



DICTAMEN

Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía

Autor: Jorge Romero Monte

Tutor: Ignacio Hornedo

Facultad: Derecho

Fecha: 11 de enero de 2021

ÍNDICE DEL TRABAJO

DICTAMEN 1

- 1. OBJETO DEL DICTAMEN**
- 2. SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS**
 1. Diferentes alternativas para llevar a cabo la operación.
 - 1.1. Adquisición por medio de autocartera.
 - 1.2. Análisis de la opción de aumento de capital.
 - 1.3. Adquisición y fusión de la sociedad italiana.
 2. Traslado internacional del domicilio
 3. Otras cuestiones de interés
 - 3.1. Vacante no cubierta
 - 3.2. Cesión de acciones a Doña Lidón
- 3. CONCLUSIONES**
- 4. ANEXO I: CALENDARIO DE LA OPERACIÓN**

DICTAMEN 2

- 1. OBJETO DEL DICTAMEN**
- 2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN**
 1. Las consecuencias de que D^a Amparo y D^a Lidón nunca llegaran a firmar el pacto de socios.
 2. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.
 3. La posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos.
 4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.
- 3. SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS**
- 4. CONCLUSIONES**

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

Dictamen que emite JORGE ROMERO MONTE, alumno del Doble Máster Universitario en Acceso a la Abogacía y Derecho de Empresa.

DICTAMEN 1

1. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a las consultas formuladas por CerTronic, Sociedad Anónima, empresa dedicada a la fabricación de componentes cerámicos aislantes, de amplia utilización en revestimientos e instalaciones eléctricas, sobre cuestiones que pueden suscitar efectos jurídicos en el ámbito jurídico de esta empresa y sus socios.

Para un mejor entendimiento de las proposiciones que este dictamen va a elaborar de sus fundamentos de hecho, así como los de derecho y sus conclusiones, vamos a articular el dictamen en torno a los distintos hechos objeto de derecho en los que se plantean dudas o cuestiones.

2. SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Como ya hemos adelantado, el Consejo de Administración de CerTronic nos ha solicitado un informe detallado de las distintas posibilidades que consideremos, exclusivamente, bajo el Derecho interno español. Nos han pedido que el informe acompañe, como anexo, un calendario de operaciones mercantiles y societarias y los plazos correspondientes, de manera simplificada y clara, para su comprensión. Anexo que adjuntamos al final de este dictamen. En especial, piden que se incluya expresamente en el informe su opinión sobre:

1. Diferentes alternativas para llevar a cabo la operación.

Esta adquisición entraña varias cuestiones jurídicas que es necesario analizar. La empresa nos ha informado acerca de las distintas operaciones y sus circunstancias. La primera sería, la posibilidad de que CerTronic adquiriera una sociedad italiana con domicilio social en Módena, denominada Cir-Ceramica *società a responsabilità limitata* (en adelante “**Cir-Ceramica**”, formada por dos socios: D. Angelo Vattermoli y una sociedad de capital riesgo “*Il Piccolo Avvoltoio, SRL*”, controlada al 100% por Vulture), que carece ya de actividad económica, al haber trasladado sus activos, en virtud de una escisión a otra sociedad. Sin embargo, el interés de esta operación reside en adquirir su marca, dado que ésta conserva un alto prestigio en el mercado.

El Consejo de Administración de CerTronic está valorando articular la operación de dos modos posibles:

La primera sería un *asset deal*, es decir, los dos socios de Cir-Ceramica aportarían la marca y, a cambio, se les entregarían acciones de CerTronic correspondientes al valor que se diera a la marca.

Eso, en el caso de que ésta fuese la operación más ventajosa, hay que tener en cuenta que las acciones les serían otorgadas de manera indirecta, es decir, la nueva socia sería Cir-Ceramica y ellos a su vez serían sus accionistas.

Para ello, se cuenta con dos posibilidades:

- Una sería, adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de ellas para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca a los socios de Cir-Ceramica, amortizar el excedente.
- La otra sería, llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.

La segunda de las opciones sería un *share deal*, es decir, CerTronic adquiriría las participaciones de los dos socios de Cir-Ceramica, de manera que CerTronic pasaría a ser la socia única de esta última. Para ello, CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, que ya tiene acordado con una entidad financiera. Inmediatamente después, CerTronic pretende acordar una fusión por absorción de su filial en Italia Cir-Ceramica.

Tras un análisis inicial, consideramos de interés explicar las principales diferencias entre la adquisición de empresas a través de *asset deal* y *share deal*.

El *asset deal* es una adquisición directa de activos que pertenecen a la otra sociedad, en nuestro caso concreto es la marca de Cir-Cerámica, mediante un contrato de compraventa celebrado directamente entre el CerTronic y Cir-Cerámica.

Las principales ventajas son, que existe menor riesgo de que existan cargas ocultas para el comprador tras la compra, esto implica a su vez que los vendedores otorgarán con mayor facilidad cláusulas de *reps and warranties*. Además, el comprador tendrá la ventaja de hacerse con los activos que más le interesen, desechando en cierta manera aquellos que no le sean de interés. Esta ventaja en el caso concreto no es tan importante, dado que la empresa sólo cuenta con un único activo.

Por el contrario, sus principales desventajas son: por un lado, este tipo de compraventa implica un mayor coste fiscal. La compraventa de activos está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITP), mientras que la operación *share deal* estaría exenta. Por otro lado, el *asset deal* implica mayores costes de transacción dado que habría que realizar la transmisión de los activos de forma individualizada. Esta desventaja no sería tan grave en el caso de CerTronic dado que es un único activo.

El *share deal*, sin embargo, conlleva otro tipo de ventajas y desventajas. Entre las primeras destacan: este tipo de compraventa facilita la transmisión de derechos y obligaciones de la sociedad, esto implica, en principio, costes de transacción menores, dado que la transmisión es global. Además, el *share deal* implica que no es necesario obtener consentimiento de los acreedores de la sociedad que va a ser adquirida como establece el artículo 1205 CC. Esto se debe a que en el *share deal*, la sociedad compradora mantiene la posición de la comprada en todos sus derechos de crédito. Será recomendable realizar una *due diligence* y recoger en el contrato de compraventa una cláusula de *reps and warranties* para protegerse de los pasivos ocultos que no hayan salido a la luz durante el proceso de negociación o en la propia *due diligence*.

Pero también tiene una serie de desventajas que deben ser tenidas en cuenta. Afecta directamente a la responsabilidad del vendedor porque el contrato en realidad se limita a la compraventa de acciones o participaciones sociales, aunque indirectamente sea la compra de una sociedad. Por lo tanto, será difícil (por no decir imposible) reclamarle a los socios de Cir-Cerámica responsabilidad

por el estado de los activos y pasivos de la sociedad. Sin embargo, existe la posibilidad de que en el contrato de compraventa se recoja de manera expresa que el objetivo final del contrato de compraventa es adquirir la sociedad, extendiendo así la responsabilidad del estado de los activos y pasivos a los socios vendedores, tal y como recogen las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 y 21 de octubre de 2013. Además, se puede incluir una cláusula de manifestaciones y garantías (*reps and warranties*) a través de la cuál los vendedores se comprometan a ser responsables de los errores que hubiese en la información que se utilizó para negociar la compraventa. También es recomendable en este tipo de operaciones hacer una *due diligence* para asegurarse de que los datos sobre los activos y los pasivos son correctos.

Por último, en cuanto al *share deal*, es importante tener en cuenta que la compraventa implicará consecuencias en aquellos contratos de la sociedad que tienen cláusulas de cambio de control, es decir, al cambiar el control de la sociedad de los socios de Cir-Cerámica a CerTronic, puede que implique la resolución anticipada de estos.

Dado que la primera cuestión que se nos plantea para este dictamen es cómo afectaría el régimen de autocartera sobre las distintas posibilidades, comenzaremos analizando la misma.

1.1. Adquisición por medio de autocartera.

El régimen de autocartera se encuentra recogido en el capítulo IV del Título IV del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “**Ley de Sociedades de Capital**” o “**LSC**”). Esta norma equipara las operaciones que se realizan sobre las acciones propias con las operaciones que se realizan con las acciones de la sociedad dominante. Por lo que cabe realizar un breve análisis de la relación que existe entre el socio de CerTronic, Vulture, y el socio de Cir-Cerámica, Il Picolo Avvoltoio SRL.

La definición de sociedad dominante se encuentre recogida en el artículo 18 LSC, que dispone que se considera que existe un grupo de sociedades cuando concurre alguno de los casos tasados y enumerados en el artículo 42 del Código de Comercio. Además, define la sociedad dominante como aquella que: “(...) ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”. Por lo tanto, nos remite directamente, al ya citado, Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante “**Código de Comercio**” o “**CCom**”). Este código establece en su artículo 42.1 que existirá un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otras sociedades. Además, en este artículo se recoge que: “(...) se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: (...)”. Las situaciones que enumera están relacionadas de manera directa e indirecta con la posibilidad de poseer la mayoría de los derechos de voto y la posibilidad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. En el caso concreto analizado no se daría ninguna de estas opciones, pues a pesar de estar claramente relacionadas dichas sociedades, lo que se examina no es la relación entre ellas sino entre las sociedades de las que forman parte en calidad de socios persona jurídica.

Volviendo al régimen de la autocartera, la LSC distingue distintos tipos para realizar dichas operaciones:

- Siendo las dos primeras, la adquisición originaria (recogida en los artículos del 134 al 139) y la derivativa (recogida en los artículos 151 al 155) de acciones propias.

- También existe la posibilidad de aceptar en garantía y la asistencia financiera en la sociedad anónima (recogidas en los artículos 149 a 150).
- Y, por último, las participaciones recíprocas (recogidas en los artículos 151-155).

Siguiendo el orden establecido en la LSC, la adquisición originaria por parte de las sociedades de capital de sus propias acciones (suscripción) o de las acciones creadas o emitidas por su sociedad dominante está prohibida en el artículo 134 LSC, que establece que: *“En ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante”*.

Sin embargo, existen excepciones legalmente establecidas, como, por ejemplo, la adquisición derivativa de las acciones propias siempre y cuando ésta se encuentre debidamente justificada y su fin sea legítimo. Al ser una excepción a la norma general, la adquisición derivativa de acciones propias se encuentra sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos estrictos, que complican en cierto modo esta forma de adquisición para CerTronic.

La ley distingue dos tipos de adquisiciones derivativas: la libre (recogida en el art. 144 LSC) y la condicionada (recogida en el art. 146 LSC). En nuestro caso nos es de aplicación lo recogido para la adquisición derivativa condicionada, está permitida por la LSC siempre que se cumplan los requisitos expuestos en el artículo 146.1.a) LSC. Este artículo establece que es necesaria la autorización de la junta general y determinar: *“(…) 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 (...)”*. Además, la autorización para llevar a cabo esta operación nunca podrá ser superior a los cinco años. El apartado b) de este mismo artículo establece el requisito de que la adquisición no puede producir: *“(…) el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles”*.

El segundo apartado de este mismo artículo (146.2 LSC) establece un límite relativo a la cuantía que implica que el valor nominal de las acciones adquiridas (sin importar si es de manera directa o indirecta), sumándose al valor de las que ya posee la sociedad, no podrá ser superior al veinte por ciento. Esta es otra de las desventajas que acarrea esta opción de adquisición, existen otras formas para adquirirlas que no tienen un límite máximo.

Queda manifiestamente claro que para poder realizar la operación de autocartera que nos plantea CerTronic, siguiendo con el análisis de esta figura jurídica en la norma, en todos los casos de adquisiciones derivativas se tendrán que ajustar al régimen recogido en el artículo 148 LSC.

La primera de las obligaciones exigidas en este régimen concreto es que el ejercicio del derecho de voto, y los demás derechos políticos, de las acciones quedan suspendidos. Además, los derechos económicos tendrán que ser atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

La segunda de las obligaciones es que las acciones propias *“(…) se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta”*.

La tercera, obliga a establecer en el patrimonio neto una reserva indisponible que sea *“(…) equivalente al importe de las participaciones o acciones de la sociedad dominante computado en el activo”*. Esta reserva tendrá que mantenerse hasta que las acciones propias sean enajenadas. La cuarta, y última, conlleva mayor complejidad dado que enumera a su vez las distintas menciones que tendrá que contener el informe de gestión de la sociedad adquirente. Estas son: los motivos de las adquisiciones y enajenaciones; el número y valor nominal de las participaciones o acciones

afectadas por las operaciones y la fracción del capital social que representan; la contraprestación por las participaciones o acciones; y, por último, el número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera y la fracción del capital social que representan. Según el tercer apartado de este artículo los administradores serán quienes controlen que se cumplan todas estas condiciones legales.

Prestaciones accesorias

Con respecto al pacto parasocial la LSC recoge que: *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. Por lo que cabe analizar qué consecuencias tiene que haya sido inscrito en los estatutos como **prestación accesorias**. El cuarto apartado del artículo 146 de la LSC que recoge que: *“Será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias”*.

Se nos ha informado que en el pacto de socios fruto del acuerdo de refinanciación, se estableció una prestación accesorias que implica la obligación de todos los accionistas a suscribir dicho pacto. Es necesario por tanto entrar a analizar qué tipo de prestación accesorias es, y si ésta puede entenderse como aparejada a las acciones de CerTronic.

