



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA
ESPECIALIDAD DERECHO DE LA EMPRESA**

Autor: Gonzalo Lozano Fernández

Tutor: Prof. Ramón Fernández-Aceytuno

Madrid

Enero, 2021

ÍNDICE

1	INFORME DETALLADO DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES DE CERTRONIC BAJO DERECHO ESPAÑOL	3
1.1	ANTECEDENTES DE HECHO	3
2	CUESTIONES JURÍDICAS: POSIBILIDADES DE ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA	4
2.1	AMPLIACIÓN DE CÁPITAL POR APORTACIÓN NO DINERARIA	4
2.2	RÉGIMEN DE AUTOCÁRTERA	6
2.3	COMPRAVENTA DE PARTICIPACION	7
2.4	FUSIÓN POR ABSORCIÓN DE CIR-CERÁMICA	7
2.4.1	PROCEDIMIENTO	8
2.4.2	APROBACIÓN DEL PROYECTO	10
2.5	CUESTIONES JURÍDICAS DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO A LOS PAÍSES BAJOS	11
2.5.1	CONCEPTO DE TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO	11
2.5.2	INFORME DEL REGISTRO MERCANTIL	12
2.6	CONCLUSIONES	14
3	INFORME LEGAL DIRIGIDO A D ^a AMPARO FABRA LLORENS Y D ^a LIDÓN FALOMIR FABRA	15
3.1	ANTECEDENTES DE HECHO	15
4	CUESTIONES JURÍDICAS	16
4.1	CONSECUENCIAS LEGALES DE NO FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS	16
4.1.1	CONCEPTO LEGAL Y CONTENIDO DE UNA PRESTACIÓN ACCESORIA	16
4.1.2	INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE SOCIOS COMO PRESTACIÓN ACCESORIA	17
4.2	INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES	18
4.2.1	DEBER DE LEALTAD	18
4.2.2	POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD	19
4.3	POSIBILIDAD DE EXIGIR LA ABSTENCIÓN DE LOS SOCIOS EN LA VOTACIÓN DE LA JUNTA GENERAL SOBRE EL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO	20
4.4	IMPUGNACIÓN DEL PACTO DE SOCIOS POR SU CARÁCTER ABUSIVO	22
4.4.1	PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN	22
4.4.2	IMPUGNACIÓN POR DOÑA AMPARO Y DOÑA LIDÓN	22
4.5	CONSECUENCIAS	23
5	ANEXO I: CALENDARIO DE ACUTACIONES PARA LA FUSIÓN POR ABSORCIÓN	24

1. INFORME DETALLADO DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES DE CERTRONIC BAJO DERECHO ESPAÑOL

El siguiente informe realizado para el Consejo de Administración de la sociedad CerTronic S.A. (el "**Informe**"), se ha elaborado desde un punto de vista mercantil únicamente, obviando así los aspectos fiscales o administrativos, que no han sido tenidos en cuenta.

Como consecuencia de lo anterior, de cara a la realización del Informe se ha estudiado la correspondiente legislación mercantil y civil, en particular: (i) la Ley de Modificaciones Estructurales¹ ("**LME**"); (ii) El Código de Comercio² ("**Ccom**"); (iii) el Código Civil³ ("**CC**") y (iv) la Ley de Sociedades de Capital⁴ ("**LSC**").

1.1 Antecedentes de hecho

La sociedad CerTronic, S.A. (en adelante, la "**Sociedad**"), es una sociedad española cuyo objeto social es la fabricación de componentes cerámicos aislantes. La administración de la Sociedad está delegada en un Consejo de Administración formado por cinco (5) personas, pero con una vacante no cubierta. Los Estatutos Sociales de la Sociedad establecen que cualquier acuerdo de disolución deberá contar con una mayoría reforzada del ochenta y cinco por ciento (85%) del capital social.

La Sociedad cuenta con cinco (5) socios: Badenes SRL con el veintiocho (28) por ciento del capital de la Sociedad; Doña Lidón Falomir Fabra con el ocho (8) por ciento del capital de la Sociedad; Doña Amparo Fabra Llorens con el diez (10) por ciento de la Sociedad; Don Antonio Falomir Esteve con el diez (10) por ciento de la Sociedad; y Vulture Capital Corp (en adelante "**Vulture**") con el cuarenta y cuatro (44) por ciento de la Sociedad. Vulture adquirió la condición de accionista de la Sociedad en virtud de un contrato de refinanciación suscrito con la Sociedad en 2013, mediante el cual adquirió una buena parte de los créditos bancarios.

El mencionado acuerdo de refinanciación de Vulture con los socios de la Sociedad tuvo como consecuencia un aumento de capital de la Sociedad suscrito por Vulture para reconvertir en capital social la mitad de su crédito, manteniendo un crédito de cuatro millones (4.000.000) de euros frente a la Sociedad, cuyas condiciones fueron renegociadas mediante un pacto de socios, en el que se previó la obligación de todos los socios de suscribir el pacto, incluyendo esta obligación en los estatutos como una prestación accesorias. En dicho pacto de socios se incluyeron una serie de cláusulas relativas al pago del crédito pendiente, como la necesidad de que cualquier nuevo crédito se estableciera en condiciones iguales o peores que el crédito de Vulture, la obligación de aprobar cualquier reestructuración o aumento de capital con un voto

¹ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

² Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

favorable del 67% del capital social, la obligación de que Vulture imponga una reestructuración ante cualquier impago y el vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante por un valor de diez millones (10.000.000) de euros en caso de violación de cualquiera de estas obligaciones.

La Sociedad se está planteando adquirir una sociedad italiana sita en Módena, Cir-Cerámica *società a responsabilità limitata* (en adelante, "**Cir-Cerámica**"), formada por dos socios, un particular y una sociedad controlada al cien por cien (100%) por Vulture, sin actividad económica pero cuya marca tiene un alto prestigio en el mercado. El Consejo de Administración de la Sociedad plantea dos alternativas para articular la adquisición: los socios de Cir-Cerámica aportan la marca a cambio de acciones de la Sociedad por el mismo valor, bien mediante una ampliación de capital por el valor de la marca bien adquiriendo acciones de la Sociedad para tenerlas en autocartera y transmitir las a los socios de Cir-Cerámica; y la adquisición por parte de la Sociedad de las participaciones de Cir-Cerámica para ser la Sociedad el único socio de esta última, financiando esta operación mediante un préstamo ya acordado, para inmediatamente después acordar una fusión por absorción de la filial.

A continuación, la Sociedad prevé trasladar su domicilio social de Madrid a los Países Bajos para realizar una fusión con una filial de Vulture, la holandesa Nederlandse Gier-NV, en cuyos estatutos se prevé que los votos de los socios con más de dos (2) años de antigüedad tengan un voto doble.

2 Cuestiones jurídicas: posibilidades de adquisición de Cir-Cerámica

A lo largo del presente Informe vamos a analizar las siguientes situaciones de cara a la posible adquisición de la sociedad italiana Cir-Cerámica por parte de la Sociedad: (i) compraventa de participaciones y fusión por absorción; y (ii) ampliación de capital por aportación no dineraria; y (iii) régimen de autocartera.

