



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)

Santiago González Juste

Tutor: Guillermo Guerra Martín

Madrid

Enero 2021

ÍNDICE

I.	Informe para el Consejo de Administración de CerTronic, S.A.....	3
	a) Adquisición de Cir-Ceramica.....	3
	b) Posibilidad de trasladar el domicilio social a los Países Bajos.....	17
	c) Calendario de operaciones mercantiles y societarias requeridas.....	20
II.	Informe para Dña. Amparo Fabra Llorens y Dña. Lidón Falomir Fabra.....	23
	a) Consecuencias de que Dña. Amparo y Dña. Lidón no firmaran el pacto de socios.....	23
	b) Posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.....	25
	c) Posibilidad de exigir a los demás de socios que se abstengan en la votación sobre el traslado del domicilio social a los Países Bajos.....	28
	d) Posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.....	29

.....

I. INFORME PARA EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE CERTRONIC, S.A.

1- Adquisición de Cir-Ceramica

(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 Cir-Ceramica, amortizar el excedente:

Esta primera posibilidad, consistente en realizar una adquisición derivativa de las acciones propias, puede resultar beneficiosa para facilitar la adquisición de Cir-Ceramica al no tener que pasar por los trámites societarios necesarios para realizar un aumento de capital (aunque, como veremos, podría resultar necesario realizar una reducción de capital) o por las complicaciones que puede conllevar la solicitud de un préstamo.

No obstante, se deben tener en cuenta las limitaciones legales existentes con respecto a los negocios sobre las propias acciones, las cuales habrá que observar en todo caso de manera minuciosa al tratarse de normas imperativas que cuentan con el objetivo principal de impedir un “aguamiento” de las acciones y de proteger a los acreedores de la sociedad. En particular, los límites a respetar son los siguientes:

- a) La adquisición debe ser autorizada por la junta general, debiéndose establecer las modalidades de la adquisición así como el número máximo de acciones a adquirir y el contravalor correspondiente cuando lo hubiere. Asimismo, se establece que la duración de la autorización no podrá exceder de cinco años (artículo 146 de la Ley de Sociedades de Capital).
- b) El total de las acciones poseídas en autocartera no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social (más las reservas indisponibles).
- c) Que el valor nominal de las acciones adquiridas más las que ya se posean no supere el veinte por ciento del capital social de la sociedad.

Analizando las anteriores limitaciones o reglas, se observa rápidamente que, a priori, no debería existir ningún inconveniente en llevar a cabo la adquisición de acciones propias, habida cuenta de que existe un acuerdo entre todos los socios de CerTronic para adquirir Cir-Ceramica y no consta que, a día de hoy, la sociedad tenga ninguna acción en autocartera. En cualquier caso, teniendo en cuenta que aún no se conoce el valor exacto de la marca de Cir-Ceramica y, por tanto, el número exacto de acciones que habrá que transmitir a sus socios, habrá que cuidar que el porcentaje de las acciones adquiridas por la propia sociedad no supere el veinte por ciento del capital social. De

todas maneras, aun en el caso de que se estimase que el valor de la marca de Cir-Ceramica fuera superior al valor nominal del veinte por ciento de las acciones de CerTronic, se podría adquirir un porcentaje superior de acciones siempre y cuando las mismas fueran enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la adquisición (art. 139.1 LSC).

Asimismo, se debe tener en cuenta que el art. 146.4 LSC declara nula la adquisición de acciones propias que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias. Por lo tanto, debido a que en los estatutos sociales de CerTronic se incluyó como prestación accesorias de todos los accionistas la suscripción del pacto de socios con Vulture, para poder realizar la operación de autocartera será necesario extinguir previamente la obligación de realizar dicha prestación accesorias de las acciones que se vayan a adquirir derivativamente por la sociedad. Para ello, habrá que seguir los requisitos previos para la modificación de los estatutos y se requerirá el consentimiento individual de cada obligado (art. 89.1 LSC). De esta forma, será necesario que el órgano de administración redacte un informe de justificación de la modificación y que la junta general apruebe la misma posteriormente (con la consiguiente inscripción registral de modificación de estatutos). En cualquier caso, en aras de velar por la celeridad de la operación, los requisitos recién expuestos podrán ser cumplidos en la medida de lo posible de manera paralela al acuerdo de adquisición de acciones propias, de forma que, por ejemplo, solo haya que realizar una junta general.

A continuación, conviene recordar sucintamente el régimen legalmente establecido para las acciones propias que se encuentren en poder de la sociedad:

- Los derechos correspondientes a las acciones propias quedarán en suspenso, con la salvedad de que los derechos económicos correspondientes a dichas acciones se atribuirán proporcionalmente al resto de las acciones.
- Las acciones en autocartera se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en junta.
- El informe de gestión de la sociedad adquirente deberá mencionar, entre otros: los motivos de las adquisiciones realizadas durante el ejercicio, el número y valor nominal de las acciones adquiridas y la fracción del capital social que representan, la contraprestación por las acciones y el número total de acciones en autocartera.

Respecto a la posterior transmisión efectiva de las acciones propias a cambio de la marca -que veremos más en detalle más adelante-, se debe señalar que la misma quedaría a salvo de una posible vulneración de la prohibición del artículo 26 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según el cual las acciones en autocartera de la sociedad que se fusione no podrán ser canjeadas por acciones de la sociedad resultante de la fusión. Ello

sería así debido a que lo que se llevaría a cabo no sería una fusión de sociedades sino meramente la adquisición de una marca de una sociedad sin actividad económica actual a cambio de las acciones de otra.

Por otro lado, en lo que se refiere a las operaciones societarias específicas a suscribir, las mismas serían:

a) Autorización por la junta general:

En primer lugar, los administradores de CerTronic deberían convocar una junta general extraordinaria especificando en el orden del día el motivo de celebración de la misma: la adquisición de acciones propias para su posterior transmisión a los socios de Cir-Ceramica a cambio de la marca de ésta -con la previa aprobación de la eliminación de la prestación accesoria aparejada a las acciones a adquirir-. Asimismo, debido a la existencia de una vacante en el consejo de administración de CerTronic, el orden del día deberá contemplar de igual manera la cobertura de ésta, de modo que quede el consejo completo tras la celebración de la junta general. En este sentido, si bien el resto de administradores podría haber nombrado anteriormente al quinto consejero por medio del mecanismo de cooptación (contemplado en el art. 244 LSC), en el momento en el que se celebre la primera junta general desde que se produjese la vacante en el consejo, serán los socios quienes decidirán si mantener al nuevo administrador cooptado o, por el contrario, si designar uno distinto.

Por otro lado, el plazo legalmente establecido desde la convocatoria de la junta hasta su celebración es de, como mínimo, un mes para las sociedades anónimas, por lo que resultará de utilidad convocarla a la mayor brevedad posible para agilizar los trámites de adquisición de Cir-Ceramica. En lo que se refiere a los quórum y mayorías necesarias, la junta quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto (se requeriría un quórum reforzado por incluirse entre los puntos del día una posible modificación de los estatutos sociales). Igualmente, para adoptar dicho acuerdo de extinción de prestaciones accesorias será necesario que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta (siempre que el capital presente o representado supere el cincuenta por ciento), mientras que para adoptar el acuerdo de adquisición de acciones propias bastará con una mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta (art. 201 LSC).

En cualquier caso, tras la autorización de la junta general por esta mayoría simple será necesario en un momento posterior obtener el consentimiento de todos los socios de los que se vaya a adquirir acciones en autocartera. De este modo, partiendo de la hipótesis que la

adquisición se hará proporcionalmente a todos los socios, será necesario recabar el consentimiento de todos ellos para llevar a cabo el negocio.

