuda restante frente a CerTronic por un valor de EUR 10 millones.
- 1.4 La Sociedad Italiana carece de actividad económica a raíz de la escisión realizada a otra sociedad. A pesar de ello, la marca conserva un alto prestigio en el mercado.
- 1.5 La sociedad resultante tras la adquisición de Cir-Cerámica por CirTronic (“**Sociedad Resultante**”) tiene como objetivo final proceder a la fusión de la nueva sociedad con otra filial de Vulture, denominada Nederlandse Gier-NV (“**Nederlandse**”).
- 1.6 Los EESS de Nederlandse están provistos de una cláusula de “lealtad” donde se atribuye un voto doble a aquellos socios con más de dos años de antigüedad.
- 1.7 A raíz de esto, Vulture se ha comprometido a beneficiar a todos los miembros del Consejo de Administración, siempre y cuando no sean empleados de Vulture, con una prima por el éxito de la Operación.

3. SÍNTESIS EJECUTIVA

A lo largo del presente informe pretendemos ofrecer a nuestro Clientes un asesoramiento completo, para ello para ello procederemos a analizar las tres vías planteadas para adquirir la Sociedad Italiana (la “**Adquisición**”) y les plantearemos la mejor alternativa posible (más rápida y menos costosa).

En primer lugar, se analizarán paso a paso cada una de las alternativas planteadas para proceder con la Adquisición.

En segundo lugar, presentaremos con claridad la posibilidad de realizar el traslado del domicilio social a los Países Bajos pese a que la Sociedad no cuenta con actividad alguna en dicho país y les resolveremos las dudas planteadas al igual que les incluiremos un paso a paso para seguir.

Asimismo, presentaremos con claridad el proceso a seguir en la adquisición, además de las actuaciones recomendadas en dichos ámbitos.

Por último, tras la elaboración de un detallado plan de actuaciones, y con la explicación en profundidad de las diversas alternativas existentes, el Cliente determinará sobre la configuración definitiva de la operación.

4. INFORME DE LAS POSIBILIDADES DE CERTRONIC BAJO DERECHO ESPAÑOL

Muy Señores Míos:

A través de dicho informe se pretende dar un asesoramiento completo a la empresa CerTronic (el “**Ciente**”), empresa dedicada a la fabricación de componentes cerámicos aislantes en relación con el siguiente asunto: la adquisición de la Sociedad Italiana, para ello se han contemplado varias posibilidades que se irán analizando en los apartados siguientes. Asimismo, el informe incluirá, como anexo al mismo, un calendario de operaciones mercantiles y societarias (el “**Calendario**”).

4.1 Posibilidades de adquisición de la Sociedad Italiana

Para proceder a la adquisición de la misma se plantean dos opciones principales o bien, articular la operación mediante una compraventa de acciones, que se estructurará (i) a través de una adquisición previa a través de los socios de CerTronic para tenerlas en autocartera o; (ii) por medio de un aumento de capital. Por otro lado, se plantea proceder a la compra de todas las participaciones de los dos socios de la Sociedad Italiana, por medio de un préstamo bancario, para que el Cliente se subrogue en su posición y devengue socio único de la misma.

En cualquier caso, e independientemente de la vía utilizada para adquirir la Sociedad Italiana, consideramos que será necesario llevar a cabo un análisis extenso de la Sociedad Italiana analizando las posibles contingencias (“**Due Diligence**”), a pesar de no haber actividad económica, habría que analizar desde un punto de vista legal la marca que se pretende ceder, es decir si la marca cumple con todas las licencias pertinentes, si es posible cederla, si realmente no queda activo alguno en la sociedad, y porque se llevó a cabo esa escisión.

4.1.1 Régimen de Autocartera

La primera opción que se plantean consiste en que los socios de la Sociedad Italiana aporten la marca a cambio de recibir acciones por el valor de la misma. Para ello, se plantean dos alternativas. La primera, que es la que nos concierne en este punto, consiste en que la Sociedad Italiana adquiera con antelación un número

determinado de acciones de los socios de CerTronic para tenerlas en autocartera y una vez se transmitan las acciones al socio único de la Sociedad Italiana, que correspondan al valor de la marca, amortizar el excedente.

4.1.1.1. Concepto y tipos

La autocartera (arts. 134 Ss. LSC), consiste en la compra de acciones propias o bien directamente a través de la matriz, o de forma indirecta a través de cualquiera de sus filiales. Es decir, una sociedad, en este caso el Cliente, adquiere para sí un número de títulos representativos del capital social (de una SA o SL). Mediante este tipo de operaciones lo que se está llevando a cabo es, un reparto patrimonial a accionistas cuyas acciones se adquiere.

Existen varios motivos que llevan a las sociedades a llevar a cabo este tipo de adquisiciones. Entre otros, permite a la sociedad aumentar su endeudamiento, la preparación de operaciones corporativas como en la fase previa de operaciones de M&A, o la posibilidad de llevar a cabo reducciones y aumentos de capital de facto (la adquisición equivale a una reducción de capital y su posterior enajenación a un aumento del mismo, todo ello sin necesidad de cumplir los requisitos formales de un aumento de capital propiamente dicho). Este tipo de operaciones también puede acarrear riesgos; como poner en peligro el principio de integridad del capital social, puesto que el capital real es el capital social menos la autocartera (desde el 2008 la autocartera se contabiliza como patrimonio neto restando); una distorsión en los derechos políticos debido a que, se los embolsa el administrador de la sociedad sin haber desembolsado la acción o participación; o la falta de transparencia que puede derivar en problemas con los acreedores.

Hay dos formas de adquirir por autocartera, la primera de ellas es la originaria, viene regulada en los arts. 134 y 136 LSC, esta consiste en la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones en origen, o lo que es lo mismo, que la sociedad suscriba sus propias acciones o bien en el momento de constitución de la sociedad o cuando se lleva a cabo una ampliación de capital. La segunda forma de adquirir estas acciones es mediante una adquisición derivativa, esto incluiría cualquier adquisición de acciones propias o que se realice o bien a través de alguna

filial de la sociedad, o en cualquier otro momento posterior, excluyendo, los dos supuestos mencionados previamente.

4.1.1.2. Normativa aplicable

En este caso particular estamos ante una SA y se plantean dos opciones, una de ellas consiste en articular la autocartera a través de una adquisición originaria, regulada en los art. 134 a 139 LSC, y por otro lado llevar a cabo la autocartera mediante una adquisición derivativa, regulada en los art. 144 a 148 LSC.

En primer lugar y en relación con la adquisición originaria en las SA's, habría que tener en cuenta que, a pesar de que se encuentra regulada y, a su vez prohibida por el art. 134 LSC, en caso de llevarse a cabo, esta sería válida y produciría alguno de los siguientes efectos, dependiendo de cómo se haya llevado a cabo la suscripción de acciones; (i) si ha sido por aumento de capital, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores; (ii) si se tratase de una suscripción de acciones de la sociedad dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los administradores de la sociedad dominante; (iii) en cambio, si se ha producido mediante el incumplimiento del art. 134 LSC será propiedad de la sociedad suscriptora.

Pero, el hecho de llevar a cabo la suscripción de acciones incumpliendo el art. 134 acarrea una serie de consecuencias entre las que se incluye la obligación de enajenar de las acciones en el plazo máximo de un (1) año desde que fueron adquiridas 8 (art. 139.1 LSC), y en caso de incumplimiento se procederá a la amortización y consiguiente reducción de capital social.

En el presente caso no les podemos plantear llevar a cabo una adquisición originaria pues esta se encuentra prohibida por ley, pero en caso de que ustedes la llevaran a cabo porque los socios de CerTronic no quieran vender sus acciones a la Sociedad, y quieran articular la operación mediante la autocartera, la única alternativa que les queda es adquirir las acciones en autocartera llevando a cabo una aplicación de capital, uno de los supuestos de la adquisición originaria. Para ello deben tener en cuenta la necesidad de enajenación en el plazo de un año y que la obligación de desembolsar recaerá directamente sobre los administradores.

En segundo lugar, aparece la adquisición derivativa recogida en los arts. 144 a 148 LSC, que puede llevarse a cabo por dos vías, la primera es la de libre adquisición recogida en el art. 144 LSC, y la segunda consiste en la adquisición derivativa condicionada, regulada en el art. 146 LSC.

En el presente caso estamos ante la segunda opción, para que la misma surta efectos se deben dar las siguientes condiciones (i) la autorización de la junta general, debiéndose incluir la adquisición como orden del día y deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años; (ii) que las acciones adquiridas en autocartera no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

Asimismo, el número de acciones que van a ser adscritas deben de estar totalmente desembolsadas (para que haya igualdad de trato entre los socios), no pueden tener aparejada ninguna prestación accesorio, y su valor nominal no puede superar el 20% del total (en caso de estar ante sociedad cotizada el Ar. 509 LSC establece que el % no puede ser superior al 10%); y se debe tener y conservar reservas disponibles, que pasaran a ser indisponibles, por el importe de la autocartera.

Además, mencionar que pese a que el art. 146.4 prohíbe la adquisición por autocartera de acciones que llevan aparejada una prestación accesorio, concluimos que en este caso no aplicaría pues, la finalidad de la cláusula es que los socios en cuestión cumplan con el deber de suscribir un pacto parasocial, y en este caso dicha finalidad no se vulneraría pues el pacto de socios seguirá firmado por todos independientemente. Es decir, nosotros no consideramos nulo el pacto. Por otro lado, la prestación accesorio es personalísima por lo tanto en el momento en que la sociedad la adquiere la prestación accesorio se desprende de la acción.

Con base en lo anterior, consideramos que llevar a cabo la adquisición en virtud de esta alternativa sería opción acertada pues es una forma muy sencilla de adquirir la marca de la Sociedad Italiana.

4.1.1.3. Estatuto Jurídico de la Autocartera

Dicho estatuto regula los derechos previstos en los arts. 142 y 148 tanto para las SA's como para las SL's. En él se establece; (i) la suspensión de los derechos de voto y el resto de derechos políticos para las SA's y todo tipo de derecho para las SL's; (ii) que los derechos económicos inherentes a las acciones propias se atribuirán proporcionalmente al resto de las acciones, salvo que se produzca una asignación gratuita de acciones nuevas; (iii) que las acciones sí que computarán en el capital para calcular las cuotas necesarias para constituir y adoptar acuerdos en la junta; (iv) en el patrimonio neto se establecerá una reserva indisponible correspondiente al importe de las acciones de la sociedad dominante computado en el activo; y (v) el contenido mínimo del informe de gestión.

