



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

## **Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía**

AUTOR: MIGUEL AZPEITIA DE LA TORRE

ESPECIALIDAD DERECHO DE EMPRESA

TUTOR: DANIEL PRADES CUTILLAS

Madrid, enero de 2021

## ÍNDICE

<b>INFORME DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE CERTRONIC .....</b>	<b>3</b>
CONCLUSIONES.....	3
ESTRUCTURA DE LA ADQUISICIÓN DE CIR-CERÁMICA .....	5
TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE CERTRONIC.....	20
<b>INFORME DE DOÑA AMPARO Y DOÑA LIDÓN .....</b>	<b>25</b>
CONSECUENCIAS DE NO FIRMAR AL PACTO DE SOCIOS .....	25
SOBRE EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES.....	29
ABSTENCIÓN DE LOS ACCIONISTAS EN EL TRASLADO .....	33
IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO POR ABUSIVO .....	34
<b>ANEXO I.....</b>	<b>39</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>42</b>

## **Informe solicitado por el Consejo de Administración de Certronic.**

En primer lugar, el Consejo de Administración de la sociedad castellanense, CerTronic, S.A., nos ha solicitado la elaboración de este informe acerca de las distintas posibilidades sobre la operación que se están planteando llevar a cabo. El principal objetivo de este informe, consiste en aclarar aquellas consideraciones en materia legal que los propios administradores deben tener en cuenta a la hora de articular dicha operación, para evitar cualquier impedimento o infracción legal que pudiera suponer que la misma no pudiera concluirse con éxito.

### **Conclusiones**

Antes de comenzar el análisis en profundidad del informe y sus cuestiones materiales, resulta conveniente recopilar las conclusiones al que en el mismo se llegan, con el ánimo de hacer que el propio informe resulte de mayor utilidad para las personas que nos lo encargan.

En este sentido, estas primeras conclusiones, no tendrán contenido jurídico complejo, pero, sin embargo, sí recorrerán las distintas propuestas que los propios administradores de CerTronic, nos formularon en su momento. Al final, se trata de determinar aquellas opciones que, de entre las que ellos mismos plantean, les puedan resultar más útiles o, por el contrario, imposibles de llevar a efecto.

Pues bien, con respecto a la estructura de la operación a través de la cual nosotros recomendaríamos a los administradores de CerTronic que se debería llevar a cabo la adquisición de Cir-Cerámica, esta sería la ampliación de capital de CerTronic con cargo a aportaciones no dinerarias. La razón fundamental para ello es que, aparte de ser la operación que presenta menores inconvenientes para ser llevada a cabo con éxito, también presenta alguna ventaja con respecto a las demás.

Siendo conscientes de ello, procede ahora el análisis de las distintas estructuras que los administradores proponen.

En primer lugar, nos encontramos con la adquisición de CerTronic de acciones propias por un valor equivalente al de la marca de la sociedad italiana, el mantenimiento de las mismas en régimen de autocartera, y el posterior intercambio con la sociedad italiana de las mismas a

cambio de dicha marca. En esta estructura operacional planteada, hemos encontrado las siguientes complicaciones:

- En primer lugar, la norma obliga a que, para proceder a la compra de sus propias acciones, las sociedades requieren la autorización de la Junta General, para lo que deberá convocarse una con carácter extraordinario.
- En segundo lugar, el régimen de autocartera, limita la capacidad de las sociedades de tener acciones propias a partir de un determinado valor -que en nuestro caso era de un 20% sobre el capital social-. En este sentido, desconocemos el valor de la marca italiana en el mercado, por lo que no sabemos si dicho tope va a ser suficiente.
- Además, en caso de no serlo, y existir un excedente, realmente a CerTronic no le interesa el mantenimiento de acciones en autocartera, por lo que tendría que proceder a una posterior amortización del capital social -lo traería consigo una mayor complejidad en el desarrollo de la operación-.
- Por último, encontramos un escollo que puede llegar a impedir que esta estructura salga adelante. Dicho escollo, consiste en la existencia de prestaciones accesorias que afectan a las acciones de todos excepto un socio, lo que prohíbe la adquisición de las acciones afectadas por dichas prestaciones accesorias. En este sentido, deberá ser el socio al que no le afectan dichas prestaciones accesorias quien venda sus acciones a CerTronic -algo que parece improbable-.