2.1 Ampliación de capital por aportación no dineraria

En primer lugar, comenzaremos con el estudio de la ampliación de capital por aportación no dineraria, recogida en el art. 300 LSC, que recoge expresamente la necesidad de poner a disposición de los socios un informe de administradores a la hora de convocar la junta correspondiente, que describa con detalle las aportaciones proyectadas, personas que hayan de efectuarlas, número y valor nominal de las participaciones, valoración, la cuantía del aumento de capital social. Asimismo, con el anuncio de la convocatoria de la junta será necesario hacer constar el derecho que corresponda a los socios de examinar el informe en el domicilio social y solicitar la entrega o envío del documento.

A continuación, expondremos los principales asuntos legales relacionados con la ampliación de capital por aportación no dineraria, y haremos hincapié en qué casos es necesario presentar un informe de experto independiente y en qué casos no existe esta obligación. los requisitos legales

relativos a la posibilidad de llevar a cabo una ampliación de capital por aportación no dineraria, analizando los supuestos en los que será necesaria la elaboración de un informe por un experto independiente o aquellos casos en los que se exceptúa la obligatoriedad de dicho informe.

(i) Aportación no dineraria con informe de experto

La elaboración del informe es obligatoria en virtud de la Resolución de la Dirección General de Fe y Seguridad Pública del 4 de febrero de 2014 para su correcta inscripción en el Registro Mercantil correspondiente. Este mismo Registro Mercantil (concretamente el del domicilio social de la Sociedad, Madrid) debe nombrar a dicho experto en virtud del artículo 67 LSC en el plazo de 15 días desde la apertura del asiento correspondiente solicitado por la Sociedad.

(ii) Aportación no dineraria sin informe de experto

Sin embargo, en ciertas situaciones, recogidas en el artículo 69 LSC transcrito a continuación, se exime de la obligatoriedad de presentar el correspondiente informe:

“El informe del experto no será necesario en los siguientes casos:

a) Cuando la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario...

...

b) Cuando la aportación consista en bienes distintos de los señalados en la letra anterior cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes a la fecha de la aportación, los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe.

c) Cuando en la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión se haya elaborado un informe por experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión.

d) Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones o participaciones sociales a los socios de la sociedad absorbida o escindida y se hubiera elaborado un informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión.

e) Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones a los accionistas de la sociedad que sea objeto de una oferta pública de adquisición de acciones. ”

En la situación concreta que estamos analizando, CerTronic, que recibiría la marca de Cir-Cerámica como contraprestación, asumimos que ya ha solicitado un informe de experto independiente para valorar la marca, estando por lo tanto eximido de presentarlo nuevamente en virtud de la letra b) anterior. Si esto no hubiese sucedido sí que debería realizarse y presentarse el citado informe de experto independiente.

Sin embargo, en caso de ya existir el informe anterior y no haber obligación de presentarlo nuevamente, el artículo 70 LSC recoge la obligación complementaria de presentar un informe sustitutivo de los administradores con el siguiente contenido:

“a) La descripción de la aportación.

b) El valor de la aportación, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla.

...

c) Una declaración en la que se precise si el valor obtenido corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida.

d) Una declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial. ”

Finalmente, no podemos obviar la obligación establecida por el pacto de socios de la Sociedad de que esta ampliación de capital deba adoptarse en junta general por una mayoría reforzada de los votos que representen, al menos, el 67% del capital social.

2.2. Régimen de autocartera

El régimen de autocartera supone la adquisición onerosa de las propias acciones de una sociedad para mantenerlas bajo su titularidad. Este régimen está recogido en el artículo 146 LSC, que lo limita únicamente a las sociedades anónimas, excluyendo a las limitadas de la posibilidad de tener participaciones en autocartera (esto no supondría ningún problema puesto que la Sociedad es una sociedad anónima (en adelante “SA”)) Este artículo establece asimismo los requisitos a cumplir para poder adquirir tus propias acciones, como la adopción de un acuerdo de la junta general de accionistas, que deberá aprobar (i) las modalidades de la adquisición; (ii) el número máximo de acciones a adquirir (límite material en la adquisición de autocartera derivativa puesto que no puede producir un efecto de minoración del patrimonio neto, resultando éste inferior a la suma del capital social y reservas legales indisponibles⁵); (iii) contravalor mínimo

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., e IGLESIAS PRADA. "Lección 21: Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (II)." *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. 1, (VVAA), Thomson Reuters, Pamplona, 2018, pp. 451-458.

y máximo cuando la adquisición sea onerosa; y, (iv) duración de la autorización, no pudiendo exceder en ningún caso de cinco años.

Sin embargo, el mismo artículo 146 LSC establece una serie de limitaciones. Entre estas destacan el límite máximo del veinte por ciento (20%) del valor nominal de las acciones en autocartera, sumando las adquiridas y las que tenía anteriormente, y el límite recogido en el artículo 146.4 LSC que prohíbe en todo caso la autocartera de las acciones que lleven aparejadas una prestación accesorias. Por lo tanto, y como la suscripción del pacto de socios se estableció como prestación accesorias y así se incluyó en los Estatutos Sociales de la Sociedad, esta posibilidad no cabría para la Sociedad y la adquisición para mantener las acciones en autocartera estaría prohibida.

2.3 Compraventa de participaciones

La compraventa está regulada en el art. 1445 CC, que dice que *“por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinara y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*.

En este caso, por medio de una compraventa de las participaciones de Cir-Cerámica se adquirirían los activos y pasivos que compongan Cir-Cerámica a cambio del pago de un precio. Esta adquisición global de activos y pasivos evita la obligación de obtener el consentimiento previo de los acreedores, pero no evita en ningún caso la recurrente recomendación de realizar un proceso de due diligence suficiente para conocer exactamente todos los componentes de la sociedad italiana, así como la inclusión de manifestaciones y garantías de los vendedores para cubrir los posibles pasivos ocultos de Cir-Cerámica.

Por otro lado, es requisito tanto de la legislación española como de la italiana la formalización de la compraventa en escritura pública (España) y su inscripción en el registro público correspondiente (Italia).

Asimismo, debemos tener en cuenta a la hora de analizar la posible compraventa, el contrato de financiación otorgado por Vulture, que establece que la deuda incurrida será tratada de igual forma que otras deudas incurridas en el pasado o que se puedan asumir. Esto evita así que en el caso de que se opte por la vía de la compraventa para realizar la adquisición, y por lo tanto se solicite un préstamo a una entidad financiera, se le otorguen mayores garantías o derechos de cobro a esta entidad financiera en detrimento de las obligaciones contraídas con Vulture en el pasado, que no pueden verse afectadas. Las condiciones del contrato de préstamo al que se tendría que someter la Sociedad deberían ser en los mismos términos (o peores) que la financiación pactada con Vulture, o al menos no suponerle un perjuicio a esta última.

2.4 Fusión por absorción de Cir-Cerámica

En caso de optar por la compraventa de las participaciones, el siguiente paso sería la fusión por absorción de Cir-Cerámica. Esta está recogida en la LME, que incorpora a su regulación la

Décima Directiva 2005/6/CE de fusiones transfronterizas, introduciéndola así al ordenamiento jurídico español.