Finalmente, según lo expuesto previamente, será necesario hacer constar en escritura pública el acuerdo de modificación de estatutos sociales por el que se extinguen las prestaciones accesorias pertinentes e inscribirlo posteriormente en el Registro Mercantil (art. 290 LSC).

b) Valoración de la marca de Cir-Ceramica:

Con anterioridad a la transmisión de las acciones a Cir-Ceramica a cambio de su marca, resultaría necesario proceder a la valoración exacta de ésta última para así determinar el número preciso de acciones a transmitir a cambio. Escapándose dicha valoración del ámbito legal, lo recomendable sería acudir a una empresa independiente especializada en tasación y valoración de derechos de propiedad industrial para obtener así un precio que pudiera satisfacer a ambas partes.

No obstante, la valoración concreta de la marca de Cir-Ceramica podrá resultar determinante a la hora de decidir sobre la adecuación de la operación en su conjunto, puesto que si la misma se estipulara suficientemente elevada como para considerarse un nuevo activo esencial de CerTronic, sería necesario convocar una nueva junta general extraordinaria para validar la adquisición. En este sentido, indica el artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital que se presumirá el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Asimismo, un activo que no supere dicho porcentaje pero que, no obstante, suponga una alteración del desarrollo del objeto social de la compañía también podrá revestir de carácter esencial y, por tanto, causar la necesidad de aprobación de la adquisición del mismo en junta. Finalmente, se debe tener en cuenta que, de acuerdo a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2015, tanto el notario autorizante de la escritura de compraventa como el registrador posteriormente (en los casos pertinentes) comprobarán el cumplimiento de la norma, debiendo el notario en particular emplear toda la diligencia necesaria para advertir a las partes del posible carácter esencial del activo objeto de la operación.

En definitiva, pese a que resulta improbable que la adquisición de la marca de Cir-Ceramica pudiera suponer un cambio en el objeto social de CerTronic -puesto que el mismo recae precisamente en la fabricación de componentes cerámicos-, el consejo de administración habrá de asegurarse de que el valor de la marca no supere el umbral legal para considerarlo

un activo esencial, corriendo el riesgo de lo contrario de afrontar responsabilidad social si no convoca una junta general extraordinaria para aprobar la transacción.¹

c) Eventual amortización del excedente de acciones:

En caso de que, finalmente, el número de acciones adquiridas en autocartera para hacer frente a la adquisición de la marca de Cir-Ceramica fuera superior al necesario para concluir la operación, el consejo de administración de CerTronic tendría que llevar a cabo las actuaciones pertinentes destinadas a amortizar el excedente y, de esta manera, liberar a la sociedad de futuros problemas de autocartera.

Para ello, debido a que la amortización de acciones propias supone una reducción del capital social de la sociedad, el órgano de administración deberá elaborar un informe detallando y justificando la modificación estatutaria propuesta (art. 286 LSC). En el anuncio de la convocatoria de la junta se hará constar el derecho de los accionistas a revisar dicho informe en el domicilio social, así como el de pedir la entrega de dicho documento. Por otra parte, para la válida constitución de dicha junta general extraordinaria -en la que ya estaría como accionista el socio de Cir-Ceramica- sería necesario en este caso, al tratarse de una reducción de capital social, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto (siendo suficiente, no obstante, la mitad de dicho porcentaje para la válida constitución en segunda convocatoria). Asimismo, también sería necesaria una mayoría reforzada para adoptar el acuerdo de reducción social de acuerdo a lo establecido en el art. 201.2 LSC. Finalmente, el acuerdo de reducción del capital social habrá de constar en escritura pública, ser inscrito en el Registro Mercantil y ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta el carácter opcional que tendría realizar esta amortización del excedente de acciones propias siempre que, como comentado anteriormente, el total de acciones en autocartera no superase el 20% del capital social.

En definitiva, y a modo de sumario -y más allá del coste relativo a la efectiva adquisición de la marca de Cir-Ceramica-, la opción de llevar a cabo la operación mediante la adquisición de acciones propias para su posterior transmisión a cambio de la marca implicaría: (i) la justificación

¹ Si bien en dicha junta general no debería existir peligro de rechazo de la operación (aunque cabría la posibilidad de que algunos socios se negaran ante el elevado precio de la transacción), la celebración de la misma conllevaría afrontar gastos adicionales y ralentizaría importantemente la adquisición de la marca.

por parte del consejo de administración en su informe de gestión de la adquisición de acciones propias, (ii) la eventual convocatoria y celebración de hasta tres juntas generales extraordinarias (iii) una modificación de los estatutos sociales, y (iv) una posible reducción del capital social de la sociedad. Por lo tanto, el órgano de administración habrá de valorar la verdadera oportunidad de esta alternativa y compararla con el resto de opciones disponibles.

(ii) Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca

La segunda posibilidad a valorar por el órgano de administración de Certronic para la adquisición de Cir-Ceramica sería a través de un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca por parte de los socios de la sociedad italiana. En este sentido, será necesario primeramente la elaboración de un informe por parte de un experto independiente y otro de los administradores justificando y detallando la propuesta. Por otra parte, para la aprobación en junta general de la ampliación de capital, se deberán cumplir tanto los requisitos de quórum y mayoría reforzados exigidos para este tipo de operaciones societarias en los ya comentados artículos 194 y 201.2 de la Ley de Sociedades de Capital como lo establecido en el pacto de socios existente.

Por otro lado, las acciones que se emitan como resultado de dicho aumento de capital habrán de ser suscritas por los socios de Cir-Ceramica mediante la aportación de la marca de ésta; esto es, mediante una aportación no dineraria. Para ello, resultará necesario cumplir con todos los requisitos legales establecidos para este tipo de aportaciones.

En particular, las operaciones societarias a realizar serían las siguientes:

a) Informe del experto independiente:

En primer lugar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital, el órgano de administración deberá solicitar al Registrador Mercantil de Castellón la designación de uno o varios expertos independientes, quienes deberán redactar un informe describiendo la aportación a realizar así como la valoración de la misma, explicando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal de las acciones a recibir como contrapartida y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como

contrapartida. Asimismo, se establece que el valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.²

La responsabilidad del experto frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores por los daños causados por la valoración prescribirá a los cuatro años, pudiendo antes resultar exonerado si acredita haber empleado la diligencia exigible. En cuanto al plazo para la elaboración del informe, el experto tendrá un mes desde que aceptó el nombramiento, pudiendo ampliarse excepcionalmente por el Registrador a petición del experto (art. 345 Reglamento del Registro Mercantil). Finalmente, una vez concluido el informe, los administradores deberán poner el mismo a disposición de los accionistas en la página web de la sociedad desde la publicación del anuncio de convocatoria de la junta para realizar la ampliación de capital hasta la celebración de la junta (art. 518 LSC).

b) Informe de los administradores:

Con carácter simultáneo a la publicación del informe del experto independiente, el órgano de administración deberá a su vez poner a disposición de los accionistas un informe propio en el que recoja: “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 para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista” (art. 300.1 LSC).

En este sentido, lo más conveniente para los intereses de la sociedad y del consejo de administración en particular sería esperar a tener inicialmente el informe del experto independiente, recabando la valoración de la marca realizada por el mismo (que, recordemos, supondrá el límite que se podrá dar a la aportación) para después elaborar el informe propio detallando las circunstancias particulares de la ampliación de capital.

