



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA Y
DERECHO DE EMPRESA***

Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía (MUAA)

Elena Aguayo Martínez-Sagrera

Tutora: Marta Gisbert Pomata

Grupo A

11 de enero de 2021

0. Índice de contenido

0. Índice de contenido

1. Hechos relevantes al caso

2. Informe para el Consejo de Administración de CerTronic

2.1. Incidencia del régimen en materia de autocartera sobre las distintas posibilidades y, en su caso, sobre la necesidad de que deba existir algún informe de experto independiente.

2.1.1. OPCIÓN 1A. *Adquirir de los socios de CerTronic un número suficiente de acciones para tenerlas en autocartera y después transmitir al socio único de Cir-Cerámica las acciones que correspondan al valor de la marca, y una vez transmitidas, amortizar el excedente.*

2.1.2. OPCIÓN 1B. *Aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.*

2.1.3. OPCIÓN 2. *Compraventa de participaciones a los dos socios de CirCerámica, de manera que CerTronic pasa a ser la socia única de esta última y fusión por absorción de su filial en Italia CirCerámica.*

2.2. Posibilidad de que la sociedad CerTronic traslade su domicilio a los Países Bajos, a pesar de no contar con actividad en ese país y, en su caso, si es necesario que el Registro Mercantil de Madrid, donde está domiciliada CerTronic emita algún tipo de documento previo a su traslado a aquel país.

3. Informe para Dña. Amparo y Dña. Lidón

3.1. No firma de pacto de socios

3.2. Posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad

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

3.4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo

4. Bibliografía

1. Hechos relevantes al caso

La sociedad CerTronic, SA (en adelante “CerTronic”) es una sociedad española, domiciliada en Alcora, Castellón cuyo objeto social es la fabricación de componentes cerámicos aislantes, de amplia utilización en revestimientos e instalaciones eléctricas. La administración de Certronic está encomendada a un Consejo de Administración formado por 5 personas, pero con una vacante no cubierta:

Miembros del Consejo de Administración de CerTronic
D. Vicente Badenes Alcón
D. José Badenes Alcón
D. Antonio Falomir Esteve
Consejero designado por Vulture
VACANTE

En los estatutos de la sociedad se prevé que cualquier acuerdo de disolución por la mera voluntad de los socios deberá contar con una mayoría reforzada del 85% del capital.

El capital de la compañía está distribuido entre cinco socios:

Capital social	Socio
44%	Fondo de Capital Riesgo <u>Vulture</u> con sede en Luxemburgo
28%	Sociedad familiar <u>Badenes SRL</u> (cofundadora y formada por D. Vicente y D. José Badenes Alcón)
10%	D. Antonio Falomir Esteve (Cofundador) ¹
10%	Dña. Amparo Fabra Llorens
8%	Dña. Lidón Flomir Fabra

¹ Inicialmente contaba con un 28% de capital pero transmitió a su hija, Dña. Lidón, un 8% al acabar la carrera y a su ex mujer, Dña. Amparo (al divorciarse por el régimen de gananciales), un 10%.

Vulture llegó a ser el accionista en virtud del contrato de refinanciación concluido 2013, y que supuso el salvamento de la CerTronic inmersa en ese momento en graves dificultades que le impedían hacer frente a su endeudamiento bancario. Ésta adquirió parte de los créditos de los bancos y concluyó un acuerdo de refinanciación con los socios de CerTronic, en virtud del cual:

- CerTronic aumentaría el capital, que suscribió Vulture por conversión en capital de la mitad de su crédito. A partir de ahí Vulture conservó, aún, un crédito de 4M€ frente a la sociedad, cuyas condiciones fueron también renegociadas en un el marco del citado pacto de socios:
 - (a) la necesidad de que cualquier nuevo crédito que solicitara se estableciera en condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture.
 - (b) la obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital.
 - (c) la obligación de que, ante cualquier supuesto de impago de las cantidades debidas en los vencimientos pactados, Vulture podría imponer una reestructuración, a la que se obligaban a votar positivamente los demás socios en el seno de la junta.
 - (d) el vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante de Vulture frente a CerTronic por un valor de 10 millones €, en caso de violación de cualquiera de las obligaciones anteriores.

- En el pacto de socios de CerTronic se previó la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto (incluida en los estatutos sociales como prestación accesoría).

CerTronic está considerando adquirir una sociedad italiana, denominada “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, su marca conserva un alto prestigio en el mercado.

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

- Los dos socios de CirCerámica aportarían la marca y, a cambio, se les entregarán acciones de CerTronic correspondientes al valor que se diera a la marca. Para ello, se cuenta con dos posibilidades: (i) 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 al socio único de CirCerámica, amortizar el excedente [Opción 1A]; o (ii) llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca [Opción 1B].
- CerTronic compraría sus participaciones a los dos socios de CirCerámica, 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 CirCerámica [Opción 2].

Por último, CerTronic prevé, una vez finalizada la operación de absorción de CirCerámica, adoptar en la junta un acuerdo de traslado de su domicilio social a los Países Bajos. El objetivo mediano es realizar una fusión de la nueva sociedad CirCerámica 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.

2. Informe para el Consejo de Administración de CerTronic

Antes de adentrarnos en el fondo del asunto, es importante destacar que, como dice el enunciado, hay una vacante en el Consejo de Administración. Al existir una vacante anticipada, es necesario que se cubra mediante el instrumento llamado cooptación y regulado en el artículo 244 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, “LSC”). De acuerdo con el citado artículo, “en la sociedad anónima si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general”. De esta manera, hasta que se lleve a cabo la Junta General en la que

se incluya en el orden del día la ratificación del cargo del nuevo consejero (debe incluir expresamente el acuerdo de “ratificación de consejero nombrado por cooptación”), el Consejo de Administración tendrá que adoptar el acuerdo de cubrir la vacante por cooptación y, una vez se celebre la Junta, esta ratificará el nombramiento realizado por el Consejo con la duración que acuerde la propia junta o la que figure en los estatutos de CerTronic, si existe mención de este punto, y en otro caso el consejero cesaría.

2.1. Incidencia del régimen en materia de autocartera sobre las distintas posibilidades y, en su caso, sobre la necesidad de que deba existir algún informe de experto independiente.

2.1.1. OPCIÓN 1A. Adquirir de los socios de CerTronic un número suficiente de acciones para tenerlas en autocartera y después transmitir al socio único de Cir-Cerámica las acciones que correspondan al valor de la marca, y una vez transmitidas, amortizar el excedente.

CerTronic podría llevar a cabo esta opción consistente en la adquisición derivativa condicionada de sus propias acciones en virtud del artículo 146 LSC, que a continuación procedemos a desglosar. Mediante esta operación, vendiendo la autocartera, CerTronic lo que consigue es liquidez; se trata de cambiar sus acciones por las acciones de otra sociedad; cambiar activo por activo.