Dicho informe se realizará una vez se haya producido la adquisición de las acciones y su procedente enajenación. En él se detallan los motivos que han dado lugar a las adquisiciones y enajenaciones durante el ejercicio (en este caso, son necesarias como contraprestación a los socios de la Sociedad Italiana, y se amortizara aquellas acciones que devengan como excedente una vez se ha valorado la marca), el número y valor nominal de las acciones adquiridas y enajenadas, la contraprestación recibida por las acciones y, por último, el número y el valor nominal del total de las acciones adquiridas.

4.1.1.4. Informe de Experto Independiente

A pesar de que la LSC no hace mención alguna de la necesidad de incluir un informe de experto independiente consideramos que sería necesario proceder al nombramiento de uno o varios expertos distintos, para que, de forma separada, realicen un informe sobre el valor razonable de lo aportado, en este caso, de las acciones o de la marca. Al no venir regulado partimos de la base que deberíamos seguir los pasos que establece la ley a la hora de nombrar un experto en cuando se pretende llevar a cabo una fusión. Dicho informe sí que tendrá un coste adicional para el Cliente.

De conformidad con lo mencionado anteriormente, el informe incluirá, por un lado, la pertinente valoración de la marca Cir-Cerámica, y por otro, la valoración de las acciones de CerTronic, que se otorgarán como contraprestación.

4.1.1.5. Articulación de la operación

Les recomendamos articular la operación de la siguiente manera, en primer lugar, en caso de no tener fondos suficientes para poder adquirir de los socios el número de acciones necesarias para ostentar el 20% del capital social, deberán solicitar a una entidad financiera un préstamo (cuyas condiciones deben ser iguales o peores que las otorgadas a Vulture).

Una vez tengan el dinero necesario para adquirir las acciones procederán con la adquisición. Dicha adquisición se puede articular de varias formas, (i) pueden adquirir el 20% de forma proporcional de todos los socios; (ii) adquirir solamente de los socios personas físicas; o (iii) adquirir de Badenes SRL. No les ofrecemos la opción de adquirir el 20% de Vulture pues consideramos que dicha opción no va a prosperar.

Tras tener en autocartera el 20% del capital social, se valorará la marca por el correspondiente experto independiente, en caso de que la marca valga menos se procederá a amortizar el excedente a través de una reducción de capital.

Si la marca tiene un valor superior al 20% del capital social, la operación no podrá articularse de esta manera pues estaríamos incumpliendo el art. 146.2 LSC.

4.1.1.6. Amortización del excedente y reducción del capital

Puede ocurrir que tras la adquisición de la marca CirTronic tuviese un excedente de acciones en autocartera porque la marca valga menos de lo que se previó al principio y CerTronic tenga más acciones en autocartera que las necesarias, en cuyo caso se deberá proceder a la consiguiente reducción de capital, este supuesto es un supuesto especial de reducción de capital. El objetivo de realizar es volver a la normalidad a través de la amortización de las acciones propias.

Para llevar a cabo la reducción de capital y en virtud de la RDRN de 30 de enero de 2002 se exige que la Sociedad anuncie la reducción en el BORME y en un periódico de gran circulación. Dicho anuncio debe incluir el derecho de oposición de los acreedores e informar de la naturaleza de la reducción de capital que se va a llevar a cabo, es decir se va a proceder a amortizar las acciones mediante una reducción de capital que da derecho a los acreedores a ejercitar su derecho de oposición (art. 334 LSC).

Los acreedores tendrán un (1) mes para ejercitar su derecho de oposición, que podrá ser ejercido por (i) aquellos cuyo crédito haya nacido antes del último anuncio; (ii) aquellos cuyo crédito no haya vencido antes del último anuncio; o (iii) cuando el crédito no esté debidamente garantizado. Como consecuencia de ejercitar el derecho de oposición, pueden ocurrir tres supuestos, (i) se puede anular la reducción de capital; (ii) pagar el crédito; o (iii) se garantice el crédito adecuadamente (una garantía adecuada sería un aval bancario). Dicho derecho de oposición empezará a computar desde la última publicación. Además, el accionista perjudicado podrá ir acudir a la vía sancionatoria del art. 157 LSC.

Asimismo, al articular la reducción una vez se ha llevado a cabo la autocartera, nos encontramos sujetos a la existencia de la figura de autocartera.

Finalmente, en relación con los aspectos fiscales y en virtud de la STSJ del País Vasco - Sala de lo Contencioso Administrativo de 18 de enero 2008., deberán tener especial precaución con las denominadas operaciones diseño, donde se plantea si realmente se está llevando a cabo una reducción de capital para devolver a los socios lo aportado distribuyendo los beneficios más tarde.

4.1.1.7. Conclusión

Dicha opción dentro de las planteadas a nuestro parecer es la más ventajosa, siempre y cuando pueda llevarse a cabo, y el Consejo de Administración se asegure el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la LSC, pues al contrario que lo que ocurre en las otras en este caso solo adquiriríamos la marca, y no todas las posibles contingencias que ostente la sociedad.

Es decir, ustedes solamente quieren la marca de Cir-Cerámica por lo que no sabemos si llevar a cabo una fusión, con todos los costes y tiempo que esto acarrea, les compensaría, salvo, claro está, que la autocartera no fuera posible porque la marca tenga un valor superior al 20% del capital social.

Pero dicha opción también acarrea una serie de inconvenientes. En primer lugar, hasta que no se proceda a la valoración de la marca por el experto adecuado no estamos seguros de su valor y esto es determinante pues la ley prohíbe que se adquiera en autocartera más del 20% del capital social, pues podríamos incurrir en una infracción, y en virtud de esto, tal y como se ha menciona incurriríamos en un

aumento de tiempo y costes. En segundo lugar, el Cliente no tiene fondos suficientes por lo tanto para proceder a la compra de las acciones tendrá que solicitar un préstamo. Por otro lado, cabe la posibilidad de que Vulture no pueda votar en la junta general, pues podrían incurrir en conflicto de intereses. Por último, y en caso de tener que llevar a cabo una amortización del excedente, acarrearíamos en ciertos riesgos pues cabe la posibilidad que los acreedores se opongan y ejerciten su derecho de oposición, en cuyo caso esta alternativa no sería tan sencilla e incurriríamos en mayores riesgos.

Les incluimos en el **Anexo I** un calendario detallado de los pasos a seguir en caso de que dicha posibilidad se pueda llevar a cabo.

4.1.2 Ampliación de Capital

4.1.2.1 Concepto

La segunda opción planteada, dentro de la primera posibilidad, es realizar un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca, es decir, un aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias (art. 300 LSC). Por lo tanto, la Sociedad Italiana se convertiría automáticamente en socia del Cliente por aportar la marca como contravalor al aumento de capital. En este caso se cumple el requisito que establece el art. 58 LSC en relación a las aportaciones en general, y el requisito establecido en el art. 63 LSC, en relación con las aportaciones no dinerarias, por lo tanto, sí que se podría aportar la marca como tal. Al estar ante un caso en el que las aportaciones las realiza una persona jurídica que no es socio del Cliente, el aumento de capital no se puede llevar a cabo por un aumento del valor nominal de las acciones, sino que, se deben emitir nuevas acciones.

Mencionar que en su art. 76.3 LIS se define el término “*aportaciones no dinerarias*”, otorgándole un régimen especial de tributación por lo tanto su tributación se diferirá hasta que se produzca su traspaso a un tercero.

Para que dicho aumento se pueda llevar a cabo, en primer lugar, se tendría que aportar un informe de administradores al igual que un informe de experto independiente (nombrado por el registrador mercantil del domicilio social) a través de los que se evalué que lo aportado, en este caso, la marca, vale el total del nominal

y prima que se incluye en el aumento. Para ello el informe incluirá un análisis de las aportaciones otorgadas, la marca, su valoración, la persona física o jurídica que ha realizado la aportación, que en este caso es la Sociedad Italiana y, el número de las acciones que deben emitirse¹.

El informe del experto independiente que debe ser aportado, tiene una validez de tres (3) meses, por lo tanto, os recomendamos no solicitarlo con demasiada antelación pues así evitaremos poder estar ante una situación de tener que volver a realizarlo, incurriendo en un aumento de gastos y tiempo. En virtud del art.133 RRM, el informe debe incluirse en la escritura de aumento de capital, y se debe depositar testimonio notarial del mismo en el RM. La inscripción debe incluir, entre otras cosas, el nombre del experto que ha llevado a cabo el aumento, la fecha en la que dicho informe se ha emitido por lo mencionado anteriormente, y si hay alguna diferencia en el valor que ha atribuido el experto a la marca aportada como aportación no dineraria y el que a los mismos se le atribuya en la escritura. Asimismo, y en virtud del art. 71 LSC por el que se regula la publicidad de los informes, se recoge la obligación de depositar en el RM correspondiente, en un plazo máximo de un mes desde la fecha en que se hace efectiva la aportación, copia autenticada del informe del experto o, en su caso, del informe de los administradores.

Como requisito fundamental, la junta general debe aprobar dicho aumento, para ello, y en virtud del art. 300 LSC, es necesario que en el momento de convocatoria de la junta los socios tengan a su disposición el informe de los administradores mencionado en el apartado anterior, asimismo, para poder proceder a la convocatoria, es necesario que exista concurrencia de un quorum en la primera convocatoria del 50 por ciento del capital social, esto es así pues nos encontramos ante una de las situaciones tasadas en la ley para las cuales es necesario un quorum reforzado (art. 194 LSC), y no serviría con el quorum del 25 por ciento regulado en el art. 193 LSC. En la segunda convocatoria, será suficiente un quorum del 25 por

¹ Asimismo, y en virtud del art. 67.3 LSC, el valor que se atribuya a la aportación no podrá ser superior a la valoración que ha otorgado el/los expertos.

² Esto es muy importante puesto que, si la diferencia es superior a un 20%, el Registrador denegará la inscripción del aumento de capital.

ciento del capital social. En cuanto a las mayorías necesarias para aprobar el aumento, al tener un 50 por ciento del capital representado en la junta, y en virtud del art. 201.2 LSC, será suficiente con que el aumento de capital sea aprobado por mayoría absoluta. Ocurre lo contrario cuando la junta se ha constituido en segunda convocatoria, pues en este caso, y salvo que concurra el 50 por ciento del capital, será necesario la aprobación de dos tercios del capital social³. Pero, en este caso, y en virtud del pacto parasocial, para que se apruebe un aumento de capital será necesario la aprobación del 68%, dicho de otra forma, Vulture que ostenta el 44% del capital debe aprobar si o si dicho aumento para que pueda llevarse a cabo.