En segundo lugar, con respecto a la ampliación de capital con cargo a aportación de la marca, -estructura en favor de la cual nos posicionábamos al principio de estas conclusiones-, se trata de un aumento de capital social con cargo a aportaciones no dinerarias. En consecuencia, la principal complicación o exigencia, era la de recabar informe de experto independiente para la valoración de dichas aportaciones.

Además, tal y como se mostrará más adelante, cuenta con la principal ventaja de que, si los socios así lo consideran, disponen de mecanismos para no perder el porcentaje de capital social del que eran titulares antes de la operación que nos ocupa.

En tercer lugar, se nos plantea la compraventa de las participaciones de Cir-Cerámica, con la consiguiente fusión por absorción de la misma por parte de CerTronic. Esta operación, si bien no plantea impedimento en cuanto a su desarrollo -o al menos grandes dificultades fácticas-, es cierto que su complejidad técnica es muy superior a la del aumento de capital. Por otro lado, implicaría la necesidad de CerTronic de acudir a financiación ajena, algo que *a priori*, puede no resultarle recomendable.

Por último, en lo que se refiere al traslado de CerTronic a los Países Bajos, llegamos a la conclusión de que, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos que en este informe se detallan, el mismo resulta posible y plenamente eficaz.

### **Análisis**

Tal y como se nos solicita, deberán analizarse todas las posibilidades, teniendo especial consideración con la incidencia del régimen legal de autocartera, así como la necesidad de recabar un informe por parte de un experto independiente. Así las cosas, dividiremos este informe en dos partes, relativas a cada cuestión que se nos plantea.

Posteriormente, se añadirá un **Anexo**, que contendrá especificaciones relativas a cada una de las operaciones que se analizan.

#### **(i) Estructura de la operación de adquisición de Cir-Cerámica**

Atendiendo al planteamiento formulado por los administradores de CerTronic, la operación a analizar consiste, fundamentalmente, en la adquisición de una sociedad italiana, denominada Cir-Cerámica, sobre la que se nos informa que carece de actividad económica -al no contar con activos en su patrimonio-, pero su marca sí conserva un alto prestigio -valor- en el mercado.

El capital social, se encuentra repartido entre dos socios, D. Angelo Vattermoli e “Il Piccolo Avvoltoio, srl”, sociedad participada al 100% por el fondo Vulture, accionista de CerTronic. Para llevar a cabo dicha operación, los propios administradores de CerTronic, barajan tres escenarios distintos, que se analizan a continuación.

**A)** Los dos primeros escenarios, derivan de una primera estructura propuesta para llevar a cabo la adquisición de Cir-Cerámica. En este sentido, la primera estructura consistiría en **que los dos socios de la sociedad italiana aportaran la marca al patrimonio de CerTronic,**

**recibiendo en contraprestación acciones de la sociedad española por un valor equivalente al de la marca de la sociedad italiana.** Los dos escenarios que se manejan, para poder llevar a cabo la operación que acabamos de exponer, son los siguientes:

- **Adquisición previa de CerTronic de un número suficiente de acciones de sus socios, mantenerlas en autocartera y, una vez transmitidas aquellas que correspondan al valor de la marca de la sociedad italiana, amortizar el excedente.**

Para llevar a efecto esta primera alternativa, CerTronic deberá cumplir en una primera fase con el régimen de adquisiciones derivativas de las sociedades anónimas. Este régimen, impone una serie de condiciones que necesariamente deben cumplir aquellas sociedades anónimas que pretenden adquirir acciones propias y mantenerlas en régimen de autocartera (artículo 146 de la Ley de Sociedades de Capital).

En primer lugar, la norma, exige que se dé la autorización expresa por parte de la junta general para la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones. En el acuerdo que se autorice dicha adquisición, deberán establecerse las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años.

En segundo lugar, la adquisición no podrá producir en ningún caso, el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

En tercer lugar, el propio régimen legal que estamos siguiendo exige que, el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, no podrá ser superior al veinte por ciento. En nuestro caso concreto, contamos con la ventaja de que CerTronic no cuenta de manera previa con acciones en autocartera, por lo que el límite máximo del veinte por ciento, rige como máximo en su totalidad.