Las prestaciones accesorias son obligaciones con las que los socios se comprometen y cuyo objetivo es reportar un beneficio para la sociedad. Pueden tener distintas formas dado que la definición de obligación establecida en el artículo 1088 del Código Civil es realmente amplia: *“Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”*. Además, el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante **“Reglamento del Registro Mercantil”** o **“RRM”**) recoge en su artículo 187.1 que las prestaciones accesorias deberán ser detalladas en los estatutos, determinando cuál es su contenido concreto y determinado *“(…) que podrá ser económico o en general cualquier obligación de dar, hacer y no hacer, así como el carácter gratuito o retribuido de las mismas (…)*”. El segundo apartado de dicho artículo no sería de aplicación dado que habla de manera expresa de participaciones sociales y no acciones. Sin embargo, en el artículo 86.3 de la LSC se dispone de la siguiente forma: *“Los estatutos podrán establecerlas (las prestaciones accesorias) con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas”*. Desconocemos en este caso como se emitieron las acciones, pero si se hubiesen emitido como títulos deberán recoger de manera expresa las prestaciones accesorias que lleven aparejadas tal y como recoge el art. 114.f) LSC; y, subsidiariamente, el artículo 113 de la misma norma recoge que deberán ser necesariamente nominativas.

El artículo 86 de la LSC establece que las prestaciones accesorias tienen, por lo tanto, una doble naturaleza, estatutaria y societaria, lo que implica que para ser establecidas, modificadas o extinguidas deben seguir el régimen general de modificación de los estatutos sociales de la sociedad anónima, siendo obligatorio también recabar el consentimiento de cada uno de los que socios que se van a obligar tal y como se establece en los arts. 89.1 y 291 de la Ley de Sociedades de Capital. No sólo acarrea todas estas consecuencias, sino que además esta modificación estatutaria es causa legal de separación de la sociedad como recoge el art. 346.1.d) LSC.

La resolución de la DGRN de 26 de junio de 2018 analiza un caso de inscripción de la cláusula de cumplimiento de un protocolo familiar. Se ratifica su validez: *“(…) la DGRN establece que la prestación accesorias es identificable por los socios actuales y por los socios futuros que, al*

*adquirir acciones de la sociedad, quedan obligados por la prestación accesoria establecida en los estatutos. Conviene destacar que, además de ser firmado por todos los socios, la junta general aprobó por unanimidad el protocolo familiar en la misma reunión en la que se modificó el artículo de los estatutos cuya inscripción se debatía*¹. Cumpliendo así con los requisitos legales establecidos en los artículos 29 y 86 de la LSC. Por lo tanto, es válido inscribir en los estatutos pactos sociales como prestaciones accesorias.

Sin embargo, el tercer apartado del artículo 86 LSC recoge que: *“Los estatutos podrán establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas”*. Es de vital importancia la distinción que hace este artículo, separando claramente la posibilidad de establecer prestaciones accesorias en los estatutos o vincularlas a las acciones concretamente determinadas. En el caso de CerTronic, Teniendo en cuenta los hechos que nos han trasladado, está claro que la prestación accesoria está establecida en los estatutos y no vinculada a las acciones, dado que se nos habría informado y no parece razonable suponer que todas las acciones están sujetas a esta obligación. Por lo que la adquisición en autocartera sería viable para CerTronic.

Por lo tanto, volviendo al análisis de la autocartera, en caso de incumplimiento de los requisitos legales recogidos con anterioridad en este dictamen, la regla general es que la adquisición no es nula, aunque sean adquisiciones realizadas de manera contraria a la norma, dado que la sociedad solo está obligada a enajenar las acciones indebidamente adquiridas en un plazo máximo de un año. Si no se produjese esta enajenación, CerTronic, el secretario judicial o el registrador mercantil, siempre que los administradores o cualquier interesado lo solicitase, deberá amortizar las acciones propias adquiridas, tal y como recogen los artículos 139 y 147 LSC.

De manera adicional, en el tiempo en el que las acciones propias se encuentren en poder de CerTronic quedan sometidas a un régimen especial que consiste en: la suspensión de del ejercicio de los derechos de voto u otros derechos políticos que estuviesen aparejados a las acciones adquiridas; los derechos económicos quedan repartidos de manera proporcional entre el resto de los accionistas (art. 148 LSC); y por último, los administradores tendrán que informar de manera detallada en su informe de gestión de las adquisiciones de estas acciones (artículos 148.d y 262.2 de la LSC).

Permuta o pago en especie.

La operación posterior se puede plantear desde dos perspectivas distintas. La permuta y la compraventa con pago en especie. Dado que consideramos más adecuada para esta operación la última, sólo explicaremos de manera breve la primera mientras que profundizaremos más en la segunda.

La **permuta** es definida en el artículo 1538 del Código Civil como: *“(…) un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”*. En el caso concreto que estamos analizando la sociedad Cir-Ceramica sería la obligada a entregar su prestigiosa marca en Italia a cambio de recibir por parte de CerTronic las acciones que ésta última ha adquirido previamente en régimen de autocartera. La permuta sin embargo es una opción que estrictamente

¹ CALBACHO, Fernando y LÓPEZ DE HARO, Ignacio. “El cumplimiento del protocolo familiar mediante prestación accesoria”. URÍA MENÉNDEZ

pertenece al ámbito del derecho financiero y bancario, lo que implicaría a la larga una mayor complicación a la hora de llevar a cabo esta operación.

Por tanto, una vez CerTronic adquiera las suficientes acciones en autocartera lo más recomendable será que lleven a cabo la operación de compraventa con **pago en especie**.

La compraventa está definida de manera general en el artículo 1445 del Código Civil de la siguiente manera: *“Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*. Por lo tanto, Cir-Ceramica, como parte vendedora, tendrá que transmitir su marca de prestigio a CerTronic, que será la parte compradora, que cumplirá con su obligación de pagar haciéndolo en especie entregando a la sociedad italiana las acciones adquiridas en autocartera. La compraventa tendrá que cumplir posteriormente con los requisitos necesarios.

La compañía nos ha pedido que analicemos también la posible **amortización del excedente** tras realizar esta operación. Entendemos que esta consulta se refiere a la posibilidad de que una se haya adquirido la marca sobrasen acciones, es decir, hubiese un excedente que quedase en régimen de autocartera por lo que, según lo analizado anteriormente en este dictamen, sería necesario enajenarlas o amortizarlas a través de una reducción de capital tal y como se recoge en el artículo 317 y siguientes de la LSC. Para realizar esta amortización del excedente habrá que convocar una junta general para acordar la reducción de capital de las acciones sobrantes. El artículo 194.1 LSC establece que para que sea válidamente celebrada esta junta es necesaria: *“(…) en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto”*. Mientras que en la segunda convocatoria valdrá con el veinticinco por ciento. Además, tendrán que cumplir con lo recogido en el artículo 201.2 LSC.

Junta General para aprobar la autocartera.

Una vez analizadas todas estas cuestiones hay que analizar el proceso para aprobar la operación de autocartera. Tendrá que ser a través de un acuerdo de la Junta General Extraordinaria de la Sociedad tal y como recoge el artículo 165 LSC. Esta junta tendrá que ser convocada por el Consejo de Administración de CerTronic tal y como se recoge en el artículo 166 LSC. Que exista una vacante no será impedimento para la válida convocatoria, como recoge la resolución de la DGRN, de 14 de marzo de 2018 recoge que el Consejo de Administración incompleto, pero legítimamente constituido, tiene competencia para convocar la junta y fijar el orden del día, sin tener que ceñirse únicamente a un acuerdo de convocatoria de la Junta General con el fin de ocupar la vacante.

El régimen de convocatoria de la junta está recogido en los artículos 173 a 177 de la LSC. En el primero de estos, el 173, se recoge la forma de convocatoria de la Junta que podrá ser mediante su página web (si cumple los requisitos exigidos legalmente) o a través del “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia donde esté situado el domicilio social. El artículo 174 recoge cuál deberá ser el contenido de la convocatoria: *“(…) nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria”*. El artículo 175 recoge los requisitos relativos al lugar de celebración, que en principio se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio, si no figurase lugar se entiende que se celebra en el propio domicilio. El siguiente artículo, el 176, es especialmente relevante dado que establece cuál es el plazo previo de convocatoria, es decir, que: *“Entre la convocatoria y la fecha*

prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, un mes en las sociedades anónimas (...)”, como es el caso de CerTronic. Por último, el artículo 177 recoge el régimen para la segunda convocatoria en caso de que ésta fuese necesaria.

El acuerdo para la compraventa no requerirá de los quórum o mayorías especiales analizados previamente en este dictamen para otras cuestiones jurídicas, sino que será suficiente con lo establecido en el artículo 193 de la LSC que establece que en las sociedades anónimas la junta quedará válidamente constituida en su primera convocatoria cuando: “(...) *los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior*”. El segundo apartado de este artículo recoge lo aplicable en el supuesto de que fuese necesaria una segunda convocatoria. Por lo tanto, será suficiente la aprobación de la operación de compraventa con un acuerdo por: “(...) *mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado*” tal y como recoge el artículo 201 de la LSC.

1.2. Análisis de la opción de aumento de capital.

La segunda opción que propone CerTronic, sería llevar a cambio un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca. Este aumento se enmarcaría en el tipo de “*aumento del capital con aportaciones no dinerarias*”. Esto implica que al ser el contravalor del aumento aportaciones no dinerario, la sociedad anónima deberá realizar un informe pericial elaborado por uno o varios expertos independientes, tal y como está recogido en los artículos 67 y siguientes de la LSC. Dicho informe según el segundo apartado del citado artículo deberá contener: “(...) *la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida.*” Además, el artículo 300 LSC exige que los administradores deberán realizar un informe y ponerlo posteriormente a disposición de los socios antes de convocar la junta para decidir si se acuerda o no el aumento de capital.

Analizaremos más en detalle la figura jurídica del aumento de capital. Éste puede ser definido como una modificación de los estatutos sociales que está dirigida a elevar la cifra de capital que contienen. Tiene una especialidad con respecto al resto de modificaciones estatutarias dado que no concluye con la adopción del acuerdo social, sino que debe ejecutarse y terminar con la inscripción registral.

Es de interés para analizar en este dictamen la fase de ejecución del acuerdo de aumento de capital, dado que tiene una serie de requisitos formales que deben ser cumplidos para proteger a terceros y cumplir así con el principio de publicidad registral. Esta fase de ejecución del aumento de capital, una vez se haya realizado la suscripción y desembolso de las nuevas acciones, concluirá una vez se inscriba en el Registro Mercantil. Por lo tanto, se inscribirá de manera simultánea el acuerdo de aumento de capital y la ejecución de este, como recoge el artículo 315.1 LSC: “*El acuerdo de aumento del capital social y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil*”. El objetivo es evitar que tengan publicidad acuerdos que todavía no se han ejecutado, dado que es la publicidad la que provoca que el aumento sea

plenamente efectivo. Si el aumento fuese incompleto será de aplicación el artículo 311 de la LSC, y en cumplimiento del art. 316 de la misma norma.

Siguiendo con el análisis del aumento de capital, existen varios tipos que se clasifican atendiendo a distintos criterios, siendo de especial relevancia los recogidos en el artículo 295.2 de la Ley de Sociedades de Capital que son los relativos a la naturaleza del contravalor de la operación. En el caso concreto de CerTronic la operación conlleva un aumento del patrimonio social neto debido a la aportación no dineraria.

Según el artículo 295.2 de la LSC, para realizar un aumento de capital por aportaciones no dinerarias existen varios requisitos que deben ser cumplidos. En cuanto a la adopción del acuerdo de ampliación de capital deberá ser adoptado por la Junta general de socios y cumpliendo con los requisitos generales de toda modificación estatutaria como establece el art. 296.1 LSC².

Dado que CerTronic es una sociedad anónima no es necesario que el acuerdo de aumento de capital que adopte la Junta general recoja todos los datos de la operación, sino que podrán delegar en los administradores la facultad de completar dicho acuerdo. Eso sí, es los administradores tendrán un plazo de un año desde la adopción para cumplir. En cualquier caso, los administradores tienen también la facultad de redactar los estatutos sociales incluyendo el aumento de capital, una vez ejecutado dicho acuerdo (art. 313 LSC).

Debido a que CerTronic es una sociedad anónima, la regla general es que en principio basta con que el valor de cada una de las acciones, una vez aumentado el capital, esté desembolsado por lo menos en una cuarta parte como establece el artículo 296.3 LSC. Pero, es obligatorio realizar el desembolso desde el momento mismo de la suscripción como recoge el art. 312 LSC. En este caso no es posible el desembolso parcial dado que lo que se va a aportar es la marca, no dinero.

Una vez concluya la fase de la suscripción, tendrá que otorgarse una escritura de ejecución donde deberán expresarse los bienes y derechos aportados, así como la identidad de los nuevos socios, como pasará a ser la numeración de las acciones y la declaración de los administradores de que la titularidad de éstas se ha reflejado en el Libro Registro de Socios o Libro Registro de acciones nominativas, tal y como establece el art. 314 LSC.

Además, el art. 165 RRM establece que el aumento ha de ser inscrito en el Registro Mercantil en virtud de una escritura pública, siempre y cuando hayan sido debidamente ejecutados. El artículo 166 de esta misma norma recoge cuales son los requisitos formales y materiales que deberá contener la escritura del aumento del capital social para que sea válida.

El 167 RRM recoge los requisitos en cuanto al capital autorizado, y el 168 las clases de contravalor del aumento de capital social. Además, dado que estamos ante una aportación no dineraria el apartado tercero de este último artículo nos remite a los artículos 133 y 134 de esta misma norma, que tratan sobre las aportaciones no dinerarias y los desembolsos pendientes.

Existe una controversia jurídica sobre si la inscripción es el momento en que se constituye realmente el aumento, ha sido resuelta en varias ocasiones por la DGRN en sus Resoluciones de 28 de marzo de 1995, de 3 de diciembre de 1999 y de 22 de octubre de 2003, coincidiendo en todas estas que verdaderamente el momento de constitución es la inscripción.

² VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (3º Ed), España, Wolters Kluwer.