En dicho informe, se debería indicar la no aplicación del régimen del derecho de suscripción preferente en el aumento de capital, puesto que de acuerdo al artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital dicho derecho sólo será de aplicación cuando la emisión de nuevas acciones se realice con cargo a aportaciones dinerarias. En este sentido, para evitar que los antiguos socios sufrieran la dilución de sus acciones se podría proponer un aumento adicional

² Con esta limitación legal se deja sin efecto lo contemplado en el artículo 133.2 del Reglamento del Registro Mercantil, el cual establece que el Registrador denegará la inscripción cuando el valor escriturado supere el valor atribuido por el experto en más de un veinte por ciento.

con cargo en este caso a aportaciones dinerarias y con derecho de suscripción preferente. Asimismo, también se podría valorar la inclusión de una prima de emisión en el aumento de capital, de manera que los nuevos socios tuvieran que pagar una plusvalía por las nuevas acciones, evitando, de este modo, una dilución de las reservas existentes con anterioridad a su llegada a la sociedad.

Finalmente, atendiendo al régimen legal de los aumentos de capital en sociedades anónimas, resultará menester incluir expresamente entre las condiciones de emisión una cláusula especificando que, de no suscribirse íntegramente el aumento de capital en el plazo fijado, el capital se aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas. De lo contrario, el aumento de capital quedaría sin efecto y el consejo de administración se vería obligado a restituir todas las aportaciones realizadas (art. 311 LSC).

En lo que respecta a la publicidad de este informe, en la convocatoria de la junta general se hará constar el derecho de los socios de examinar el mismo en el domicilio social, así como solicitar la entrega o envío gratuito del documento.

c) Aprobación por parte de la Junta General:

Una vez finalizados tanto el informe del experto independiente como el de los administradores, el órgano de administración deberá convocar una junta general extraordinaria, reflejando en el orden del día la propuesta de ampliación de capital.³ Para la válida constitución de la junta será necesario el quórum reforzado del art. 194 LSC, mientras que para la aprobación de la propuesta habrá que tener en cuenta lo contemplado en el pacto de socios existente entre los accionistas. En este sentido, de acuerdo al pacto de socios celebrado entre los socios con motivo de la refinanciación de Vulture a CerTronic en 2013, los aumentos de capital habrán de adoptarse con el voto favorable de, al menos, el 67% del capital social.

Por lo tanto, para alcanzar el acuerdo resultará necesario contar con el voto favorable de Vulture y de, al menos, un 23% adicional de los restantes accionistas de la sociedad.

³ Se presupone en este punto la inexistencia de delegación genérica de la junta general al órgano de administración para ampliar el capital social, la cual no sería de aplicación en todo caso por tratarse de una ampliación mediante aportaciones no dinerarias (art. 297.1 b) LSC)

d) Inscripción de la operación de aumento:

Tras la aprobación en junta del acuerdo de aumento, los socios de Cir-Ceramica deberán suscribir en el plazo fijado en el acuerdo las nuevas acciones emitidas por CerTronic -con o sin prima de emisión-, debiendo hacer la aportación de la marca como contrapartida en el mismo momento de la suscripción (art. 312 LSC).

Por último, una vez ejecutado el acuerdo de aumento del capital social, el órgano de administración deberá realizar la pertinente modificación de los estatutos sociales, recogiendo en los mismos la nueva cifra de capital social. A su vez, en la escritura de ejecución del aumento deberán constar los bienes aportados para la suscripción de las acciones -en este caso la marca-, así como la identidad de los nuevos suscriptores y el número total de acciones atribuidas a los mismos. Finalmente, tanto el acuerdo de la ampliación de capital como la ejecución del mismo habrán de inscribirse en el Registro Mercantil.

En definitiva, para llevar a cabo la adquisición de Cir-Ceramica mediante un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca sería necesario: (i) un informe de un experto independiente, (ii) un informe del consejo de administración, y (iii) la convocatoria y celebración de una junta general que autorizase la operación. Por otro lado, este modo de llevar a cabo la transacción podría permitir a los socios mantener su poder en la sociedad mediante un aumento de capital adicional con derecho de suscripción preferente o, al menos, mediante la emisión con prima de las nuevas acciones.

(iii) Adquisición de las participaciones de Cir-Ceramica y posterior fusión por absorción

Finalmente, la tercera opción valorada por los administradores de CerTronic para la adquisición de Cir-Ceramica sería a través de, primeramente, la compra de sus participaciones a los dos socios de la sociedad italiana para, con posterioridad, acordar una fusión por absorción de la que sería ya su filial.

En este sentido, habrá que prestar especial atención a las posibles implicaciones que conllevaría la solicitud de un préstamo para financiar la compraventa de Cir-Ceramica para proceder inmediatamente después a la fusión por absorción con la misma.

En particular, las operaciones societarias y mercantiles a llevar a cabo serían las siguientes:

a) Compra de las participaciones de Cir-Ceramica:

En primer lugar, el consejo de administración debería estudiar las posibles dificultades legales o estatutarias existentes a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales de Cir-Ceramica. En este sentido, tratándose de una sociedad limitada italiana, será de aplicación la normativa de este país, por lo que sería recomendable buscar asesoramiento jurídico de abogados de dicha jurisdicción para estar al tanto de las posibles especificidades a las que pudiera haber lugar.

A continuación, una vez alcanzado un acuerdo con los socios de Cir-Ceramica para la compraventa de las participaciones respetando todas las especialidades aplicables de derecho italiano, el consejo de administración podrá llevar a cabo el negocio jurídico sin necesidad de autorización por parte de la junta general siempre y cuando dicho negocio estuviera incluido entre los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos sociales (art. 234 LSC). En este sentido, teniendo en cuenta el objeto social de la sociedad así como el fin de la compraventa de las participaciones de Cir-Ceramica, se debe concluir que el negocio jurídico formaría parte de los actos comprendidos en el objeto social y, por tanto, recaería dentro del ámbito del poder de representación del órgano de administración.

No obstante, de manera similar a lo expuesto anteriormente, resultará de suma importancia conocer la valoración exacta de las participaciones a adquirir, puesto que si la misma superara la barrera del veinticinco por ciento del valor de los activos de CerTronic se estaría ante la adquisición de un activo esencial y, por tanto, sería necesario obtener la autorización de la junta general para llevar a cabo la transacción (art. 160 f) LSC).

b) Solicitud de un préstamo por el valor de la compraventa:

En esta operación, pese a ser de una naturaleza primordialmente mercantil, se habrán de respetar las particularidades contenidas en los estatutos de la sociedad y, especialmente, en el pacto de socios existente entre los accionistas. En este sentido, a pesar de que la solicitud de un préstamo ha de incluirse entre las facultades de representación del consejo de administración, será de interés para la sociedad que el acuerdo de financiación respete las especialidades acordadas por los socios para evitar potenciales disputas entre los mismos.

En particular, en el pacto de socios se acordó que cualquier nuevo crédito que se solicitara se estableciera en condiciones iguales o peores que las del crédito alcanzado con Vulture. Por lo tanto, en el contrato de préstamo con la entidad financiera el consejo de administración de CerTronic habrá de vigilar que se cumpla la mencionada condición, de modo que el nuevo préstamo no goce de privilegio alguno sobre el crédito de Vulture.

c) Fusión por absorción:

Una vez solventadas las posibles dificultades para la obtención del préstamo y concluida por tanto la compraventa de las participaciones sociales de Cir-Ceramica, se deberá dedicar toda la atención a los requisitos e implicaciones legales que pudiera tener la fusión por absorción con la sociedad -ya filial- italiana.