Al tratarse de una adquisición derivativa condicionada lleva aparejada una serie de condiciones que habrá que cumplir para que la misma sea efectiva:

1. Autorización de la Junta General de Accionistas que no requiere ni *quorum* ni mayorías especiales y, de esta manera no son medidas solicitadas libremente por el Consejo de Administración y evitando el peligro de poder tomar decisiones arbitrarias. Este acuerdo refleja si la mayoría de los socios están de acuerdo con la autocartera y, además se especificará la modalidad de adquisición, el número máximo de acciones que se van a adquirir, la contraprestación mínima y máxima y la duración que va a tener dicha autorización, que no será más de 5 años desde la adopción del acuerdo.

2. Situación patrimonial de la empresa en la que, tras la operación de autocartera, no resulte que el patrimonio neto sea inferior a la suma del capital social, las reservas legales o estatutariamente indisponibles. Es decir, la sociedad sólo podrá utilizar para la adquisición el patrimonio correspondiente a las reservas indisponibles o, lo que es lo mismo, los beneficios.
3. Límite de adquisición de autocartera no podrá suponer más del 20% del capital social al ser sociedad no cotizada con el fin de que se asegure que al estar la mayoría de las acciones a manos de personas que no son la propia sociedad, la mayoría de la voluntad que conforme la junta general es verdaderamente ajena a la propia sociedad siendo de los socios y no controladas por los propios administradores.
4. No se permite la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejadas la obligación de realizar prestaciones accesorias. En el caso de que se realice la adquisición de estas acciones mencionadas la operación será directamente nula (RDGRN de 11 de mayo de 2017). Sin embargo, aunque las acciones tienen la prestación accesoria de firmar el pacto de socios, las prestaciones a las que se refiere este punto son obligaciones personalísimas como por ejemplo la llevanza de la contabilidad. No tendría sentido limitar la adquisición de acciones propias a unas acciones que llevasen como prestación accesoria la firma de un pacto de socios, como es el caso.

En el caso de que la sociedad cumpla con esos requisitos será posible la realización de la operación de adquisición derivativa de autocartera ya que se protege mediante el cumplimiento de los mismos la *ratio legis* de la norma. La finalidad de esta prohibición o, mejor dicho, límite, es evitar una liquidación encubierta del patrimonio social, o la disolución del capital social incumpliendo, de esta manera, los principios de formación, conservación y determinación del capital. Además, el tener acciones en autocartera puede alterar el sistema de distribución de poder, teniendo capacidad los administradores sociales de distorsionar las

normas de la voluntad social y principios como el del reparto de competencias, el democrático, el de paridad de trato o el de tutela de la minorías².

El cumplimiento efectivo del límite de autocartera debe vigilarse por los administradores en cumplimiento de su deber de diligencia, que emana del artículo 225 LSC, incurriendo en responsabilidad en caso de adquisición derivativa condicionada sin cumplimiento de los correspondientes requisitos. Además, en caso de incumplimiento, como prevé el artículo 147 LSC, las acciones deberán venderse en el plazo de un año desde la primera adquisición irregular o aquella que pasó el límite del 20% de autocartera, y, en el caso, de no venderse, deberán ser amortizadas.

Una vez llevada a cabo, la ley sigue exigiendo determinadas actuaciones para proteger los intereses de la sociedad. De esta manera, el artículo 148 LSC establece que:

- quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y demás derechos políticos de aquellas acciones en autocartera que serán repartidos a los demás accionistas proporcionalmente,
- se computarán para calcular el quórum de constitución y voto de las juntas,
- se dotará a la sociedad de una reserva contable indisponible correspondiente al importe de las acciones en autocartera hasta que estas sean vendidas para asegurar el valor equivalente de la autocartera, y
- se realizará un informe de gestión redactado por los administradores incluyendo el motivo legitimante de la enajenación, en valor de las acciones, la contraprestación, etc.

2.1.2. OPCIÓN 1B. Aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.

² M Herrero Martínez, *La nueva regulación de las acciones propias. Aspectos jurídicos y contables*, Anuales de estudios económicos y empresariales nº6, 1991.

Esta modalidad de operación sería a través de la ampliación de capital con cargo a aportaciones no dinerarias. CerTronic amplía su capital social entregando las acciones nueva a CirCerámica a cambio del valor de la marca.

Las aportaciones no consistentes en dinero, para que sean válidas deben cumplir una serie de requisitos establecidos en el artículo 58 LSC siendo clave el requisito de que la aportación sea evaluable económicamente, sin que pueda ser una aportación el trabajo o el servicio realizado. En este caso, CerTronic aportaría la marca, siendo la misma un derecho de propiedad intelectual evaluable económicamente a cambio del equivalente en acciones que suscriba. Además, al ser la sociedad una sociedad anónima, debe realizar el desembolso de, como mínimo, una cuarta parte de la aportación antes del otorgamiento, y el resto de condiciones fijadas en los estatutos en virtud del artículo 81 LSC.

En cuanto a la concreta aportación no dineraria de la marca, como hemos visto, debe ser evaluable económicamente. Esta evaluación debe realizarse siguiendo las pautas dadas por los artículos 66.2 y 63 LSC.

En virtud del artículo 63 LSC, se exige para la aportación no dineraria de cualquier bien o derecho que, en la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento de capital social, como es el caso, se incluyan los siguientes datos (en este caso, de manera específica para la aportación de la marca):

1. Descripción de la marca como aportación y sus datos de inscripción en el registro mercantil, como recordó la Dirección General del Registro y del Notariado (“RDGRN”) en su resolución del 23 de febrero de 1998.
2. Consignación en la escritura de la valoración en euros que se le atribuya a la marca que no podrá ser superior a la realizada por el experto independiente, del que más adelante hablaremos.
3. Constatación del número de acciones que se van a dar a cambio de la marca.

Al tener CerTronic la forma jurídica de una sociedad anónima, existe un mayor control a la hora de valorar las aportaciones no dinerarias. Se trata de un control externo y objetivo sobre

la valoración de la aportación no dineraria y se materializa en la obligación de realizar un informe por un experto independiente. Este experto no puede ser cualquiera, sino que se exige que tenga la correspondiente competencia profesional y que sea designado por el registrador competente “entre las personas físicas o jurídicas que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones” como prevé el artículo 340.1 RRM. Este informe se le entrega al registrador en el momento de realizar la escritura para que lleve a cabo las comprobaciones pertinentes para que el valor de la marca corresponda con el valor de las acciones que se van a aportar.