Con respecto a este último requisito que la norma nos impone -límite máximo del veinte por ciento-, el principal inconveniente que encontramos, consiste fundamentalmente en que desconocemos el valor de mercado de la marca de Cir-Cerámica. En consecuencia, se nos

plantea la duda de si podrá llevarse a cabo la operación o no, ya que, si el valor de la marca de la sociedad italiana supera el 20% del valor nominal de las acciones de CerTronic, la sociedad no podría tener en autocartera acciones suficientes que entregar como contrapartida. En este sentido, los propios administradores hacen referencia a una amortización del excedente tras el intercambio de acciones a cambio de la marca, de lo que se deduce que, efectivamente, la marca de Cir-Cerámica no superaría dicho valor.

Por último, del análisis del artículo 146, encontramos otra condición relevante para nuestro caso. Y es que, en su apartado cuarto, el mismo afirma que **será nula la adquisición por la sociedad de acciones** propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las **que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias**.

Si acudimos a los hechos del caso, esta condición podría suponer, *a priori*, un obstáculo insalvable para el desarrollo de la operación, debido a que, el supuesto fáctico en el que se basa este análisis, nos dice que se incorporó en los estatutos la obligación de todos los socios de cumplir con una prestación accesorio determinada.

Ahora bien, remitiéndonos al informe elaborado con posterioridad -que no reiteramos por economía procesal-, la forma con la que dicha prestación se incorporó en los estatutos de CerTronic, no fue del todo conforme a derecho -al menos no con la literalidad con la que se incorporó-. Llegamos a esta conclusión, debido a que no se recabó el consentimiento de todos los sujetos que iban a resultar obligados por dicha prestación accesorio, en concreto, de D<sup>a</sup> Lidón, que ya formaba parte del accionariado de CerTronic en el momento en el que Vulture entraba en el mismo (artículo 89 de la Ley de Sociedades de Capital).

Así pues, el único de los socios cuyas acciones pueden no encontrarse sujetas al cumplimiento de la prestación accesorio, es D<sup>a</sup> Lidón, ya que a la vista de los hechos expuestos en el caso, se deduce que el resto de socios sí otorgaron su consentimiento para la incorporación de la prestación accesorio en los estatutos -lo que les obligaría a cumplir con la misma-.

Si analizamos el porcentaje de capital social de CerTronic del que D<sup>a</sup> Lidón es titular, este es de un 8%, lo que cumpliría con el umbral máximo del 20%. Por tanto, si D<sup>a</sup> Lidón estuviera dispuesta e interesada en vender su participación en CerTronic, sería ella la titular de quien se deberían comprar las acciones, para posteriormente intercambiarlas por la marca.

Tal y como se apuntaba anteriormente, deberá hacerse la comparativa entre el valor de la marca de Cir-Cerámica en el mercado, y el valor nominal del 8% del capital social de CerTronic, para saber si es insuficiente o si, por el contrario, deberá procederse a la posterior amortización de capital a la que hacían alusión los propios administradores.

Adicionalmente, proponemos como alternativa proceder a la modificación estatutaria que elimine la prestación accesoria aparejada a las acciones, lo que eliminaría el obstáculo al que acabamos de hacer referencia. Sin embargo, este proceso sería más complejo -se añadiría a lo descrito anteriormente- y llevaría más tiempo hasta su conclusión con éxito.

Por último, resulta conveniente destacar la obligación legal de los administradores de ser ellos quienes deban controlar que, en el momento de llevar a efecto la adquisición autorizada por la junta, sean ellos quienes velen por el respeto a las condiciones establecidas en el régimen expuesto (artículo 146 de la Ley de Sociedades de Capital).

En cuanto a las acciones adquiridas, existe un conjunto de normas que les resultará de aplicación, cuyo contenido esencial, se refiere a:

- La suspensión de los derechos políticos -incluido el de voto-, y reparto proporcional de los derechos económicos al resto de accionistas.
- El cómputo de las acciones adquiridas en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.
- El establecimiento en el patrimonio neto de una reserva indisponible equivalente al importe de las participaciones o acciones de la sociedad dominante computado en el activo, que deberá mantenerse en tanto las participaciones o acciones no sean enajenadas.
- El informe de gestión de la sociedad adquirente, deberán mencionar como mínimo:
  - Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio.
  - El número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan.
  - En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones.

- El número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad (artículo 148 de la Ley de Sociedades de Capital).

Una vez enumeradas las principales cuestiones legales que podrían afectar al planteamiento de la estructura de la operación, procedemos a enumerar los siguientes hitos que deberían llevarse a cabo para la conclusión de la misma con éxito.