Es evidente que esta fusión entre la Sociedad, sociedad española y Cir-Cerámica, sociedad italiana supondría una fusión transfronteriza intracomunitaria (según el artículo 54.1 LME, ``Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.'') ya que la primera absorbería a la segunda.

Siguiendo este procedimiento, la fusión por absorción entre la Sociedad y Cir-Cerámica supondría la transmisión en bloque del patrimonio de Cir-Cerámica a la Sociedad, quien lo adquiriría por sucesión universal. Esto supondría además que la absorbente pasara a ser titular de la totalidad de las acciones de la absorbida, encontrándonos por tanto ante una fusión impropia, recogida en los artículos 49 y 59 LME. Este tipo de fusiones deberán cumplir el siguiente procedimiento:

2.4.1 Procedimiento

Los órganos de administración de las sociedades fusionadas deberán cumplir con los requisitos recogidos en los artículos 30 y SS LME, entre los que destaca:

- (i) Elaborar y suscribir un proyecto común de fusión, que deberá contener, como mínimo, las siguientes menciones:

``...

- 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.*
- b. *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.*
- c. *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.*
- d. *Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o a las opciones que se les ofrezcan, en su caso.*

- e. *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.*
- f. *La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.*
- g. *Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.*
- h. *La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que transmita a la sociedad resultante.*
- i. *Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la operación.*
- j. *Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, su eventual impacto de género en los órganos de administración, la incidencia de la responsabilidad social de la empresa.”*

Asimismo, por el hecho de tratarse de una fusión transfronteriza, el artículo 59 LME obliga a incluir en el proyecto anterior mención a *“las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen, y si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza...”*. Asimismo, se deberá acompañar al proyecto informe de los administradores de las sociedades fusionadas, que se elaborará siguiendo lo descrito en el artículo 33 LME y en virtud del 60 LME deberá ponerse a disposición de los socios y representantes de los trabajadores en el plazo de un mes desde la junta de socios que resuelva acerca del proyecto. El proyecto común de fusión deberá ser publicado por los administradores en la página web de las sociedades participantes.

- (ii) Formular los correspondientes balances de fusión. En este sentido servirá el último balance aprobado (si es que este lo ha sido en los seis (6) meses anteriores a la fecha del proyecto de), y de no existir habrá que elaborar un balance cerrado al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto.
- (iii) Adoptar el acuerdo de fusión por absorción en junta general.

En el caso de que la sociedad no tuviera página web, hecho que asumimos por las características de la Sociedad y Cir-Cerámica, los administradores de ambas sociedades tendrá que depositar una copia del proyecto en el Registro Mercantil del domicilio (Madrid) y esto será publicado en el BORME.

Por el hecho de encontrarnos ante una fusión transfronteriza, en principio el proyecto deberá elaborarse en versiones distintas tanto en español como en italiano.

2.4.2 Aprobación del proyecto

La junta general de accionistas que deberá aprobar el proyecto de fusión de la Sociedad debe ser convocada al menos con un mes de antelación a la fecha de la celebración en primera convocatoria. En esta se deberá acordar la fusión entre las dos sociedades, si bien el artículo 61 LME recoge que, las juntas de cada una de las sociedades implicadas pueden condicionar la ratificación de los acuerdos a la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión⁶.

Este acuerdo deberá publicarse en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud del artículo 43 LME que asimismo dice que *“en el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.”* Esta publicación se puede sustituir si se realiza una comunicación por escrito e individual a todos los socios y acreedores asegurando la recepción de dicha comunicación por aquel en el domicilio que figure en la documentación de cada una de las sociedades que participan en la fusión.

Los acreedores de las sociedades fusionadas (cuyos créditos no estén vencidos con anterioridad), la Sociedad y Cir-Cerámica (incluida Vulture, aunque en este caso al ser socio de ambas sociedades carecería de sentido) tienen derecho, en el plazo de un mes desde el anuncio o comunicación individual, a oponerse a la fusión hasta que sus créditos sean garantizados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 LME, momento hasta el que la fusión no podrá llevarse a cabo. Una vez transcurrido el plazo anterior y cumplidas dichas condiciones se otorgará la escritura pública de fusión, a la que se deberán incorporar los respectivos balances de fusión.

Desde el momento de la inscripción de la escritura pública de la fusión en el Registro Mercantil de Madrid, y de la verificación del Registrador del cumplimiento de los requisitos legales previstos, incluida las participaciones de los trabajadores en el proyecto, esta se devendrá eficaz a todos los efectos.

Finalmente, de acuerdo con el art. 66 LME una vez inscrita la fusión, esta se publicará en el BORME según las reglas previstas por el art. 234 RRM.

⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. "Capítulo 33: Modificaciones estructurales y traslado internacional del domicilio social (I)" páginas 843-844.

2.5 Cuestiones jurídicas del traslado internacional del domicilio a los Países Bajos

Cualquier traslado del domicilio a un Estado distinto de España se considerará una modificación estructural, debido a la trascendencia que tiene el cambio sobre el ordenamiento jurídico o *lex societatis* aplicable a la sociedad y la posición en la que quedarían los socios y acreedores de la sociedad⁷ y por lo tanto queda regulada por la LME. En su artículo 93, la LME establece que dicho traslado estará sujeto asimismo a la legislación del país de destino, en este caso Países Bajos, que en su ordenamiento jurídico deberá contemplar la posibilidad de efectuar este traslado para poder llevarse a cabo y deberá permitir que la personalidad jurídica de la Sociedad se mantenga.

El concepto de traslado internacional del domicilio, sin estar recogido en la legislación española de forma expresa, supone, según Álvarez Royo-Villanova, el cambio del tipo social y régimen jurídico y fiscal de una sociedad, por lo que cuando se pueda mantener la personalidad jurídica y se produce una transformación transfronteriza, lo que produce un cambio en el tipo societario y ley reguladora de la Sociedad⁸.

2.5.1 Concepto de traslado internacional de domicilio

Debido a la falta de legislación española con respecto al concepto del traslado internacional de domicilio, hay que atenerse a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") (en los casos Cartesio⁹ y Vale¹⁰), que recoge que para que un traslado internacional de domicilio se realice de forma efectiva, hay que aplicar ambos ordenamientos jurídicos, el de origen y el de destino, en lo relativo a la transformación del tipo societario, confirmando así lo establecido en la escasa legislación española. De la misma forma, el artículo 121.1 b) de la Directiva 2017/1132¹¹ establece que "*una sociedad que participe en una fusión transfronteriza deberá cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta*". De esta forma, las normas relativas al traslado serán las contenidas en el ordenamiento jurídico español, sin perjuicio de que en lo relativo a los estatutos, personalidad jurídica y demás aspectos que así se establezcan, regirá el ordenamiento jurídico de Países Bajos.