En cuanto al contenido del informe de experto independiente, éste deberá contener, de acuerdo con el artículo 67.2 LSC, la descripción de la marca de Cir-Cerámica, sus datos registrales (tanto de la Oficina Italiana de Patentes y Marcas - Ufficio Italiana Brevetti e Marchi -, en caso de que se trate de una marca italiana, como de la Oficina de Propiedad Intelectual de la UE - EUIPO) y la valoración de la misma, expresando los criterios que se han utilizado para dicha valoración. Por último, el experto deberá puntualizar si el valor de la marca corresponde con el valor nominal de las acciones que se den como contrapartida, dato que se comunicará al registrador, en virtud del artículo 338.1.2º RRM, cuando se realice la solicitud. El registrador tendrá que responder frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños que puedan llegar a surgir de la inscripción, salvo que acredite que utilizó las debidas diligencias y estándares propios de la actuación que le ha sido encomendada, según el artículo 68 LSC.

Como hemos visto, la LSC en su artículo 160.d, exige que el acuerdo de aumento de capital sea aprobado por la Junta General. El acuerdo de aumento deberá ser puesto a disposición de los socios junto al informe mencionado describiendo la aportación que se pretende realizar. Además, la convocatoria también debe contar con el derecho de los socios de examinar el informe en el domicilio social, el derecho de pedir la entrega del documento y el derecho al envío gratuito del mismo. Una vez sea debidamente convocada se celebrará la junta siempre que, como prevé el artículo 194 LSC, haya un quórum de 50% de capital social presente o representado, en el caso de primera convocatoria, y de al menos un 25% en caso de segunda convocatoria. Una vez constituido, para aprobar el acuerdo se requiere mayoría absoluta de acuerdo con la LSC. Sin embargo, como sabemos, en este caso se ha firmado un pacto parasocial que modifica la mayoría requerida para aprobar un acuerdo de aumento de capital

social. De esta manera, en el caso de realizar un aumento de capital, se requiere la aprobación del 67% de los socios. Tras la adopción del acuerdo en Junta General, éste se debe elevar a público e inscribir en el Registro Mercantil publicándose a continuación en el BORME.

2.1.3. OPCIÓN 2. Compraventa de participaciones a los dos socios de CirCerámica, de manera que CerTronic pasa a ser la socia única de esta última y fusión por absorción de su filial en Italia CirCerámica.

Certronic pretende adquirir CirCeramica a través de la compra de sus participaciones financiando dicha adquisición a través de un crédito. Además, posteriormente, pretende realizar una fusión por absorción con una de las filiales italiana de Circeramica.

Es posible llevar a cabo dicha fusión pero, en la práctica, es poco probable que se efectúe por la previsión incluida en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME”) en su artículo 35 que precisamente regula las fusiones posteriores a la adquisición de una sociedad con endeudamiento de la sociedad adquirente. Digo que es poco probable ya que, en la práctica, es difícil encontrar a expertos independientes que avalen esta operación al incurrir ellos mismos en responsabilidad en caso de que se declare tras la operación que se ha vulnerado el artículo incurriendo en asistencia financiera. Por ello, lo que se suele hacer es esperar 3 años desde la asunción de deuda para poder fusionarse sin los requisitos que veremos a continuación.

En particular el artículo 35 LME establece que, habrá que atender a determinados requisitos para proceder a la fusión, “en caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial”. Como vemos este artículo contiene los siguientes elementos para que resulte aplicable:

- A. Asunción de deudas: la norma sólo exige que una de las sociedades participantes en la operación de fusión se haya endeudado con una finalidad específica entre la que se encuentra el supuesto de adquisición de otra sociedad, siendo irrelevante la modalidad de endeudamiento, la identidad del financiador o el volumen de deuda contraída, que en este caso no tenemos los datos, razón mayor para no tener que preocuparnos por

ese tema. Por deuda se entiende, la obtención de financiación, con la consiguiente obligación de repago, de tal forma que quedará incluida la operación de préstamo como es el caso.

- B. Finalidad del endeudamiento contraído: cabe la adquisición del control de otra sociedad participante como es el caso, obteniendo a través de la adquisición de los fondos propios de Certronic (sus participaciones) el control de CirCeramica con el objetivo posterior de fusionarse.
- C. Elemento temporal: se requiere por la LME que se trate de deudas que hayan sido contraídas por la sociedad que se fusiona en los tres años inmediatamente anteriores a la pretendida fusión. En este caso no cabe duda de que se cumple este requisito de aplicación al pretender fusionarse “inmediatamente” después de la adquisición.

De esta manera, el artículo 35 LME sí es de aplicación en este caso y es por ello, que para realizar la operación querida, es necesario que se cumplan ahora los siguientes requisitos si no se quiere esperar tres años desde la adquisición para fusionar las sociedades sin ningún tipo de limitación:

1. Los administradores deberán indicar en el proyecto de fusión los recursos y los plazos previstos para la adquisición del control. Lo que se exige es que los administradores actúen diligentemente por lo que, en caso de que realicen previsiones falsas o no del todo razonadas y estudiadas, podrán incurrir en responsabilidad.
2. Deben incluir en el informe de los administradores que deben realizar, además de las menciones exigidas por el régimen general de la fusión, las razones que justifiquen la adquisición de control y, en su caso, la operación de fusión y el plan económico financiero en cuanto a que deben justificar los recursos y los objetivos que pretenden con dicha operación.
3. Los administradores deben solicitar al Registrador Mercantil que nombre a un experto independiente con el fin de elaborar un informe sobre el proyecto de fusión, con el contenido especial establecido en el apartado tercero del artículo 35 LME que incluirá: un juicio de razonabilidad sobre lo mencionado en el proyecto de fusión y en

el informe de los administradores y determinar si existe asistencia financiera. Este informe viene exigido precisamente por el último punto mencionado, la asistencia financiera de los artículos 143.2 y 150 LSC ya que estos prohíben, además de la anticipación de fondos, concesión de préstamos o prestación de garantías, el hecho de prestar cualquier tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones, lo que estaría ocurriendo si se vulnera este artículo. El objetivo de este apartado por el cual el experto tiene que mencionar si se vulnera la prohibición tiene el objetivo, como se justificó en su tramitación parlamentaria, de “evitar fusiones inversas con el debilitamiento contable que además implique un supuesto prohibido de asistencia financiera”. De esta manera, se protege a los posibles perjudicados por la asistencia financiera a priori a través del informe de experto independiente además de por los tribunales al analizar la cuestión por segunda vez si se da el caso³.

En el caso de no conseguir superar los requisitos exigidos por ley habría que esperar tres años hasta que pudiera realizarse la fusión querida una vez terminada la prohibición impuesta por el artículo 35 LME.

En el caso de que sí se pueda proceder a la fusión por absorción habrá que seguir el procedimiento pertinente establecido en el Capítulo I de la LME dedicado a la fusión y que detallamos a continuación⁴:

Fase de preparación:

- 1. Proyecto común de fusión:** en virtud del artículo 30 LME, los administradores de las sociedades que se pretenden fusionar han de redactar y suscribir un proyecto común de fusión; documento básico y necesario para cualquier tipo de fusiones. El contenido del mismo está tasado y se regula en el artículo 31 LME:

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

³ I Fernández Torres, *Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso: Oportunidad y acierto del art. 35 LME*, Research Gate, 2011.