En relación con el derecho de suscripción preferente, derecho necesario para hacer frente a la dilución a la que se enfrentarían los socios en caso de no tenerlo y no acudir a la ampliación, al estar ante una aplicación con cargo a aportaciones no dinerarias, la LSC no concede dicho derecho, solo está previsto en el art.304 LSC en caso de estar ante o bien un aumento de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales, o un aumento de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, es decir las aportaciones no dinerarias no se encuentra regulado.

Asimismo mencionar que, en virtud de la ley, las aportaciones podrán llevarse a cabo tanto por socios de la sociedad como por aquellas personas que no ostentan dicha condición. En este caso los aportantes son extranjeros no residentes en España por lo tanto no solo tendrán que tener la capacidad necesaria, legitimación y poder de disposición, sino que también deberán acreditar su número de identificación fiscal. Todo ello deberá regularse por el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones extranjeras.

Una vez se haya el aumento de capital, el Cliente cuenta con un periodo máximo de 5 años para realizar el desembolso de las acciones.

³ Todas las mayorías establecidas, tanto la relativa al quorum de constitución como las relativas a la aprobación de los aumentos, pueden haber sido elevadas en los EESS del Cliente, en virtud de los art. 194.3 y 201.3 LSC.

El principal riesgo de esta opción es, la dilución de los derechos políticos y económicos de los actuales socios. Es decir, en caso de no acudir al aumento de capital, el socio verá reducida su participación en el capital social de la sociedad pues al ser cada acción un voto, tras la ampliación el accionista tendrá menos votos que al inicio. En lo relativo a los derechos económicos, sucede lo mismo, el valor de las acciones de los socios se ve reducido es decir si algún socio de la sociedad Cliente no acude, se verá reducida su participación tanto económica como política.

4.1.2.2 Conclusión

Dentro de las tres opciones planteadas para articular la operación consideramos que esta es la menos ventajosa para el Cliente, pues entre otras cosas el procedimiento para llevar a cabo la ampliación de capital es más gravoso que las otras dos opciones.

En primer lugar, sería necesario contar con la figura del experto independiente, esta figura acarrea no solo un coste adicional, sino que entre que se nombra al experto y este redacta el informe puede pasar como mínimo un mes, y entendemos que se quiere llevar la adquisición tan pronto como sea posible.

Asimismo, tal y como hemos mencionado existe un problema de dilución de la participación social de los socios, pues la ley no prevé el derecho de suscripción preferente.

En segundo lugar, el procedimiento de llevar a cabo una modificación de los EEES es bastante gravoso y sigue existiendo el problema de que Vulture puede que no pueda votar, que en caso de que esto ocurra no se podrá aprobar pues para aprobar una modificación estructural se requiere, al menos, el voto favorable del 67% del capital social.

Por último, mencionar que puede haber problemas con que el RM acepte la inscripción de dicha ampliación.

En resumidas cuentas, no les recomendamos proceder a la adquisición por esta vía, en caso contrario, les haremos llegar un calendario a la mayor brevedad posible.

4.1.3 Compra mediante Préstamo Bancario y fusión correspondiente

CerTronic pretende adquirir mediante préstamo bancario el 100% de las participaciones de Cir-Cerámica mediante una compraventa de participaciones a sus socios actuales, pasando a ser el socio único de dicha sociedad, y consecuentemente realizar una fusión por absorción de Cir-Cerámica, sociedad de la que tras la adquisición pasará a ser titular de forma directa del 100% de las participaciones sociales en que se divide su capital social. Esto supone que en vez de realizar una fusión propiamente dicha, se producirá una fusión impropia pues no se produce ningún efecto económico ni de integración de socios.

En este sentido el Cliente tendrá que tener en cuenta que el préstamo otorgado por el banco, para poder llevar a cabo la fusión, debe tener unas condiciones iguales o inferiores a aquellas del préstamo otorgado por Vulture, esto es así pues el préstamo de Vulture constituye una cláusula *pari passu* (“con igual paso”) que implica que el prestatario no podrá ofrecer a terceros mejores condiciones que las aplicables al préstamo sindicado. De este modo ningún tercero, en este caso el banco en cuestión, podrá tener mayores garantías o derechos para cobrar sus créditos que Vulture, pues sino Vulture se vería perjudicado. Asimismo, el Cliente debe tener cuidado con el vencimiento del préstamo, pues en caso de no devolver lo prestado a tiempo pueden incurrir en intereses innecesarios.

Por lo tanto, tras formalizar el préstamo con la entidad financiera correspondiente, el Cliente procederá a firmar el contrato de compraventa con los socios de Cir-Cerámica convirtiéndose en socio único de la Sociedad Italiana. Dicho acuerdo será elevado a público para cumplir con las formalidades requeridas. En el momento que se adquieren las participaciones de una empresa es importante extremar las precauciones, pues se están también adquiriendo los pasivos ocultos y aunque la responsabilidad del Cliente queda limitada al precio pagado por la compraventa mejor estar precabido. Además, será esencial revisar las cláusulas de “*cambio de control*” de cualquier contrato, entendemos que no hay actividad alguna en Cir-cerámica, pero en caso de haber algún contrato extremar la precaución con dichas cláusulas.

Una vez el Cliente ya ostente la titularidad de todas las participaciones sociales se procederá a llevar a cabo la fusión entre ambas sociedades. La fusión es un procedimiento societario en virtud del cual dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

Para que el Cliente pueda beneficiarse de las ventajas que regula el art. 49 LME, no será necesario solicitar acuerdo unánime de fusión simplemente se necesita ostentar el 100% de la titularidad de la sociedad que se pretende absorber. Las ventajas de acogerse a una fusión simplificada son que la fusión se podrá llevar a cabo sin cumplir con los siguientes requisitos; *“(i) la inclusión en el proyecto de fusión de las menciones 2.ª y 6.ª del artículo 31 y, salvo que se trate de fusión transfronteriza intracomunitaria, las menciones 9.ª y 10.ª de ese mismo artículo; (ii) los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión; (iii) el aumento de capital de la sociedad absorbente; y (iv) la aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas”*⁴. Esto quiere decir que, aunque sigue siendo necesario redactar, suscribir (por los administradores) y aprobar (por los socios de CerTronic) el proyecto común de fusión, dejan de ser necesarios los apartados 2, 6, 9 y 10 del art. 31.

Pero, debido a que Cir-Cerámica se encuentra en Italia por lo tanto estaríamos ante una fusión transfronteriza intracomunitaria lo que supone que para que se llevase a cabo, sería necesario que el informe de fusión de los administradores cuente con información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de Cir-Cerámica, y las fechas de las cuentas de Cir-Cerámica que se van a utilizar para establecer las condiciones en que se realiza la fusión, es decir los apartados 9 y 10 del mencionado art. sí que serían necesarios en este caso en particular.

Por lo tanto, y en relación con el art. 31 LME, voy a subrayar los aspectos más importantes de llevar a cabo una fusión con una sociedad participada al 100% en

⁴ art. 49 LME Absorción de sociedad íntegramente participada.

Italia. En primer lugar, en estos casos no sería necesario aportar el tipo de canje al no estar ante un aumento de capital ni entrega de participaciones (o acciones) por ningún lado, pues CirTronic ya es propietaria de todas ellas, esto es la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones tendrán derecho a participar en las ganancias (por el mismo motivo que el punto anterior). Asimismo, no se les requiere el informe del experto sobre el proyecto común de fusión. Por otro lado, no tienen que llevar a cabo un aumento de capital, requisito materialmente imposible, de la sociedad absorbente puesto que supondría la asunción o emisión de participaciones o acciones vacías, es decir, la sociedad no está llevando a cabo un desembolso real, pues los activos ya se computaban en el balance de la sociedad absorbente como participaciones sociales de Cir-Cerámica. Por último, la junta general de Cir-Cerámica no tendrá que aprobar ningún tipo de acuerdo pues la voluntad de CirTronic ya es suficiente debido a que tras la adquisición ostentan el 100% de la Sociedad Italiana, y como no hay ni un socio minoritario con un % mínimo para poder votar en contra de la fusión y luego impugnar dicho acuerdo, no será necesario ningún tipo de trámite más.

Asimismo, y teniendo en consideración todo lo mencionado, es recomendable que, a pesar de que ustedes no tienen obligación de cumplir todos los pasos para llevar a cabo una fusión, lo hagan, pues esto puede facilitar mucho la operación.

Además, el art. 59 LME regula el proyecto común de fusión que deberá ser redactado por los administradores de CirTronic y Cir-Cerámica.

Por último, resaltar que los aspectos fiscales de dicha fusión por absorción serán regulados por la LIS en sus arts. 76 y Ss.

4.1.3.2 Conclusión

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, consideramos que, en caso de no poder llevar a cabo la autocartera, ya sea porque todas las acciones lleven aparejada una prestación accesorio, o porque no se cumpla algún requisito establecido en la ley, como que la marca acabe valiendo más que el 20% permitido, les recomendamos articular la adquisición de Cir-Cerámica a través de una fusión.

Bien es cierto que al igual que el resto de alternativas esta también presenta ciertos prejuicios. En primer lugar, habría que solicitar un préstamo bancario, lo que conlleva endeudarse aún más de lo que ya está la sociedad. Por otro lado, y tal y como se desarrollará más adelante, pueden incurrir en un posible incumplimiento del deber de lealtad con la consiguiente responsabilidad de los administradores por el perjuicio ocasionado a CerTronic derivado de la compraventa de acciones en virtud del préstamo solicitado a la entidad financiera.

4.2 Alternativa Propuesta

Tras haber realizado un análisis extenso de las cuatro (4) posibles opciones y basándonos en aquella alternativa que producirá mayores ventajas a nuestro Cliente, consideramos que la adquisición de la Sociedad Italiana se deberá llevar a cabo mediante la autocartera pues consideramos que como a ustedes solamente les interesa la marca, el procedimiento es mucho más sencillo. Habría que tener en cuenta que el procedimiento se complicaría en caso de que se dé el supuesto de amortización.