Tal y como se afirmaba al principio de esta cuestión, será la junta general la que cuente con competencia para adoptar el acuerdo de adquisición de sus propias acciones y posterior intercambio con la sociedad italiana de su marca. En esta ocasión, al no tratarse de un acuerdo que exija ni quorum ni mayoría reforzados, resultarán de aplicación los artículos 193<sup>1</sup> -con respecto al quorum- y 201<sup>2</sup> -con respecto a la mayoría en la votación- de la Ley de Sociedades de Capital.

En esa misma junta celebrada, deberá quedar constancia de la valoración que se confiere a la marca cuya titularidad ostenta la sociedad italiana. De hecho, deberá también compararse dicho valor con el de los activos que figuren en el balance de CerTronic en el momento de articular la operación, pues podríamos encontrarnos con la necesidad de tener que aplicar la letra f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital. En el fondo, el artículo solamente viene a limitar la competencia para adquirir o enajenar activos esenciales, concediéndole exclusivamente dicha competencia a la junta.

Sin embargo, llegamos a la misma conclusión a la que hemos llegado anteriormente. Y es que, si antes afirmábamos que era dudoso que el valor de mercado de la marca italiana superase el 20% del valor nominal del capital social de CerTronic, tampoco parece posible que llegue al valor del 25% de los activos de la sociedad española. En este sentido, no parece muy probable que entre en juego el artículo 160 f).

Posteriormente, tal y como se planteaba la estructura de la operación en un principio, en caso de que el valor de la autocartera adquirida por CerTronic sea de un valor superior al de la marca

---

<sup>1</sup> Art. 194.- LSC: En primera convocatoria deberá asistir al menos el 25% del capital social, y en segunda convocatoria, cualquiera que sea el capital concurrente para la válida constitución de la junta.

<sup>2</sup> Art. 201.- LSC Mayoría legal ordinaria, más votos a favor que en contra, con la condición de que representen al menos 1/3 del capital social.

de la sociedad italiana, es probable que les interese, una vez concluido el intercambio acciones-marca (activo), proceder a amortizar el excedente de capital que reste en régimen de autocartera.

En caso de que así sea, el acuerdo para la reducción de capital social que se considerase excedente, debería adoptarse mediante la celebración de otra junta general. Al tratarse de una modificación estatutaria, observamos que, en este caso, a diferencia de la junta general anterior, sí deberá cumplirse con el artículo 194<sup>3</sup> -con respecto al quorum-, y con el 201 -con respecto a las mayorías-.

En lo que se refiere a las formalidades -elevación a público, publicidad en el BORME, etc.- que CerTronic deberá cumplir para poder reducir su capital conforme a derecho, se expondrán en el apartado siguiente, aprovechando que en este se analiza el aumento de capital de la sociedad como uno de los elementos fundamentales de la estructura de la operación, planteada.

**- Proceder al aumento de capital de CerTronic, de tal forma que los socios entrantes aporten la marca de Cir-Cerámica a cambio.**

Atendiendo al tipo de aportación que llevarían a efecto los socios de Cir-Cerámica, podemos comenzar el análisis de esta cuestión afirmando que lo que pretende realizar CerTronic, se trata de un aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, en este caso la marca cuya titularidad pertenece a la sociedad italiana.

En lo que se refiere al procedimiento para llevar a cabo dicho aumento de capital, se recoge en distintas partes de la Ley de Sociedades de Capital. Así, en primer lugar, la norma obliga a que el aumento de capital se acuerde por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales (artículo 148 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia, CerTronic deberá cumplir con los requisitos que la Ley exige a las sociedades para llevar a cabo modificaciones estructurales -artículos 285 a 294 de la referida Ley-, además de aquellos requisitos particulares del aumento de capital social con cargo a aportaciones no dinerarias.

---

<sup>3</sup> Dichos artículos prevén que las modificaciones estatutarias de las sociedades anónimas, serán adoptadas o bien en primera convocatoria por mayoría absoluta de los votos favorables cuando el capital presente o representado supere el cincuenta por ciento, o bien en segunda convocatoria por el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado, cuando este sea superior al veinticinco por ciento, sin alcanzar el cincuenta por ciento.