⁴ F Vives Ruiz, *La fusión de sociedades*, Manual de fusiones y adquisiciones de empresas, Dir. R Sebastián Quetglas, Madrid, 2016.

- 2.^a El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje.
- 3.^a La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.
- 4.^a Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.
- 5.^a Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.
- 6.^a 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.
- 7.^a La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.
- 8.^a Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.
- 9.^a La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.
- 10.^a Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.
- 11.^a Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa”.

Además, al tratarse de una fusión apalancada, el proyecto común de fusión ha de indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la referida adquisición como prevé el artículo 35 LME como ya hemos mencionado.

- 2. Publicidad del proyecto común de fusión:** la publicidad está regulada en el artículo 32 LME y dispone que las sociedades intervinientes deberán publicar en sus respectivas webs la fusión llevada a cabo. Además, deberán incluir el proyecto en la página web del Boletín Oficial del Registro Mercantil al menos un mes antes a la fecha prevista a la celebración de la junta general que acuerde la fusión y hasta que finalice el plazo de oposición de los acreedores, como prevé el artículo 32.1 LME. Tras la publicación, se deberá depositar el proyecto en las webs de las sociedades si disponen de una o en el Registro Mercantil en caso contrario. Una vez depositado lo comunicarán al registrador mercantil para su inmediata publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil del hecho de su depósito y la fecha del acto. Una vez depositado, se deberá publicar el anuncio de la convocatoria de las juntas que hayan de resolver sobre la fusión (o la comunicación de ese anuncio a los socios). Desde dicha aprobación los administradores se deberán abstener de realizar cualquier acto o concluir cualquier contrato que pueda comprometer la aprobación o modificar sustancialmente el canje de las acciones. Este tiempo entre la fecha de proyecto y la aprobación del mismo por las juntas no podrá ser superior a seis meses o la fusión quedará sin efecto.
- 3. Informes de los administradores:** deben elaborar un informe explicando y dando una justificación válida y detallada del proyecto común de fusión, “con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores” como prevé el artículo 33 LME. Además, incluirá lo mencionado anteriormente sobre la justificación de la operación al estar ante una fusión apalancada..
- 4. Informe de expertos:** de nuevo es necesaria la actuación de expertos independientes al ser la sociedad [...] una sociedad anónima de acuerdo con el artículo 34 LME. Al igual que el informe de administradores, deberá contener las especificidades ya mencionadas sobre asistencia financiera.
- 5. Balance de fusión:** el balance de fusión está regulado en el artículo 36 LME y será o bien el último balance del ejercicio aprobado si se cerró dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión o bien, si no es el caso, se elaborará uno

“cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual”. Esto es un requisito esencial para que se pueda llevar a cabo la fusión como ha declarado la Dirección General de Registros y del Notariado en su resolución del 21 de abril de 2014, en todo caso. Además en virtud del artículo 37, este deberá ser verificado por el auditor de cuentas de la sociedad, si hay obligación de auditar y tendrá que ser sometido a aprobación por la junta que resuelva sobre la fusión. En caso de que un socio quiera impugnar el balance por considerar que le es perjudicial, lo podrá hacer en virtud del artículo 38 LME, sometiéndose “al Registrador mercantil del domicilio social la designación de experto independiente [para] que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, siempre que así se hubiera previsto en los estatutos o decidido expresamente por las juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades” en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo de fusión.

- 6. Fase de decisión:** una vez realizado el proyecto y el balance, se someterá, como hemos mencionado, a la decisión por la junta general que podrá aceptar o rechazar el acuerdo de fusión como prevé el artículo 40 LME.

Una vez acordada la fusión por la junta general, se procederá a la fase de ejecución de la fusión que culminará con la inscripción en el Registro Mercantil. La absorbida hará la cancelación de sus asientos y la absorbente inscribirá la fusión, como prevé el artículo 46 LME.

Por último, hay que tener en cuenta que es posible que se impugne la fusión en virtud del artículo 47 LME dentro de los 3 meses desde la fecha en que se inscriba en el Registro Mercantil. Es cierto que la ley no prevé que se pueda impugnar cuando se ha realizado la fusión según las normas establecidas, sin perjuicio de que los socios y terceros tengan derecho a resarcir los daños y perjuicios que hubieran podido sufrir. En el caso de que se declare por sentencia firme la nulidad de la fusión, esta debe inscribirse y publicarse como los acuerdos anteriores.

En cuanto a la posterior fusión de la nueva sociedad CirCerámica holandesa con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV, esto queda fuera del ámbito del informe ya que se realizaría

una vez trasladada la sociedad a Holanda por lo que el acuerdo de fusión se llevará a cabo de acuerdo con el ordenamiento jurídico de ese país. Lo mismo sobre la cuestión de las cláusulas de “lealtad” que atribuyen un voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad en la sociedad, esto se rige por la legislación donde está la sociedad filial, Holanda.

2.2. Posibilidad de que la sociedad CerTronic traslade su domicilio a los Países Bajos, a pesar de no contar con actividad en ese país y, en su caso, si es necesario que el Registro Mercantil de Madrid, donde está domiciliada CerTronic emita algún tipo de documento previo a su traslado a aquel país.

CerTronic prevé adoptar en la junta un acuerdo de traslado de su domicilio de España (registrada en el Registro Mercantil de Madrid) a los Países Bajos, a pesar de no contar con actividad en ese país.

El artículo 9.1 LSC relativo al domicilio de las sociedades de capital establece que “[...] fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación” y que “las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia derivada del Caso Polbud C-106/2016 (Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2017), se reconoce que una sociedad puede optar por el traslado por el único motivo de optar por una legislación más ventajosa sin que sea necesario que se desarrolle alguna actividad en el Estado al que se traslada, el TJUE establece que “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”.

Ahora bien, para que el traslado esté protegido por la libertad de establecimiento sin necesidad de desarrollar actividad en el Estado al que se traslada, hay que estar a lo que establece el artículo 93 LME que dice que el traslado “sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica”, sin necesidad de un convenio internacional al respecto. Así, se establece que el ordenamiento jurídico del país al que se traslada el domicilio permita que Certronic mantenga su

personalidad jurídica como presupuesto de validez del traslado. Una vez se traslade a los Países Bajos, la sociedad pasará a regirse por las leyes de ese Estado.