Además, al estar en este caso concreto ante un aumento de capital no dinerario, para realizar un análisis extensivo hay que estudiar previamente el régimen de las aportaciones no dinerarias.

Las **aportaciones no dinerarias** tienen dos potenciales peligros que han de ser tenidos en cuenta: por un lado, es realmente complicada su correcta valoración; y por otro, conllevan un riesgo derivado de que dicha aportación pueda ser reivindicada por un tercero o que la aportación tenga algún defecto o vicio que la haga inútil para la finalidad para la que se adquirió.

Para la valoración en las sociedades anónimas se establece que debe ser valorada de manera previa por un experto independiente. El artículo 67.1 LSC establece que las aportaciones no dinerarias: “(...) *habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social (...)*”. El segundo apartado de este mismo artículo dispone que el informe deberá contener la descripción de la aportación y la valoración de la aportación, recogiendo cuáles han sido los criterios utilizados. Aunque existen varios supuestos en los que esta obligación legal no aplica. Las excepciones son: la primera, la adquisición de valores mobiliarios que coticen en un mercado regulado; y la segunda, cuando los bienes hayan sido valorados por un experto independiente en los últimos seis meses. La Ley 1/2012, de 22 de junio, amplía los casos siempre tomando como punto de partida que se haya llevado a cabo una valoración independiente, objetiva y reciente.

En el caso de CerTronic desconocemos si se ha hecho o no la valoración reciente por lo que es recomendable que realicen el informe y así cumplir con los requisitos legales.

La aportación no dineraria es una marca por lo que será de aplicación el artículo 133.1 de la LSC que establece que “*Cuando la aportación fuese no dineraria, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con indicación de sus datos registrales, si los tuviera, el título o concepto de la aportación, así como el valor de cada uno de ellos*”. En su segundo apartado se recoge que el informe obligatorio para las aportaciones no dinerarias se tendrá que incorporar a la escritura de aumento de capital: “(...) *depositándose testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil*”. Será necesario que en la inscripción conste el nombre del experto que realizó el informe, también el procedimiento que se siguió para designarle, la fecha en la que se emitió el informe y las diferencias, si las hubiese, “(...) *entre el valor atribuido por el experto a cada uno de los bienes objeto de aportación no dineraria y el que a los mismos se le atribuya en la escritura*”.

La aportación no dineraria que nos ocupa es una marca de prestigio en Italia. La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas (en adelante “**LM**”) define la marca en su artículo 4.1 como “(...) *cualquier signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras*”. El sistema español de marcas es registral. Por ello, el derecho de propiedad sobre la marca para ser adquirido correctamente debe ser registrada válidamente como recoge el art. 2.1 LM, en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Volviendo al aumento de capital no dinerario, cuando se realiza en un aumento de capital social, como ya se ha analizado en el presente informe, se exige que al tiempo de la convocatoria de la junta general se ponga a disposición de los socios el informe de los administradores que contenga todos los detalles de la aportación, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las acciones que se vayan a entregar a cambio, la cuantía del aumento y “*las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes*” tal y como recogen los artículos 300.1 LSC y 168.2 RRM. Es obligatorio que el informe del experto de acuerdo con el artículo 67 LSC sea elaborado en el momento de la convocatoria y se ponga a

disposición de los accionistas en la forma establecida en el artículo 300.2 LSC para el informe de los administradores.

Convocatoria y celebración de la junta general.

Para llevar a cabo la ampliación de capital será necesario que se convoque Junta General Extraordinaria con la circunstancia especial que será necesario dar acceso a cuando se convoque que poner a disposición de los accionistas el informe del Consejo de Administración de CerTronic que contenga los requisitos indicados en el artículo 300 LSC. “(...) *las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones que hayan de crearse o emitirse, la cuantía del aumento del capital social y las garantías adoptadas (...)*”. Por lo tanto, es manifiestamente claro que la ampliación con aportación no dineraria deberá ser analizada y preparada de manera previa a la convocatoria, lo que significa que tienen que haberse llevado a cabo las negociaciones entre CerTronic y Cir-Ceramica. El informe de los administradores deberá ser puesto a disposición de los socios en el domicilio social o bien se les podrá enviar de manera gratuita, tal y como recoge el segundo apartado del mismo artículo³.

El quorum necesario para la constitución y posterior celebración de la junta consideramos que es el quorum reforzado recogido en el artículo 194 LSC. Además, para la adopción del acuerdo social sería de aplicación el artículo 201.3 LSC que recoge que para la adopción de acuerdos sociales se podrán elevar las mayorías necesarias para adoptar acuerdos sociales. Dado que en los estatutos de CerTronic se incluyó como prestación accesoria la elevación de la mayoría para aprobar los aumentos de capital hasta el 67%, ésta se aplicará en este caso concreto. Es decir, será necesario el voto favorable del 67% del capital social presente o debidamente representado.

Una vez aprobado el acuerdo de aumento de capital se redactará el acta de la junta y posteriormente el secretario del Consejo de Administración formalizará la certificación donde consten los acuerdos que se van a inscribir en el registro mercantil, en el caso de CerTronic el acuerdo de aumento de capital por aportación de activos no dinerarios indicando las acciones que se entregan, así como el importe de la prima de emisión y todos los datos y circunstancias del aportante. Es necesario elevar a público dicho acuerdo, otorgando la preceptiva escritura pública del tan referido aumento tal y como establece el artículo 5.1 CCom. Una vez se otorgue la escritura pública de ampliación de capital se tendrá que liquidar el impuesto de operaciones societarias, y posteriormente se tendrá que inscribir en el Registro Mercantil de Castellón.

Por último, los administradores tendrán que incluir en el libro de registro de socios a CirCeramica como nueva persona jurídica accionista, deben indicar a su vez el número y la clase de las acciones que les corresponden.

1.3. Adquisición y fusión de la sociedad italiana.

Comenzaremos por el análisis de la adquisición de la empresa italiana. El artículo 325 CCom, determina si la compraventa está sujeta a Derecho Civil o Mercantil. Los requisitos para que sea

³ MENÉNDEZ, Aurelio. ROJO, Ángel. Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I. Editorial Thomson Reuters. 13ª Edición. Navarra, 2015.

mercantil son: Naturaleza mueble del objeto de la compraventa, doble requisito subjetivo en el comprador (reventa o intención de lucro), ausencia de necesidad de transformación. En su artículo 326 el Código de Comercio⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1981 reconoció las empresas como bien económico susceptible de ser comprado y vendido de la siguiente manera: “(...) *integrada por empresario, trabajadores, medios financieros, etc., constituyendo una unidad socioeconómica de producción, pasa totalmente a un nuevo titular sin que cambien en nada sustancial la vida de la industria transferida que se concibe con absoluta autonomía e inalterable unidad cualquiera que sea la persona física o jurídica que tiene de titular (...)*”.

Las acciones y las participaciones sociales son definidas en el artículo 1 LSC como: “(...) 2. *En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.* 3. *En la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales (...)*”.

La forma de adquirir esta sociedad será a través de un *share deal*, como ya se adelantó en los primeros apartados del presente dictamen, es decir, hacerse con un paquete de control de acciones/participaciones sociales, que en el caso de CerTronic sería la totalidad de las acciones. En el ordenamiento jurídico español, la transmisión de participaciones sociales se encuentra recogida en los artículos 106 a 111 de la Ley de Sociedades de Capital. Al ser Cir-Cerámica una sociedad italiana con domicilio social en Módena, la adquisición será de acuerdo al derecho italiano, por lo que no cabe analizar más en profundidad la compraventa, sino la operación posterior a ésta, es decir, la fusión⁵.

La fusión, tal y como establece el artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante “LME”), es el proceso jurídico a través del cual dos o más sociedades se integran como una única sociedad. Este proceso puede hacerse de varias maneras siendo la más habitual la transmisión en bloque de sus patrimonios y, por tanto, la atribución a los socios de las sociedades extinguidas las acciones de la sociedad resultante.

Las normas generales de las fusiones están recogidas en el capítulo primero del Título Segundo de la LME. En el caso de Cir-Cerámica estaríamos ante una fusión por absorción por una sociedad ya existente, que adquirirá por sucesión universal el patrimonio de la sociedad italiana, aumentando así el capital social de la sociedad española, integrándose así los socios de la sociedad absorbida en la sociedad absorbente.

El régimen general de la fusión se estructura en torno a las siguientes fases: i) preparación del proyecto común de fusión y de los informes obligatorios; ii) adopción del acuerdo de fusión por la junta de las sociedades implicadas; iii) ejecución de la fusión con la formalización en escritura pública del acuerdo de fusión y su inscripción en el Registro Mercantil.

Por lo tanto, la primera fase es la preparación del proyecto común de fusión. Este será preparado por los administradores de cada una de las sociedades, en este caso de CerTronic y de Cir-Cerámica, que son las que participan en la operación, y deberán suscribirlo con su firma. El

⁴ TERRAZAS NEGRO, Irene, “El contrato de compraventa e acciones”, en: Artículos Jurídicos.

⁵ ALVAREZ ARJONA, J. M^a. y CARRASCO PERERA, A., Adquisiciones de Empresas (3^a Ed), 2010.

artículo 30.1 LME establece que los administradores de las sociedades que participen de la fusión tendrán que redactar un proyecto común de fusión. El tercer apartado del mismo artículo recoge que el proyecto de fusión tendrá un plazo de validez de seis meses desde su fecha de suscripción. En caso de que no sea aprobado por las juntas de socios dentro de este período de tiempo el proyecto quedará sin efecto.

El artículo 31 LME precisa cuál es el contenido mínimo. El proyecto de fusión tiene que contener las menciones siguientes:

- La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos que permitan identificar inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil.
- El tipo de canje de las acciones, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje.
- La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.
- Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.
- Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.
- La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.
- La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.
- Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.
- La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.
- Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.
- Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

El artículo 32 LME dispone que deberá ser publicado de la siguiente manera: los administradores están obligados a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión. Esta inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” además tendrán que acreditarse a través de una certificación. Además, la inserción en la página web y la publicación de este hecho en el “BORME” deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión.

Es importante tener en cuenta que la convocatoria para la junta que debe aprobar esta operación no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el “BORME”.

Los administradores deberán redactar además del proyecto común de fusión un informe que justifique dicho proyecto, es de especial relevancia el tipo de canje de las acciones, la valoración y las posibles implicaciones/consecuencias que puede tener la fusión. Dado que CerTronic es una sociedad anónima es también obligado un informe del proyecto de fusión que deberá ser realizado por uno o varios expertos independientes tal y como establece el artículo 34 de la LME.

La designación de los expertos independientes que elaborarán el informe se hará según lo previsto el art. 34.1 LME y los artículos 338 RRM y siguientes, este primero establece que: *“La competencia para el nombramiento corresponderá al registrador mercantil del domicilio social de la sociedad absorbente (...)”*. En este caso será por tanto el registrador mercantil de Castellón, que es donde se encuentra el domicilio social de la sociedad absorbente, CerTronic. El artículo 34.2 de esta misma norma establece el derecho de información de los expertos que: *“(...) podrán obtener de las sociedades que participan en la fusión, sin limitación alguna, todas las informaciones y documentos que crean útiles y proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias”*.

El tercer apartado de este mismo artículo establece que el informe del experto estará dividido en dos partes: la primera, en la que explicar los métodos que han seguido los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones de las sociedades que se extinguen, y también, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificada. La segunda parte del informe, deberá contener la información que permita demostrar que el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente⁶.

Por último, el 34.4 de la LME establece que el contenido del informe del experto sobre el proyecto de fusión será únicamente la segunda parte cuando así se haya acordado por todos los socios, con derecho de voto, de las dos sociedades que en este caso participan en la fusión.

Es necesario analizar si existe o no asistencia financiera en esta operación. Lo primero, la LSC recoge en su artículo 150.1 que: *“La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero”*. Al analizar como se reparten los porcentajes de las acciones de CerTronic y de CirCeramica, no podemos concluir hasta qué punto esta segunda está participada por Vulture, no conocemos los porcentajes de acciones ni de D. Angelo Vattermoli ni de la sociedad “Il Piccolo Avvolto, SRL” (esta sabemos que sí que está participada al 100% por Vulture). Pero sí conocemos que CerTronic tiene ya un préstamo acordado con una entidad financiera. Citamos literalmente la información que se nos ha dado: *“(...) CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, que ya tiene acordado con una entidad financiera”*.

Es importante recordar en este punto que en el pacto de socios de esta última sociedad se incluyó una cláusula que afectaría de manera directa a esta operación y que a continuación citamos: *“(...) cualquier nuevo crédito que solicitara (CerTronic) se estableciera en condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture”*. No nos ha sido proporcionada más información acerca del préstamo acordado por lo que entendemos que cumple con este requisito del pacto parasocial.

⁶ BROSETA PONT, M. Manual de derecho mercantil / Manuel Broseta Pont; [editor] Fernando Martínez Sanz. (2019) Edición: 26ª ed. Editorial: Madrid: Tecnos, 2019.

Es necesario acudir entonces al artículo 35 LME que recoge algunas reglas especiales para la primera fase de la fusión. En este caso estamos ante una fusión entre dos sociedades, y la empresa española ha contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de la sociedad italiana, por lo que se aplican las siguientes reglas: primero, el proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos, en este caso el préstamo solicitado por CerTronic. Segundo, este mismo informe deberá indicar cuáles son las razones que justifiquen la adquisición, en su caso, la operación de fusión con el objetivo de adquirir la marca. Además, deberá contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir. Tercero, el informe deberá contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos requisitos anteriores, determinando especialmente si existe **asistencia financiera**. En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión recogido en el artículo 42 LME.

CerTronic tendrá por tanto dos opciones que son: cumplir escrupulosamente con los requisitos del art. 35 LME, o dejar pasar el plazo de tres años establecido en la norma. Dado que las operaciones están ya preparadas, y parece que corre prisa llevarlas a cabo, tendrán que optar por la primera de las opciones⁷.