De la misma forma, en el caso Polbud¹², el TJUE dictaminó que, en un supuesto de traslado de domicilio, como es este de la Sociedad a Países Bajos, en base a los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹³, se permitiría la modificación de la ley aplicable a la

⁷ GOENECHEA, J.M., GRACIA, C. "Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* nº24/2009

⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., "El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud.", *Almacén de derecho*, 16 de noviembre de 2017)

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2008, C-210/06

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, C-378/10

¹¹ DIRECTIVA (UE) 2017/1132 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2017, C-106/26

¹³ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión de la Europea

sociedad trasladada, aunque no hubiera ninguna conexión económica anterior con el país de destino. Finalmente, en el caso Gebhard¹⁴, estableció la justificación para un traslado internacional de domicilio en "*razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*".

En relación con la regulación del traslado de domicilio, nos encontramos con dos modelos distintos seguidos por los países de la Unión. En primer lugar, nos encontramos con el modelo de sede real, que supone que cuando una sociedad traslade su domicilio a otra jurisdicción, obtendrá la nacionalidad del país de destino. En segundo lugar nos encontramos con el modelo de constitución, que siguiendo el criterio de conexión implica que una sociedad obtendrá la nacionalidad del país en el que se constituyó, lo que provoca que la sociedad tenga que cumplir con la legislación vigente del país de origen.

Atendiendo al caso concreto de la Sociedad, Países Bajos sigue el modelo de constitución, mientras que España sigue el modelo de sede real, por lo que este traslado internacional, que como podemos observar pretende el traslado de sede real, del domicilio estatutario y del domicilio fiscal, está permitido por ambas legislaciones y se puede cambiar la ley de jurisdicción de la Sociedad, al cumplirse el criterio de conexión y al cumplirse la legislación aplicable de los Países Bajos, ya que en cuanto se traslade la Sociedad esta comenzará a realizar una actividad económica real, por lo que ninguno de los países podrá oponerse al traslado.

2.5.2. Informe del Registro Mercantil de Madrid

La LME, en sus artículos 95 a 103, exige el cumplimiento de las obligaciones legales recogidas en el punto anterior y de cumplir con el siguiente procedimiento:

- (a) Preparación de un proyecto de traslado en la lengua de los dos países implicados (España y Países Bajos), que incluya la siguiente información: (i) denominación y domicilio de la sociedad; (ii) nuevo domicilio social propuesto; (iii) Estatutos Sociales que regirán a la sociedad después de traslado; (iv) calendario del traslado relativo a la inscripción de la sociedad en el país de destino y cancelación de la hoja registral en el Registro Mercantil de Madrid; y (v) derechos de protección de acreedores, socios y trabajadores.
- (b) Depósito del proyecto anterior en el Registro Mercantil de Madrid, condición necesaria para poder convocar la Junta General de accionistas de la Sociedad para aprobar el traslado, que se publicará en el BORME (publicación que debería incluir evidentemente la denominación de la Sociedad, el tipo social y el domicilio actual de la Sociedad, así como la información registral.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de noviembre de 1995, C-55/94

- (c) Informe de los administradores que justifique y detalle el proyecto de traslado, con referencia específica a los aspectos económicos y jurídicos (las consecuencias jurídicas que el traslado tendrá para los acreedores, socios y trabajadores).
- (d) Informe del comité de empresa si el traslado tiene algún efecto sobre los trabajadores de la Sociedad. Dicho comité de empresa tendrá derecho a ser informado en igualdad de condiciones y dotado de los mismos documentos que se le proporcionen a los accionistas de la Sociedad (este requisito solo es obligatorio por ser la Sociedad una SA). Será asimismo obligatorio iniciar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores sobre las medidas a adoptar (en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores¹⁵)

En caso de que en la legislación de los Países Bajos sea obligatorio un informe de expertos independientes (requisito no necesario para la legislación española), se deberá cumplir asimismo con este requisito.

- (e) Convocatoria de la Junta General de accionistas de la Sociedad, que debe ser publicada en el BORME y uno de los diarios de gran difusión de la provincia con dos meses de antelación y que deberá incluir el domicilio actual y futuro en el país de destino de la Sociedad, el derecho de acreedores y socios de examinar la documentación del proyecto y el informe de los administradores y el derecho de separación de los socios y de oposición de los acreedores.
- (f) Adopción del acuerdo de traslado mediante mayoría cualificada.
- (g) Plazo de un mes para que los acreedores ejerzan el derecho de oposición y para que los socios (que voten en contra del traslado) ejerzan el derecho de separación.
- (h) Certificación del Registro Mercantil de Madrid en el que esté inscrita la Sociedad, una vez que otorgada e inscrita la escritura pública de traslado, que acredite el cumplimiento de todos los requisitos previos para así facilitar la inscripción de la Sociedad en el Registro correspondiente en los Países Bajos. Una vez inscrito en el Registro el traslado del domicilio social este tendrá plenos efectos jurídicos, y se publicará en el BORME y un diario de gran difusión de la provincia del domicilio anterior, momento en el cual el Registrador, de oficio, cancelará la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil de Madrid.

¹⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

3.5 Conclusiones

En este informe se plantean diversas opciones mediante las que acometer la adquisición de Cir-Cerámica por parte de la Sociedad. En primer lugar, se plantea la opción de una ampliación de capital mediante una aportación no dineraria consistente en la marca de Cir-Cerámica, que como hemos dicho requiere para su validez de una aprobación por parte del sesenta y siete (67) por ciento del capital social en virtud del pacto de socios suscrito. En segundo lugar, contemplamos la posibilidad de adquirir acciones para mantenerlas en autocartera y luego transmitírsela a los socios de Cir-Cerámica a cambio de la marca de esta última. Tal y como expone García de Enterría, esta situación tiene una serie de desventajas, tanto desde un punto de vista patrimonial, ya que podría estar encubriendo la restitución de aportaciones a socios y podría liquidar de forma encubierta el patrimonio de la Sociedad, y desde un punto de vista del negocio y de la Sociedad, podría provocar que terceros ajenos o acreedores sospechen que los administradores estén actuando de forma irregular¹⁶. En todo caso, esta posibilidad estaría prohibida en virtud del artículo 146.4 LSC que prohíbe mantener acciones en autocartera en caso de que estas llevasen aparejadas una prestación accesoria, tal y como ocurre en este caso con la inclusión del pacto de socios como prestación accesoria y su inclusión estatutaria.

En nuestra opinión la opción más ventajosa y la que recomendamos encarecidamente es la adquisición de las participaciones sociales de Cir-Cerámica a los socios, convirtiéndose así en el socio único, y realizando a continuación una fusión por absorción de Cir-Cerámica por su mayor seguridad jurídica frente a terceros externos por el mes de plazo de oposición de acreedores, por no incluir a distintos socios en la operación, aunque uno sea propiedad al cien por cien (100%) de Vulture pero complicando la estructura societaria.