Al existir la libertad de establecimiento, como protección a los accionistas, el artículo 95 LME obliga a los administradores a realizar un proyecto de traslado que incluirá los datos de la sociedad, los cambios materiales que se van a producir en la sociedad por el traslado y los derechos previstos para la protección de los acreedores, de los socios y de los trabajadores. El proyecto será la base para votar a favor o en contra del traslado en la Junta en la que se incluya el mismo en el orden del día que deberá incluir, entre otros detalles, la publicidad del derecho de separación de los socios y de oposición de los acreedores. Como protección a los accionistas el artículo 346.3 LSC, que remite a la LME, esta última en su artículo 99 prevé que, “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” por lo que, es importante tener en cuenta que aquellos accionistas que no estén de acuerdo con esta decisión podrán aprovechar para separarse de la sociedad con las consecuencias que eso conlleva (destacar que Dña. Amparo y Dña. Lidón se muestran contrarias a esta decisión). Así, en caso de que se apruebe el acuerdo de cambio de domicilio a los Países Bajos, al ser susceptible de dar derecho de separación a los socios que hayan votado en contra del mismo, en virtud del artículo 348 LSC, el acuerdo de traslado se inscribirá en el BOE o se publicará una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo para que, en el plazo de un mes a contar desde la publicación o la recepción de la comunicación, puedan ejercer su derecho de separación.

Por último, en relación con la necesidad de que el Registro Mercantil de Madrid tenga que llevar a cabo determinadas actuaciones en relación con el cambio de domicilio al extranjero, el artículo 20 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, “**RRM**”) establece que el Registrador competente “estará a lo dispuesto en los Convenios internacionales vigentes en España y a las normas europeas que resulten de aplicación. En tales supuestos [...] certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la entidad antes del traslado, y no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del tribunal, notario u autoridad competente del nuevo domicilio acreditativa de la inscripción de la sociedad. Recibida ésta, cancelará la hoja de la sociedad y extenderá nota de referencia expresiva de los nuevos datos registrales”. Además, el artículo 101 LME prevé que el registrador español

“certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado” y que la consecuencia de dicha certificación será el correspondiente cierre registral. Sin embargo, la eficacia del traslado está condicionado a la inscripción registral en el registro correspondiente del país al que se traslada el domicilio y a los requisitos de publicidad en España que exige el artículo 103 LME en virtud del cual “la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil tendrá lugar cuando se aporten el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio social y los anuncios de esa inscripción en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio”.

Por último, como recomendación de trasladar o no el domicilio a los Países Bajos, en España, de acuerdo con el artículo 9.1 LSC, “las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”. Por ello, no recomendamos trasladarlo al tener el centro de actividad en España. No sería útil contar con el domicilio social en Países Bajos y con el centro de actividad en España incumpliendo el artículo mencionado. Además, aún existiendo libertad de establecimiento, es importante ver lo que Vulture como accionista que desea trasladar el domicilio a los Países Bajos argumenta como beneficios para el traslado. Esto es porque, a priori no se ve ninguna ventaja que vaya a suponer dicho traslado más que la fusión posterior con la filial de Vulture por lo que parece que se va a llevar a cabo únicamente en beneficio propio.

3. Informe para Dña. Amparo y Dña. Lidón

3.1. No firma de pacto de socios

Los pactos parasociales pueden definirse como “aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios entre sí, o entre todos o algunos socios y tercero, con el fin de integrar, completar o modificar algunos aspectos de la vida social al margen de lo dispuesto en el contrato fundacional. Son pactos formalmente y materialmente independientes del contrato de sociedad, en el sentido de que únicamente producen relaciones obligatorias entre quienes

los suscriben, pero se encuentran funcionalmente conectados a la sociedad”⁵. Estos pactos no figuran en el Registro Mercantil por lo que, al no darle publicidad a los mismos, no son oponibles a terceros, es decir, a aquellos que no formen parte de ellos, especialmente a los demás socios, a la sociedad, y a los adquirentes sucesivos de las acciones o participaciones, como recuerda el artículo 29 LSC. Estos pactos se rigen por el CC: el artículo 1255 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “CC”) relativo al principio de la autonomía privada de la voluntad⁶, “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público” y el artículo 1257 CC relativo al principio de relatividad de los acuerdos que dice que la oponibilidad del pacto parasocial está limitada a las partes del pacto , no siendo oponible a socios no firmantes, ni a socios posteriores.

En el caso en el que nos encontramos, la firma del pacto parasocial en cuestión se ha impuesto como prestación accesoria a todos los accionistas incluida en los estatutos de la sociedad, mecanismo que ha sido aceptado por la doctrina⁷. Analizándolo, empezamos definiendo lo que son las prestaciones accesorias, se trata de obligaciones de los socios de realizar determinadas prestaciones a favor de la sociedad que pueden consistir en prestaciones concretas y determinadas de dar, hacer o no hacer y, en este caso lo que se obliga es precisamente a firmar el pacto de socios. En virtud del artículo 86.1 LSC, “en los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento”. Añade el RRM en su artículo 187.1 que, “los estatutos detallarán su régimen, con expresión de 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 o, en su caso, las garantías previstas en su cumplimiento [...]”. En este caso la prestación accesoria recoge la obligación específica de hacer consistente en suscribir el pacto parasocial, sin determinar el contenido del mismo, precisamente al no desear que el contenido figure en los estatutos.

⁵ J Martínez Rosado, *Los pactos parasociales*, Madrid, 2017, p.26.

⁶ STS de 6 de marzo de 2009 y de 16 de junio de 2014, entre otras y DGRN de 19 de febrero de 1998.

⁷ A Valmaña Cabanes, *El régimen jurídico...*, cit. pp. 95 y 279 a 284, o F Varela Uría, *Autonomía de la voluntad y derecho de voto en las sociedades anónimas: limitación y agrupación del voto*, Tesis doctoral (inédita), Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2015, p.286.

Es cierto que, un sector de la doctrina considera cuestionable que se pueda imponer la firma del pacto parasocial como prestación accesoria sin inscribir en los estatutos ni siquiera lo básico que incluye el propio pacto parasocial⁸. La doctrina civilista, en relación con esta obligación incluida en los llamados protocolos familiares, exige que se fije el contenido en qué consiste el deber de prestación y afirma que, “deberían ser concretadas en los estatutos, por tanto, las concretas obligaciones incluidas en el protocolo familiar cuyo cumplimiento es el objeto de prestación accesoria que pretende reforzar la eficacia de dicho protocolo”⁹.

En el caso concreto, aceptando este instrumento, al estar esta prestación accesoria incluida en los estatutos sociales de CerTronic, toda persona que adquiriera la condición de socio deberá adherirse al pacto parasocial y, en consecuencia, quedará obligado a cumplirlo quedando la condición de socio y la de miembro del pacto parasocial inseparablemente unida¹⁰. Recordamos además que, de acuerdo con el artículo 88.1 LSC, “será necesaria la autorización de la sociedad para la transmisión voluntaria por actos inter vivos de cualquier participación o acción perteneciente a un socio personalmente obligado a realizar prestaciones accesorias y para la transmisión de aquellas concretas participaciones sociales o acciones que lleven vinculada la referida obligación”. La razón por la que aceptamos este mecanismo es que, al formar parte de los estatutos sociales, el pacto, o al menos, su existencia, es conocida por terceros y, por ello, las partes del pacto parasocial estarían renunciando a la discreción que, como hemos visto, caracteriza a este tipo de pactos.