El último de los requisitos es explicar de manera razonada si existe o no asistencia financiera, cuestión que es necesario analizar. El objetivo último de la prohibición de asistencia financiera establecida en la Ley de Sociedades de Capital es proteger a la sociedad que va a ser adquirida, de forma más específica todavía, evitar que una sociedad que en principio tiene sus cuentas saneadas pase a fusionarse con una sociedad que acaba de obligarse con una importante deuda que a partir de ese momento también tendrá que soportar.

Pero en el caso concreto de Cir-Cerámica esta prohibición carece de sentido dado que es una sociedad que no tiene ninguna actividad económica, a la que el único activo que le queda es su marca de prestigio. Esto implica, que lógicamente Cir-Cerámica, una vez fusionada, no soportará el peso de la deuda, sino que ésta será cubierta con los recursos de CerTronic.

Existe jurisprudencia, como la sentencia del TS de 2 de julio de 2012, que defiende que la prohibición absoluta de la asistencia financiera tiene que ser interpretada de manera restrictiva cuando no se aprecie la existencia de riesgos para los acreedores ni para los accionistas minoritarios. Es decir, si la asistencia financiera no supone un riesgo para la solvencia de CirCerámica ni el principio de igualdad de trato entre los distintos socios.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 niega la nulidad de un negocio de adquisición de participaciones propias argumentando que: *“(...) la sociedad apenas llegó a ostentar la titularidad de sus propias participaciones, pues las transmitió inmediatamente, en cumplimiento del acuerdo de redistribución de participaciones sociales entre los miembros de la familia. Esto impidió que se llegara a generar el riesgo que se pretende evitar con la prohibición, que es la merma de la integridad del capital social. La ratio de la norma (art. 40.1 LSRL) responde principalmente a la salvaguarda de la efectividad e integridad patrimonial del capital social como garantía de los acreedores sociales, que no se ha visto afectada en un caso como el presente, en que la adquisición fue meramente instrumental y la tenencia tan fugaz que*

⁷ RONCERO SÁNCHEZ A. Fusión posterior a la adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente, volumen I.

duró lo esencial para su inmediata transmisión por el mismo contravalor. La tutela de los derechos políticos y económicos de los socios que también suele tenerse en cuenta al analizar el régimen jurídico de la autocartera, tampoco queda afectada en este caso, pues el entramado contractual en el que se enmarca la permuta cuya nulidad se pide, responde al acuerdo al que habían llegado todos los socios para redistribuirse la tenencia de las participaciones de las sociedades patrimoniales de la familia”.

Teniendo todo esto en cuenta, entendemos que la fusión es válida y viable, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales analizados en este dictamen.

Una vez realizado el proyecto de fusión, ésta deberá ser acordada por la junta de socios de cada una de las sociedades implicadas “(...) *ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta*” (art. 40.1 LME).

En el segundo apartado de este mismo artículo se establece cuáles son las reglas generales para la convocatoria de esta junta. Establece que debe ser convocado mínimo un mes de antelación a la fecha prevista de la convocatoria de la junta. El contenido de esta convocatoria son los recogidos en el artículo 31 LME, es decir, los contenidos del proyecto común de la fusión recogidos anteriormente en este dictamen. La constitución y el desarrollo de las distintas juntas deberá seguir los requisitos establecidos en el régimen aplicable a cada una de las sociedades implicadas (art. 40.1 LME), dado que CerTronic es una sociedad anónima la celebración de la junta se hará de acuerdo con su régimen específico. Al ser Cir-Ceramica una sociedad italiana, y haberse dado expresa instrucción de no examinar leyes extranjeras no se procederá con su análisis. Queda manifiestamente claro, que el acuerdo debe ajustarse estrictamente a lo establecido en el proyecto común de fusión. El contenido de dicho acuerdo viene recogido en el artículo 228 RRM.

Una vez adoptado el acuerdo de fusión, éste tendrá que ser publicado en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que las sociedades tienen su domicilio, en nuestro caso Castellón. Sin embargo, la obligación de anuncio podrá ser sustituida por una comunicación escrita a todos los socios y acreedores siempre y cuando se pueda asegurar y acreditar su recepción. La LME establece un plazo en su artículo 44.1, que impide que la fusión sea realizada antes de que transcurra un mes desde la fecha de publicación del último anuncio o la comunicación escrita, desde el envío de ésta al último de los socios o acreedores. Este plazo tiene una función concreta, que consiste en que durante ese mes los acreedores de las sociedades que van a ser parte de la fusión puedan ejercer el derecho de oposición a la fusión.

Otro requisito legalmente establecido es que las sociedades deberán elevar el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, y a dicha escritura deberá incorporarse el balance de fusión previsto en el artículo 36 LME. Además, la escritura deberá contener las menciones previstas en el artículo 227 RRM.

Dado que la fusión entre CerTronic y Cir-Ceramica es una fusión por absorción la escritura tendrá que contener las modificaciones estatutarias que se hubieren acordado tal y como establece el artículo 45.2 LME. “*Si se realizara por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número, clase y serie de las acciones o las participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas,*

en cada caso, a cada uno de los nuevos socios". El artículo 46.1 LME establece que la eficacia de la fusión se producirá cuando se inscriba la absorción en el Registro Mercantil de Castellón⁸.

El efecto más relevante de la fusión para este caso concreto es que se produce una continuidad en la participación de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad absorbente, recibiendo el número de acciones proporcional a su participación en la sociedad extinguida, como establece el art. 24.1 LME.

Además de los requisitos del artículo 35 LME, existe otra especialidad interesante que debe ser examinada. En este caso, al tratarse de una fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad la LME incorpora una serie de normas de carácter internacional que establecen que la fusión se regirá por lo que establezcan las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II del Título II de la LME. Este régimen común de las fusiones transfronterizas intracomunitarias está recogido en los artículos 54 a 67 de la LME, que incorporó la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005.

Antes de analizar este tipo de fusiones, estudiaremos qué implica que la fusión se haga sobre una sociedad que está íntegramente participada. Este tipo de fusiones, las impropias directas, son recogidas de la siguiente forma en el artículo 49.1 LME: *"1. Cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los siguientes requisitos: 1.º 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. 2.º Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria. 3.º El aumento de capital de la sociedad absorbente. 4.º La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas"*. Será de aplicación por tanto este régimen dado que CerTronic sería el titular del 100% de las acciones (art. 52.1 LME). La resolución de la DGRN de 1 de marzo de 2019 establece que: *"La simplificación no se limita a la supresión de meros requisitos formales y de información, sino que se proyecta en la innecesidad de cumplir requisitos generales que de otro modo serían exigibles"*.

Volviendo al régimen de las fusiones transfronterizas intracomunitarias, estas son definidas en el artículo 54.1 LME como las fusiones de sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes una de las sociedades que se fusione esté sujeta a la legislación española.

El artículo 55 de la LME establece que: *"Son aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias las disposiciones de este Capítulo y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general"*. Las normas especiales de la LME afectan a los siguientes ámbitos: el proyecto común de fusión (art. 59), el informe del órgano de administración (art. 60), aprobación de la fusión por la junta de socios (art. 61), derecho de separación de los socios (art. 62) certificación previa de la fusión (art. 64), y publicidad e inscripción de la fusión transfronteriza

⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., Informe de los Administradores y de los expertos independientes, volumen I, 2009.

(art. 66). Son normas que completan el régimen general de la fusión y que recogemos de manera concisa a continuación:

- En cuanto al proyecto común de fusión como recoge el art. 59 LME, lo “(...) *habrán de redactar los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión contendrá al menos las menciones establecidas con carácter general para el proyecto común de fusión de sociedades*. Además, el proyecto deberá incluir las menciones recogidas en el segundo apartado de este mismo artículo.
- El régimen especial afecta al informe del órgano de administración tal y como establece el artículo 60.1 LME se hará conforme al artículo 33 de esta misma ley y “(...) *se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores, (...) en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta de socios que ha de resolver sobre el proyecto común de fusión transfronteriza*”. En su segundo apartado se recoge que en cuanto los administradores de CerTronic reciban la valoración de los trabajadores sobre la fusión, ésta se adjuntará al informe.
- Para la aprobación de la fusión por la junta de socios el artículo 61 LME establece que: “(...) *la junta de socios de cada una de las sociedades que se fusionen podrá condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión (...)*”.
- Sobre el derecho de separación de los socios, el artículo 62 LME recoge que: “*Los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza intracomunitaria que hubieran votado en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital*”.
- La certificación previa de la fusión recogida en el art. 64 LME en el régimen transfronterizo implica que: “*A la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada, el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad que se fusiona certificará la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de las sociedades sujetas a la legislación española, a las que entregará sin demora el correspondiente certificado*.”
- Y, por último, la publicidad e inscripción de la fusión transfronteriza, el art. 66 LME recoge que este artículo es de aplicación a CerTronic dado que está sujeta a la legislación española. Además, su segundo apartado recoge que deberá publicarse una indicación (para cada una de las sociedades) en el BORME⁹ que recoja “(...) *las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre esas condiciones*”. Por último, el tercer apartado recoge que al estar la sociedad resultante sujeta a la legislación española, el “(...) *Registro Mercantil que haya practicado la inscripción lo notificará de inmediato a los Registros donde estén inscritas las sociedades participantes para que se proceda a su cancelación*”.

⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L Y PÉREZ TROYA A. Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, Navarra, 2008.

2. Traslado internacional del domicilio.

Por último, CerTronic prevé, una vez finalizada la operación de absorción de Cir-Ceramica, adoptar en la junta un acuerdo de traslado de su domicilio social a los Países Bajos. El objetivo es realizar una fusión de la nueva sociedad CirCeramica holandesa con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV, en cuyos estatutos se prevén cláusulas de “lealtad” que atribuyen un voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad en la sociedad. Con ese objetivo, Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture.

El traslado internacional del domicilio social está recogido en el Título V de la LME. En el preámbulo de la mencionada norma se recoge que dependiendo de sus características puede considerarse o no como una modificación estructural, pero que en realidad todos los traslados internacionales de domicilio deberían ser considerados como tal debido a las consecuencias que acarrearán en el régimen de la sociedad.

Es importante tener en cuenta que la principal consecuencia que conlleva este tipo de traslados es el cambio de la ley aplicable a la sociedad, así como la necesidad de coordinar la normativa de los ordenamientos de origen y destino. El artículo 92 LME establece que el traslado internacional de domicilio social se rige por lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales vigentes en España y por la LME, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea. En el mencionado artículo distingue dos supuestos de traslado:

- El primero, que se desarrolla en el artículo 93.1 LME, es del traslado al extranjero de una sociedad mercantil inscrita constituida conforme a la ley española. Según dicho artículo, esta operación sólo podrá realizarse si el estado a cuyo territorio se traslada el domicilio social permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.
- El segundo es el caso contrario, es decir, una sociedad constituida en el extranjero que se traslada a España. Este no sería el caso analizado en el presente dictamen.

Es posible mantener la personalidad jurídica de la sociedad cuando esto sea permitido por los ordenamientos jurídicos tanto de del país de origen como del país de destino. Por lo tanto, el ordenamiento de los Países Bajos tendrá que permitir que se produzca este traslado. Analizando el contenido del artículo 93.1 LME, el traslado al extranjero del domicilio de una sociedad española solo se permite si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad y además se cumple con las exigencias legales del mismo.

Este es el caso de los Países Bajos dado que su ordenamiento admite que las sociedades constituidas en el extranjero, como CerTronic, trasladen su domicilio social sin perder en dicho proceso su personalidad jurídica: Los Países Bajos utilizan un criterio de determinación de la *lex societatis* que atribuye a la sociedad la nacionalidad del estado en el que fue constituida, es conocida como la *Gründungs- theorie*. De acuerdo con esta interpretación la sociedad se registrará por “(...) las leyes del Estado donde fueron constituidas o registradas con independencia de dónde esté localizada su sede real o efectiva y de la nacionalidad de sus socios”.

Es necesario comentar lo que se conoce como modelo de constitución. Dicho modelo utiliza como punto de conexión para atribuir la nacionalidad a la sociedad el lugar fue constituida, y esto implica que la regulación que le será de aplicación será siempre la del país donde se llevó a cabo su constitución. Entre los países que utilizan este modelo están los Países Bajos.

Por otro lado, el modelo de sede real defiende que la sociedad tiene la nacionalidad del país dónde se encuentre su domicilio. Es decir, la nacionalidad no tiene nada que ver con dónde fue constituida originariamente. Este modelo se utiliza en otra serie de países, entre los que obviamente no se encuentran los Países Bajos.

Analizando ambos modelos desde la perspectiva de la Ley de Modificaciones Estructurales, es evidente que el modelo que mejor encaja en nuestro ordenamiento es el de la sede real (artículos 8 y 9 LSC). Es decir, se le da la posibilidad a las sociedades que se hayan constituido utilizando la legislación española, a trasladar su domicilio social para continuar desarrollando su actividad en otro país sin que el traslado implique la pérdida de la personalidad jurídica, pero podrán cambiar a la *lex societatis* del país donde tengan su sede real. Será más fácil entonces para las empresas españolas trasladarse a países que tengan el modelo de sede real¹⁰.

Además, consideramos pertinente examinar la normativa comunitaria, en los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”) y lo interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”) en relación con las citadas normas, el traslado del domicilio social al extranjero por parte de CerTronic sería legal. En la Unión Europea existe el principio de libertad de establecimiento que aplica también a las personas jurídicas tal y como recoge el artículo 54 TFUE.