Con respecto a la competencia para la adopción del acuerdo por el que se amplía el capital social, corresponde a la junta general -a excepción de la delegación de facultades a los administradores que recoge el primer apartado del artículo 297 de la Ley que nos ocupa-. En consecuencia, para la aprobación del aumento de capital aquí analizado, CerTronic deberá cumplir con el requisito de quorum y mayorías establecidos para la sociedad anónima en los artículos 194 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, si atendemos a los hechos del caso, observaremos que, el pacto de socios por el que Vulture entraba en el accionariado de CerTronic, contenía una cláusula que obligaba a que cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital social, lo que impone una mayoría superior a la del artículo 194.

Lo positivo de la situación que nos ocupa, es que solamente Vulture cuenta con la titularidad del 44% del capital social de CerTronic, luego solamente se requiere el voto favorable que represente un 23% adicional del capital social para que el acuerdo de aumento de capital sea válidamente adoptado.

Por lo que respecto a los requisitos particulares del aumento de capital que aquí se analiza, debemos destacar la posible necesidad de recabar informe de experto independiente -cuestión expresamente planteada por los administradores de CerTronic-, así como la obligación de los administradores de elaborar su propio informe.

De este modo, para resolver la cuestión sobre la necesidad de recabar informe de experto independiente, de nuevo acudiremos al régimen recogido en la Ley de Sociedades de Capital, en los artículos 67 y siguientes -resulta destacable que el Capítulo de la Ley que contiene dicho régimen se denomine “La valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima”, ya que se trata exactamente de nuestro caso-.

Pues bien, en cuanto al régimen legal al que acabamos de hacer referencia, este afirma que, en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social -Castellón- conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine (artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital).

De hecho, si continuamos con la lectura de los artículos antes mencionados, observaremos que la Ley incluso recoge el contenido que debe incluir dicho informe -segundo apartado del artículo 67-, reglas de valoración aplicables al mismo -tercer apartado del artículo 67-, y la responsabilidad del experto por la elaboración del propio informe. Por tanto, podríamos entender, al menos *a priori*, que sí resultaría obligatorio que los administradores recabasen informe de experto independiente para la realización conforme a derecho del aumento de capital propuesto.

Sin embargo, constatamos que la norma recoge una serie de excepciones a la obligatoriedad de los administradores de recabar el informe de experto independiente. Estas excepciones son:

- a) Que 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) Que 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.
- c) Que 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) Que 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) Que 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 (artículo 69 de la Ley de Sociedades de Capital).

Tras un análisis detenido de todas las opciones, no encontramos ninguna que recoja exactamente nuestro supuesto. Con respecto a la letra b), no tenemos conocimiento de cuándo se produjo la escisión de Cir-Cerámica -a través de la cual cedió sus activos-. Solamente habiéndose producido dentro de los seis meses antes de la operación, podría resultar eficaz dicho informe. En cualquier caso, la escisión se llevó a cabo cumpliéndose con el ordenamiento

jurídico italiano, por lo que no sabemos si el mismo exige dicho informe para llevar a cabo dicha escisión.

De no ser así, no encontramos la posibilidad de subsumir nuestro caso en ninguno de los apartados de este artículo, lo que nos obligaría, por tanto, a recabar el informe del experto independiente de manera previa al aumento de capital.

En este sentido, tal y como adelantábamos anteriormente, otro informe igual de relevante que el del experto independiente, es el que la norma exige elaborar a los administradores (artículo 300 de la Ley de Sociedades de Capital).

El mismo, que deberá ser presentado en la junta a la vez que el informe del experto independiente -para ser puestos ambos a disposición de los socios previamente a la adopción del acuerdo de aumento de capital-, describirá con detalle 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.

A continuación, procede también hacer un breve análisis acerca de los puntos a tener en cuenta para la correcta ejecución del aumento que CerTronic pretende llevar a cabo -recogida fundamentalmente del artículo 304 al 312 de la Ley de Sociedades de Capital-.

Lo que a nuestro caso afecta es que, la Ley establece que en los aumentos de capital social, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea (artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por ello, podríamos encontrarnos con el inconveniente de que, al tratar de ampliar el capital social de CerTronic, los socios ejercitaran este derecho que la Ley les concede. Sin embargo, si atendemos a la literalidad de la norma, vemos que el derecho de suscripción preferente, solamente entra en juego en ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias, caso que no es el que nos ocupa. En definitiva, no es algo que nos deba preocupar.