En relación con el traslado internacional del domicilio de la Sociedad, como hemos visto es una posibilidad permitida tanto por la legislación española como por la de Países Bajos ya que el ordenamiento jurídico de este último país contempla el mantenimiento de la personalidad jurídica de la Sociedad. Finalmente, el traslado requiere de cumplir con los requisitos de la LME y de un procedimiento establecido que requiere una certificación final del Registro Mercantil del domicilio social de la Sociedad (Madrid) que certifique el cumplimiento de dichos requisitos.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., e IGLESIAS PRADA. "Lección 21: Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales...", página 9

3. INFORME LEGAL DIRIGIDO A D^a AMPARO FABRA LLORENS Y D^a LIDÓN FALOMIR FABRA

El siguiente informe realizado para D^{ña}. Amparo Fabra Llorens y D^{ña}. Lidón Falomir Fabra, se ha elaborado desde un punto de vista mercantil únicamente, obviando así los aspectos fiscales o administrativos, que no han sido tenidos en cuenta.

Como consecuencia de lo anterior, de cara a la realización del Informe se ha estudiado la correspondiente legislación mercantil y civil, en particular: (i) la Ley de Modificaciones Estructurales¹⁷ ("**LME**"); (ii) El Código de Comercio¹⁸ ("**Ccom**"); (iii) el Código Civil¹⁹ ("**CC**") y (iv) la Ley de Sociedades de Capital²⁰ ("**LSC**").

3.1 Antecedentes de hecho

La sociedad CerTronic, S.A. (en adelante, la "**Sociedad**"), es una sociedad española cuyo objeto social es la fabricación de componentes cerámicos aislantes. La administración de la Sociedad está delegada en un Consejo de Administración formado por cinco (5) personas pero con una vacante no cubierta. Los Estatutos Sociales de la Sociedad establecen que cualquier acuerdo de disolución deberá contar con una mayoría reforzada del ochenta y cinco por ciento (85%) del capital social.

La Sociedad cuenta con cinco (5) socios: Badenes SRL con el veintiocho (28) por ciento del capital de la Sociedad; Doña Lidón Falomir Fabra con el ocho (8) por ciento del capital de la Sociedad; Doña Amparo Fabra Llorens con el diez (10) por ciento de la Sociedad; Don Antonio Falomir Esteve con el diez (10) por ciento de la Sociedad; y Wulture Capital Corp (en adelante "Wulture") con el cuarenta y cuatro (44) por ciento de la Sociedad. Wulture adquirió la condición de accionista de la Sociedad en virtud de un contrato de refinanciación suscrito con la Sociedad en 2013, mediante el cual adquirió una buena parte de los créditos bancarios.

El mencionado acuerdo de refinanciación de Wulture con los socios de la Sociedad tuvo como consecuencia un aumento de capital de la Sociedad suscrito por Wulture para reconvertir en capital social la mitad de su crédito, manteniendo un crédito de cuatro millones (4.000.000) de euros frente a la Sociedad, cuyas condiciones fueron renegociadas mediante un pacto de socios, en el que se previó la obligación de todos los socios de suscribir el pacto, incluyendo esta obligación en los estatutos como una prestación accesorio. En dicho pacto de socios se incluyeron una serie de cláusulas relativas al pago del crédito pendiente, como la necesidad de que cualquier nuevo crédito se estableciera en condiciones iguales o peores que el crédito de

¹⁷ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

¹⁸ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

¹⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Vulture, la obligación de aprobar cualquier reestructuración o aumento de capital con un voto favorable del 67% del capital social, la obligación de que Vulture imponga una reestructuración ante cualquier impago y el vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante por un valor de diez millones (10.000.000) de euros en caso de violación de cualquiera de estas obligaciones.

La Sociedad se está planteando adquirir una sociedad italiana sita en Módena, Cir-Cerámica società a responsabilità limitata (en adelante, "**Cir-Cerámica**"), formada por dos socios, un particular y una sociedad controlada al cien por cien (100%) por Vulture, sin actividad económica pero cuya marca tiene un alto prestigio en el mercado. El Consejo de Administración de la Sociedad plantea dos alternativas para articular la adquisición: los socios de Cir-Cerámica aportan la marca a cambio de acciones de la Sociedad por el mismo valor, bien mediante una ampliación de capital por el valor de la marca bien adquiriendo acciones de la Sociedad para tenerlas en autocartera y transmitir las a los socios de Cir-Cerámica; y la adquisición por parte de la Sociedad de las participaciones de Cir-Cerámica para ser la Sociedad el único socio de esta última, financiando esta operación mediante un préstamo ya acordado, para inmediatamente después acordar una fusión por absorción de la filial.

A continuación, la Sociedad prevé trasladar su domicilio social de Madrid a los Países Bajos para realizar una fusión con una filial de Vulture, la holandesa Nederlandse Gier-NV, en cuyos estatutos se prevé que los votos de los socios con más de dos (2) años de antigüedad tengan un voto doble.

4. Cuestiones jurídicas

4.1 Consecuencias legales de no firmar el pacto de socios.

El pacto de socios de la Sociedad recogió una obligación para todos los accionistas de suscribir dicho pacto, la cual se constituyó mediante una prestación accesorias que además se añadió a los Estatutos Sociales de la Sociedad. Por lo tanto, hemos de comenzar analizando las consecuencias legales que hubiera tenido o tendría no firmar dicho pacto de socios, incumplimiento así la prestación accesorias.

4.1.1 Concepto legal y contenido de una prestación accesorias

En primer lugar, hay que analizar en que consiste una prestación accesorias para confirmar que la obligación de firmar el pacto de socios constituye una. Su existencia viene amparada por la libertad de pactos sociales que existe en virtud de la LSC y de la autonomía de la voluntad que existe en el Derecho Privado español. Reguladas en los artículos 86 a 88 de la LSC, las prestaciones accesorias serían aquellas obligaciones distintas de la obligación principal de realizar las aportaciones correspondientes que alguna parte o todas las partes se obligan a realizar. Estas obligaciones formarían parte del patrimonio social pero no del capital social y deben estar claramente contenidas y expresamente determinadas. Asimismo, es importante

destacar que se puede vincular la realización de una prestación accesoria a la titularidad de una o varias participaciones o acciones determinadas.

Las principales notas características de las prestaciones accesorias son (i) su especificidad y una causa diferente al deber de lealtad reconocido en la LSC para todos los socios, (ii) la no sujeción al régimen de las aportaciones sociales, (iii) su obligatoria inclusión y descripción (incluyendo si son retribuidas o no) en los Estatutos Sociales de la Sociedad y (iv) solo se pueden obligar los socios, por lo que tenemos que considerarlas accesorias a la condición de socio. El contenido concreto de estas prestaciones no está recogido dentro de la LSC, por lo que queda a la discreción de los socios, siempre y cuando permanezcan dentro de las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer recogidas en el CC.

En este caso, al haberse recogido expresamente en el pacto de socios la obligación de todos los socios (y solamente estos) de suscribirlo como prestación accesoria a la principal, siendo esta una obligación específica y distinta del deber de lealtad y haberse transcrito esta prestación accesoria (y asumimos que concretado expresamente) en los Estatutos Sociales de la Sociedad, nos encontramos efectivamente ante una prestación accesoria de obligado cumplimiento por todos los socios, incluidas Doña Amparo y Doña Lidón, y de no firmarse se estaría incumpliendo dicha prestación accesoria.