En primer lugar, debido a que la fusión habría de producirse entre una sociedad española y una italiana, sería de aplicación el régimen contemplado para las fusiones transfronterizas intracomunitarias en el capítulo II de la Ley sobre Modificaciones Estructurales (“LME”), incorporado a nuestra legislación en transposición de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 55 LME, serán aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias las disposiciones del citado capítulo y, supletoriamente, las disposiciones que rigen la fusión en general (contenidas en la misma ley). Asimismo, teniendo en cuenta que tras la compra de las participaciones de Cir-Ceramica ésta se convertiría en una sociedad íntegramente participada por CerTronic, serían igualmente aplicables las especialidades dispuestas en la LME para la absorción de dicha clase de sociedad. De este modo, la operación podría realizarse sin necesidad de incluir ciertas menciones en el proyecto de fusión a realizar, no se requeriría la realización de un aumento de capital de la sociedad absorbente ni sería necesario la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbida (art. 49 LME).

No obstante, a la fusión sí le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 35 LME, según el cual cuando una sociedad contraiga deudas en los tres años anteriores a la fusión para financiar la compra de otra sociedad involucrada en la operación serán de aplicación unas reglas específicas. Por lo tanto, al haber incurrido CerTronic en endeudamiento previo mediante la solicitud de un préstamo para poder adquirir las participaciones sociales de Cir-Ceramica, para que la fusión se repunte válida, el proyecto de fusión -que veremos más en detalle enseguida- deberá indicar los recursos y plazos previstos para la amortización por la sociedad resultante de la deuda contraída, mientras que el también menester informe de los administradores deberá incluir una justificación de la adquisición de las participaciones de Cir-Ceramica y de la operación de fusión, así como la descripción de un plan económico y financiero indicando los recursos para lograr los objetivos establecidos.

Operaciones societarias específicas para la fusión:

- Como requisito preliminar para llevar a cabo la fusión, los órganos de administración de las dos sociedades implicadas en la fusión deberían elaborar un proyecto común de fusión transfronteriza que tendría que incluir, como contenido mínimo, la siguiente información (arts. 31 y 59 LME):
 - Los datos identificativos de las sociedades que participan en la fusión.
 - La incidencia sobre las aportaciones de industria o las prestaciones accesorias de la sociedad que se extingue.
 - Las ventajas a atribuirse a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de ambas sociedades.
 - La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones tendrán derecho a participar en las ganancias sociales.
 - La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo al Plan General de Contabilidad.
 - Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.
 - La información sobre la valoración del activo y pasivo de la sociedad absorbida.
 - 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 laborales, de impacto de género y sobre la responsabilidad social de la empresa que pueda causar la fusión.
 - Los recursos y plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición previa de las participaciones de Cir-Ceramica.

El proyecto común de fusión tendrá que ser insertado por los administradores en la página web de cada sociedad que participe en la fusión para dar publicidad de la misma, debiendo mantenerse hasta que finalice el plazo del derecho de oposición a la fusión por los acreedores (que será de un mes tras la publicación del último anuncio del acuerdo de fusión ex. art. 44 LSC).

- Adicionalmente al proyecto común de fusión, tanto el órgano de administración de CerTronic como el de Cir-Ceramica tendrán que elaborar un informe propio en el que expliquen y justifiquen detalladamente el proyecto de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, así como las implicaciones para los socios, acreedores y empleados (arts. 33 y 60 LME). Asimismo, los informes deberán incluir la información anteriormente expuesta relativa a la

explicación de la adquisición anterior de las participaciones de Cir-Ceramica. Dichos informes tendrán que ser puestos a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores.

- Por otra parte, de acuerdo con el mencionado art. 35 LME, será necesario obtener un informe de uno o varios expertos independientes a fin de que éste valore el proyecto de fusión, expresándose sobre las justificaciones y razonamientos realizados por los administradores en los proyectos de fusión y en los informes referentes a la previa adquisición con endeudamiento de Cir-Ceramica. Adicionalmente, el experto -que será nombrado por el Registrador Mercantil de Castellón- se pronunciará sobre la existencia de asistencia financiera en la operación.⁴

En este sentido, para evitar que el experto declare en su informe que efectivamente ha existido asistencia financiera (prohibida por los artículos 143 y 150.1 LSC) en la operación, los administradores deberán habido de haber resultado suficientemente claros y convincentes en sus informes y en el proyecto de fusión sobre la justificación de la realización de la fusión apalancada y, principalmente, sobre los recursos con los que la sociedad resultante de la fusión amortizará la deuda contraída para la adquisición de participaciones de Cir-Ceramica. De este modo, tanto el proyecto común de fusión como los informes de los administradores deberían indicar de manera precisa los recursos previstos para la satisfacción de la deuda de adquisición. Asimismo, convendría acompañar a la argumentación la constatación de la inexistencia de actividad económica de Cir-Ceramica, de modo que quede clara la imposibilidad, en cualquier caso, de amortización de la deuda con recursos de la sociedad absorbida.

- También será necesario la elaboración de un balance de fusión en caso de que el último balance de ejercicio aprobado se hubiera cerrado más de seis meses antes a la fecha del proyecto de fusión (art. 36 LSC).
- A continuación, previamente a la convocatoria de la junta general para acordar la fusión, se deberá poner a disposición de los socios la siguiente información: (i) el proyecto común de fusión; (ii) los informes de los administradores de ambas sociedades; (iii) el informe del experto independiente; (iv) las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios; (v) el balance de fusión si hubiera sido necesario elaborar uno nuevo; (vi) los estatutos sociales vigentes; (vii) el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad; y (viii) la identidad

⁴ A pesar de que el artículo 49 LME dispensa a las sociedades de solicitar un informe de experto independiente en las fusiones por absorción de sociedades íntegramente participadas, al estar ante una fusión apalancada se debe solicitar dicho informe en aras de asegurar la protección de los acreedores y evitar potenciales problemas a la hora de registrar la fusión en el Registro Mercantil.

de los administradores de las sociedades actuales y de los potenciales administradores de la sociedad resultante.

- Para la celebración de la junta general -recordemos que solo será necesaria en CerTronic⁵- será necesario cumplir con el quórum reforzado del art. 194 LSC, mientras que para la aprobación del acuerdo de fusión será necesaria la mayoría reforzada contenida en el pacto de socios de un 67% de votos favorables.
- Una vez adoptado el acuerdo, procederá su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia de Castellón. En dicho anuncio, se hará constar el derecho de oposición de los acreedores a la fusión durante el mes siguiente a la publicación, los cuales podrán oponerse hasta que les sea garantizado su crédito con la sociedad (siempre que éste hubiera nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión).
- Finalmente, se producirá la elevación a público del acuerdo de fusión y su posterior inscripción en el Registro Mercantil de Castellón. No obstante, tratándose como hemos visto de una fusión transfronteriza, el Registrador Mercantil certificará previamente a la inscripción la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de CerTronic y hará igualmente un control de legalidad de la sociedad resultante mediante la examinación del proyecto común de fusión.

En conclusión, esta última posibilidad de llevar a cabo la adquisición de Cir-Ceramica debe ser catalogada como la costosa en cuanto a operaciones societarias y mercantiles a realizar. En este sentido, a modo de sumario, habría que realizar los siguientes negocios jurídico-mercantiles: (i) la solicitud de un préstamo para la posterior compraventa de las participaciones de Cir-Ceramica, (ii) la elaboración de un proyecto común de fusión, (iii) la elaboración de un informe de los administradores, (iv) la obtención de un informe de un experto independiente sobre la posible existencia de asistencia financiera, (v) la posible necesidad de elaborar un balance de fusión, y (vi) la convocatoria y celebración de una junta general. No obstante, se debe señalar como ventaja de esta operación el hecho de que la misma no implicaría la entrada en el accionariado de CerTronic de los socios de Cir-Ceramica, de modo que los accionistas de CerTronic conservarían su poder en la sociedad resultante de la fusión (además de verse beneficiados por la prima de fusión que

⁵ Incluso, según lo dispuesto en el art. 51 LME, podría evitarse también la celebración de la junta general de CerTronic si con un mes de antelación a la fecha prevista para la formalización de la absorción se pusieran a disposición de los socios y acreedores los documentos e informes requeridos legalmente y ningún socio exigiera la celebración de la junta para someter el acuerdo a votación.

constituiría la marca de la sociedad italiana) y se evitaría un aumento del control de Vulture sobre CerTronic.