En caso de que se dé dicho supuesto y/o no se cumplan los requisitos que exige la ley para que pueda articularse la autocartera, les recomendaríamos proceder a llevar a cabo la compra mediante préstamo bancario y la consiguiente fusión, debido a que creemos que es la que supone menores desventajas, siendo la principal la deuda que acarrearán con el préstamo, deuda que si todo ocurre según lo previsto se podrá devolver a la entidad financiera a la mayor brevedad posible, y asimismo, en virtud de lo establecido en el pacto parasocial, esta deuda no sería mayor que la que tiene CerTronic con Vulture, y las condiciones serán iguales o peores.

Independientemente de lo anterior, si el Cliente prefiere optar por una de las otras dos alternativas serían igual de viables y se podrían llevar a cabo sin problema ninguno. Adjuntamos como **Anexo I** el calendario de las operaciones mercantiles que necesitan llevarse a cabo para adquirir la Sociedad Italiana, les incluimos tanto la posibilidad de articular la operación a través de una autocartera como de articularla mediante una fusión simplificada.

Para realizar dicho calendario hemos partido de la base que ustedes han optado por llevar a cabo una de las dos alternativas mencionadas previamente, en caso de que decidan

articular la operación mediante una adquisición por ampliación de capital, les enviaremos un calendario en cuanto nos sea posible.

5. CUESTIONES JURÍDICAS DEL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS

Una de las cuestiones principales a la hora de constituir una sociedad es tener claro dónde va a radicar su domicilio social, lugar donde se encuentre el centro de administración y dirección de una sociedad, pues ese lugar es el que concederá la nacionalidad a la sociedad (art. 8 LSC) y con ello la ley aplicable.

En el momento en el que se pretende cambiar el domicilio social de una sociedad los socios deben tener claro que se va a proceder a modificar los EESS y por lo tanto debe haber un acuerdo de la junta general en virtud del cual se apruebe dicho traslado (art. 285.1).

A la hora de llevar a cabo un traslado podemos estar ante dos opciones, la primera de ellas que es la que nos atañe, consiste en que se produzca el traslado del domicilio social al extranjero de una sociedad mercantil española inscrita, en cuyo caso se regulará por lo establecido en los arts. 92 a 103 LME, y la segunda opción consiste en que se traslade el domicilio de una sociedad extranjera a territorio español, en cuyo caso se regirá por lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales vigentes en España y en el Título V LME, todo ello sin perjuicio de lo establecido para la Sociedad anónima europea,

En este caso en particular ser exactos se pretende trasladar su domicilio a los Países Bajos, cuestión recogida en los arts. 92 a 103 LME. En ellos se regula, los supuestos de traslado, los requisitos y limitaciones a los que está sometido dicho trasladado, el proceso de adopción del acuerdo del traslado del domicilio social de una sociedad española al extranjero, resaltando los mecanismos con los que cuentan la ley para proteger a socios y acreedores, así como los mecanismos de coordinación entre el registro español y el del país donde se va a trasladar el domicilio social.

No obstante lo anterior, este tipo de modificación acarrea una gran problemática pues no todos los Estados miembros tienen el mismo criterio a la hora de establecer la ley aplicable a las sociedades mercantiles. Es decir, hay algunos Estados que siguen la teoría

de la incorporación, en virtud de la cual la ley aplicable es la del Estado en que se ha constituido; otros que siguen la teoría de sede real, en virtud de la cual la ley aplicable se determina por el lugar en que se encuentra la administración efectiva y la dirección de la sociedad; y, por último, un grupo de Estados se basa en la teoría de lugar de explotación para determinar la ley aplicable, en función de la cual es el lugar donde radica la explotación o principal establecimiento el que otorgará la ley aplicable.

Por lo tanto, a la hora de plantearse llevar a cabo un traslado del domicilio social al extranjero, habría que hacer un análisis tanto de la ley donde se encuentra la sociedad, para comprobar que efectivamente se regula la posibilidad de llevar a cabo un traslado del domicilio social al extranjero, como la ley del Estado de destino en el que se regulan los criterios y condiciones para la admisión de sociedades extranjeras.

Por otro lado, el traslado del domicilio social al extranjero implica una transformación transfronteriza, o lo que es lo mismo una reestructuración societaria, esto supone que el traslado es una de las materias que necesitan mayoría reforzada, o lo que es lo mismo necesitan el voto favorable del 67% de los socios para aprobarse, por lo tanto, Vulture necesitará obtener el voto favorable de otros socios pues por sí mismo no alcanza dicho porcentaje.⁵

5.1. Traslado del domicilio a los Países Bajos

La finalidad de la Sociedad Resultante es aprobar en la junta general el traslado del domicilio social a los Países Bajos, de esta forma podrán proceder a fusionarse con Nederlandse.

Dicha situación se encuentra regulada en la LME, donde se estipula que para que pueda llevarse a cabo el traslado del domicilio social, la legislación del estado de recepción, en este caso el de los Países Bajos, debe permitir el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad constituida en España, y así mismo, la Sociedad Resultante debe cumplir con los requisitos legales de la legislación de los Países Bajos. En caso de no

⁵ Al no tener constancia del % en que se verá diluida la participación de Vulture o el resto de socios en la Sociedad Resultante, ni el % que ostentaran los dos nuevos socios (D. Angelo Vattermoli y una sociedad de capital riesgo “*Il Piccolo Avvoltoio, srl.*”) en dicha sociedad, no podemos establecer con exactitud cuántos socios deben votar a favor de dicha propuesta para alcanzar el 67% del capital.

cumplir con lo anterior, y siempre y cuando fuese esencial el traslado del domicilio, la alternativa sería la disolución de la sociedad y posterior constitución en los Países Bajos.

En este caso, Países Bajos atribuye a la sociedad la nacionalidad del lugar donde esta ha sido constituida (teoría de la sede real), independientemente donde esté desarrollando su actividad o donde se encuentre en ese momento su domicilio. Por lo tanto, el Cliente sí que podría trasladar su domicilio puesto que se cumplen los requisitos del art. 93 LME.

Asimismo, no solo se cumple lo relativo a la preservación de la personalidad jurídica mencionado anteriormente, sino que, además no estamos ante una sociedad en liquidación, ni ante una sociedad en concurso de acreedores (art. 93.2 LME), pues en dichos casos el traslado no podría ser posible debido a que no se puede producir alteración alguna en los derechos y obligaciones exigibles por socios, acreedores y trabajadores.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 25 de octubre de 2017 (C-106/2016) *“reconoce la libertad de establecimiento a las sociedades que han sido constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea.”*⁶ Por lo tanto, en este caso como CerTronic ha sido constituida de conformidad con la normativa española, puede invocar la libertad de establecimiento, por lo tanto, y con base en lo ya mencionado, la sociedad española CerTronic puede pasar a registrarse por la legislación Holandesa.

Además, el art. 4 de la Ley holandesa de Derecho Internacional privado en materia de sociedades reconoce el traslado del domicilio social entre países extranjeros.

5.2. Requisitos a cumplir

Para que el traslado se produzca es necesario que, en virtud del capítulo II de la LME, se cumplan una serie de requisitos. En primer lugar, es imprescindible que el órgano de administración comience planteando y analizando las posibilidades de traslado culminando en la redacción de un informe de administradores y un proyecto de traslado.

⁶ art. 49 TFUE.

Por lo tanto y con base en lo anterior, los administradores que deseen llevar a cabo dicho traslado deberán redactar y suscribir el proyecto de traslado que deberá ser aprobado por la junta general, como algo excepcional subrayar que la ley no regula un plazo de vigencia para dicho proyecto. El mismo debe contener lo estipulado en el art. 95.2 LME, es decir, debe incluir la denominación y el domicilio de la sociedad, el nuevo domicilio social, los EESS que regirán a la sociedad una vez dicho traslado se efectúe, el calendario previsto para el traslado y, los derechos para proteger a socios, acreedores y trabajadores. La LME regula el contenido mínimo del proyecto relativo a la legislación española, pero también habría que incluir lo que la ley del país de destino (Países Bajos). Dicho ejemplar se deberá depositar en el RM correspondiente, y tras la calificación por el registrador correspondiente, se procederá a la inmediata publicación en el BORME.

5.2.1 Certificación previa al traslado

Para que se pueda realizar el traslado del domicilio al extranjero, es preciso que, el RM de Castellón certifique que se cumplen los actos y trámites que debe realizar la sociedad previo al traslado, cuando dicha certificación sea expedida, entonces se cerrará el Registro para nuevas inscripciones. Por lo tanto, sí que será necesario que el RM de Castellón emita una certificación previa al traslado, puesto que sino dicho traslado no podrá realizarse.

5.2.2. Convocatoria de la junta

Para que el traslado del domicilio surta efectos debe convocarse la junta general de socios, puesto que para que el mismo surta efectos se requiere una modificación de EESS (art. 285.1 LSC). La junta general podrá convocarse desde que se deposita el proyecto de traslado, y para proceder a la convocatoria será necesario publicar en el BORME dicha convocatoria con, como mínimo, dos meses de antelación (art. 98.1 LME). Para adoptar la decisión del traslado será necesario obtener la aprobación de dos tercios de los votos emitidos.

5.2.3. Informe de los administradores

Asimismo, en virtud del art. 96 LME y tal y como hemos mencionado en el apartado 5.2. los administradores deben realizar un informe, destinado a socios y acreedores, en el que se explicara detalladamente el proyecto de traslado, en el que se incluirán las consecuencias para los socios, acreedores y trabajadores.

5.2.4. Derechos de socios y acreedores

A raíz de realizar el traslado del domicilio social al extranjero pueden surgir una serie de derechos, tanto para los socios, como para los acreedores.

En primer lugar, los socios, siempre y cuando no tengan derecho de voto, o hayan votado en contra del acuerdo, mediante el cual se aprueba el traslado, podrán ejercitar su derecho de separación (art. 99 LME). Dicho derecho se encuentra regulado en el art. 346.3 LSC, el mismo permite a los socios que hayan votado en contra del acuerdo o aquellos que no tengan derecho de voto a separarse de la sociedad. Asimismo, la ley establece el plazo de un mes o bien desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación para ejercitar, por escrito, dicho derecho.