4.1.2 Incumplimiento del pacto de socios como prestación accesoria

Pasamos ahora a analizar las posibles consecuencias que podrían surgir del incumplimiento por parte de Doña Amparo y Doña Lidón de la prestación accesoria mediante la negación a firmar el citado pacto de socios. La LSC no regula expresamente las consecuencias del incumplimiento de una prestación accesoria, y estas estarán reguladas por lo dispuesto en el CC y que plantea distintas consecuencias.

Habría que comenzar analizando el contenido expreso del pacto de socios y qué se recoge y de qué forma. Al no poder visualizarlo, nos limitaremos a analizar las distintas consecuencias que podría tener el incumplimiento por parte de los socios (no el incumplimiento por parte de la Sociedad ya que estamos ante una prestación de los socios ante la Sociedad y no recíproca) sin entrar en detalle al caso concreto. Comenzamos con la obligación evidente del cumplimiento de lo acordado, que puede exigirse mutuamente entre la sociedad y los socios y que consagra el principio de *pacta sunt servanda*, que obliga a todas las partes a cumplir lo pactado. Por lo tanto, en primer lugar la sociedad podrá exigir el cumplimiento de la obligación, es decir podrá exigir a Doña Amparo y Doña Lidón que suscriban el pacto de socios, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento hasta que firmen el pacto. En caso de que ambas rechacen dicho cumplimiento, la sociedad podrá reclamar los daños y perjuicios absolutos causados por el incumplimiento. Asimismo, en caso de ser el incumplimiento voluntario, como efectivamente ocurre en este caso, la sociedad podrá exigir la exclusión de Doña Amparo y Doña Lidón de la Sociedad, siendo esta la consecuencia más extrema. Sin embargo, la LSC, al regular

la exclusión de socios (lo que implicaría una terminación del vínculo entre dichas socias y la Sociedad), limita esta posibilidad a las sociedades limitadas, excluyendo implícitamente esta consecuencia de las sociedades anónimas (en adelante "SA") como la Sociedad, por lo que en principio este extremo se podría descartar.

Sin embargo, la LSC en su artículo 351 recoge la posibilidad de que los Estatutos Sociales de la Sociedad recojan expresamente diferentes causas de exclusión (lo cual no sabemos, por lo que nos mantendremos en un plano teórico) con el consentimiento de todos los socios. De esta forma, si se hubiese incluido el incumplimiento de una prestación accesoria o la no firma del pacto de socios como causa de exclusión, la limitación vista en el párrafo anterior no sería efectiva y cabría la exclusión de Doña Amparo y Doña Lidón.

4.2 Incumplimiento del deber de lealtad de los administradores.

El deber de lealtad de los administradores queda recogido en el artículo 227 LSC de la siguiente forma *“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”*. Esta obligación supone un límite a las posibilidades de actuación de los administradores en el desempeño de su cargo y supone una salvaguarda de los intereses de la sociedad y de sus socios. A continuación, vamos a analizar su contenido y las posibilidades de alegar su incumplimiento por parte de Doña Amparo y Doña Falomir.

4.2.1 Deber de lealtad

Como hemos establecido, el deber de lealtad se regula en el artículo 227 y ss LSC, y su principal contenido es que impone a los administradores de actuar siempre en defensa de los intereses de la sociedad y anteponer dichos intereses, y la de sus socios, a los suyos mismos. Las obligaciones expresamente recogidas en el artículo 228 LSC son:

“a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) *Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.*

e) *Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social (regulado en el artículo 229 LSC) y con sus deberes para con la sociedad.*''

Sobra resaltar que estas obligaciones deben primar en cada decisión y cada actuación que lleven a cabo los administradores de la una sociedad, y que por tanto los administradores de la Sociedad deben cumplir en su decisión de trasladar su domicilio, de endeudarse o de imponer obligaciones o prestaciones accesorias como la analizada en el apartado anterior, entre otras.

4.2.2. Posibilidad de alegar el incumplimiento del deber de lealtad

En primer lugar, cabe destacar las consecuencias que recoge la LSC en su artículo 227.2 por el incumplimiento de algunas de las obligaciones del deber de lealtad establecidas anteriormente: *''La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador''*. Parece por tanto claro que para aseverar que ha acaecido un incumplimiento del deber de lealtad debe existir un enriquecimiento injusto para el administrador en cuestión. En este sentido, debemos mencionar los requisitos recogidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010²¹ para permitir alegar la existencia de un enriquecimiento injusto: (i) la existencia de un enriquecimiento (en nuestro caso en el administrador) por incremento de su patrimonio o por evitar la disminución de su patrimonio; (ii) falta de razón jurídica de dicho enriquecimiento; y (iii) causando el empobrecimiento de un tercero independiente a dicho administrador, bien por causarle una disminución de su patrimonio bien por evitar una ganancia o incremento de su patrimonio.

Así, en función de lo anterior, para poder alegar el incumplimiento del deber de lealtad, los administradores de la Sociedad han debido incumplir las obligaciones descritas en el 228 LSC y haberse enriquecido injustamente. De esta forma, la letra e) del 228 LSC destaca que los administradores deben evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés, y es aquí donde Doña Amparo y Doña Lidón podrían argumentar que existe un conflicto de interés puesto que los administradores podrían estar obrando en su decisión de trasladar el domicilio social a Países Bajos en su propio interés para obtener de ello un rédito económico, incumpliendo así dicha letra e), y a la vez enriqueciéndose injustamente. Es difícil argumentar que si los administradores de la Sociedad obtienen algún beneficio económico personal del traslado a los Países Bajos vayan a tomar las decisiones únicamente en el mejor interés de la Sociedad y en ningún caso vaya a influir su situación, incurriendo por lo tanto en el citado conflicto de interés. Asimismo, parece claro el enriquecimiento injusto por incremento de su patrimonio.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2010 número 670/2010, Sala de lo Civil, Sección 1.

A continuación debemos analizar si Doña Amparo y Doña Lidón tendrían capacidad para ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores por esta infracción del deber de lealtad. La acción social de responsabilidad se encuentra definida en el artículo 238 LSC de la siguiente manera *“La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo”*. Es claro por tanto que cuando la sociedad sufra algún perjuicio por la conducta de sus administradores, la Junta General de dicha sociedad podrá tomar la decisión de ejercer dicha acción, así como aquellos socios que tengan mayoría suficiente para convocar la Junta General si, como en este caso, esa acción se basa en la infracción del deber de lealtad. (artículo 239 LSC). Esto se fundamenta en la intención de primar la defensa de la minoría y le atribuye así a los socios la titularidad de un interés legítimo en la defensa del patrimonio o interés social.

Por lo tanto, al tener de forma conjunta Doña Amparo y Doña Lidón una parte del capital social suficiente para convocar la Junta General de la Sociedad (más de un cinco (5) por ciento, estarán legitimadas de forma conjunta entre ellas para ejercer la acción de responsabilidad por infracción del deber de lealtad si así lo estiman conveniente por una violación de las obligaciones del artículo 288 LSC y la obtención de un enriquecimiento injusto.