De esta manera, Dña. Amparo y Dña. Lidón, al tener unas acciones que llevan en sí una serie de prestaciones accesorias, quedarán obligadas a las mismas. En el caso de que se hubieran negado, o bien tuvieron la opción de no adquirir las acciones o bien debieron extinguir de forma previa las prestaciones accesorias que estas conllevan conforme a los requisitos previsto para la modificación de los estatutos requiriendo el consentimiento individual de los obligados en virtud del artículo 89.1 LSC.

En cuanto al incumplimiento voluntario de Dña Amparo y Dña. Lidón, la sociedad les podrá exigir el cumplimiento e incluso haber previsto en los estatutos cláusulas penales en virtud de

⁸ J Martínez Rosado, *Los pactos parasociales*, Madrid, 2017, p.150.

⁹ M Sánchez Ruiz, *Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares*, Madrid, 2010, p.56.

¹⁰ J Martínez Rosado, *Los pactos parasociales*, Madrid, 2017, p.147.

los artículos 86.2 *in fine* LSC y 127 y 187 RRM. Además, el resto de socios pueden llegar a excluir a estas de la sociedad si así lo han previsto en los estatutos sociales (si fuera CerTronic una sociedad limitada, los socios podrían ser excluidos de la sociedad en virtud del artículo 350 LSC).

3.2. Posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad

La LSC ha endurecido y ampliado el sistema de responsabilidad de administradores con la introducción de los artículos 225 y siguientes a través de los cuales los administradores deben actuar con diligencia, discreción empresarial y lealtad. Estos deberes, a su vez, son consecuencia del deber de buena fe impuesto por el artículo 7 CC al obligar a los administradores a considerar el interés de la comun parte del negocio antes que el suyo propio. En particular, el artículo 227.1 LSC actúa como cláusula general que establece el deber de los administradores de “desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”. A este le siguen una serie de artículos que tipifican los comportamientos y definen el deber de lealtad de los administradores sociales: el artículo 228 LSC referido a las obligaciones básicas del deber de lealtad y el 229 LSC referido al deber de evitar situaciones de conflicto. Esta tipificación de conducta es *numerus apertus*, por lo que se pueden valorar diferentes conductas de los administradores que no aparecen en la ley, como ha quedado dicho por el Tribunal Supremo en la sentencia número 613/2020 de 17 de noviembre de 2020.

En cuanto a las posibilidades que tienen Dña. Amparo y Dña. Lidón de alegar el incumplimiento de sus deberes de lealtad, este deber se concreta en determinadas situaciones y en este caso deben alegar el incumplimiento del deber por el artículo 229.1.e LSC. Este artículo establece que los administradores deben evitar situaciones de conflicto de interés obligándose a abstenerse de “obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía”. La conducta que pretenden llevar a cabo los administradores, en concreto, el designado por Vulture, y que encaja en este artículo es el hecho de que, en el caso de que el acuerdo de traslado de domicilio social se lleve a cabo, 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. Por ello, existe un conflicto ya que los afectados por esta posible retribución tienen un interés especial en que se lleve a cabo.

A raíz de este conflicto de interés entre el administrador conflictuado nombrado por Vulture y la sociedad CerTronic, en virtud del artículo 229.3 LSC, lo que este administrador debe hacer es comunicar la situación de conflicto al Consejo de Administración. En el caso de que comunique el conflicto, se podría valorar la dispensa del mismo y así, evitar el incumplimiento del deber de lealtad, siempre en el caso de que el conflicto no cause daño a la sociedad y que exista la garantía de que el administrador conflictuado sea independiente como prevé el artículo 230.2 LSC. En el caso de que se comunique el conflicto, o en el caso de que se dispense (como ocurrió en la STS de 6 de octubre de 2014), se incluirá esta situación en la memoria que se incluya en las cuentas anuales para el conocimiento de la misma por terceros (artículo 259 LSC).

Además, como administradores, deben de buscar que el beneficio de lo que se decida sea para la sociedad y no un beneficio personal. Analizando el beneficio que puede aportar a la sociedad el acuerdo de traslado de domicilio a los Países Bajos, según lo expuesto en los hechos, desde el punto de vista empresarial el único motivo observamos del traslado es que Vulture tiene una sociedad filial allí. Por ello, parece que el traslado responde a un interés de Vulture y no de la sociedad en sí, los demás socios no tienen filiales en Países Bajos ni ningún motivo aparente para defender este traslado. Los administradores, actuando de acuerdo al deber de lealtad y buscando la buena llevanza de CerTronic deben pronunciarse en contra del acuerdo aún siendo la decisión final de votar el acuerdo de los socios en la Junta.

Por otro lado, además de no estar justificado el interés que puede tener la sociedad en trasladarse a Países Bajos, siendo el único interés de Vulture como socio mayoritario, el traslado provocaría un coste adicional para Certronic que, como hemos visto, no tiene ningún beneficio aparente que vaya a aportar. Para trasladar el domicilio de la sociedad se tienen que incurrir en gastos altos como puede ser la escritura, el contrato de abogados allí, el lugar físico utilizado como domicilio, posibles empleados, etc. Otro motivo más por el que los administradores se deberían pronunciar en contra del acuerdo cumpliendo sus deberes propios del cargo.

En cuanto a las consecuencias de la infracción del deber de lealtad, el artículo 227.2 LSC establece que “determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido”. Esta reclamación de responsabilidad por infringir el deber de lealtad pueden ejercerla Dña. Amparo y Dña. Lidón como minoría ya que el artículo 239.1.2 LSC se lo permite sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Además, de acuerdo con el artículo 232 LSC, se puede exigir esta responsabilidad sin perjuicio de que, además, se ejerzan 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” como recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia número 316/2016 de 13 de mayo de 2016. Como vemos, además de pedir responsabilidad, se podrá pedir la anulación del acuerdo mediante el cual se perjudica, como se ha expuesto, a la sociedad CerTronic.

Es importante destacar que, como señala la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2019, la infracción del deber de lealtad de los administradores no impide la eficacia del acto desde el punto de vista representativo, mientras que el juez no declare su ineficacia. Para que el juez pueda declarar el acto ineficaz también debe concurrir otro elemento que sería la producción de un daño a CerTronic, aunque en este punto la doctrina científica no está del todo de acuerdo. Por ello, en caso de que exista el daño, este se deberá reclamar por vía judicial¹¹.

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

La posibilidad de exigir a los socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que decidan sobre el traslado social a los Países Bajos no está directamente regulado en la LSC. Lo que sí está previsto es, en el artículo 190 LSC, relativo a los conflictos de intereses entre socios, distintas situaciones en las que los socios deberán abstenerse en determinados casos.