Por otro lado, los acreedores también podrán ejercitar su derecho de oposición (art. 100 LME), esto podrá suceder, siempre y cuando su crédito haya nacido previo a la publicación del proyecto de traslado del domicilio social y en los términos ahí establecidos, y siempre que no se encuentre vencido. Dicho derecho se ejercita pues tras el traslado del domicilio social, los acreedores pueden ver modificado su régimen tanto procesal como de garantías de créditos.

A este respecto, la fecha de publicación del depósito del proyecto es clave pues los acreedores cuyo crédito haya nacido tras esa fecha no podrán ejercitar su derecho de oposición. Asimismo, y puesto que este derecho sirve para garantizar los créditos, aquellos acreedores cuyos créditos se encuentren suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición. Por último, subrayar que el plazo que tienen los acreedores para ejercitar su derecho es de un (1) mes.

5.2.5. Eficacia del traslado

El traslado del domicilio social a los Países Bajos surtirá efectos cuando se inscriba en el RM de los Países Bajos, hasta entonces el traslado no será efectivo.

Por otro lado, el traslado será eficaz frente a terceros en el momento en el que se produce la baja en el RM anterior, en este caso el RM de Castellón, por lo tanto, y salvo que CerTronic pudiera demostrar que los terceros tenían conocimiento del nuevo domicilio, estos podrán continuar valiéndose del RM de Castellón.

5.2.6. Nacionalidad que ostentaría CerTronic tras el traslado

El ordenamiento jurídico del país de destino, en este caso el de Países Bajos, es aquel que va a proceder a regular que nacionalidad tendrá la sociedad cuyo domicilio se va a trasladar.

Habría dos opciones, la primera sería atribuir a la sociedad la nacionalidad donde se encuentra su domicilio social, por lo tanto, la sociedad dejaría de tener nacionalidad española y pasaría a tener nacionalidad holandesa, esto se encuentra regulado en los ordenamientos de Portugal, Argentina o Luxemburgo, por citar algunos. La segunda posibilidad, sería atribuir a la sociedad cuyo domicilio se va a trasladar, la nacionalidad del lugar donde ha sido constituida, es decir sería irrelevante donde se encuentre el domicilio social o donde desarrolle su actividad, pues estarán reguladas por la regulación de su país de constitución.

En el caso que nos concierne, y teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico de Países Bajos, estaríamos ante la segunda opción, es decir CerTronic podría trasladar su domicilio a Países Bajos, pero seguiría siendo española, y por ello sujeta a la legislación española, en ningún momento ostentaría nacionalidad holandesa, pues la sociedad tiene la nacionalidad del país donde voluntariamente se ha constituido y por lo tanto inscrito en el RM correspondiente. Esto mismo ocurre con países como Estados Unidos, Reino Unido o Suiza. En resumidas cuentas, estos países son fieles al sistema de la incorporación (*Incorporation theory o Grundungstheorie*), por lo tanto, el hecho de proceder a un cambio en el domicilio no supone grandes dificultades.

No obstante lo anterior, y tras la sentencia de 25 de octubre de 2017 (C-106/2016) (“*Polbud*”) hubo una importante modificación en relación a la legislación que debe ostentar una sociedad tras su cambio de domicilio social, pues en virtud de la presente sentencia las sociedades podrán optar por la legislación que más les conviene en cualquier momento posterior a través de la transformación transfronteriza. Por lo tanto, y al tratarse de Estados que siguen el principio de incorporación, ustedes podrán optar o bien por la legislación española, o por la de los Países Bajos. Teniendo en consideración que todo lo anterior considero que la opción más favorable es que la sociedad ostente la nacionalidad holandesa pues será mucho más sencillo la posterior fusión entre la Sociedad Resultante y Nederlandse

si ambas ostentan la misma nacionalidad pues no estaríamos ante una fusión transfronteriza.

En resumidas cuentas, si quieren que la sociedad ostente la nacionalidad holandesa, es lo más recomendable, desde que la sociedad esté inscrita en el RM de los Países Bajos dejará de ser española y pasará a ostentar la nacionalidad holandesa, hasta que dicha inscripción no se formalice la Sociedad Resultante seguirá siendo española. Asimismo, el traslado surtirá efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro de los Países Bajos.

5.3 Tributación de la Operación

A estos efectos podemos estar ante dos posibles alternativas, o bien que se produzca un cambio de residencia fiscal o, que, por el contrario, no exista dicho cambio. En lo relativo a temas fiscales, dependiendo de en qué situación nos encontremos se producen unos u otros efectos. Para recibir un asesoramiento adecuado en relación con este tema ustedes deberán consultar a un experto para que les asesore en temas fiscales.

5.4 Fusión con Nederlandse

El objetivo mediato de llevar a cabo el traslado de domicilio social es realizar una fusión entre la Sociedad Resultante y Nederlandse, fusión que se regulará por la legislación holandesa, por lo tanto, no será objeto de este informe y tendrán que solicitar asesoramiento jurídico de un despacho de abogados experto en derecho holandés.

6. SÍNTESIS EJECUTIVA

El presente informe pretende dar un asesoramiento completo a, D^a Amparo Fabra Llorens y D^a Lidón Falomir Fabra para informarles sobre la posibilidad de oponerse a la realización de la Adquisición, para ello se va a proceder a analizar cuatro (4) cuestiones consideradas clave.

En primer lugar, analizaremos las consecuencias que supone el hecho de que ninguna haya firmado el pacto de socios, obligación prevista mediante EESS como prestación accesoria. Por otro lado, se analizará la posibilidad que tienen de alegar un incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de la Sociedad, en este caso procederemos a analizar todas las obligaciones que tiene los administradores a raíz de este deber y las consecuencias en caso de que se incumpla el mismo.

Continuaremos examinando si es legalmente factible exigir al resto de socios de la Sociedad que se abstengan durante la votación de la Junta, en la que se decidirá sobre el traslado del domicilio a los Países Bajos, decisión que debe ser aprobada por una mayoría de al menos dos tercios de los votos emitidos. Concluiremos realizando una comprobación de si es posible llevar a cabo una impugnación del acuerdo por abusivo.

Por último, y tras la elaboración de un detallado plan de actuaciones, y con una amplia explicación de las diversas alternativas existentes, CerTronic, o en su caso, D^a Amparo Fabra Llorens y D^a Lidón Falomir Fabra determinarán la configuración definitiva de las cuestiones planteadas.

7. INFORME LEGAL PARA D^a AMPARO FABRA LLORENS Y D^a LIDÓN FALOMIR FABRA

Muy Señoras Mías:

A través de dicho informe se pretende dar un asesoramiento completo a D^a Amparo Llorens y a D^a Lidón Falomir Fabra socias a un 10% y un 8%, respectivamente (las “**Cientas**”), en relación con el siguiente asunto: la posibilidad de oponerse a la adquisición de la Sociedad Italiana alegando varias opciones que se irán analizando a continuación.

7.1 Consecuencias legales de no firmar el pacto de socios

7.1.1. Pacto Parasocial. Concepto

El pacto parasocial, tal y como definen Víctor Manuel Garrido de Palma, Rafael Ansón Peironcely, Julio Banacloche Pérez-Roldán, son “acuerdos al margen del contrato de sociedad, que se concretan al amparo del principio general de libertad contractual consagrado en el art. 1255 CC y que no acceden al ámbito público a través de los estatutos, sino que, en general, quedan en el ámbito privado de los firmantes.” Con carácter general, se trata de un acuerdo firmado entre algunos socios (pacto no onmilateral), o todos ellos (pacto omnilateral), y por lo tanto se trata de un contrato privado, y por consiguiente un contrato que solo afectará a aquellos socios que hayan firmado el pacto, y no podrá surtir efectos frente a la sociedad, salvo en aquellas ocasiones (no es muy frecuente) en las que la sociedad sea parte del mismo. Tras haber hecho esa primera distinción con base en el criterio subjetivo, pasaríamos a hacer una clasificación mucho más objetiva en virtud de la cual estaríamos ante tres (3) tipos de pactos; (i) pacto de organización, regula la organización y el funcionamiento de la sociedad; (ii) pacto de atribución, afectan a la sociedad y es firmado por todos los socios; y (iii) pacto de relación, no afecta a la sociedad.

Al fin y al cabo, este tipo de acuerdos sirve tanto para poder hacer frente a la rigidez normativa que regula a las sociedades de capital, como para poder recoger las necesidades específicas de los socios que no puede regularse en los EESS de la

sociedad en cuestión ya sea porque son contrarias, tal y como establece el art. 28 LSC, a los principios configuradores del tipo social elegido o porque quieren que se mantenga en el ámbito privado y no sean accesibles para todo aquel que pueda acceder a los estatutos.

Asimismo, se ha cuestionado mucho la validez de este tipo de acuerdos pues pese a saber que los límites se encuentran en la ley la moral y el orden público (art. 1255 CC), existen dos teorías para poder esclarecer dichos límites. En primer lugar, se encuentra la tesis intermedia mayoritaria, en virtud de la cual los pactos parasociales que contravengan una norma imperativa societaria cuyo fin sea la protección de un tercero o el interés social serán inválidos. Por otro lado, se encuentra la teoría amplia, respaldada por C. Paz- Ares, donde se establece que solo serán inválidos aquellos pactos que contravengan una norma *ius imperium*, pero validos los que contravengan una norma *ius cogens*.

Por otro lado, y al haber grandes dudas en relación con la eficacia de este tipo de pactos me gustaría hacer un breve resumen. En este sentido habría que hacer dos distinciones pues, por un lado, y la más sencilla, entre los firmantes este pacto es un contrato privado con fuerza de ley (art. 1901 CC), pero, por otro lado, frente a la sociedad la eficacia no es tan sencilla, pues se sobre entiende que los pactos no pueden ser oponibles frente a la sociedad pues esta no ha sido parte del mismo (art. 29 LSC), pero el art. 204 LSC regula con carácter de *numerus clausus* la impugnación de un acuerdo social. Por lo tanto, la duda está en si verdaderamente puede un pacto de este tipo impugnar un acuerdo social y por lo tanto ser oponible frente a la sociedad. La doctrina más actual no hace una distinción tan fija entre el ámbito societario y el ámbito contractual de este tipo de pactos pues subraya que en ciertas ocasiones los pactos parasociales si pueden tener efectos frente a la sociedad.