Es especialmente relevante analizar el contenido de la sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2017, en el caso Polbud (C-106/16), se reafirma el principio de libertad de establecimiento de forma tajante y establece la posibilidad de trasladar el domicilio social a un Estado Miembro sin que sea de obligado que exista una conexión entre la sede real y el domicilio social de la entidad que pretende trasladarse. En la sentencia del Caso Polbud se analizó un traslado de domicilio de una sociedad de Polonia a Luxemburgo, y establecer en este último país su dirección efectiva. El TJUE consideró que Polonia no podía oponerse al traslado porque no se cumplía el principio de coincidencia de domicilio social y de sede real que exigía el derecho polaco. Además, permite el traslado del domicilio a pesar de que la sociedad no vaya a ejercer una actividad económica en el país de destino. El TJUE reconoció también la posibilidad de optar por la legislación más ventajosa y que esta sea la única motivación de la transformación transfronteriza: “(...) *no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa (...)*”.

Habiendo observado estas cuestiones, el traslado de domicilio internacional de CertTronic será legalmente posible y podrán elegir la ley que más les convenga. Además, en el año 2019 se promulgó la Directiva 2019/2121, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (en adelante “**Directiva de movilidad transfronteriza**” o “**Directiva de movilidad**”). En esta directiva se recogió el siguiente proceso:

- (i) Proyecto de transformación e informes (Artículo 86 quater y 86 octies).
- (ii) Aprobación por la junta de la sociedad (Art. 86 nonies).
- (iii) Expedición del certificado previo a la transformación (Art. 86 quaterdecies).

¹⁰ GOENECHEA, J.M. y GRACIA, C. Traslado al Extranjero del Domicilio Social de las Sociedades Mercantiles Españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales. Artículo Online de Uría-Menéndez.

(iv) Control y registro de la sociedad en el Estado de destino (Art. 86 sexdecies-86 novodecies).

Además, establece una regla especial de tutela de los socios minoritarios. Establece dos mecanismos, el primero, es necesaria una mayoría cualificada para aprobar la operación transfronteriza. Se exige una mayoría no inferior a dos tercios, pero no superior al 90% de los votos asociados al capital representado en la junta. Por último, la directiva recoge el derecho de separación a los socios minoritarios, esto es, un derecho a liquidar su participación en la sociedad. Este derecho tiene su fundamento en que el traslado del domicilio social al extranjero conlleva un cambio de ley aplicable al contrato de sociedad, con las consecuencias jurídicas que esto implica. Este derecho de separación general solo es reconocido a los socios que hayan votado en contra de la operación (coincide con el art. 99 LME). El plazo para ejercer este derecho es de un mes desde la fecha de la junta general.

Proceso para el traslado.

Una vez analizada la normativa y jurisprudencia comunitaria, centraremos el análisis en cómo se ha de llevar a cabo este traslado según las leyes españolas. Dado que en nuestro caso debemos analizar el traslado de CerTronic a los Países Bajos, deberemos utilizar el régimen legal establecido en los artículos 95 a 103 de la LME.

El proceso de traslado comienza con la redacción y suscripción de los administradores de la sociedad de un proyecto de traslado tal y como recoge el art. 95.1 LME. El apartado segundo de este mismo artículo recoge que dicho informe tendrá que recoger obligatoriamente: la denominación y domicilio de la sociedad, los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil; el nuevo domicilio social propuesto; los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social; el calendario previsto para el traslado; y por último, los derechos previstos para la protección de los socios, de los acreedores, y de los trabajadores.

El proyecto deberá depositarse en el Registro Mercantil y debe ser publicado en el BORME conforme a las reglas previstas en el artículo 95.3 LME. Una vez efectuado el depósito del proyecto de traslado, el Consejo de Administración tendrá la facultad de convocar la junta de socios para aprobar acuerdo social del traslado del domicilio social al extranjero. Esta junta no se podrá celebrar hasta que no transcurran dos meses desde la publicación del anuncio en el BORME tal y como indica el artículo 98.1 LME. La publicación del anuncio en el BORME da lugar a la siguiente fase que es el informe de los administradores.

El informe de los administradores.

Es de especial relevancia para este informe lo recogido en el artículo 96 LME que establece que los administradores tendrán que elaborar un informe “(...) *explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores*”. Es importante el informe debido a que el traslado tiene muchísimas consecuencias para los grupos de personas recogidas en el artículo anteriormente citado.

Son especialmente relevantes las obligaciones recogidas en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante “**Estatuto de los Trabajadores**” o “**ET**”) que en estos casos establece la obligación de comunicar individualmente a los empleados el proyecto de traslado (artículo 40 ET), notificar a sus representantes (artículo 44 ET), y finalmente realizar un periodo de consultas con los últimos (artículo 64 ET).

Una vez los administradores hayan realizado el preceptivo informe tendrán que ponerlo a disposición de los socios y los acreedores en el domicilio social junto con el proyecto de trasladado. Además, estos podrán solicitar copias gratuitas de estos documentos si las solicitasen, tal y como recoge el artículo 98.2.2ª LME.

El acuerdo de la junta para el traslado del domicilio.

Una vez analizado el informe de los administradores y el proyecto de traslado, es necesario examinar la siguiente fase que sería la aprobación del traslado en la junta de socios. El artículo 97 LME recoge que el traslado tiene que ser aprobado por la junta de socios con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen propio de la sociedad que se traslada (art. 97 LME), en este caso sería el régimen de las sociedades anónimas, dado que es el de aplicación a CerTronic. El artículo 98 LME establece, a su vez, normas específicas sobre la convocatoria de la junta y el derecho de información de los socios.

En el artículo 99 LME se establece un régimen de derecho de separación de los socios que hayan votado en contra del acuerdo de traslado “(...) conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital”. Por otra parte, también el derecho de oposición de los acreedores, que se rigen por lo establecido para el proceso de fusión que ya se ha analizado en este dictamen.

Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar su derecho de oposición en los mismos términos que están previstos para la fusión tal y como se establece en el art. 100 LME. Además, aquellos socios que voten en contra de este acuerdo tendrán derecho de separación como establece el art. 99 LME.

El acuerdo de traslado deberá constar en escritura pública, que habrá de ser presentada en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, en este caso concreto en el RM de Castellón. El Registrador mercantil tendrá que certificar si se han cumplido todos los requisitos que debe realizar la sociedad antes del traslado. Una vez expedida dicha certificación, quedará cerrado el registro para nuevas inscripciones tal y como establece el artículo 101 LME. El siguiente artículo (102 LME) establece que tanto el traslado del domicilio social como la modificación de la escritura social de los estatutos relativa al cambio de domicilio social serán efectivas a partir de la inscripción en el Registro del nuevo domicilio.

El artículo 103 LME dispone que la cancelación de la inscripción en el Registro de origen se producirá cuando sea aportado el certificado del registro de destino que acredite que la sociedad ha sido inscrita y los anuncios que sobre esa inscripción se han tenido que publicar en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tuvo su domicilio, en nuestro caso es Castellón. El traslado de domicilio al extranjero deberá ser acordado obligatoriamente por la junta de socios como recoge el artículo 97 LME: “(...) con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada”.

El artículo 98.1 LME recoge que la convocatoria de la junta deberá publicarse en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta.

Además, el segundo apartado de este mismo artículo afirma que junto con la convocatoria de la junta será necesario que sean publicados las siguientes menciones: la primera, el domicilio actual y el domicilio que en el extranjero pretende tener la sociedad. La segunda, el derecho que tienen los socios y los acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de obtener gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos. Y la tercera y última, el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y la forma de ejercitar esos derechos.

Por último, habrá que convocar la junta siguiendo los requisitos legales y formales que se han analizado ya en el presente dictamen, atendiendo a lo establecido en el artículo 194 LSC dado que se trata de un traslado de domicilio social al extranjero, es decir, en primera convocatoria al menor deben estar presentes o representados los accionistas que: “(...) posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto (...)” o bien, “(...) en segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital (...)”.

Además, la mayoría para adoptar el acuerdo será la mencionada en el artículo 201.2 LSC que establece que en la primera convocatoria: “(...) si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta”. Si hubiese que celebrar una segunda convocatoria habrá que atender a lo recogido en este mismo artículo para ese caso. Si se llegase a aprobar el acuerdo del traslado de domicilio social al extranjero, éste tendrá que ser inscrito en el Registro Mercantil, como ya se ha adelantado en este dictamen la LME recoge la posibilidad de que los socios puedan ejercer un derecho de separación y los acreedores podrán ejercer su derecho de oposición, siempre y cuando su crédito frente a la sociedad hubiera nacido con anterioridad a la fecha de publicación del proyecto de traslado.

A continuación, analizaremos más en profundidad ambos derechos dado que pueden llegar a ser muy relevantes en caso de que el traslado finalmente se acordase.

El primero, el **derecho de separación** viene recogido en el artículo 346.3 LSC recoge cuáles son las causas legales para la separación de los socios: “(...) los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”. Dado que nos remite a otra norma es necesario acudir a ésta última que en su artículo 99 LME de la siguiente forma: “Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital”.

Además, en el caso de las sociedades anónimas, el artículo 348 de la LSC establece que los acuerdos sociales que den lugar al derecho de separación tendrán que ser publicados en el BORME, si las acciones de CerTronic fuesen nominativas, dato que no conocemos, se podrá sustituir esta inscripción por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo.

En cuanto al **derecho de oposición** de los acreedores, éste viene recogido en el artículo 100 LME, y cómo ya hemos adelantado éste establece que: “Los acreedores de la sociedad cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social

al extranjero tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión.”

Los acreedores podrán ejercitar su derecho de oposición en las mismas condiciones previstas para la fusión en el artículo 44 de la LME. Estos tendrán el plazo de un mes desde que se realizase la publicación o comunicación para oponerse, eso sí, existe una excepción que es: *“Los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición”*. El mencionado artículo establece en su apartado tercero que la sociedad tendrá que presentar una garantía de satisfacción al acreedor o deberá notificar al acreedor que: *“(…) la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento”*.

Una vez analizados ambos derechos lo siguiente es estudiar cómo se llevará a cabo el traslado.

Ejecución del traslado.

Será necesario inscribir el acuerdo del traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos en el Registro Mercantil de Alcora, localidad donde está situado el actual domicilio social de CerTronic. Además, se tendrá que expedir una certificación en la que se recoja que CerTronic ha cumplido todos los requisitos legalmente establecidos. Tras realizar esta certificación, el artículo 101 LME establece que se cerrará el Registro para futuras inscripciones.

El siguiente paso será inscribir la sociedad en el correspondiente Registro de los Países Bajos, dado que éste será el nuevo domicilio social de CerTronic. Una vez inscrito el domicilio en dicho registro se tendrá que publicar un anuncio en el BORME que informe de esta inscripción y además publicar esta información en uno de los diarios de gran circulación de Castellón. Habrá que presentar en el Registro Mercantil de Alcora la certificación de la inscripción de CerTronic en Registro de Países Bajos. Y con esta acción quedará cancelada la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil de origen. En cuanto a la fusión posterior con la sociedad de Países Bajos, no cabe realizar su análisis dado que probablemente se ajustará al derecho de los Países Bajos.

3. Otras cuestiones de interés

3.1. Vacante no cubierta

Se nos ha informado de que en el consejo de administración existe una vacante. Para que el control exigido en el régimen de autocartera sea verdaderamente efectivo lo ideal sería que se cubriese la vacante y así cumplir de manera escrupulosa los requisitos establecidos en la norma. La LSC recoge en su artículo 214 el procedimiento para el nombramiento y la aceptación del cargo de administrador. El primer apartado de este artículo establece que la competencia para nombrar a un administrador le corresponde a la junta de socios *“(…) sin más excepciones que las establecidas en la ley”*.

En el segundo apartado, se recoge que en caso de que no haya una disposición estatutaria que recoja esta posibilidad *“(…) la junta general podrá fijar las garantías que los administradores*

deberán prestar o relevarlos de esta prestación". El tercer y último apartado establece que el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

La manera más habitual de cubrir las vacantes en la sociedad anónima es la cooptación que se encuentra recogida en el artículo 244 LSC, esto significa que: *"(...) el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general"*. Es decir, podría ser cubierta en la junta general extraordinaria en la que se apruebe cualquiera de las operaciones mercantiles analizadas en el presente dictamen. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante "**DGRN**"), de 8 de febrero de 2017, admite que el nombramiento por cooptación es válido, aunque se hubieran celebrado otras juntas generales desde la fecha de la vacante hasta aquella en que tiene lugar el nombramiento. Es decir, la celebración de estas juntas y los acuerdos alcanzados no serán afectados por la vacante en el órgano de administración cuando se celebraron.

La otra posibilidad legalmente establecida para cubrir esta vacante es el sistema proporcional, que permite que accedan al consejo también los representantes de la minoría de accionistas. Se encuentra recogido en el artículo 243 de la LSC, que establece que los socios minoristas se agrupen y así puedan designar un consejero. Dado que en esta sociedad las acciones están divididas entre 5 socios, será necesario que se agrupen hasta llegar al 20% del capital social para poder nombrar a un consejero utilizando este sistema.

3.2. Cesión de las acciones a Doña Lidón

Los hechos relevantes acerca de esta cuestión son los siguientes. El 28% del capital de CerTronic pertenecía a D. Antonio Falomir Esteve, quien estaba casado con su mujer, D. Amparo Fabra Llorens, en régimen de sociedad de gananciales. Cuando la hija de ambos, D. Lidón Falomir Fabra, terminó en junio de 2012 sus estudios universitarios sus padres le transmitieron el 8% del capital de CerTronic para que se ocupase de los negocios familiares.

Sin embargo, en 2014 se produjo la abrupta ruptura del matrimonio, provocando la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, lo que dio lugar al reparto del 20% del capital entre D. Antonio y su exmujer, D^a Amparo, pasando cada uno de ellos a ser titulares del 10% del capital, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1344 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil (a partir de ahora **Código Civil** o **CC**).