2- Posibilidad de trasladar el domicilio social a los Países Bajos

En lo que respecta a la posibilidad de trasladar el domicilio social de la compañía a Países Bajos pese a no contar con actividad en dicho país, debemos estudiar los posibles requisitos legales necesarios para llevarlo a cabo así como sus potenciales ventajas o inconvenientes.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el cambio de domicilio social a un país extranjero supondría el cambio de nacionalidad de la sociedad y, por lo tanto, la sujeción a un Derecho aplicable distinto. No obstante, antes proceder al estudio de los requisitos legales pertinentes, se debe tomar en consideración el hecho de que CerTronic no cuenta con actividad alguna en los Países Bajos, de forma que habrá que dirimir si ello representa un escollo insalvable o si, por el contrario, se podrá efectuar el traslado aun así.

En este sentido, se debe resaltar primeramente el hecho de que estaríamos ante un traslado del domicilio social al extranjero y, particularmente, a otro país miembro de la Unión Europea. Por lo tanto, serán de aplicación, además de la legislación de los dos países involucrados en el traslado, la normativa y jurisprudencia europeas. De esta manera, a pesar de que la Ley de Sociedades de Capital exige en su artículo 9.1 que el domicilio social de las sociedades españolas se fije bien en el centro de su efectiva administración y dirección, bien donde radique su principal establecimiento -requisito que, a priori, no se cumpliría en el traslado de marras- la jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha venido periódicamente flexibilizando el régimen de traslado del domicilio social de sociedades comunitarias entre Estados miembros hasta el punto de permitir dichos movimientos de manera prácticamente ilimitada siempre que no se incumpla ninguna norma imperativa de los ordenamientos jurídicos implicados.

De esta manera, desde la primera sentencia del TJUE sobre esta cuestión en el caso Daily Mail (de 27 de septiembre de 1988) en la que estableció la legitimación de los Estados de origen a imponer restricciones a los traslados, el tribunal ha ido evolucionando en su postura por medio, inicialmente, de los asuntos Cartesio (de 16 de diciembre de 2008) y Vale (de 12 de julio de 2012), en los que resolvió que los ordenamientos que permitiesen la transformación de sociedades debían autorizar igualmente los traslados internacionales incluso cuando dicha operación no estuviera regulada.

Finalmente, el TJUE alcanzó su postura más permisiva por medio de la sentencia Polbud, de 25 de octubre de 2017. A través de dicha resolución, el tribunal europeo reconoció la facultad de las sociedades de Estados comunitarios a trasladar su domicilio social a diferentes Estados en los que no mantuviera actividad comercial, aceptando como única motivación de la operación -sin que esto supusiera un abuso de derecho- el hecho de disfrutar de una legislación más ventajosa.

Por lo tanto, admitiendo entonces la posibilidad de efectuar el traslado del domicilio aun sin contar con actividad en los Países Bajos⁶, se debe atender a la legislación concreta a respetar en nuestro país para poder llevar a cabo la operación. En este sentido, tratándose el traslado de domicilio social al extranjero de una modificación estructural según nuestro ordenamiento, será de aplicación lo dispuesto en la ley específica para este tipo de operaciones.

En particular, el artículo 95 de la LME establece la obligación del órgano de administración de la sociedad que pretende trasladar su domicilio social de elaborar un proyecto de traslado. Dicho proyecto deberá contener, al menos, las menciones siguientes:

- La denominación y domicilio de la sociedad, así como 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.
- Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.

Dicho proyecto de traslado deberá ser presentado, para su depósito, en el Registro Mercantil correspondiente, procediéndose posteriormente a su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Asimismo, el consejo de administración deberá elaborar un informe en el que explique y justifique de manera detallada el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus posibles consecuencias para socios, acreedores y empleados. Posteriormente, con un plazo mínimo de dos meses desde el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, se deberá convocar una junta general para que los socios decidan sobre el traslado. En el anuncio de la convocatoria deberán incluirse adicionalmente el derecho de

⁶ En cualquier caso, debemos advertir de que es objeto de este informe únicamente la legislación española, por lo que habrá que estar en su caso a lo establecido en la legislación neerlandesa para conocer de requisitos añadidos exigidos para la materialización de la operación.

socios y acreedores de examinar el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de separación de socios y de oposición de los acreedores.

En la junta de socios -que, como sabemos, requerirá de una mayoría reforzada del 67% para adoptar el acuerdo-, se discutirá sobre el proyecto de traslado y el informe de los administradores, para finalmente resolver sobre la procedencia de la operación. Asimismo, junto a la autorización del traslado del domicilio social resultará necesario la elaboración y aprobación de los nuevos estatutos sociales, que tendrán que ser acordes al nuevo ordenamiento jurídico aplicable del país de destino.

En relación con el derecho de separación de los socios, el legislador español ha otorgado este sistema de protección a todos aquellos socios que voten en contra del acuerdo de traslado. El plazo para ejercitar dicho derecho será de un mes desde la publicación del acuerdo (según lo establecido en el art. 348 LSC). Por su parte, los acreedores podrán ejercitar su derecho de oposición a la operación en los mismos términos ya estudiados para el proyecto de fusión.

Finalmente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 101 de la LME, se requerirá una certificación del Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad de manera previa a la materialización del traslado. A este respecto, el Registrador se pronunciará, a la vista de los datos recogidos en el Registro Mercantil y en la escritura de traslado presentada, sobre el cumplimiento de los actos y trámites exigidos a la sociedad con anterioridad al traslado. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 20 del Reglamento del Registro Mercantil, el Registrador no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del organismo competente del nuevo domicilio de la sociedad acreditativa de la inscripción de ésta en dicho lugar.

CALENDARIO DE OPERACIONES MERCANTILES Y SOCIETARIAS REQUERIDAS

1- Adquisición de Cir-Ceramica:

a) Mediante la adquisición de acciones propias:

- (i) Autorización por la junta general de la adquisición y de la extinción de las prestaciones accesorias correspondientes:
 - Informe del órgano de administración justificando la extinción de prestaciones accesorias.
 - Convocatoria de la junta con un mes de antelación mínimo.
 - Celebración de la junta general.
 - Elevación a público de la escritura de modificación de estatutos e inscripción en el Registro Mercantil.
- (ii) Adquisición efectiva de las acciones propias.
- (iii) Valoración de la marca de Cir-Ceramica
- (iv) Compraventa de la marca:
 - Eventual necesidad de convocar y celebrar una junta general si ha de considerarse la marca como un activo esencial a efectos del art. 160 f) LSC.
- (v) Eventual amortización del excedente de acciones mediante una reducción del capital social:
 - Informe del órgano de administración justificando la reducción.
 - Convocatoria de la junta con un mes de antelación mínimo (y puesta a disposición de los socios del informe de los administradores).
 - Celebración de la junta general.
 - Elevación a público de la escritura de modificación de estatutos e inscripción en el Registro Mercantil.

b) Mediante un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca:

- (i) Informe de un experto independiente sobre la aportación no dineraria de la marca, a realizar en el plazo de un mes desde la fecha de la aceptación del nombramiento (y ampliable a petición del propio experto).
- (ii) Informe de los administradores justificando el aumento de capital.
- (iii) Convocatoria de la junta con un mes de antelación mínimo (y puesta a disposición de los socios de los informes).
- (iv) Celebración de la junta general.