4.3 Posibilidad de exigir la abstención de los socios en la votación de la Junta General sobre el traslado internacional del domicilio

A continuación, pasamos a analizar si es posible que Doña Amparo y Doña Lidón exijan la abstención de los socios en la votación sobre el traslado del domicilio a Países Bajos. El derecho de voto de los socios en Junta General es un derecho limitable en ciertas situaciones que estudiaremos a continuación, aunque cabe destacar que el derecho de voto, como cualquier expresión de la voluntad, está sujeta a la inexistencia de vicios del consentimiento o que puedan invalidar la declaración conforme a la normativa civil.

En primer lugar, tal y como establece la LSC, en caso de que un socio incurra en un conflicto de interés deberá abstenerse de votar sobre el asunto en cuestión alegando dicho conflicto.

En segundo lugar, se podrán realizar pactos estatutarios que establezcan la limitación del derecho de voto sobre determinados asuntos (tal y como establece el artículo 188.1 LSC), siempre y cuando dichos pactos no limiten el voto por razón de sexo, nacionalidad, edad u otras circunstancias personales que se pudieran considerar discriminatorias. En el caso de las SA como la Sociedad no se puede en principio establecer limitaciones que alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto (artículos 96.2 y 188.2 LSC), pero el artículo 188.3 permite esta posibilidad estatutariamente.

En tercer y último lugar, se pueden realizar pactos parasociales, pactos privados entre socios para obligarse a votar de una determinada forma en ciertos asuntos o en todos de forma conjunta. Sin embargo estos pactos parasociales en ningún caso serán oponibles ante la sociedad y en todo caso tendrá las consecuencias que correspondan entre los socios que han suscrito dicho pacto, y el voto emitido de una forma contraria al pacto será plenamente válido ante la sociedad.

Por otro lado, además de estas limitaciones ya descritas, la LSC recoge otras limitaciones al derecho de voto que vamos a enumerar a continuación:

- (a) En caso de que el accionista se halle en mora en el pago de dividendos pasivos (artículo 83.1 LSC);
- (b) En el caso de que los estatutos hayan concedido el derecho de voto al usufructuario o acreedor pignoraticio (artículos 127 y 132 LSC);
- (c) En los casos previstos en el artículo 148 LSC en relación con la adquisición de acciones propias (limitado por supuesto a las SA);
- (d) En caso de que haya una exigibilidad del mínimo de acciones y legitimación anticipada previsto en el artículo 179 LSC.
- (e) Por último, en caso de que los socios hayan incurrido en un conflicto de interés definido en el artículo 190 LSC.

Ateniéndonos al caso concreto, desconocemos si existe un pacto parasocial o una mención estatutaria a posibles limitaciones del derecho de voto sobre determinados asuntos, y por lo tanto son solamente los enumerados anteriormente los que podemos analizar a la hora de valorar posibles abstenciones a votar el traslado del domicilio a los Países Bajos. En este sentido, los estatutos de la filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV establecen que aquellos socios con más de dos (2) años de antigüedad tendrán un doble voto. Por lo tanto, Vulture como accionista de la Sociedad y socio con más de dos (2) años de antigüedad en la filial podría incurrir en un conflicto de interés. Esto es porque el traslado del domicilio social a los Países Bajos se realiza con el objetivo mediato de la fusión, y por lo tanto Vulture, que va a obtener un beneficio directo de esta fusión al doblarse sus derechos de voto, incurriría en un conflicto directo por obtener un beneficio de su voto. Sin embargo, este conflicto no es uno de los supuestos recogidos en el artículo 190 LSC, y por lo tanto no hay una limitación del derecho de voto, sino que únicamente se invierte la carga de la alegación y de la prueba por lo que corresponderá a la sociedad y al socio incurso en el conflicto de interés (en este caso Vulture) demostrar que el acuerdo adoptado con su voto decisivo no es contrario al interés social. En caso de que Vulture pruebe el interés social de la fusión, no habrá posibilidad alguna para Doña Amparo y Doña Lidón de exigir la abstención en dicha votación.

4.4. Impugnación del acuerdo de socios por su carácter abusivo

La posibilidad de impugnar los acuerdos sociales se establece con el objetivo de garantizar el control de los acuerdos adoptados por la junta general desde un ámbito legal (los acuerdos

adoptados se adaptan a la normativa correspondiente) y estatutaria (no se incumple ningún precepto de los Estatutos Sociales). De esta forma el artículo 93 c) LSC entre los derechos concedidos a los socios establece ``...*El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales*``. Por lo tanto, la LSC establece este derecho como la principal defensa de los socios minoritarios ante los acuerdos adoptados en Junta General por los socios mayoritarios que puedan suponer un perjuicio del interés social y patrimonio de dichos minoritarios. Como ejemplo de esto último podríamos encontrar la venta de activos a una sociedad afiliada a un socio mayoritario, un acuerdo de reembolso de acciones a un socio por encima de su valor real, o una ampliación de capital realizada con la intención de diluir la participación de los minoritarios²².

4.4.1 Procedimiento de impugnación

Los motivos de impugnación de los acuerdos está recogido en el artículo 204.1 LSC y son los siguientes (i) aquellos que sean contrarios a la ley vigente; (ii) aquellos que se opongan a lo establecido en los estatutos sociales; y, (iii) aquellas que lesionan el interés de la sociedad en beneficio de algún socio o de algún tercero, o aunque no causen una lesión al interés social o perjuicio al patrimonio social, se imponen de forma abusiva por la mayoría en interés propio y no en interés de la sociedad. Existe una causa adicional de impugnación para las sociedades cotizadas que no nos afecta al caso por no ser la Sociedad una cotizada.

Estarán legitimadas para llevar a cabo la impugnación (en virtud del artículo 206 LSC) los administradores, los terceros que tenga un interés legítimo en el acuerdo y aquellos socios que lo hubiesen sido antes de la adopción del acuerdo y que representen de forma conjunta, como mínimo, el uno (1) por ciento de capital social. Por otro lado, en caso de que el acuerdo adoptado y que se quiera impugnar fuera contrario al orden público, los límites del uno (1) por ciento y la necesidad de haber adquirido la condición de socio antes del acuerdo se eliminan y cualquier socio podrá impugnarlo.

4.4.2 Impugnación por Doña Amparo y Doña Lidón

En relación al caso concreto, Doña Amparo y Doña Lidón cumplen con los requisitos de legitimación para impugnar el acuerdo ya que representan de forma conjunta mucho más del uno (1) por ciento del capital social mínimo exigido y adquirieron la condición de accionistas con anterioridad al acuerdo en cuestión, por lo que habremos de estudiar si se puede considerar que el traslado del domicilio social puede considerarse abusivo por haberse impuesto por la mayoría en su beneficio personal y en detrimento del interés social y de dos accionistas minoritarias.

De la información que tenemos debemos establecer que el factor decisivo sería averiguar si la Sociedad tiene algún interés en el traslado de domicilio y fusión de la filial de Vulture (que es el

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, J., e IGLESIAS PRADA. "Lección 22: Los órganos de las sociedades de capital (I). La junta general...", páginas 483-487.

objetivo mediato del traslado), y si Vulture obtiene un interés personal, como así parece por la provisión estatutaria del doble de votos al tener más de dos (2) años de antigüedad. De ser así, el acuerdo si que podría impugnarse por abusivo. En caso de que la Sociedad tenga algún interés u obtenga algún beneficio, no cabría la posibilidad de que Doña Amparo y Doña Lidón impugnen el acuerdo por abusivo.