Es importante primero determinar qué supone que el socio esté casado en régimen de gananciales. Para ello debemos recurrir al artículo general que sería el 1347.1 CC que define los bienes gananciales como aquellos *"(...) obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges"*.

Realizaremos un breve y conciso análisis del procedimiento que tuvieron que seguir para ceder el 8% de las acciones a su hija. Según el artículo 1384 CC son válidos los actos de: *"(...) administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren"*. Por lo que en principio la mera voluntad del socio de legar a su hija este porcentaje sería más que suficiente siempre y cuando cumpliera este requisito formal.

Cabe analizar entonces si las acciones encajan en el tipo legal de “títulos valores”. Según el artículo 92.1 de la LSC las acciones pueden estar representadas como títulos o como anotaciones en cuenta, teniendo en ambos casos “(...) *la consideración de valores mobiliarios*”. Esta distinción es de vital importancia dado que si las acciones son títulos podrá aplicarse el artículo 1384 CC anteriormente citado.

La elección entre títulos o anotaciones en cuenta debe estar recogida en los estatutos de la sociedad tal y como establece el artículo 23.d) de la LSC, dato que en el caso concreto desconocemos. Las acciones en forma de títulos están recogidas en los artículos que van desde el 113 hasta el 117 de la LSC. Estas acciones podrán ser de dos tipos atendiendo al artículo 113.1 de esta ley: nominativas o al portador. Si fuesen nominativas necesariamente deberán estar inscritas en el Libro-registro tal y como establece el artículo 116 de la misma norma. Tampoco contamos con esta información, por lo que en consecuencia no entraremos a valorar en mayor profundidad esta cuestión.

Por tanto, el socio podrá transmitir libremente las acciones que posee en régimen de gananciales siempre y cuando estas revistan la forma de título y estén recogidas de esta manera en los estatutos sociales de la mencionada sociedad. En caso de que fuesen anotaciones en cuenta será necesario el permiso de su mujer o la autorización del juez si la esposa se negase, que claramente no fue el caso. Por lo tanto, concluimos que ambos cónyuges estuvieron de acuerdo en la transmisión, por lo que ningún problema desde la perspectiva del Derecho Civil¹¹. Y que al no mencionarse ninguna oposición por parte del resto de socios de CerTronic la cesión se realizó de acuerdo a los artículos 120.1 y 123 de la Ley de Sociedades de Capital.

Una vez resuelta esta cuestión, el capital social quedaría repartido de la siguiente manera:

- 28% Badenes SRL,
- 8% D^a Lidón Falomir,
- 10% D. Antonio Falomir,
- 10% Amparo Fabra, y, por último,
- 44% Vulture.

Por lo tanto, volviendo al análisis de la representación proporcional para cubrir la vacante, D. Antonio Falomir y D^a Amparo podrían utilizar este sistema dado que llegarían al porcentaje exigido (20%). Sin el apoyo del otro no podrán conseguirlo dado que el otro socio minoritario (su hija, D^a. Lidón) no llegarían al 20%.

¹¹ ALBADALEJO, Manuel. Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones. Editorial Edisofer. 14^a Edición. España 2011.

4. Conclusiones del Dictamen

Tras haber analizado las tres operaciones que CerTronic se plantea para adquirir la marca de CirCerámica, consideramos que la mejor es la última. Es decir, la adquisición y posterior fusión de la sociedad italiana CirCerámica. Recogemos las razones a continuación.

En cuanto a los *asset deals* el Consejo de Administración de CerTronic está valorando articular la operación de dos modos posibles: la adquisición en autocartera de acciones propia para pagar en especie la marca a CirCerámica, y posteriormente, amortizar el excedente. Y, la otra sería, llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca. Es decir, pretenden adquirir de manera directa la marca, que es un activo que pertenece a otra sociedad.

Como se ha estudiado en este informe la principal ventaja que tendrían estas operaciones es que existe menor riesgo de que existan cargas ocultas para el comprador tras la compra, dado que se adquiere el activo y no la totalidad de la empresa (pasivos incluidos). Pero en el caso de Cir-Cerámica esta ventaja no es tal dado que es una sociedad que ha sido desprovista de todo, y de la información que nos han proporcionado entendemos que no existen pasivos de importancia. De todas formas, sería sencillo comprobar esto realizando una *due diligence*.

Otra ventaja de estas operaciones sería la posibilidad de elegir cuáles son los activos de la sociedad que interesa adquirir, desechando así los que no interesan. En el caso de Cir-Cerámica solo tienen un activo, y es el que CerTronic quiere adquirir, por lo que tampoco las convierte en operaciones más ventajosas.

Habiendo analizado que con estas operaciones no se logra realmente ninguna ventaja, hay que analizar cuáles son las desventajas que llevan aparejadas. La principal desventaja es que son más costosas para CerTronic dado que la compraventa de activos está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (entre otros), mientras que la operación *share deal* estaría exenta. La otra desventaja general no aplica, el *asset deal* implica mayores costes de transacción dado que habría que realizar la transmisión de los activos de forma individualizada. Esta desventaja no sería tan grave en el caso de CerTronic dado que es un único activo.

Además, existen desventajas específicas, en el caso de la autocartera tienen un límite máximo, con lo que esto conlleva. El art. 146.2 LSC establece un límite relativo a la cuantía que implica que el valor nominal de las acciones adquiridas (sin importa si es de manera directa o indirecta), sumándose al valor de las que ya posee la sociedad, no podrá ser superior al veinte por ciento. Esta es otra de las desventajas que acarrea esta opción de adquisición, existen otras formas para adquirirlas que no tienen un límite máximo. Además, tendrán que amortizar el excedente, por lo que el proceso será más farragoso. En ambos casos habrá una disolución de los porcentajes de los socios.

En cuanto al *share deal*, es decir, la adquisición por parte de CerTronic de las participaciones de los dos socios de Cir-Cerámica, de manera que CerTronic pasaría a ser la socia única de esta última. Para ello, CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, que ya tiene acordado con una entidad financiera. Inmediatamente después, CerTronic llevaría a cabo una fusión por absorción de su filial en Italia Cir-Cerámica.

Las ventajas del *share deal* son: la primera, este tipo de compraventa facilita la transmisión de derechos y obligaciones de la sociedad, esto implica en principio costes de transacción menores, dado que la transmisión es global. Además, el *share deal* implica que no es necesario obtener consentimiento de los acreedores de la sociedad que va a ser adquirida como establece el artículo

1205 CC. Esto se debe a que en el *share deal*, la sociedad compradora mantiene la posición de la comprada en todos sus derechos de crédito. Será recomendable realizar una *due diligence* y recoger en el contrato de compraventa una cláusula de *reps and warranties* para protegerse de los pasivos ocultos que no hayan salido a la luz durante el proceso de negociación o en la propia *due diligence*.

En cuanto a las desventajas que conlleva, la principal sería que el contrato en realidad se limita a la compraventa de acciones o participaciones sociales, aunque indirectamente sea la compra de una sociedad. Por lo tanto, será difícil (por no decir imposible) reclamarle a los socios de Cir-Cerámica responsabilidad por el estado de los activos y pasivos de la sociedad. Dado que la sociedad aparenta tener unas cuentas saneadas y un único activo. De todas formas, será posible establecer una cláusula de manifestaciones y garantías (*reps and warranties*) a través de la cual los vendedores se comprometan a ser responsables de los errores que hubiese en la información que se utilizó para negociar la compraventa. También será recomendable en esta operación hacer una *due diligence* para asegurarse que los datos sobre los activos y los pasivos son correctos. Por último, quizás la desventaja más peligrosa sería que la compraventa implicaría consecuencias en aquellos contratos de la sociedad italiana que tengan cláusulas de cambio de control, es decir, al cambiar el control de la sociedad de los socios de Cir-Cerámica a CerTronic, puede que implique la resolución anticipada de estos. Sin embargo, consideramos que es poco probable que tengan muchos contratos de este tipo dado que la sociedad italiana carece de actividad.

La principal *red flag* que podría suscitar esta operación es la posible existencia de asistencia financiera, y la aplicación por tanto del artículo 35 LME, pero como ya hemos visto en ningún caso habría asistencia financiera dado que de ninguna manera Cir-Cerámica soportaría la deuda contraída por la sociedad española para su compra. Será relativamente sencillo conseguir el informe necesario que justifique que no existe asistencia financiera. Dado que además la sociedad italiana estaría íntegramente participada por la española, esta última podría utilizar un procedimiento de fusión con una serie de requisitos simplificados (art. 49 LME). Otra ventaja de menor importancia sería que CerTronic ya tiene acordado un préstamo con una entidad financiera, que entendemos que cumple con los requisitos impuestos por Vulture.

Para concluir, tras haber analizado las tres operaciones y estudiado sus circunstancias en el presente informe, consideramos que la opción más interesante para CerTronic es claramente la adquisición y posterior fusión de Cir-Cerámica. Pero habrá que ser cautelosos dado que el riesgo de que sea calificado como asistencia financiera existe si no se realiza correctamente.

5. Anexo I: Calendario de la operación de adquisición, fusión y traslado internacional de domicilio.

(ADQUISICIÓN)

ENERO 2021

- Negociaciones entre CerTronic y CirCerámica para la adquisición.
- Firma de acuerdo de intenciones recogiendo los aspectos esenciales de la operación.
- Solicitud de CerTronic del préstamo necesario.

FEBRERO 2021

- Se elabora una *Due Diligence* para asegurarse de que no existen pasivos ocultos.
- Oferta Vinculante.

MARZO

- Firma del contrato de compraventa. Comienzan los trámites para la fusión

(FUSIÓN)

ABRIL 2021

- Preparación de los balances de fusión
- Preparación del Protocolo de Fusión

MAYO 2021

- Redacción del Proyecto de Fusión.
- Reuniones del consejo de administración de CerTronic y CirCerámica.
- Depósito del Proyecto Común de Fusión.
- Solicitud de informe del experto independiente y de los administradores de ambas sociedades.

JUNIO 2021

- Nombramiento del experto independiente
- Preparación del informe. Publicación de éste.
- Convocatoria de la junta (1 mes hasta su celebración).
- Poner a disposición de los representantes de los trabajadores, acreedores y accionistas, todos los documentos sobre la fusión. Publicación de éste en el BORME, página web de la sociedad o diario de gran tirada.

JULIO 2021

- Celebración de la junta y aprobación del Proyecto Común de Fusión tanto en la junta de CerTronic como en la de CirCerámica.

- Publicación de los acuerdos de fusión.
- (Plazo para ejercer el derecho de oposición, tienen un mes desde la publicación).

SEPTIEMBRE 2021

- Se elevan a escritura pública los acuerdos de fusión de ambas empresas.
- Se liquidan los correspondientes impuestos.
- Se inscribe la escritura pública en el Registro Mercantil de (...).

OCTUBRE 2021

- Se inscribe la escritura de fusión en el Registro Mercantil de (...).
- Se comunica la fusión a las autoridades fiscales y administrativas.
- Se liquidan los correspondientes impuestos.

(TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO)

NOVIEMBRE 2021

- Elaboración del proyecto de traslado.
- Presentación del proyecto de traslado en el Registro Mercantil.

DICIEMBRE 2021

- Calificación del proyecto de traslado por parte del correspondiente registrador y posterior y publicación en el BORME.

ENERO 2022

- Elaboración del Informe de los Administradores.
- Publicidad de la convocatoria de la junta general para aprobar el traslado (se debe publicar con una antelación de 2 meses).

MARZO 2022

- Celebración de la junta general para adoptar el acuerdo de traslado.

ABRIL 2022

- Elevación a público del acuerdo de traslado.
- Emisión de certificado previo al traslado por el Registro Mercantil.

MAYO 2022

- Inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil del nuevo domicilio social y publicación de la inscripción en uno de los diarios de gran circulación de la provincia donde se sitúe el domicilio.
- Cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de Castellón.

Dictamen que emite JORGE ROMERO MONTE, alumno del Doble Máster Universitario en Acceso a la Abogacía y Derecho de Empresa.

DICTAMEN 2

2.1 OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a las consultas formuladas por D^a. Amparo Fabra Llorens y D^a. Lidón Falomir Fabra acuden a otro despacho de abogados solicitando un informe sobre la posibilidad de oponerse a la citada a la operación de traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos. El objetivo mediato de dicha operación es realizar una fusión de la sociedad, que estaría ya radicada en Países Bajos, con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV.

Para un mejor entendimiento de las proposiciones que este dictamen va a elaborar de sus fundamentos de hecho, de sus fundamentos de derecho y sus conclusiones, vamos a articular el dictamen en torno a los distintos hechos objeto de derecho en los que se plantean dudas o cuestiones.

2.2 CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

- 2.2.1. Las consecuencias de que D^a Amparo y D^a Lidón nunca llegaran a firmar el pacto de socios.
 - 2.2.2. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.
 - 2.2.3. La posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos.
 - 2.2.4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.
-

2.3 SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Las consecuencias de que D^a Amparo y D^a Lidón nunca llegaran a firmar el pacto de socios.

Los pactos parasociales son una herramienta jurídica realmente útil cuyo uso es cada vez más habitual. La LSC las define en su artículo 29 de la siguiente manera: “(...) *los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”. Es decir, que sólo podrán vincular a quiénes hayan sido parte de los mismos, debido a su naturaleza contractual, tal y como establece el artículo 1091 del CC: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*”.