- (v) Suscripción por parte de los socios de Cir-Ceramica de las nuevas acciones emitidas por CerTronic en el plazo fijado en el acuerdo de aumento.
 - (vi) Elevación a público de la escritura de modificación de estatutos y del acuerdo de aumento e inscripción en el Registro Mercantil.
- c) Mediante la adquisición de las participaciones de Cir-Ceramica y posterior fusión por absorción:**
- (i) Compra de las participaciones de Cir-Ceramica:
 - Eventual necesidad de convocar y celebrar una junta general si han de considerarse las participaciones como un activo esencial a efectos del art. 160 f) LSC.
 - (ii) Solicitud de un préstamo por el valor de la compraventa.
 - (iii) Fusión por absorción:
 - Proyecto común de fusión elaborado por los órganos de administración de las dos sociedades implicadas.
 - Informe propio del órgano de administración de CerTronic justificando la operación.
 - Informe de un experto independiente valorando el proyecto de fusión y expresándose, en particular, sobre la posible existencia de asistencia financiera. Dicho informe habrá de realizarse en el plazo de un mes desde la fecha de la aceptación del nombramiento (y ampliable a petición del propio experto).
 - Posible necesidad de elaborar un balance de fusión en caso de que el último balance de ejercicio aprobado se hubiera cerrado más de seis meses antes a la fecha del proyecto de fusión.
 - Convocatoria de la junta con un mes de antelación mínimo (y puesta a disposición de los socios de los informes y demás documentos exigidos legalmente).
 - Celebración de la junta general.
 - Publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia de Castellón.
 - Derecho de oposición de los acreedores durante el mes siguiente a la publicación, pudiendo los mismos oponerse a la fusión hasta que les sea garantizado su crédito con la sociedad.
 - Elevación a público del acuerdo de fusión e inscripción en el Registro Mercantil.

2- Traslado del domicilio social a los Países Bajos:

- (i) Proyecto de traslado del domicilio social al extranjero elaborado por el órgano de administración.
- (ii) Publicación del proyecto de traslado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- (iii) Informe del órgano de administración justificando el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos.
- (iv) Convocatoria de la junta con un mes de antelación mínimo (y puesta a disposición de los socios del proyecto de traslado y el informe).
- (v) Celebración de la junta general.
- (vi) Elaboración y aprobación de los nuevos estatutos sociales.
- (vii) Derecho de separación de socios en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo.
- (viii) Derecho de oposición de los acreedores durante el mes siguiente a la publicación, pudiendo los mismos oponerse a la fusión hasta que les sea garantizado su crédito con la sociedad.
- (ix) Certificación del Registro Mercantil del domicilio social de la sociedad con carácter previo a la materialización del traslado.
- (x) Cancelación de la hoja de la sociedad en el Registro Mercantil por el Registrador cuando reciba una comunicación del organismo competente del nuevo domicilio de la sociedad acreditativa de la inscripción de ésta en dicho lugar.

II. INFORME PARA DÑA. AMPARO FABRA LLORENS Y DÑA. LIDÓN FALOMIR FABRA

1- Consecuencias de que Dña. Amparo y Dña. Lidón no firmaran el pacto de socios:

En lo que respecta a la posibilidad de que Dña. Amparo Fabra Llorens y Dña. Lidón Falomir Fabra se opongan a la operación por la que CerTronic pretende adquirir la sociedad italiana Cir-Ceramica, estudiaremos primeramente las consecuencias de que ninguna de la dos haya suscrito el pacto de socios firmado con Vulture en el año 2013.

En primer lugar, se debe recordar que dicho pacto fue alcanzado con el citado fondo en el marco de la refinanciación que obtuvo la sociedad a cambio de dar entrada a Vulture en el accionariado y con unas condiciones específicas para proteger su crédito e intereses. De esta manera, podemos enmarcar dicho acuerdo dentro de la definición de pactos parasociales ya que fue un pacto alcanzado entre socios de una sociedad sin que se incluyera su contenido en los estatutos sociales. El Tribunal Supremo ha admitido la validez y carácter vinculante de este tipo de pactos en numerosas ocasiones; entre otras, en la sentencia 103/2016, de 25 de febrero, definiéndolos como aquellos pactos por los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica-societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos sociales.

Ahora bien, debido a que no todos los socios suscribieron dicho pacto y, especialmente, al hecho de incluir como prestación accesoria en los estatutos sociales la obligación de que todos los accionistas suscribieran el acuerdo, se debe analizar si existieron irregularidades tanto en la suscripción del pacto parasocial como en el posterior acuerdo social por el que se incluyó la mencionada obligación en los estatutos.

En lo referente a la inclusión como prestación accesoria de la obligación de suscribir el pacto social, se debe en primer lugar tomar en consideración la validez de acordar el establecimiento de una prestación accesoria de dicho tipo en los estatutos de una sociedad. A priori, no debería existir ningún impedimento en incluir una prestación de dicho calibre en los estatutos, puesto que si atendemos a los objetivos habituales de los pactos parasociales (acordar cuestiones que carecen de interés estatutario, reforzar las mayorías para adoptar acuerdos...), resulta indispensable para la efectividad de los mismos que todos los accionistas -presentes y futuros- los suscriban.

No obstante, de acuerdo a la regulación de las prestaciones accesorias en nuestro ordenamiento jurídico, para poder establecerse una prestación accesoria se deberá, aparte de respetar los cauces

de modificación de estatutos sociales, recabar el consentimiento individual de cada obligado a realizar la prestación correspondiente (art. 89.1 LSC).

A continuación, por lo tanto, estudiaremos de manera individualizada las posibles consecuencias concretas de que ni Dña. Amparo ni Dña. Lidón suscribieran en su momento el pacto parasocial ni tampoco otorgaran, su consentimiento para obligarse por la prestación accesoria de suscripción del pacto.

- a) En el caso de Dña. Amparo, debemos tener en cuenta las razones por las que no suscribió dicho pacto parasocial en el momento en el que fue concluido. En este sentido, realizando un repaso rápido de los hechos se observa que, en el momento en el que se suscribió el acuerdo con Vulture, esto es, en 2013, Dña. Amparo no era aún accionista de CerTronic puesto que en esa fecha seguía casada con D. Antonio, que era quien tenía gran parte del accionariado de la sociedad en esos momentos. Por lo tanto, no fue hasta 2014 cuando Dña. Amparo pasó a ser accionista de CerTronic, tras producirse su divorcio de D. Antonio y adquirir así un 10% de las acciones de la sociedad tras la liquidación de la sociedad conyugal de gananciales.

De esta manera, Dña. Amparo no pudo suscribir el pacto parasocial con Vulture ya que en esos momentos no era socia de CerTronic, de modo que no procede abogar por ninguna irregularidad en la suscripción del pacto en este sentido. Asimismo, entendiendo que la adopción del acuerdo social por medio del cual se estableció la obligación de suscribir el citado pacto como prestación accesoria tuvo lugar también previamente a la entrada de Dña. Amparo en el accionariado de CerTronic, tampoco ha lugar a una impugnación de dicho acuerdo social por el hecho de que Dña. Amparo no lo suscribiera (puesto que, claro queda, no tuvo ocasión). En todo caso, se debe aclarar que partimos de la hipótesis de que la prestación accesoria consistente en la obligación de suscribir el citado pacto recogida en los estatutos se refería únicamente a los accionistas contemporáneos y no futuros, ya que de lo contrario Dña. Amparo hubiera tenido que suscribir el pacto en el momento de entrar en la sociedad.