Por otro lado, algo que también tendremos que tener en cuenta, es la reducción del porcentaje de capital social que sufrirá cada uno de los socios de CerTronic, a raíz de la entrada de los nuevos socios italianos en dicho capital social. Como forma de evitarlo, podría proponerse como solución que el aumento de capital se haga por un importe superior al de la marca de la sociedad italiana, de tal forma que los porcentajes de participación de cada uno de los socios anteriores a la entrada de los italianos, se mantenga.

Por último, será también necesario elevar a público el acuerdo por el que se decide aumentar el capital social de CerTronic. El contenido de la escritura pública a la que hacemos referencia, deberá cumplir con unos mínimos para que efectivamente se pueda elevar a público:

- Los bienes o derechos aportados;
- Si el aumento se hubiera realizado por creación de nuevas participaciones sociales o por emisión de nuevas acciones;
- La identidad de las personas a quienes se hayan adjudicado, la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas; y
- La declaración del órgano de administración de que la titularidad de las participaciones se ha hecho constar en el Libro-registro de socios o de que la titularidad de las acciones nominativa se ha hecho constar en el Libro-registro de acciones nominativas (artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital).

Para la inscripción de la operación de aumento de capital social en el Registro Mercantil, encontramos la obligación de que el acuerdo de aumento del capital social y la ejecución del mismo se inscriban de manera simultánea, salvo que en el acuerdo de aumento del capital social se hubiera previsto expresamente la suscripción incompleta, o que la emisión de las nuevas acciones hubiera sido autorizada o verificada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital).

Finalmente, destacamos la necesidad de que el acuerdo en cuestión resulte publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad.

**B)** Llegados a este punto, y tras haber analizado los dos primeros escenarios, pertenecientes a la primera estructura propuesta por los administradores de CerTronic, procedemos a analizar la segunda estructura propuesta. Esta, consiste en que **CerTronic compre la totalidad de las**

**participaciones de Cir-Cerámica a sus dos socios, convirtiéndose por tanto en su socio único. Para ello, CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la compraventa y, después, acordar con Cir-Cerámica una fusión por absorción.**

Por tanto, en una primera aproximación a la estructura, esta se llevaría a cabo en dos fases, consistentes en la adquisición de las participaciones de la sociedad italiana y, posteriormente, la fusión de las sociedades española e italiana. En este sentido, a falta de recursos propios suficientes para poder afrontar la adquisición de la sociedad italiana, será necesario que CerTronic acuda a financiación ajena que la posibilite. Procede por tanto el análisis pormenorizado de cada uno de los tres elementos que componen la estructura de esta operación.

Así, en primer lugar, en lo que se refiere a la financiación, la principal cuestión legal que se nos plantea, está relacionada con pacto de socios por el cual Vulture entró en el accionariado de CerTronic. En este sentido, el fondo impuso al resto de socios que, cualquier crédito que CerTronic solicitara posteriormente a su entrada en dicho accionariado, se estableciera en condiciones iguales o peores que las del crédito del propio fondo.

Las principales consecuencias de incumplir con esta cláusula, serán el vencimiento anticipado y el derecho a la conversión de la deuda del fondo frente a CerTronic, de un valor aproximado de diez millones de euros. Por tanto, será muy importante para CerTronic, que se cumpla adecuadamente con esta condición.

En este sentido, los administradores cuentan con capacidad para la obtención de la financiación en representación de la sociedad, ya que, la representación de los administradores, se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos -lo que suele incluir facultades bancarias y financieras- (artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital). Además, CerTronic cuenta con la ventaja de que sus administradores, son también socios de la sociedad y, por tanto, son plenamente conscientes del pacto de socios que ellos mismos suscribieron.

Con respecto a la adquisición de las participaciones de Cir-Cerámica, la principal cuestión legal que se nos plantea, es el régimen de transmisibilidad de las participaciones de la sociedad italiana. En este sentido, nuestro punto de partida consiste en poner de manifiesto nuestro desconocimiento del derecho italiano, lo que supone que, en caso de ser esta la estructura que

elijan los administradores de CerTronic, nuestra recomendación sería que se asesoraran al respecto.

Esta cuestión no es trivial, sobre todo si atendemos al régimen existente en nuestro país. En este sentido, mientras que el régimen de transmisibilidad de las participaciones sociales de la sociedad limitada es restringido, en las sociedades anónimas, la transmisibilidad de las acciones es libre.