Que Doña Lidón y Doña Amparo no firmen es una buena manera de salvaguardar a la sociedad de dicho pacto parasocial dado que si lo ratificasen la totalidad de los socios implicaría que indirectamente la sociedad también estaría obligada por dicho pacto. Un acuerdo social que sea aprobado en contra de dicho pacto parasocial, siempre que todos los socios lo hayan firmado, podrá ser impugnado teniendo esto en cuenta. Dentro de los distintos tipos de pactos parasociales, se distinguen tres tipos principales: los pactos de relación, de atribución y de organización.

Sin embargo, la firma del pacto parasocial ha sido recogido como una prestación accesoria tal y como se recoge en el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital. Esta práctica es habitual y ha sido ratificada en resoluciones como la de DGRN, de 26 de junio de 2018, en la que se valida la incorporación de los pactos parasociales entre las prestaciones accesorias recogidas en los estatutos para reforzar así el cumplimiento de las obligaciones para los socios. Sin embargo, como se ha analizado en el dictamen anterior, la DGRN ha establecido como criterio para poder convertir los pactos parasociales en prestaciones accesorias, se requiere el consentimiento unánime de todos los afectados por esta obligación¹². Por lo que, en principio, no habría sido posible que se estableciese esta obligación como prestación accesoria. Sin embargo, hemos sido informados de que este pacto sí que se recogió como prestación accesoria en los estatutos, por lo que entendemos que en ese momento prestaron su consentimiento.

Si considerásemos que sí que es válido el pacto parasocial como prestación accesoria estaríamos ante un escenario completamente distinto dado que el cumplimiento de las prestaciones accesorias que estén incluidas en los estatutos es obligatorio, y tienen, por tanto, la misma importancia que las obligaciones establecidas estatutariamente para los socios. Estas prestaciones normalmente son de hacer o no hacer, están reguladas en el artículo 187 RRM.

Por lo tanto, al ser el pacto válido Vulture (y el resto de los socios de CerTronic) podrá ejercer distintas acciones siendo la primera la de daños y perjuicios. El artículo 1101 del Código Civil la define como: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*. El artículo 1106 CC recoge que la indemnización comprenderá la pérdida que se hubiese sufrido y también la ganancia que se hubiese dejado de obtener. Esto implica que las socias deben de haber firmado el pacto y que Vulture es capaz de realizar una estimación de los daños causados por el incumplimiento, algo realmente complejo en este caso.

La otra opción sería que ejerciesen una acción de cumplimiento. Si tuviesen que cumplir una obligación de dar será de aplicación el artículo 1096 CC. En cambio, si es de hacer será de aplicación el artículo 1098 CC, 706 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante **“Ley de Enjuiciamiento Civil”** o **“LEC”**) si es un ‘hacer no personalísimo’ o 709 LEC si es ‘personalísimo’. Utilizando este último precepto legal permite obligar al deudor a realizar la prestación bajo el apercibimiento de multas coercitivas por mes de retraso. Por lo tanto, en caso de ser válido el acuerdo parasocial, Vulture podrá ejercitar esta acción, obligando a las socias a cumplir con su obligación personalísima de votar de manera positiva. Existe también la opción recogida en el art. 708 LEC, que implica que cuando la obligación incumplida sea la emisión de una declaración de voluntad, se puede solicitar al juez que ante la negativa de Doña Lidón y Doña Amparo a votar favorablemente a la reestructuración, podrá sustituirla por una sentencia.

¹² REGO, A. y BARRENA, S. La voluntad de los socios como arma de doble filo: oponibilidad y remedios de los pactos parasociales. Newsletter de Garrigues de febrero de 2018.

Por último, cabría Vulture podría intentar la exclusión de las socias, siempre y cuando haya sido recogido así en los estatutos de la sociedad. El artículo 351 LSC recoge que: “(...) *con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad*”. El artículo 352 de esta misma norma recoge cuál será el procedimiento que seguirá.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que son ustedes quienes nos han pedido consejo en este dictamen, la estrategia más eficaz para prevenir todo lo anterior será demostrar que las cláusulas recogidas en el pacto de los socios son contrarias a derecho (o al interés social) y por lo tanto no generan obligaciones para Doña Lidón y Doña Amparo. Además, la posible exclusión implicaría que perderían su condición de socias y la capacidad para impugnar así los acuerdos de la junta general de socios que analizamos a continuación.

En cuanto a una posible oposición al acuerdo social para el traslado internacional del domicilio, existen dos posibilidades: ejercer el derecho de separación de las socias o impugnar dicho acuerdo social.

En cuanto al derecho de separación, el artículo 99 LME, recoge en este tipo de operaciones: “*Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital*”. Este Título de la LSC recoge en su artículo 348, que este tipo de acuerdos serán publicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. La impugnación de acuerdo social será analizada más adelante en el presente dictamen.

2. La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.

Para la operación de traslado del domicilio social a Países Bajos y la posterior fusión con la sociedad Nederlandse Gier-NV, Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture. Este órgano está formado por: D. Vicente y D. José Badenes, D. Antonio Falomir y el consejero de Vulture. Habrá que analizar esta oferta por parte de Vulture para ver si los administradores pueden aceptarla, o si por el contrario esta conducta implica un incumplimiento del deber de lealtad.

El deber de lealtad es aquel que obliga al administrador a anteponer siempre los intereses de la sociedad a los suyos propios en el desempeño de su cargo. El artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital recoge que: “*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”.

La Ley establece en el artículo 228 LSC las obligaciones básicas que tienen los administradores: “(...) a) *No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas; b) Guardar secreto (...); c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (...); d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; e) 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.”

La más importante de toda esta lista es la obligación de abstenerse de actuar en una situación en la que se produzca un conflicto de intereses. Esta obligación se concreta en una serie de casos recogidos en el art. 229.1 LSC, siendo especialmente relevante para este caso su apartado e) que establece que se producirá una situación de conflicto de interés cuando el administrador pueda: *“Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía”*. Aunque existe la posibilidad de obtener una dispensa por parte de la sociedad tal y como establece el art. 230.2 LSC. Consideramos que no es de aplicación dicha dispensa, dado que recibir una recompensa dineraria por votar a favor de una operación que favorece al socio mayoritario no encaja en los tipos recogidos en dicho artículo¹³.

Por lo tanto, de acuerdo con este artículo ni D. Vicente Badenes, D. José Badenes y D. Antonio Falomir no podrán de ninguna forma aceptar esta prima por el éxito total de la operación.

No sólo eso, sino que los administradores deberán desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando siempre de buena fe y teniendo en cuenta cuál es el mejor interés de la sociedad, como recoge el art. 227.1 LSC. Esto implica que todas las conductas que sean contrarias lo exigido, será calificado como desleal. Es importante tener en cuenta que el régimen del deber de lealtad es imperativo, de forma que ni siquiera los estatutos de la sociedad podrán permitir que el administrador sirva otros intereses que sean distintos de los de la propia sociedad, siempre y cuando no concurran los requisitos necesarios para obtener la ya mencionada dispensa.

Las obligaciones básicas del deber de lealtad están previstas en ya citado artículo 228 LSC, y éstas consisten en prohibiciones de actuar que el administrador debe respetar. Es decir, que solo pueden utilizar sus facultades para lograr los fines para los que fueron conferidas. Además, deberá guardar secreto sobre las informaciones que hubiera obtenido en el desempeño del cargo. Y, por último, tendrá que desempeñar su cargo bajo el principio de libertad personal e independencia de criterio respecto de terceros.

Cuando se produzca una situación en la que es probable que se dé un conflicto de intereses el administrador deberá dar el correspondiente aviso y abstenerse de participar en la decisión o acuerdo. El deber de lealtad, vincula al administrador cuando realiza actos desempeñando su cargo y también en las operaciones en las que mantenga, por cuenta propia o de una persona vinculada, un conflicto de interés.

El artículo 232 LSC recoge el régimen para las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad: *“El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”*.

En la ley se han establecido una serie de actuaciones judiciales, que están a disposición de la sociedad, para reaccionar contra los comportamientos que sean desleales por parte del administrador. Estos remedios procesales serán acumulables a la acción de responsabilidad que

¹³ DÍAZ MORENO, A. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas). Gómez Acebo y Pombo, diciembre 2014.

se podrá ejercer. Son remedios procesales que pueden ser ejercitados con facilidad dado que no requieren la prueba del daño patrimonial causado por la conducta desleal.

Por lo tanto, en caso de que la acción ejercitada por D^a. Amparo y D^a. Lidia contra los administradores prosperase tendrá una serie de consecuencias jurídicas que es importante analizar. En caso de que efectivamente los administradores hubiesen actuado de manera contraria a las conductas descritas en los artículos anteriormente citados en el presente dictamen, serán responsables frente a la sociedad y terceros, tal y como establecen los artículos 238 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. En el art. 238 LSC se recoge que la sociedad podrá plantear acción social de responsabilidad previo acuerdo de la junta general a solicitud de cualquier socio sin que sea necesario que conste en el orden del día. En el 239.2 LSC se prevé la posibilidad de que los socios, que tengan la capacidad de solicitar la convocatoria de la junta general, puedan *“(...) ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general”*.

Dado que en este caso estaríamos frente a una acción que se fundamenta en el incumplimiento del deber de lealtad sería de aplicación este segundo párrafo. Además, de manera subsidiaria el artículo 241 LSC establece que: *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”*.

Como conclusión a este apartado del dictamen, considero que D^a. Amparo y D^a. Lidón podrán argumentar con cierto peso que verdaderamente ha habido incumplimiento por parte de los administradores de su deber de lealtad. Si se acordase en junta dicha operación, las dos socias podrán impugnar el acuerdo tal y como recogemos en el siguiente apartado.

3. La posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos.

Tal y como nos han trasladado las socias, CerTronic ha planeado un traslado de domicilio social a los Países Bajos para entonces fusionarse con una filial de Vulture. Para llevar a cabo esta operación tendrá que seguirse el régimen establecido en los artículos 92 y ss. de la Ley de Modificaciones Estructurales, además de los tratados y convenios internacionales, que hayan ratificado España y los Países Bajos. El artículo 97 LME establece que el acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero tiene que ser aprobado por la Junta cumpliendo con todos los requisitos y formalidades legalmente exigidos para el caso de las sociedades anónimas.

Dado que CerTronic es una sociedad anónima, la junta deberá ser constituida de acuerdo a lo establecido en el artículo 194 LSC y la posterior votación se regirá según lo recogido en el artículo 201 LSC, es decir, será necesaria una mayoría reforzada.

El régimen de los socios y los administradores es distinto dado que los primeros al votar están ejercitando un derecho subjetivo, mientras que los segundos están cumpliendo su función. Por lo que como actúan frente a los conflictos de interés es diferente. La abstención en la mencionada junta es determinante de cara a llegar o no al acuerdo social de traslado. El artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital recoge cuales son los conflictos de intereses para los socios. Este artículo establece en su primer apartado que los socios no podrán ejercitar el derecho de voto que les corresponde cuando se vaya a adoptar un acuerdo que tenga por objeto alguna de las siguientes

situaciones: autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria; excluirle de la sociedad; liberarle de una obligación o concederle un derecho; facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor; o, dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. En este mismo apartado se recoge también que la prohibición para las dos primeras situaciones debe estar recogida de manera estatutaria, dado que, en las sociedades anónimas, la transmisión de las acciones es libre y tampoco hay supuestos legales específicos para la exclusión de los accionistas. Fuera de estos supuestos, en *“los casos de conflicto de interés distintos... los socios no estarán privados de su derecho de voto”*, pero queda invertida la carga de alegar y probar que el acuerdo ha sido adoptado teniendo en cuenta el interés social. Por lo tanto, en estos supuestos será la sociedad y el socio incurso en el conflicto de interés, quienes tendrán que demostrar que el acuerdo adoptado con su voto decisivo no es contrario al interés de la sociedad. Como recoge la sentencia del Tribunal Supremos de 26 de diciembre de 2012: *“(...) Lo relevante es que no puede intervenir en una votación sobre un asunto (su dispensa como administrador de la prohibición de competencia), quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social”*.

El conflicto de interés entre el del socio y el de la sociedad será claro cuando el primero es parte de la transacción que es objeto del acuerdo social, es decir, que vaya a influir de manera decisiva en la adopción de dicho acuerdo social. Por lo tanto, aplicará a quienes sean socios mayoritarios o a aquellos que puedan influir en el voto del resto de socios. Por lo tanto, en este tipo de conflictos el socio no estará obligado a abstenerse de votar, eso sí, la carga de probar que no ha sido contrario al interés social será de la sociedad en el caso de que un socio minoritario la impugne (art. 190.3 LSC)¹⁴.

D^a Amparo y D^a Lidón plantean la posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan en la votación del acuerdo de traslado del domicilio social a los Países Bajos. Ahora bien, la posibilidad de privar de su voto a los demás socios de CerTronic, únicamente podrá realizarse conforme al art. 190 LSC, donde el legislador ha previsto una serie de supuestos en el que el socio puede quedar privado de su derecho de voto para la adopción de un determinado acuerdo. Este listado de supuestos que generan el deber de abstención, debe de ser interpretados de un modo restrictivo. De manera clara podemos constatar que la situación concreta que se nos ha planteado a la hora de realizar este dictamen no se encuentra recogida en ninguno de los supuestos de este primer apartado del artículo citado, por lo que será del todo imposible utilizarlo para tratar que los socios se abstengan de votar.

Además, como bien indica el título del art. 190 LSC, debe de existir un conflicto de intereses, no vamos a reproducir nuevamente las distintas definiciones, únicamente recordaremos, que en el caso de los administradores de CerTronic, aquellos que no son empleados de Vulture, recibirán una prima por el éxito de la operación de traslado de domicilio social a los Países Bajos.