Por lo tanto, debido a que Dña. Amparo tampoco llegó a suscribir el pacto parasocial tras su entrada como accionista en CerTronic, se debe afirmar que las cláusulas contenidas en el mismo no le serán de aplicación y que, por tanto, no se le podrá exigir el cumplimiento de las condiciones acordadas con Vulture en su momento. De esta manera, pese a que Dña. Amparo no podrá impugnar ningún acuerdo o decisión adoptado por la junta general o el órgano de administración de CerTronic en el que se respeten todas las normas estatutarias y legales aplicables (como, por ejemplo, si se adoptare un acuerdo en el que voten a favor el resto de socios en cumplimiento del pacto parasocial alcanzando así la mayoría requerida legalmente), sí tendrá legitimación para impugnar acuerdos -positivos o negativos- que tuvieran lugar

exclusivamente por dar cumplimiento a lo estipulado en el pacto parasocial. Esto adquiriría especial relevancia en casos en los que, por ejemplo, no se adoptaran acuerdos sociales pese a lograr las mayorías requeridas legalmente porque no se alcanzara la mayoría reforzadísima acordada en el pacto parasocial para aprobar cierto tipo de operaciones.

- b) En lo que respecta al caso particular de Dña. Lidón, la situación es distinta por cuanto ella sí formaba parte ya del accionariado de CerTronic cuando se suscribió el pacto parasocial con Vulture. De este modo, debido a que no se contó con la aprobación de Dña. Lidón en el acuerdo suscrito con Vulture, entendemos que tampoco otorgó Dña. Lidón su consentimiento para asumir la obligación, como prestación accesoria, de suscribir el pacto. Por lo tanto, ante esta ausencia de consentimiento por parte de Dña. Lidón, no debería haber resultado posible la inclusión en los estatutos de la sociedad de la obligación de todos los socios de suscribir el pacto parasocial como prestación accesoria.

No obstante, en cuanto a la relevancia práctica de que Dña. Lidón nunca suscribiera el pacto, las consecuencias no serán muy diferentes a las ya analizadas en el caso de Dña. Amparo, puesto que no podrá oponerse igualmente al pacto parasocial ni a la prestación accesoria de obligarse a suscribirlo del resto de socios por cuanto primará la autonomía de la voluntad de estos, de modo que únicamente podrá oponerse, como hemos visto, a aquellos acuerdos sociales en los que se incumplan reglas estatutarias o legales.

2- Posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad

En cuanto a la posibilidad que tienen Dña. Amparo y Dña. Lidón de alegar el incumplimiento de los administradores de CerTronic de sus deberes fiduciarios de lealtad, analizaremos específicamente qué consejeros y en qué situaciones pudieron incurrir en un incumplimiento de su deber de lealtad.

El artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital determina 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; estableciendo asimismo como penalidad la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido.

En el caso de marras, el primer momento en el que se puede apreciar un posible incumplimiento de los deberes de lealtad de los administradores de CerTronic lo encontramos en la operación de adquisición de la sociedad italiana Cir-Ceramica. En dicha operación, CerTronic adquirió una

sociedad que estaba participada en parte por una sociedad controlada en su totalidad por Vulture, que a su vez es socio de CerTronic y cuenta con un administrador en el consejo nombrado por él.

Conociendo esta omnipresencia del fondo Vulture en la operación en cuestión, parece lógico sugerir la posible existencia de un conflicto de intereses del consejero nombrado por el fondo en CerTronic. En este sentido, se podría defender en primer lugar que dicho consejero podría haber incurrido en un incumplimiento de su deber de lealtad en el mismo momento en que se comenzó a discutir la posibilidad de adquirir Cir-Ceramica, ya que de acuerdo al art. 228 e) LSC los administradores deben adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones que les puedan suponer entrar en conflicto de intereses (en lo que se puede definir como una obligación *ex ante* de prevención de conflictos)⁷.

No obstante, se debe tener en cuenta que, según lo establecido en el artículo 230 LSC, cabe la posibilidad de dispensa por parte de la sociedad de la prohibición recién referida de manera que se autorice a un administrador, como en el presente caso, a realizar una determinada transacción con la sociedad. Dicha autorización ha de ser necesariamente acordada por la junta general cuando -entendemos que como se da en este caso- el valor de la transacción supere el del diez por ciento de los activos sociales. Por lo tanto, partiendo de la hipótesis de que el administrador actuó de manera diligente avisando a los socios de este posible conflicto de intereses y la junta otorgó la dispensa pertinente para que el administrador pudiera llevar a cabo la transacción aun así, las opciones de alegar un incumplimiento del deber de lealtad se verían reducidas. De todas maneras, existiría un cauce para invalidar incluso dicha autorización otorgada por la junta general por el procedimiento ordinario de impugnación de acuerdos sociales del art. 204.1. LSC, según el cual se podrán impugnar acuerdos cuando lesionen el interés social o se impongan de manera abusiva por la mayoría. No obstante, no resultaría sencillo demostrar que dicho acuerdo se adoptó en detrimento del interés social o de manera abusiva por la mayoría, ya que el resto de socios podrá alegar sencillamente que valoraron la operación como beneficiosa para los intereses sociales.

Por el contrario, si el consejero de Vulture no hubiera obtenido la dispensa de la sociedad para llevar a cabo la operación (o, directamente, no hubiera puesto en conocimiento de los socios la existencia de un conflicto de intereses), Dña. Amparo y Dña. Lidón estarían absolutamente legitimadas para interponer las acciones pertinentes por infracción del deber de lealtad. De esta forma, según lo observado anteriormente, se podrá exigir al administrador tanto una

⁷ También se podría defender el incumplimiento del deber de lealtad por infracción del apartado d) del art. 228 LSC, según el cual los administradores deben desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

indemnización por el daño causado al patrimonio social como la devolución del enriquecimiento injusto logrado por la consecución de la operación.

Finalmente, el art. 232 LSC autoriza a interponer cualesquiera acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad. De esta forma, se daría una acción directa a las socias de impugnar el contrato de adquisición de Cir-Ceramica suscrito por el órgano de administración de CerTronic. No obstante, a la hora de decidir sobre la conveniencia de la interposición de esta acción, se debe tener en cuenta que las posibilidades de éxito no son especialmente altas. Esto es así puesto que, para que proceda la nulidad del negocio jurídico adoptado como resultado del incumplimiento del deber de lealtad del administrador, no bastará con la afirmación de la infracción de dicho deber, sino que además habrá de probarse que el mismo produjo una verdadera lesión del interés social.⁸ De este modo, aunque se ha reconocido en ocasiones la posibilidad de interponer acciones de nulidad por infracción del deber de lealtad basadas en la ilicitud de la causa (por ejemplo, la STS de 23 de septiembre de 2014), lo cierto es que resultará complejo que un tribunal declare la nulidad de un contrato de adquisición para el que previamente se tuvo que obtener una aprobación de la junta general y el que entran en juego intereses de múltiples terceros.

En definitiva, parece más razonable recurrir a la acción de indemnización por los daños causados o, en su caso, por la de devolución del enriquecimiento injusto que pudiera haber obtenido el administrador gracias a la consecución de la operación.

Por otro lado, se podría apreciar en un segundo momento un incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de CerTronic en la operación de traslado del domicilio social a los Países Bajos. El fundamento de dicho incumplimiento lo encontraríamos en la retribución con una prima por el éxito de la operación que Vulture se comprometió a otorgar a los administradores que no fueran empleados del fondo.