Pero, en reglas generales; (i) no se harán valer frente a la persona jurídica, ni frente a terceros; y (iii) no podrán beneficiarse de los instrumentos sancionadores previstos para las personas jurídicas⁷. Sin perjuicio de lo anterior, y tal y como se explicará más adelante, existen mecanismos para poder proteger la efectividad de

⁷ CÁNDIDO PAZ-ARES “*Enforcement de los pactos parasociales- Cándido*” Disponible en Internet: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf> [21/12/2020]

los pactos parasociales, entre la que se incluye el hecho de configurar la adhesión al pacto parasocial como una prestación accesoria, que es en efecto lo que hizo CerTronic.

Por lo tanto, si estuviéramos ante un caso común de pacto parasocial el hecho de no firmar el pacto, como mencionado anteriormente, no vincularía en ningún caso a ningún socio no firmante ni a la sociedad debido a que se trata de un contrato que permanecerá en el ámbito de los firmantes y se regula por lo establecido en el CC.

7.1.2 Consecuencias de incumplimiento de un pacto parasocial

A raíz de la complejidad de la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad, se suelen regular una serie de mecanismos, que procederemos a desarrollarlos a continuación, regulados en el CC para que las partes logren hacer valer los pactos frente a la sociedad y de este modo impugnar los acuerdos sociales pertinentes. Entre ellos podemos diferenciar cuatro (4).

El primero de ellos se encuentra regulado en el art. 1101 CC y consiste en exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual siempre y cuando el socio que haya incumplido el pacto hay incurrido en dolo, negligencia o morosidad. El mayor inconveniente que presenta este mecanismo es como se cuantifica y prueba el daño causado al socio que ha cumplido el pacto, por ello es aconsejable establecer una cláusula penal para poder exigir al margen de la indemnización en virtud del art. 1152 CC donde se subraya que en los casos en los que se fije una cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización por daños en caso de incumplimiento, para que de esta manera se estimule el cumplimiento del pacto parasocial. Bien es cierto que, para evitar los riesgos asociados a este mecanismo, se podría, en los casos en los que procede, obligar a resarcimiento in natura.

En segundo lugar, se encuentra la denominada acción de remoción regulada en el art. 1098.2 CC, que consiste en “deshacer lo mal hecho” por esto se entiende que, en los casos en los que una acción lleva al incumplimiento del pacto parasocial, se vuelva a repetir la acción, o lo que es lo mismo si ustedes votan en contra del traslado del domicilio social, se volverá a someter a la junta el acuerdo propuesto.

En tercer lugar, es la más obvia pero que puede suscitar problemas pues solamente se podría ejercitar cuando se trate una acción y no de una omisión, es el cumplimiento forzoso.

Además, existen una serie de mecanismos que hacen muy sencillo asegurar el cumplimiento de los pactos como son, restringir la transmisibilidad de las acciones incluyendo en el pacto parasocial un derecho de acompañamiento (*tag along*) o de arrastre (*drag along*), o incluyendo cláusulas de exclusión (*call option*) o separación (*put option*) en virtud de las cuales quedan obligados a adquirir o transferir las acciones de quien ejercita dicha acción a precios no favorecedores.

7.1.3. Prestación Accesorias. Concepto

Una prestación accesorias consiste en una aportación que debe hacer el socio a la sociedad, distinta de la aportación de capital social regulada en la LSC, que aporte un beneficio a la sociedad, distinto de las aportaciones de capital social, que nunca serán reguladas mediante una prestación accesorias. Es decir, en virtud de estas aportaciones la sociedad podrá beneficiarse de las diversas capacidades que pueda aportar un socio.

Esta figura se encuentra regulada, de alguna forma, en los arts. 86 a 88 LSC, en el art. 86.1 LSC, se subraya que los EESS deben regular el régimen de las prestaciones accesorias, y entre otras cosas, recoger cómo se realizaran (gratuitamente o con carácter oneroso), las consecuencias de incumplirlas, y si existen cláusulas penales inherentes al incumplimiento de las mismas⁸. Estas obligaciones solo serán de obligado cumplimiento para aquellos accionistas que sean titulares de un tipo de acciones en especial, en este caso y en virtud de la información aportada por nuestras Clientas, sabemos que la obligación accesorias obligaba a todos los accionistas, y así quedaba constancia en los EESS de la Sociedad, por lo tanto, y tal y como se regula en el art. 88.1 LSC, al estar ante unas prestaciones personalísimas, será necesaria la autorización de la sociedad para transmitir las acciones pues el

⁸ Con de alguna forma, nos referimos a que la Ley no regula en ningún art. el objeto de las prestaciones accesorias, bien es cierto que expone un número de restricciones, como el hecho, ya mencionado, que consiste en que una prestación accesorias no puede integrar el capital social, o que normalmente suelen ser obligaciones de hacer o no hacer. En nuestro caso es una obligación de hacer pues obliga a los accionistas a suscribir el pacto de socios.

socio está personalmente obligado a cumplir una obligación accesorio, evitando así la libre transmisión de las acciones. Dichas obligaciones podrán constituir una obligación de dar, hacer, o no hacer y que beneficien a la sociedad.

El fin de las prestaciones accesorias es realmente muy útil pues puede ayudar a conseguir el fin último de la sociedad, pues a través de este tipo de pactos se pueda aportar, en caso de ser una obligación de dar, a la sociedad una cosa clave para que la sociedad desarrolle su objeto social, pero que a priori los socios habían alcanzado acuerdo alguno.

Con base en lo anterior subrayamos que una prestación accesorio consiste a grandes rasgos en una obligación social y tiene cuatro características principales; (i) solamente podrá verse obligado a realizarlas aquella persona que ostente la condición de socio, pues son accesorias a dicha condición; (ii) deben aparecer debidamente especificadas y desarrolladas en los EESS de la sociedad; (iii) son obligaciones específicas; y (iv) no les serán de aplicación los límites a las aportaciones sociales. Pero, dentro de las prestaciones accesorias existen varios tipos entre los que destacaríamos, a modo de ejemplo, la de ejercer como administrador social o la de comprometerse a suscribir un aumento de capital; esto determinara el régimen de dicha prestación accesorio. Asimismo, mencionar que estas pueden ser gratuitas, como en el presente caso, o retribuidas, todo ello debe aparecer de forma clara en los EESS junto con el contenido y las consecuencias en caso de incumplimiento.

Por otro lado, hace unos años la RDGRN de 26 de junio de 2018 admitió la posibilidad de inscribir como una prestación accesorio el cumplimiento de las disposiciones de un pacto parasocial, en ese caso concreto fue un protocolo familiar.

“la obligación en que consiste la prestación accesorio está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesorio cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista.”

Con esto pretendo subrayar que es indiferente quien haya firmado o no el pacto de socios o que socio haya aprobado el pacto pues al estar consolidado en escritura pública a través de la prestación accesoria vinculará a todos los socios. Los futuros socios de la sociedad no solo quedaran vinculados a los EESS de la misma, sino también por aquellos pactos parasociales incorporados por remisión como prestación accesoria.

7.1.4. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales

En el año 2014 al disolverse la sociedad de gananciales de la familia Falomir, las acciones que ostentaba Antonio se repartieron a partes iguales con su mujer, es decir dejó de ser solo un socio que ostentaba el 20 % de la sociedad y pasaron a ser dos ostentando cada uno un 10%.

Pero, al contrario que en una transmisión de participaciones, en este caso D^a. Amparo cuando su marido Antonio adquirió las acciones ya sea en virtud de un poder, o bien firmaron los dos, al hacerlo para la sociedad de gananciales, ella era plenamente consciente de la prestación accesoria y de lo que conllevaba la misma. Es decir, al estar en una sociedad en gananciales, las acciones de Antonio estaban en copropiedad (Art. 126 LSC), es decir dos personas eran titulares de un 20%, y ambos designaron a D. Antonio como la persona para ejercitar los derechos de socios, pero ambos responderían solidariamente. En el momento de la disolución lo único que supuso a efectos societarios es que ahora habrá dos socios actuando frente a la sociedad.

Por último, en relación con este tema, D^a Amparo puede cumplir lo dispuesto en los EESS sobre dicha prestación pues no es una prestación puramente personalista otorgada a D. Antonio por sus cualidades personales (Art. 1346.5 CC), sino que consistía en una prestación otorgada a todos los socios simplemente por ostentar la condición de socio.

7.1.5. Consecuencias de incumplimiento de la prestación accesoria

En este caso, la obligación accesoria regulada en los EESS, a los que por desgracia no hemos tenido acceso para examinar en mayor profundidad, consiste una obligación de hacer, no retribuida, y aparejada a todos los socios de la Sociedad, es

decir todos los socios debían suscribir el pacto de socios, tal como lo estipula la obligación accesoria, por lo tanto, si D^a Lidón decide no firmar el pacto voluntariamente, estaríamos ante un incumplimiento de una prestación accesoria.

En este caso no se incluye a D^a Amparo, pues ella en ningún momento incumple la prestación, debido a que cuando estuvo casada con D. Antonio en régimen de gananciales, D. Antonio firmo el citado pacto en representación de ambos, ella ostentaba las acciones en cotitularidad. Es decir, en el momento que la sociedad de gananciales se disolvió y liquidado no era necesario que ella volviera a firmar el pacto debido a que se entendía ya firmado en su momento.

Por lo tanto, las consecuencias del incumplimiento voluntario solo afectaran a D^a Lidón y serán las siguientes, en primer lugar y a raíz del principio “*pacta sunt servanda*”, que expresa que lo pactado obliga, supondría que la Sociedad tiene la potestad de exigir al socio incumplidor, el cumplimiento de lo pactado, y en segundo lugar exigirles el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a raíz de no firmar el pacto de socios, e incluso, y en virtud de la RDGRN de 26 de junio de 2018, y cito textualmente “*El incumplimiento voluntario de esta prestación accesoria es causa legal de exclusión que se sujetará a lo previsto en los presentes Estatutos y normativa aplicable, sin perjuicio de las demás consecuencias legales que procedan*”, por lo tanto, la Sociedad, podría excluir al socio de la sociedad al ser dicho incumplimiento voluntario, es decir si ustedes no firman el pacto voluntariamente, se les podría excluir de la sociedad.

7.2 Alegación de incumplimiento del deber de lealtad de los administradores

La LSC impone a aquellas personas que actúan como administradores de una sociedad dos tipos de deberes que deben cumplir para llevar a cabo de la mejor forma posible las funciones propias de su cargo, estos dos deberes son el deber de diligencia, que exige al administrador desempeñar su cargo con la diligencia de un “*ordenado empresario*”, y por otro lado y aquel que nos concierne en este apartado, el deber de lealtad, en virtud del cual, un administrador debe desempeñar su cargo anteponiendo el interés de la sociedad al suyo propio.