El primer apartado del artículo 190 LSC establece que “el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto” una serie de supuestos en los que el socio entraría en un

¹¹ M Faus, *Obligaciones del administrador de una sociedad*, VLex, 2020.

conflicto de interés con la sociedad. Sin embargo, entre estos supuestos no se encuentra el acuerdo de traslado de domicilio social.

Para salvaguardar situaciones que pueden considerarse conflictos de interés pero que no están en la lista ofrecida por el primer apartado de este artículo, el tercer apartado de este establece que, “en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, [...] cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés [...]”. De esta manera, Dña. Amparo y Dña. Lidón podrán acogerse a este apartado y, de esta manera, poder demostrar que Vulture está en una situación de conflicto de interés y, por ello, tiene el deber de abstenerse en la votación del acuerdo de traslado de domicilio de la sociedad a Países Bajos.

Éstas, al pretender que se declare el conflicto de interés y en consecuencia deba abstenerse Vulture en la votación tienen la carga de la prueba para demostrar el conflicto de interés existente. Deberán alegar que, por el hecho de que los administradores están recibiendo una remuneración por el éxito de la operación que están sometiendo a votación, están vulnerando el 229.e LSC y, por ello, debe abstenerse Vulture, evitando así el conflicto de interés creado.

3.4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo

Los acuerdos de la Junta General pueden ser impugnados por ser abusivos en virtud del artículo 204 LSC, siendo este artículo integrado en nuestro ordenamiento jurídico como limitación de los poderes discrecionales de los socios y administradores. Así, de acuerdo con este artículo, los acuerdos de la junta que sean (i) contrarios a la ley, (ii) contrarios a los estatutos o (iii) que lesionen los intereses de la sociedad a favor de uno o varios accionistas o terceros son, en el caso de que sean contrarios a la ley nulos, y en los casos segundo y tercero serán acuerdos anulables. En este caso, nos centramos en la posible abusividad del acuerdo y, por ello, en el análisis del tercer supuesto mencionado: demostrar que el acuerdo es contrario al interés social de CerTronic en favor de Vulture.

Es muy importante comprobar que Dña. Amparo y Dña. Lidón tienen legitimación para impugnar los acuerdos sociales de la Junta General ya que la ley impone determinados requisitos para evitar impugnaciones infundadas por quien no tuviera interés en el acuerdo. Para poder impugnar, el artículo 206 LSC prevé que los socios deben contar con una representación de al menos el 1% del capital social, sin necesidad de que hayan hecho constar o no su oposición en la junta, siempre que tuvieran esta condición de manera previa a la adopción del acuerdo que pretendiera impugnar. En este caso es claro que la tienen ya que son socias en el momento de aprobación del acuerdo además de tener más del 1% del capital social necesario para poder impugnar. Además, han de tener en cuenta que la acción de impugnación del acuerdo social prescribe en 1 año, salvo respecto de acuerdos contrarios al orden público que ni caducan ni prescriben de acuerdo con el artículo 205 LSC.

El motivo por el que el acuerdo se considera que es abusivo debe ser concluyente para la aprobación del acuerdo según el párrafo tercero del artículo 204 LSC y es el juez el que determinará la abusividad por la doctrina de la relevancia y la prueba o test de relevancia:

- a. Doctrina de la relevancia: el juez debe decidir si la causa supone o no quitarle al socio los derechos asociados a la aprobación de los acuerdos, es decir, si el acuerdo supone que el socio vaya a tener una minoración de los derechos que reclama. Esto supone ponderar el equilibrio entre la sanción y la infracción que los accionistas que impugnan alegan.
- b. Prueba o test de relevancia: comprobar si las personas que han votado lo han hecho con la debida legitimación y si los votos se han contabilizado correctamente.

Además, en caso de decidirse Dña. Amparo y Dña. Lidón por impugnar deben justificar debidamente cuál es el interés social de la sociedad y que se debe entender por el mismo y, en el caso de que la acción prospere, el acuerdo devendrá ineficaz. Esto se debe probar ya que la jurisprudencia deja claro que "los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas [...] [son] abusivos [...] [y] deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría¹²".

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 11 de julio de 2019.

El interés social al que se refiere la ley no es el interés de la empresa, sino el interés de los que forman parte de la sociedad; los administradores tienen la obligación de orientar las decisiones que toman en el seno de la sociedad al interés social¹³. Este interés social tiene una concepción contractual en el sentido de que el objetivo de la sociedad debe ser el que hayan fijado los contratantes en el contrato social, postura acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo [Voto particular (Ramón Trillo) al Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 17-IV-2006 que recoge la doctrina de la Sala 1ª al respecto]. Además, de esta postura contractualista del interés social, otros defienden la teoría institucionalista del mismo a través de la cual, este interés abarcaría un interés que excede del privado de los socios, y que alcanza a otros intereses colectivos de los diferentes elementos de la empresa y sujetos que con ella se relacionan (acreedores, trabajadores, clientes, etc.), postura acogida por la Sentencia del caso *Shlensky v. Wrigley*. La discusión entre una u otra teoría para definir el concepto de interés social ha quedado resuelta por el artículo 204.1 LSC que dispone que se lesiona el interés social cuando el acuerdo se impone de forma abusiva por la mayoría, o no responde a una necesidad de la sociedad, o se adopta en interés de un socio y en perjuicio de los demás.

En cuanto a lo que se debe considerar como abuso de la mayoría es importante destacar que, no porque un acuerdo sea acordado por un accionista mayoritario como Vulture significa que tenga que ser considerado como abusivo. Como hemos visto, será el juez el que revise las decisiones mayoritarias y, sobre todo, aquellas en las que existan indicios de que la mayoría ha utilizado su poder de decisión para obtener una ventaja particular en perjuicio de los demás socios¹⁴. Por ello, Vulture sí tiene la total capacidad para aprobar un acuerdo que sea beneficioso para la sociedad y produzca resultados legítimos aún siendo el único que vote a favor del mismo en la Junta General. Se debe de analizar en base al artículo 204.1 LSC dos cosas: si el acuerdo es lesivo para el interés social y si el acuerdo es contrario a la ley. En este caso, el acuerdo de traslado del domicilio a Países Bajos podemos considerarlo como un acuerdo abusivo.

¹³ FJ Framiñán Santas, *La exclusión del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, ed. Comares, Granada, 2005, p.147.

¹⁴ J Alfaro, *Los problemas contractuales en las sociedades cerradas*, InDret, N°4, 2005.

En primer lugar está claro que el traslado únicamente es en interés de la sociedad Vulture. Como hemos mencionado anteriormente, el único motivo por el cual se elige Países Bajos como domicilio social de la sociedad es porque Vulture cuenta con una filial en ese país. No hay ningún otro motivo por el cual se quiera trasladar el domicilio a dicho país por lo que no existe un interés real de la sociedad en el traslado sino que existe un interés individual del accionista mayoritario Vulture. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 18 de febrero de 2020 deja claro que un acuerdo es abusivo, como en este caso ha quedado acreditado, cuando no constituye un mecanismo idóneo para proteger los intereses sociales porque existen otros más adecuados.