Dado que el pago de esta prima puede suponer un conflicto de intereses, en base al art. 190.3 LSC, concretamente se podría exigir a los socios que son administradores, abstenerse de votar el acuerdo de traslado del domicilio social a los Países Bajos. Ahora bien, el legislador indica en el último párrafo de este mismo artículo una excepción que invierte la carga de la prueba. Concretamente la carga de la prueba se invierte cuando el conflicto puede conllevar “los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los

¹⁴ ALFARO, Jesús. Contenido del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Almacén de Derecho.

administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad.”

En estos casos excepcionales, la carga de la prueba corresponderá por completo a los socios impugnantes, quienes deberán de probar la existencia del conflicto de intereses y la lesión del interés social. Esta diferencia en la carga de la prueba se fundamenta, en que los supuestos de conflicto posicional no son tanto un conflicto de interés entre socio y sociedad sino un conflicto entre socios.

Cabría no obstante utilizar el tercer apartado de éste, dado que establece que en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. Sin embargo, recoge que cuando el voto de los socios que tengan un conflicto y éste haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Las socias, que entiendo que querrán impugnarlo, tendrán que acreditar la existencia de este conflicto de interés.

El artículo excluye de este régimen los acuerdos relativos: “(...) *al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad*”. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social.

Por lo tanto, dado que Vulture es socia de CerTronic (con una participación del 44%) y es la principal promotora del traslado de domicilio y posterior fusión con una empresa del mismo grupo (su filial Nederlandse Gier-NV) tras haber realizado una fusión (o compra de marca) de otra empresa (Cir-Ceramica) de la que es socia una empresa plenamente controlada por Vulture (Il Piccolo Avvoltoio, SRL). Queda manifiestamente claro que el interés al que obedecen todas estas operaciones es el de Vulture y no el de resto de socios de CerTronic.

En cuanto a D. Antonio Falomir, no habría que analizar la posibilidad de pedirle que se abstenga, dado que al ser también administrador le es de aplicación lo recogido en el apartado anterior del presente dictamen.

La situación de D. Antonio y D. José Bádenes es más complicado dado que no son socios, sino que son socios de Badenes SRL que a su vez es la socia de CerTronic, con un 28% del capital social de esta última. Cabría analizar si les es de aplicación lo dispuesto en el art. 231.1.d) LSC: “1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: (...) d) *Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.*”

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 estableció que: “(...) *las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC, pero no por la privación de voto, que tanto el art. 190 TRLSC como el art. 52 LSRL, circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados.*” Esto implica según se recoge más adelante en esta misma sentencia que cuando el administrador sea socio mayoritario implica de manera automática que la sociedad-socia es una persona interpuesta del administrador o un sujeto jurídico “dominado” por éste. Cabe la presunción que cuando la sociedad-socia controlada por el administrador vota sufre un conflicto de interés por cuenta propia. Es decir, cuando vota la sociedad-socia en las juntas, equivaldría a que lo hiciera el propio administrador. En el caso

concreto que estamos analizando podemos imputar la voluntad de Badenes SRL controlada por D. Vicente D. José a estos mismos, por lo que serán de aplicación el 229 y 230 LSC. Por lo que la sociedad deberá abstenerse de votar sobre esta operación.

Tanto, D^a. Amparo como D^a. Lidón son socias de CerTronic por lo que cuentan con la facultad para poder impugnar el acuerdo social al cumplir los requisitos establecidos en el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, ya eran socias antes de la adopción del acuerdo y representan individual y conjuntamente más del 1% del capital social. Es importante mencionar también que el cuarto apartado de este mismo artículo recoge que los socios que voten a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir para defender su postura en el proceso, y así conseguir mantener la validez de éste.

Es relevante el hecho de que D^a. Amparo y D^a. Lidón son las únicas socias que no cuentan con representación en el Consejo de Administración. Cabe analizar que establece el artículo 229.1 LSC que obliga a los administradores a abstenerse de una serie de situaciones, entre las que el caso concreto que estamos analizando no encaja, por lo que en principio no cabría obligar a abstenerse de la votación de dicho acuerdo a los socios que ostenten la condición de administrador de CerTronic. Cabría por tanto impugnar por abusividad el acuerdo del traslado del domicilio social al extranjero por ser el mismo abusivo.

4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

La impugnación de los acuerdos sociales se encuentra recogida en los artículos 204 a 208 de la Ley de Sociedades de Capital. En el artículo 204.1 LSC se establece que son “(...) *impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, que se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”.

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

Por lo tanto, cabrá impugnar el acuerdo social del traslado de domicilio a pesar de que no es contrario a la ley, alegando que éste lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios, aunque no haya habido una lesión en forma de decrecimiento del valor de la sociedad o de su capital social¹⁵. En este caso el beneficio sería para Vulture en detrimento del interés del resto de socios de CerTronic.

El fundamento que seguramente es de mayor importancia para este caso es el relativo a la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios. Esta causa de impugnación persigue impedir una actuación abusiva o desleal por parte de los socios mayoritarios. En otras palabras, una de las distintas finalidades de esta causa de impugnación es proteger a los socios minoritarios del uso

¹⁵ BROSETA PONT, M. Manual de derecho mercantil / Manuel Broseta Pont; Fernando Martínez Sanz. (2019) Edición: 26^a ed. Editorial: Madrid: Tecnos, 2019.

del poder de voto de los socios mayoritarios para imponer acuerdos en su propio interés y en detrimento injustificado de los demás socios.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital que establece que: *“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”*.

Consideramos que el supuesto analizado se ajusta a lo descrito en este precepto legal. Por todo ello, consideramos que el acuerdo de trasladar el domicilio social de CerTronic a los Países Bajos y la posterior fusión con la sociedad Nederlandse Gier-NV, (filial de Vulture), es un acuerdo que lesiona de manera clara el interés social y, que ha sido adoptado con abuso de la mayoría. Quien verdaderamente se beneficia como ya se ha adelantado es Vulture.

Desde el punto de vista procesal, las demandas sobre impugnación de los acuerdos sociales deben dirigirse contra la sociedad, conforme al artículo 206.3 LSC, y se tramitan conforme a las reglas del juicio ordinarios, arts. 207.1 LSC y art. 249.3º LEC. El artículo 205 de la LSC recoge que el plazo de caducidad para impugnar el acuerdo es de un año a contar desde la fecha de oponibilidad a la inscripción. Ambas socias cuentan con la legitimación necesaria para poder impugnar el acuerdo social, dado que cumplen los requisitos recogidos en los artículos 206 de la Ley de Sociedades de Capital y 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La LEC prevé medidas cautelares específicas para estos procesos, junto a la anotación preventiva de la demanda de impugnación en el registro mercantil (art. 727, núm. 5 y 6 LEC), cabe también solicitar la suspensión de los acuerdos impugnados cuando los demandantes representen el 1 o el 5 por 100 del capital social, según la sociedad demandada sea cotizada o no, art. 727.10º LEC¹⁶.

El artículo 208.1 de la LSC recoge que en caso de que la sentencia estime las pretensiones de las socias tendrá que ser inscrita en el Registro Mercantil, y se publicará un extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Además, el mismo artículo recoge que en caso de que el acuerdo que ha sido impugnado esté ya inscrito, la sentencia ordenará la cancelación de dicha inscripción.

2.4 CONCLUSIONES

La primera de las cuestiones que nos han planteado es cuáles son las consecuencias que podría tener que se negasen a firmar el pacto de socios. Si las socias se oponen a la incorporación de la obligación de firmar el pacto de socios a los estatutos como prestación accesoria podrán evitarlo (artículos 351 y 352 LSC). Sin embargo, entendemos de la información que nos ha sido facilitada que esta obligación ya fue incorporada en su momento. En cuanto a una posible oposición al acuerdo social para el traslado internacional del domicilio, existen dos posibilidades: ejercer el derecho de separación de las socias o impugnar dicho acuerdo social. En cuanto al derecho de separación, el artículo 99 LME les otorga la posibilidad de ejercer el derecho de separación si votasen en contra.

¹⁶ MENÉNDEZ, A. y; URÍA, R. Lecciones de derecho mercantil. Aranzadi 2015.

La segunda de las cuestiones que se nos ha planteado es la posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad. Entre las obligaciones que se derivan de su deber de lealtad la más importante es que se abstengan en aquellas situaciones que se produzca un conflicto de intereses. Esta obligación se concreta en una serie de casos recogidos en el art. 229.1 LSC, siendo especialmente relevante para el caso analizado el apartado e) que establece que se producirá una situación de conflicto de interés cuando el administrador pueda obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad asociadas al desempeño de su cargo. Por lo tanto, de acuerdo con este artículo los administradores que no son empleados de Vulture (D. Vicente Badenes, D. José Badenes y D. Antonio Falomir) no podrán de ninguna forma aceptar esta prima por el éxito total de la operación.

La tercera cuestión planteada, es la posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos. El tercer apartado del artículo 190 de la LSC establece que, en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en su primer apartado, los socios no estarán privados de su derecho de voto, sin embargo, recoge que el voto de los socios que tengan un conflicto y éste haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Eso sí, dependerá de quien lo impugne el acreditar que existe conflicto de interés. Por lo tanto, dado que Vulture es socia de CerTronic (con una participación del 44%) y es la principal promotora del traslado de domicilio y posterior fusión con una empresa del mismo grupo (su filial Nederlandse Gier-NV) tras haber realizado una fusión (o compra de marca) de otra empresa (Cir-Ceramica) de la que es socia una empresa plenamente controlada por Vulture (Il Piccolo Avvoltoio, SRL). Queda manifiestamente claro que el interés al que obedecen todas estas operaciones es el de Vulture y no el de resto de socios de CerTronic. En cuanto a D. Antonio Falomir, no habría que analizar la posibilidad de pedirle que se abstenga, dado que al ser también administrador le es de aplicación lo recogido anteriormente en estas conclusiones.

La situación de D. Antonio y D. José Bádenes es más complicada dado que no son socios, sino que son socios de Badenes SRL, que a su vez es la socia de CerTronic, con un 28% del capital social de esta última. Consideramos que es de aplicación el art. 231.1.d) LSC, apoyándonos en la jurisprudencia citada en el dictamen, cuando el administrador sea socio mayoritario implica de manera automática que la sociedad-socia es una persona interpuesta del administrador o un sujeto jurídico “dominado” por éste. Cabe la presunción que cuando la sociedad-socia controlada por el administrador vota, sufre entonces un conflicto de interés por cuenta propia. Es decir, cuando vota la sociedad-socia en las juntas, equivaldría a que lo hiciera el propio administrador. En el caso concreto que estamos analizando podemos imputar la voluntad de Badenes SRL controlada por D. Vicente D. José a estos mismos, por lo que serán de aplicación el 229 y 230 LSC. Por lo que la sociedad Badenes SRL deberá abstenerse de votar sobre esta operación.

Para concluir, la última de las cuestiones, la impugnación del correspondiente acuerdo por abusivo. En nuestro caso cabría plantear que es de aplicación el artículo 204.1 LSC, impugnando el acuerdo social del traslado de domicilio alegando que éste lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios, aunque no haya habido una lesión en forma de decrecimiento del valor de la sociedad o de su capital social. En este caso el beneficio sería para Vulture en detrimento del interés del resto de socios de CerTronic, no existe por tanto ninguna “necesidad razonable”. Por todo ello, consideramos que el acuerdo de trasladar el domicilio social de CerTronic a los Países Bajos y la posterior fusión con la sociedad Nederlandse Gier-NV, (filial de Vulture), es un acuerdo que lesiona de manera clara el interés social y, que ha sido adoptado con abuso de la mayoría.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA APLICADA

Leyes utilizadas:

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (LEC)
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (LDC)
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (LSC)
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. (CCom)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (CC)
- La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas. (LM)

Jurisprudencia citada:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009.
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013.
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1981.
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012.
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019.
 - Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2017 (caso Polbud).
 - Sentencia del Tribunal Supremos de 26 de diciembre de 2012.
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017.
 - Resolución de la DGRN de 26 de junio de 2018.
 - Resolución de la DGRN, de 14 de marzo de 2018.
 - Resolución de la DGRN de 1 de marzo de 2019.
 - Resolución de la DGRN 8 de febrero de 2017.
-

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, Manuel. Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones. Editorial Edisofer. 14ª Edición. España 2011.
- ALFARO, Jesús. Contenido del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Almacén de Derecho.
- ALVAREZ ARJONA, J. Mª. y CARRASCO PERERA, A., Adquisiciones de Empresas (3ª Ed), 2010.
- BROSETA PONT, M. Manual de derecho mercantil / Manuel Broseta Pont; Fernando Martínez Sanz. (2019) Edición: 26ª ed. Editorial: Madrid: Tecnos, 2019.
- CALBACHO, Fernando y LÓPEZ DE HARO, Ignacio. “El cumplimiento del protocolo familiar mediante prestación accesoría”. URÍA MENÉNDEZ
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L Y PÉREZ TROYA A. Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, Navarra, 2008.
- DÍAZ MORENO, A. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas). Gómez Acebo y Pombo, diciembre 2014.
- GOENECHEA, J.M. y GRACIA, C. Traslado al Extranjero del Domicilio Social de las Sociedades Mercantiles Españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales. Artículo Online de Uría-Menéndez.
- MENÉNDEZ, A. y; URÍA, R. Lecciones de derecho mercantil. Aranzadi 2015.
- MENÉNDEZ, Aurelio. ROJO, Ángel. Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I. Editorial Thomson Reuters. 13ª Edición. Navarra, 2015.
- REGO, A. y BARRENA, S. La voluntad de los socios como arma de doble filo: oponibilidad y remedios de los pactos parasociales. Newsletter de Garrigues de febrero de 2018.
- RONCERO SÁNCHEZ A. Fusión posterior a la adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente, volumen I.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., Informe de los Administradores y de los expertos independientes, volumen I, 2009.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (3º Ed), España, Wolters Kluwer.
-