7.2.1 El deber de lealtad de los administradores

El deber de lealtad se encuentra regulado en la LSC más concretamente en los arts. 227 a 232 donde se aborda desde la definición hasta el incumplimiento del mismo que vamos a desglosar en el presente apartado.

El deber de lealtad como su propio nombre indica supone ser leal a la sociedad, es decir aquellos que ostenten el cargo de administrador deben, tal y como estipula el art. 227 LSC “*desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”. Por lo tanto, deben cumplir tres cosas, actuar con la lealtad de un fiel representante, deben obrar de buena fe y siempre en el mejor interés de la sociedad. En la teoría parece realmente fácil, pero como ocurre en nuestro caso los administradores siempre tienen sus propios intereses, véase Vulture, y lo que se pretende en virtud de este art. es que, independientemente de sus intereses siempre prevalezca el de la sociedad, y eso no es siempre lo que sucede.

El problema radica cuando los intereses de un administrador entran en conflicto con el interés de la propia sociedad, en esos casos actuar con lealtad supone que el interés de la sociedad prevalecerá siempre. En este caso ustedes consideran que la adquisición de la sociedad italiana va a perjudicar a la sociedad y beneficiar a uno de los administradores considerablemente. Pues bien, se puede alegar perfectamente que los administradores han vulnerado su deber de lealtad.

En resumidas cuentas, un administrador este incumpliendo el deber de lealtad cuando extraiga provecho económico para sí (o para las personas vinculadas a su persona) a costa de la sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior resaltar que a la hora de observar si ha habido o no un incumplimiento del deber de lealtad hay que atender a cada caso en concreto. A modo de ejemplo citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 15 de octubre de 2018 (EDJ 2018/673779) que subrayo que “*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*”.

7.2.2 Incumplimiento del deber de lealtad

Es el art. 228 LSC el que recoge las obligaciones básicas sobre las que se basa el deber de lealtad, y las que todo administrador de una sociedad debe cumplir. En este caso se incumple el apartado e) del presente art. *“adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”*, pues Vulture debería poner el interés de la sociedad por encima de su interés personal.

Asimismo, el apartado e) anterior hace referencia al art. 229 LSC en el que se subraya las situaciones en las que un administrador estaría incumpliendo su deber de lealtad al estar en una situación de conflicto de interés, en este caso particular consideramos que de alguna manera Vulture se puede estar aprovechando de las oportunidades de negocio de la Sociedad para lucrarse.

Para estar en una situación de este estilo, es necesario que, por un lado, el interés de la sociedad y el del administrador no se complementen, sino que se contrapongan, y por otro, que a raíz de ello se produzca una lesión del interés de la sociedad.

Este incumplimiento se pone de manifiesto en el momento en que Vulture se compromete a recompensar con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo que no pertenezcan a Vulture, dejar claro que en ningún momento se recompensaría a las Clientas pues ellas no son miembros del consejo de administración sino socias de la Sociedad, debido a que si se tratase de una ventaja para la sociedad deberían o bien recompensar a todos o a ninguno, pero al compensar a todos excepto a ellos mismos entendemos que en realidad se está produciendo una lesión del interés social que de alguna manera intentan recompensar a través de dicha prima.

7.3 Posibilidad de exigir la abstención de los socios sobre el traslado del domicilio internacional en la votación de la junta general

El art. 93 LSC regula todos los derechos de los socios de una sociedad de capital, entre los que se encuentra el derecho de voto en las juntas generales, así como el derecho de

impugnación de acuerdos sociales. Es decir, a todo socio le corresponde simplemente por ostentar dicha condición un derecho de voto.

Cada socio en el momento en que se celebre la junta general para aprobar el traslado del domicilio social tiene la opción de o bien votar a favor, en contra o abstenerse de la votación. A consecuencia de lo anterior, y siempre y cuando el socio no haya votado a favor del acuerdo surge el derecho de separación, esto consiste en que cualquier socio puede dejar de serlo si se aprueba una decisión que afecta de forma trascendental a su actividad, en este caso un cambio de domicilio social, recibiendo como contraprestación una cantidad económica correspondiente a su participación en la sociedad. La finalidad mediata de este derecho es proteger a los socios minoritarios ofreciéndoles una “vía de escape” cuando se adoptan por mayoría acuerdos con los que ellos no están conformes.

En este caso el derecho de separación se regula en el art. 99 LME, que establece que todo socio que no vote a favor del acuerdo de traslado del domicilio al extranjero podrá separarse de la sociedad, dichos socios tendrán el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo o desde que reciben la comunicación para ejercer dicho derecho, pasado dicho plazo ya no podrán ejercerlo.

Por otro lado, no estaríamos ante una de las causas legalmente previstas en el art. 190.1 LSC donde se regulan las situaciones en las que un socio no puede ejercitar su derecho voto, por lo tanto, Vulture y el resto de socios no tienen la obligación de abstenerse por conflicto de intereses. Bien es cierto que a pesar de no cumplir con lo establecido en dicho apartado si que se cumple lo regulado en el art. 190.3 en virtud del cual se habla de otros tipos de conflictos de intereses, como ocurre en este caso, en cuyo caso los socios no estarían privados de su derecho a voto, salvo que dicho voto sea decisivo. En este caso en particular, el voto de Vulture es decisivo pues si ellos votaran en contra no se podría llevar a cabo el traslado ni ningún tipo de operación pues en el pacto parasocial se regulan ciertas materias como materias para cuya aprobación es necesaria una mayoría reforzada, entre las que se incluye el traslado del domicilio, en cuyo caso sí que deberán abstenerse de votar en la junta.

En virtud de lo anterior, nos gustaría resaltar que en ningún momento se puede “exigir” a un socio a votar de una forma u otro pues estos siempre tienen total libertad a la hora de

ejercer su derecho de voto, pero en caso de que procedan a la votación habrá consecuencias.

Por lo tanto, si Vulture ejercita su derecho a voto, que seguramente haga, la Sociedad o ustedes tendrán que impugnar dicha votación por la vía legislativa, y tendrán la carga de la prueba es decir deberán probar la existencia del conflicto de intereses por el que Vulture no puede proceder a votar.

7.4 Impugnación del acuerdo de socios por su carácter abusivo

La LSC regula en su Art.204 aquellos casos en los que los acuerdos sociales adoptados serán impugnables. Las tres causas reguladas en la ley son las siguientes; (i) que el acuerdo sea contrario a la ley; (ii) que dicho acuerdo se oponga a los EESS de la sociedad; o (iii) que lesione el interés social en beneficio de uno o varios socios.

Asimismo, y tal y como establece la ley habrá una lesión cuando un acuerdo, aunque no haya causado un daño al interés social se haya impuesto, como ocurre en este caso, de manera abusiva por la mayoría y en detrimento injustificado del resto de socios. Esta actualización permite proteger a los socios mayoritarios cuando el acuerdo que se intenta imponer por la mayoría no lesiona el interés de la sociedad sino a los socios minoritarios, pues si no se hubiera incorporado en caso de no dañar el interés social, no podría impugnarse.

En este caso el abuso de mayorías se puede observar en la cláusula (c) del pacto parasocial que estipula que en caso de impago a Vulture de la cantidad debida, este podría imponer una restructuración obligando a todos los socios a votar positivamente en la junta correspondiente. Se ve claramente que el Fondo está imponiendo una restructuración que le beneficiara en detrimento del resto de socios minoritarios, incluyendo el de las Clientas. Por ende y al ser esta cláusula claramente abusiva la siguiente (cláusula (d) del pacto parasocial) también lo es. En ella se recoge que en caso de incumplimiento de cualquier obligación previamente mencionada el Fondo tendrá el derecho a convertir la deuda restante, que asciende a un total de 10 millones de euros, y al vencimiento anticipado del crédito.

En virtud de lo anterior mencionar que, las Clientas o en su caso el resto de socios minoritarios se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo pues han adquirido tal condición con carácter previa al acuerdo y representan más del uno (1) por ciento del capital, y para ello tendrán el plazo de un año (Art. 205 LSC). Dicho periodo se computará desde la fecha en la que se adoptó el acuerdo, salvo en aquellos casos en los que el acuerdo se adoptara por escrito o cuando el acuerdo se hubiera inscrito, en cuyo caso la fecha comenzara a contar desde la fecha en la que se recibe copia del acta o desde que se pone oponer a la inscripción de la escritura, respectivamente.

El procedimiento para proceder con la impugnación será el mismo que el del Juicio Ordinario incluyendo las disposiciones incluidas en la LEC.

En conclusión, se podría proceder claramente a impugnar el correspondiente acuerdo pues estamos ante un claro abuso de Vulture el cual está imponiendo una serie de acuerdos perjudicando el interés de los socios minoritarios. Asimismo, también se podría argumentar que están abusando su posición intentando imponer el traslado del domicilio al extranjero.

8. ANEXO II: CALENDARIO DE OPERACIONES MERCANTILES Y SOCIETARIAS⁹

FECHA (días)	DESCRIPCIÓN DE LAS ACTUACIONES
OPCIÓN A: Autocartera derivativa condicionada	
A	Convocatoria junta general para aprobar el acuerdo de compra mediante autocartera publicada en la página web de la Sociedad o mediante el procedimiento de comunicación individual y escrita establecido en los EESS.
A+31	<p>Acuerdo de la junta general (art. 146 LSC):</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) establecer las modalidades de adquisición; (ii) el nº máximo de acciones a adquirir (máximo 20%); y (iii) la duración de la autorización (no más de 5 años desde la adopción del acuerdo). <p>No serán necesarios quórums ni mayorías especiales (art. 194 y 201 LSC).</p>
A+32	Solicitar el préstamo a la entidad financiera para poder adquirir las acciones de los socios de CerTronic.
A+37	Formalización de préstamo y proceder a la compraventa de las acciones.
A+67	Informe de Experto Independiente (nombrado por el RM).
A+73	Compraventa de la marca de Cir-Cerámica.
Amortización del excedente y reducción del capital social	
A+75	<p>Anuncio de la reducción de capital en el BORME y en un periódico de gran circulación.</p> <p>Comienza el plazo que tienen los acreedores para ejercitar su derecho de oposición (1 mes).</p>

⁹ Propuesta por nuestra parte. La modificación y adaptación del Calendario a las necesidades del Cliente se llevará a cabo en la reunión.