En segundo lugar, el hecho de trasladar el domicilio a Países Bajos va a suponer una minoración de los derechos del resto de accionistas, en particular:

- Derecho de asistencia y voto en las Juntas Generales: todos los socios tienen derecho a asistir a la Junta General y, en el caso de que se traslade el domicilio a Países Bajos las juntas se celebrarán allí. Las socias Dña. Amparo y Dña. Lidón verían este derecho minorado por el hecho de tener que trasladarse de España a Países Bajos para asistir a las Juntas que se celebren.
- Derecho de información: los administradores tienen la obligación de proporcionar toda la información que sea solicitada por los socios y, en el caso de que se traslade la sociedad, la información que se requiera no se dará en español. Esto también supone una minoración de sus derechos ya que, la información sí les llegará pero no en su idioma natal con lo que tendrán que incurrir en gastos adicionales de traducción para entender la información que se ponga a su disposición en ejercicio de su derecho de información.

En tercer lugar, además de no estar justificado el interés que puede tener la sociedad en trasladarse a Países Bajos, siendo el único interés de Vulture como socio mayoritario, el traslado es un coste adicional y excesivo del que ya hemos hablado y que, como hemos visto, no tiene ningún beneficio aparente que vaya a aportar a CerTronic.

Sobre el éxito de la impugnación del acuerdo de traslado, como hemos mencionado, la ley no impide al socio mayoritario que tome decisiones por sí solo, pero este debe probar que se van

a obtener beneficios para la sociedad y que no va a perjudicar al resto de socios en su propio beneficio. Vulture tiene la carga de la prueba de justificar por qué decide llevar a cabo el acuerdo de traslado del domicilio a Países Bajos.

Por último, el artículo 727.10º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”) les otorga a Dña. Amparo y Dña. Lidón, al contar con más del 5% de capital social de CerTronic, de pedirle al juez la suspensión del acuerdo para evitar que se traslade el domicilio mientras se discute la abusividad del acuerdo en sí mismo. De esta manera, en la práctica, implica que el acuerdo impugnado no “existe” durante el tiempo que dure el proceso judicial de impugnación¹⁵.

En conclusión, se trata de un acuerdo abusivo que sólo beneficia a Vulture como socio mayoritario, supone una minoración de los derechos de los socios y supone un gasto adicional no justificado para la sociedad.

4. Calendario de operaciones

4.1. Calendario de operación de fusión

Paso	Responsable	Fecha
Balances de fusión	Administradores Certronic	1/2021
Verificación Balances de fusión	Audidores	1/2021
Proyecto Común de Fusión	Administradores Certronic	2/2021
Reunión de los órganos de administración para suscribir el Proyecto de Fusión	Consejeros Certronic	2/2021
Publicación Proyecto de Fusión en webs de las sociedades y en la web del Boletín Oficial del Registro Mercantil (hasta fin plazo oposición acreedores de 1 mes)	Administradores Certronic	2/2021

¹⁵ R Sebastián Quetglas, *Fundamentos de Derecho Empresarial Derecho de Sociedades Tomo II*, Navarra, 2015, p. 167.

Depósito del Proyecto Común de Fusión en el Registro Mercantil	Administradores Certronic	2/2021
Solicitud de experto independiente	Administradores Certronic	2/2021
Nombramiento de experto independiente	Registrador Mercantil	2/2021
Publicación convocatoria Junta para resolver sobre fusión (a celebrarse en los 6 meses siguientes a la fecha del proyecto)	Administradores Certronic	3/2021
Informe de los administradores sobre Proyecto de Fusión	Administradores Certronic	3/2021
Informe del experto independiente	Experto independiente	3/2021
Puesta a disposición de la información sobre las fusiones a los representantes de los empleados, los acreedores y los accionistas en el domicilio social de las compañías	Administradores Certronic	4/2021
Aprobación del Proyecto Común de Fusión y del Balance de fusión por los accionistas en junta general (6 meses desde proyecto)	Accionistas Certronic	6/2021
Publicación de las resoluciones de fusión en diario de gran circulación donde tengan las sociedades su domicilio	Administradores Certronic	6/2021
Derecho de oposición del acreedor (1 mes desde de la publicación)	Acreedores Certronic	Hasta 7/2021
Inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de las resoluciones de los accionistas que aprueban las fusiones	Administradores Certronic	7/2021
Presentación de la escritura en el Registro Mercantil de Certronic y depósito de la fusión	Administradores Certronic	7/2021

Posible impugnación de la fusión (3 meses desde publicación)	Accionistas Certronic	Hasta 10/2021
--	-----------------------	---------------

4.2. Calendario de traslado a domicilio

Paso	Fecha
Proyecto de Traslado	1/2021
Informe de los administradores	2/2021
Depósito del Proyecto de Traslado en el Registro Mercantil	2/2021
Publicación del Proyecto de Traslado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil	2/2021
Convocatoria Junta General para decidir sobre traslado (plazo mínimo de dos meses de antelación)	3/2021
Junta General para decidir sobre traslado y fijación del nuevo texto de los estatutos	5/2021
Publicación y elevación a público de los acuerdos adoptados en la Junta General	5/2021
Derecho de separación de socios (1 mes desde publicación del acuerdo)	6/2021
Inscripción en el país de destino en el órgano equivalente al Registro Mercantil español	7/2021

5. Bibliografía

A Valmaña Cabanes, *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Editorial Comares, 2015.

F Vives Ruiz, *La fusión de sociedades*, Manual de fusiones y adquisiciones de empresas, Dir. R Sebastián Quetglas, Madrid, 2016.

FJ Framiñán Santas, *La exclusión del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, ed. Comares, Granada, 2005.

F Varela Uría, *Autonomía de la voluntad y derecho de voto en las sociedades anónimas: limitación y agrupación del voto*, Tesis doctoral (inédita), Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2015.

I Fernández Torres, *Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso: Oportunidad y acierto del art. 35 LME*, Research Gate, 2011.

J Alfaro, *Los problemas contractuales en las sociedades cerradas*, InDret, N°4, 2005.

J Martínez Rosado, *Los pactos parasociales*, Madrid, 2017.

M Faus, *Obligaciones del administrador de una sociedad*, VLex, 2020.

M Herrero Martínez, *La nueva regulación de las acciones propias. Aspectos jurídicos y contables*, Anuales de estudios económicos y empresariales n°6, 1991.

M Sánchez Ruiz, *Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares*, Madrid, 2010.

R Sebastián Quetglas, *Fundamentos de Derecho Empresarial Derecho de Sociedades Tomo II*, Navarra, 2015.