4.5. Conclusiones

A continuación, y como conclusión, procedemos a trasladar nuestras recomendaciones y conclusiones para Doña Amparo y Doña Lidón del estudio que hemos realizado.

En primer lugar, en caso de que tanto Doña Amparo y Doña Lidón se negasen a firmar el pacto de socios, tal y como establece la prestación accesorio recogida de forma estatutaria, la Sociedad podría exigirle el cumplimiento, reclamarle daños y perjuicios y en caso de que los Estatutos Sociales de la Sociedad así lo recoja, se les podría excluir de la Sociedad.

En segundo lugar, en caso de que consideremos que ha habido un incumplimiento del deber de lealtad por incumplir una de las obligaciones del artículo 228 LSC que recoge las obligaciones concretas que emanan del deber de lealtad de los administradores (al obrar en beneficio de Vulture y no de la Sociedad) y que estos han obtenido un enriquecimiento injusto, Doña Amparo y Doña Lidón podrían ejercer la acción de responsabilidad.

En tercer lugar, a no ser que se haya recogido estatutariamente y en un pacto parasocial, lo cual desconocemos y por lo tanto asumimos que no, si Vulture consigue demostrar que existe un interés social en el traslado del domicilio social y la fusión que tiene como objetivo, no se les podrá exigir la abstención de voto.

En cuarto y último lugar, si se considerase nuevamente que el traslado y posterior fusión supusiese ningún beneficio para el patrimonio de la Sociedad y que tiene un beneficio económico para Vulture, y ese es el fundamento para que voten afirmativamente y por lo tanto se tome ese acuerdo, Doña Amparo y Doña Lidón podrían impugnar ese acuerdo por abusivo al estar legitimadas para ello.

5 ANEXO I: CALENDARIO DE ACUTACIONES PARA LA FUSIÓN POR ABSORCIÓN

A continuación, se resumen los pasos necesarios y calendario estimado para llevar a cabo el proceso de fusión por absorción mediante el cual CerTronic, S.A. (la "**Sociedad Absorbente**") absorberá a la sociedad Cir-Cerámica (la "**Sociedad Absorbida**").

FECHA	HITO
<p>Actuaciones previas</p>	<p>Elaboración de los balances de fusión de ambas sociedades y posterior emisión del informe de verificación.</p> <p>Se podrán utilizar las cuentas anuales de las Sociedades cerradas a 31 de diciembre del año en cuestión, que deberán estar auditadas, siempre que el proyecto de fusión se apruebe no más tarde del 30 de junio del año siguiente y la posterior emisión del informe de verificación.</p> <p>La LME, en su artículo 36, establece que se podrá utilizar un balance cerrado dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión, siempre y cuando se sigan los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual. Dicho balance deberá ser auditado en el caso de la Sociedad Absorbente.</p>
<p>Día N</p>	<p>El Consejo de Administración de la Sociedad Absorbente adoptará los siguientes acuerdos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Formulación del balance de fusión, que deberá ser verificado; <p><i>Emisión del informe definitivo de verificación sobre el balance de la Sociedad Absorbente</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Aprobación de que el balance verificado sea considerado como balance de fusión; • Suscripción del proyecto común de fusión; y • Convocatoria de junta general (incluyendo menciones artículo 40.2 LME) y propuesta de acuerdos. <hr/> <p>El Consejo de Administración de la Sociedad Absorbida, adoptará los siguientes acuerdos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Formulación del balance, que deberá ser verificado; <p><i>Emisión del informe definitivo de verificación sobre el balance de la Sociedad Absorbida</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Aprobación de que el balance verificado sea considerado como balance de fusión; • Suscripción del proyecto común de fusión; y • Aprobación de la fusión (sujeto a la obtención de la correspondiente autorización).
<p>Publicidad e información</p> <p>N+2</p>	<p>Publicidad del proyecto de fusión</p> <p>Requisitos de publicidad del proyecto de fusión:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sociedad Absorbente: el Consejo de Administración deberá insertar en su página web el proyecto común de fusión. Dicha publicación será acreditada mediante certificación de su contenido y fecha remitida al Registro Mercantil, lo que será publicado en el BORME dentro de los cinco (5) días siguientes; y • Sociedad Absorbida: deberá cumplir con los requisitos legales del ordenamiento jurídico italiano.

	<p>Publicación de información</p> <p>En virtud del artículo 39 LME, deberán cumplirse los siguientes requisitos de información:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sociedad Absorbente: el Consejo de Administración publicará en su página web los siguientes documentos (permitiendo su descarga e impresión): <ul style="list-style-type: none"> – El proyecto común de fusión; – Las cuentas anuales e informes de gestión de los últimos tres (3) ejercicios junto con los correspondientes informes de auditoría de ambas Sociedades; – El balance de fusión verificado de ambas Sociedades; – Los Estatutos Sociales vigentes incorporados en escritura pública; y – La identidad de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad Absorbente y del órgano de administración de la Sociedad Absorbida, así como las fechas de sus nombramientos. • Sociedad Absorbida: deberá entregar, enviar un ejemplar de forma gratuita o poner a disposición de los representantes de los trabajadores en el domicilio social, cuando así lo soliciten por cualquier medio admitido en Derecho, los mencionados documentos.
<p>Convocatoria de Junta General de Accionistas de la Sociedad Absorbente N+8</p>	<p>Publicación de la convocatoria de la junta general de accionistas en la página web de la Sociedad, que estará sujeta al cumplimiento de los requisitos recogidos en los artículos 32 y 39 LME.</p>
<p>Celebración de Junta General Accionistas de la Sociedad Absorbente N+39</p>	<p>Celebración de la junta general de accionistas de la Sociedad Absorbente con el fin de adoptar los siguientes acuerdos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aprobación del balance de fusión verificado; • Aprobación del proyecto común de fusión; y • Aprobación de la fusión.
<p>Publicación del acuerdo de fusión N+41</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Publicación de la adopción del acuerdo de fusión en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia (Madrid), momento en el que se inicia el mes de plazo de oposición de los acreedores.

<p>Oposición de acreedores N+71/72</p>	<p>Finalización del plazo de oposición de los acreedores</p>
<p>Escritura de fusión N+73</p>	<p>Otorgamiento de la escritura pública de fusión que deberá incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> • copia firmada del Proyecto de Fusión; • certificación de los acuerdos adoptados por la junta general de la Sociedad Absorbente en aprobación de la fusión; • los balances de fusión; • los anuncios publicados en el BORME y en los diarios de gran circulación de la provincia (Madrid); y • copia de la notificación enviada a los representantes de los trabajadores de las Sociedades de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
<p>Inscripción de la fusión N+93</p>	<p>Inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil de Madrid. Certificado emitido por las autoridades registrales italianas de cancelación de los asientos registrales de la Sociedad Absorbida.</p>