A+106	Día máximo para amortizar las acciones + fin plazo de derecho de oposición de acreedores .
OPCIÓN B: Compraventa de acciones de Cir- Cerámica	
Actuación previa	Reunión del Consejo de Administración para la toma acuerdos (endeudamiento, compra-venta y fusión trasfronteriza).
Y	Contactar con la entidad financiera para formalizar el préstamo solicitado.
Y+2/3	Formalización del préstamo.
Y+6	Firma del contrato de compraventa con los socios de Cir-Cerámica y su consecuente elevación a público.
Fusión Transfronteriza	
X	Consejo de Administración de CerTronic: (i) Suscribirá el proyecto común de fusión ; y (ii) Convocará la junta general y propondrá el acuerdo.
X+3	Publicidad: La página web de CerTronic debe incluir el proyecto común de fusión (la publicidad debe acreditarse mediante certificación de su contenido y fecha remitida al RM, publicado en el BORME en los 5 días siguientes (art. 32 LME). Administradores deberán publicar en la web: (art. 39 LME) (iv) Proyecto común de fusión. (v) Informe de administradores. (vi) Las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios e informes de auditores de cuentas. (vii) EESS vigentes incorporados a escritura pública. (viii) Identidad de los administradores y fecha desde la que desempeñan cargo.
X+9	Publicación convocatoria de la junta general en la web (tras cumplir previos requisitos).
X+41	Celebración de la junta general para aprobar los siguientes puntos: (i) balance de fusión; (ii) proyecto común de fusión; y (iii) la fusión.
X+42	Publicación de la adopción del acuerdo de fusión en el BORME . Inicio del cómputo del plazo de oposición de los acreedores (1 mes).
X+72/73	Finalización del plazo de oposición de los acreedores.
X+75/76	Elevación a público de lo siguiente: (i) acuerdo de fusión (ii) certificación de los acuerdos de la junta general
X+100	Inscripción de la escritura de fusión en el RM de Castellón. Cancelación de los asientos registrales de Cir-Cerámica por el RM italiano correspondiente.

CÓMUN: Traslado del domicilio a los Países Bajos	
Z	<p>Consejo de administración de la Sociedad Resultante: Redacción y suscripción de un proyecto de traslado (deberá contener las menciones señaladas en el art. 95 LME).</p> <p>Informe del Consejo de Administración explicando y justificando aspectos jurídicos y económicos del traslado y las consecuencias para socios, acreedores y trabajadores.</p>
Z+1	Depósito en el RM de Castellón de un ejemplar del proyecto de traslado.
Z+2	Convocatoria de la junta general en BORME y uno de los diarios de gran circulación de la provincia (+ las menciones del art. 98 LME).
Z+6	Celebración de la junta general , necesaria la asistencia del 100% del capital para: <ul style="list-style-type: none"> (i) la aprobación del proyecto de traslado; y (ii) la modificación de estatutos.
Z+10	Anuncio de los acuerdos adoptados en la junta a todos los accionistas en el BORME y en un diario de gran circulación de la provincia y se comunica individualmente a los accionistas y acreedores.
Z+40/41	Finalización del plazo para ejercer el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición de los acreedores. En ambos casos el plazo es de un mes. Plazo a contar desde la última comunicación por escrito en caso de haberse comunicado individualmente.
Z+46	Otorgamiento ante notario de la escritura de traslado .
Z+50	<p>Presentación en el RM de Castellón la escritura pública. Tras ello se obtendrá la certificación previa al traslado del Registrador mercantil de Castellón (art. 101 LME). Tras su expedición se procederá a cerrarlo.</p> <p>El traslado surtirá efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro de los Países Bajos.</p>
Sigüientes pasos	Las siguientes actuaciones se seguirán con arreglo a la legislación de los Países Bajos .

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1 FUENTES DOCTRINALES

GARRIDO DE PALMA, V.M, ANSÓN PEIRONCEL, R y BANACLOCHE PÉREZ, J., “*La restructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*” en Tirant o Blanch tratados, Valencia 2010.

CAMPUZANO, A.B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. Y TORTUERO ORTIZ, J., “*Esquema de derecho de las sociedades de capital*” en Tirant o Blanch tratados, Tomo XLI, segunda edición, Valencia 2015.

MARTÍN ARESTI, P., “*Prestación de servicios o de obra del administrador y deber de lealtad (Art.220 LSC)*” en Tirant o Blanch tratados, Valencia 2019.

VALPUESTA GASTAMIZA, E., “Comentarios a la ley de Sociedades de Capital” Estudio legal y jurisprudencial, 2ª edición, BOSCH.

PEINADO GRACÍA, J.I. y BENAVIDES VELASCO, P., “*La autocartera: negocio sobre las propias participaciones y acciones*” Derecho mercantil: vol 3. Las Sociedades mercantiles, 2013, págs. 399-438.

9.2 FUENTES NORMATIVAS

Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre Inversiones Extranjeras. BOE núm. 106, de 4 de mayo de 1999.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

Tratado Fundacional de la Unión Europea. Diario Oficial n° C 326 de 26 de octubre de 2012.

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 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades.

9.3 FUENTES WEB

ALFARO, J., “Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones” Almacén de Derecho, 23 de enero de 2020. Disponible en internet: <https://almacenederecho.org/los-negocios-de-una-sociedad-sobre-sus-propias-acciones-o-participaciones> [última consulta: 28/12/2020].

ALFARO, J., “El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art. 190 LSC)”. 21 de diciembre de 2019. Disponible en internet: <https://almacenederecho.org/el-deber-de-abstencion-del-socio-en-caso-de-conflicto-de-intereses-art-190-lsc> [última consulta: 28/12/2020].

ALFARO, J., “Lecciones: las prestaciones accesorias” 7 de octubre de 2015. Disponible en internet: <https://almacenederecho.org/lecciones-las-prestaciones-accesorias>. [última consulta: 28/12/2020].

ÁLVAREZ, S., “*El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud*” 16 de noviembre de 2017. Disponible en internet: <https://almacenederecho.org/traslado-internacional-domicilio-transformacion-transfronteriza-la-importancia-la-stjue-polbud>. [última consulta: 28/12/2020].

BUFETE CASADELEY., “*Nota informativa sobre la impugnación de acuerdos sociales*”. Disponible en internet: <https://www.bufetecasadeley.com/nota-informativa-impugnacion-acuerdos-sociales/>. [última consulta: 05/01/2021].

CAMPUZANO, A.B. “*Impugnación de acuerdos sociales por abuso de mayoría*” 24 de junio de 2019. Disponible en internet: <https://dictumabogados.com/nvntia-las-noticias-de-dictum/impugnacion-de-acuerdos-sociales-por-abuso-de-la-mayoria/20608/>. [última consulta: 05/01/2021].

FAUS, M., “*Reducción de capital en una sociedad anónima como consecuencia de adquisición de acciones propias*”. Disponible en internet: <https://app.vlex.com/#vid/oacute-consecuencia-propias-66957392>. [última consulta: 05/01/2021].

GARCÍA- VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “*El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad*” Uría & Menéndez. Disponible en internet: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>. [última consulta: 05/01/2021].

HORNEDO VILLALBA, I., “*Límites a la autocartera en la Ley de Sociedades de Capital*” 1 de febrero de 2013. Economist & Jurist. Disponible en internet <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/limites-a-la-autocartera-en-la-ley-de-sociedades-de-capital/#>. [última consulta: 28/12/2020].

MEGÍAS LÓPEZ, J. “*Régimen jurídico de las acciones en autocartera. Obligaciones de información a los mercados*”

MONFORTE, D., “*Tratamiento legal del deber de lealtad de los administradores*” 27 de febrero de 2019. Disponible en internet: <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/tratamiento-legal-del-deber-de-lealtad-de-los-administradores-1.html>. [última consulta: 05/01/2021].

NIETO, M., “*La fusión de sociedades II. Fusión Impropia Directa*”. 29 de octubre de 2019. Disponible en internet: <https://www.ruizballesteros.es/la-fusion-de-sociedades-ii-fusiones-impropia-directa/>. [última consulta: 05/01/2021].

NIETO, M., “*Compraventa de empresas: ¿Compro las participaciones o compro directamente los activos de la empresa? Parte I: aspectos mercantiles*”. 27 de noviembre de 2019. Disponible en internet: <https://www.ruizballesteros.es/compraventa-de-empresas-compro-las-participaciones-o-compro-directamente-los-activos-de-la-empresa-parte-i-aspectos-mercantiles/>. [última consulta: 05/01/2021].

PAZ-ARES, C., “*El enforcement de los pactos parasociales*”. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. N°5/2003. Disponible en internet <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>. [última consulta: 28/12/2020].

PAZ-ARES, C., “*Anatomía del deber de lealtad*” Actualidad Jurídica Uría & Menéndez /39-2015/43-65. 1 de enero de 2015. Disponible en internet: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>. [última consulta: 05/01/2021].

PEYRA TORRELLA, J.M., “*Las prestaciones accesorias como instrumento para reforzar los pactos entre socios*” Disponible en internet: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/las->

[prestaciones-accesorias-como-instrumento-para-reforzar-los-pactos-entre-socios-2016-04-11/#:%7E:text=Las%20prestaciones%20accesorias%20consisten%20en,sociedad%20como%20a%20los%20socios.](#) [última consulta: 05/01/2021].

VIÑUELAS SANZ, M. “*El incumplimiento del socio de su obligación de realizar la prestación accesoria*” Disponible en internet: <https://app.vlex.com/#vid/incumplimiento-socio-realizar-accesoria-246040>. [última consulta: 05/01/2021].

ZOTO SPAHIU, P., “*La compraventa mercantil de empresas: adquisición de una sociedad a través de la transmisión de sus acciones o participaciones, o mediante, la compra de sus activos (y pasivos). Contextualización y diferencias*”. 21 de mayo. Disponible en internet: <https://enriqueortegaburgos.com/la-compraventa-mercantil-de-empresas-adquisicion-de-una-sociedad-a-traves-de-la-transmision-de-sus-acciones-o-participaciones-o-mediante-la-compra-de-sus-activos-y-pasivos-contextualizacion-y-dif/>. [última consulta: 05/01/2021].

9.4 FUENTES JURISPRUDENCIALES

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2017.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco - Sala de lo Contencioso Administrativo de 18 de enero 2008.

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