De esta manera, los administradores que hubieran aceptado dicha prima como compensación de la operación de traslado habrían infringido de manera manifiesta su deber de lealtad para con la sociedad al haber obtenido una remuneración de un tercero distinto de la sociedad (art. 229.1 e) LSC) y haber incurrido así en un conflicto de interés que podría dar lugar a la interposición de acciones de responsabilidad. Asimismo, también se podría defender un incumplimiento del deber

⁸ García-Villarubia Bernabé, M., “El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad” en Revista de Derecho Mercantil, El Derecho, nº 35, 2015.

de lealtad del consejero nombrado por Vulture siguiendo la argumentación anteriormente desarrollada.

En este caso, las posibles acciones que ampararían a Dña. Amparo y Dña. Lidón serían las ya vistas en el caso anterior de la operación de adquisición, si bien en esta situación las probabilidades de éxito aumentarían al reducirse las opciones de defensa de los administradores. Esto sería así ya que estaríamos ante un evidente abuso de la mayoría en detrimento de los intereses de los socios minoritarios, que verían cómo la sociedad traslada su domicilio al extranjero por intereses meramente personales de los consejeros y ajenos completamente al interés social. En esta línea, un posible acuerdo social de dispensa del conflicto de interés resultaría fraudulento y por tanto impugnabile por cuanto los socios que votaran a favor serían los mismos que posteriormente aceptarían la prima. Asimismo, en este caso tendría mayores posibilidades de éxito una eventual impugnación del acuerdo de traslado por infracción del deber de lealtad de los administradores al estar ésta íntimamente relacionada con la lesión del interés social y el abuso de la mayoría.

3- Posibilidad de exigir a los demás de socios que se abstengan en la votación sobre el traslado del domicilio social a los Países Bajos

Según lo recién visto, todos los socios de CerTronic (a salvo de Dña. Amparo y Dña. Lidón) entrarían en un conflicto de intereses ante una votación en junta general de la operación del traslado de domicilio social a los Países Bajos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que dado el carácter prioritario del derecho de voto que tienen los socios en el seno del desarrollo de una sociedad de capital, las limitaciones al ejercicio del mismo están contempladas legalmente en casos muy específicos y bajo determinadas circunstancias.

En este sentido, el artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital determina los casos en los que un socio no podrá ejercitar su derecho de voto, estableciendo como uno de ellos en el apartado e) aquellas situaciones en las que se trate de adoptar un acuerdo para dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad contenida en el artículo 230. De esta forma, en el caso en que se sometiese a votación de la junta la dispensa de la obligación del deber de lealtad de determinados administradores con respecto a la operación de traslado -o a la de adquisición anteriormente-, los socios-administradores involucrados deberán abstenerse de ejercitar su derecho de voto.

Sin embargo, respecto al resto de conflictos de intereses en los que pudieran caer los socios que no estén contemplados en la ley -o, en su caso, en los estatutos-, el art. 190.3 determina que los socios no estarán privados de su derecho de voto. En todo caso, se establece que 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. De esta manera, si Dña. Amparo y Dña. Lidón decidieran impugnar el acuerdo social de traslado del domicilio social a los Países Bajos por haber incurrido sus demás consocios en un conflicto de intereses, éstas tendrán que probar únicamente que existió efectivamente dicho conflicto de intereses en la votación (lo cual no debería resultar difícil de lograr), mientras que recaerá sobre el resto de socios la carga de probar que el acuerdo se realizó en conformidad con el interés social.

En definitiva, aunque Dña. Amparo y Dña. Lidón no podrían exigir de acuerdo a lo establecido legalmente que los demás socios se abstuvieran en la votación del traslado del domicilio social, sí podrán recomendar a sus consocios que no participaran de la votación; a expensas, de lo contrario, de ser sujetos pasivos de una acción de impugnación de acuerdo social con altas probabilidades de éxito.

4- Posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo

Continuando con la argumentación del punto anterior, Dña. Amparo y Dña. Lidón deberían considerar la posibilidad de impugnar el acuerdo del traslado del domicilio social a los Países Bajos por haber incurrido los demás socios en un conflicto de intereses manifiesto.

En este sentido, de acuerdo al art. 206.1 LSC, Dña. Amparo y Dña. Lidón contarían con legitimación para impugnar el correspondiente acuerdo al superar con creces el umbral legal de representación requerido: uno por ciento del capital social. Con respecto al motivo de impugnación del acuerdo social, el art. 204.1 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”. Por lo tanto, en este caso la pretensión debería basarse en la lesión del interés social producida en beneficio de varios socios.

De esta forma, según lo expuesto anteriormente, en la demanda de impugnación del acuerdo social (para la impugnación de acuerdos se siguen los trámites del juicio ordinario, ex. art. 207.1 LSC) las socias deberán probar la existencia del conflicto de interés en la toma de decisión del acuerdo de traslado social. Siendo patente, como hemos visto, la existencia de dicho conflicto de intereses

en los socios que votaron a favor del acuerdo, pesará sobre estos socios -o sobre la sociedad-⁹ la carga de acreditar que el acuerdo no produjo una lesión del interés social sino que se adoptó en beneficio de la sociedad.

Sin perjuicio de que efectivamente la carga de la prueba, de acuerdo a lo establecido legalmente, recayese en los socios que estuvieran en situación de conflicto de interés, resultaría conveniente para los intereses de Dña. Amparo y Dña. Lidón acompañar a su demanda de una justificación sobre por qué se produjo una lesión del interés social en la adopción del acuerdo de traslado del domicilio social.

Siguiendo con el 204.1 LSC anteriormente citado, la lesión del interés social también se podrá observar en aquellos casos en los que el acuerdo, aun no causando daño concreto al patrimonio social, se imponga de manera abusiva por la mayoría (aclarándose que se apreciará dicha forma abusiva cuando artículo el acuerdo se adopte en interés propio de la mayoría y detrimento injustificado del resto de socios).

De esta forma, aun en el caso en que los socios mayoritarios defendiesen la validez del acuerdo de traslado del domicilio social por cuanto no supuso daño alguno al patrimonio social de CerTronic, las socias minoritarias podrán argumentar que dicho acuerdo se adoptó en interés exclusivo del resto de socios, que buscaban un interés propio ajeno al de la sociedad y que les causó a ellas un detrimento injustificado. En esta línea, la Audiencia Provincial de La Coruña declaró en su sentencia de 16 de mayo de 2019 que “el art. 204.1 II de la LSC permite la impugnación de los acuerdos que siendo neutros para la sociedad -no causando daño al patrimonio social- son expropiatorios para la minoría.”

Por lo tanto, Dña. Amparo y Dña. Lidón deberán defender que en el acuerdo de traslado, independientemente de la posible neutralidad económica del mismo, los demás socios obtuvieron un beneficio personal por su consecución mientras que ellas vieron cómo se llevaban el domicilio social de la empresa al extranjero sin poder hacer nada por evitarlo, no pudiendo tan siquiera deliberar en junta desinteresadamente la viabilidad y conveniencia del proyecto.

⁹ Recordemos que, de acuerdo al art. 206 LSC, las acciones de impugnación han de dirigirse contra la sociedad, autorizando asimismo a los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo a intervenir en el proceso para mantener su validez. De esta forma, entendemos razonable que en el supuesto de hecho los socios inmersos en el conflicto de interés se personasen en el proceso a fin de defender su legitimidad.

Finalmente, en cuanto a la caducidad de la acción de impugnación, la misma habrá de interponerse en el plazo de un año desde la fecha de oponibilidad de la inscripción del acuerdo de traslado (art. 205 LSC).