Viendo la denominación de Cir-Cerámica *società a responsabilità limitata*, podría suceder que la transmisibilidad de las participaciones sociales sea restringida o limitada, lo que dificultaría la viabilidad de la operación. En cualquier caso, será necesario obtener una respuesta certera y basada en el estudio del régimen legal italiano.

Además, deberá también analizarse el contenido de los estatutos sociales de Cir-Cerámica, pues será en los mismos donde encontremos, precisamente, la articulación llevada a la práctica del régimen legal de transmisibilidad de las participaciones sociales de la sociedad italiana.

Una vez lleguemos a la conclusión de que la transmisión analizada es posible, con respecto a la competencia para decidir la adquisición de CerTronic de las participaciones de Cir-Cerámica, obtendremos la valoración de estas, de tal forma que, en caso de ser de un valor equivalente o superior al valor del 25% de los activos de CerTronic, resultaría de aplicación una vez más el artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital -que atribuye dicha competencia a la junta general-.

Por último, al adquirir la totalidad de las participaciones de Cir-Cerámica, la sociedad devendrá unipersonal -la titularidad de su capital social será ostentada por un único socio-. En consecuencia, resultará de aplicación la obligación de inscribir en el Registro Mercantil la unipersonalidad sobrevenida en un plazo de seis meses, plazo a partir del cual el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad (artículos 13 y 14 de la Ley de Sociedades de Capital).

En cualquier caso, no parece esto algo que pueda dificultar el desarrollo de la operación, teniendo en cuenta que la idea es, posteriormente, proceder a la fusión por absorción de Cir-Cerámica.

A continuación, queda por analizar la fusión por absorción, como último elemento de los que componen la estructura que aquí se analiza.

La norma aplicable, será la Ley de Modificaciones Estructurales, ya que se trata de una fusión transfronteriza intracomunitaria, en esta ocasión entre una sociedad española y otra italiana (artículos 54 y 55 de la Ley de Modificaciones Estructurales). Dicha Ley, contiene todo un régimen aplicable a este tipo de operaciones societarias. Por otro lado, deberá tenerse en cuenta aquello que la Ley determine con respecto a la absorción de sociedades.

El régimen al que hacíamos alusión, obliga a la elaboración de un proyecto común de fusión transfronteriza, que deberán redactar los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión (artículo 59 de la Ley de Modificaciones Estructurales). Este informe deberá contener, en primer lugar, las menciones establecidas con carácter general para el proyecto común de fusión de sociedades (artículo 31 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Además, en particular, la norma nos obliga a que, el proyecto común de fusión transfronteriza, incluya como menciones las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien este tipo de proyecto de fusión, 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 (artículo 67 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Continuando con las disposiciones del régimen aplicable, los administradores de cada una de las sociedades fusionadas deberán elaborar su informe, los cuales se pondrán a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores, o en su defecto de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta de socios que ha de resolver sobre el proyecto común de fusión transfronteriza (artículos 33 y 60 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Antes de entrar a valorar la junta general que deberá celebrarse para la adopción del acuerdo de fusión transfronteriza, debemos destacar una peculiaridad de la fusión que se pretende llevar a cabo. Y es que, tal y como venimos explicando, CerTronic requeriría financiación ajena para

poder llevar a cabo la operación que se analiza, lo que la convierte en una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, también conocida como fusión apalancada (artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Al encontrarnos ante este tipo de fusión, la norma nos obliga de nuevo a que, si la sociedad adquirente ha obtenido financiación ajena -deudas- en los tres años anteriores a la adquisición del control de otra que participe en la operación de fusión:

- El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.
- El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.
- El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera (artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

La norma acaba también considerando que, en estos supuestos, será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión. En consecuencia, llegamos a la conclusión de que, para la realización correcta de esta operación, sí será necesario recabar informe de experto independiente. Si no nos encontráramos en un supuesto del artículo 35, podríamos evitar la necesidad de recabar dicho informe, en virtud de la regulación propia de la absorción de sociedades íntegramente participadas (artículo 49 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

En este sentido, una de las principales razones por la que la Ley exige estos informes, consiste en que los mismos deberán reflejar la inexistencia de asistencia financiera.

El último documento que podrá ser obligatorio elaborar, será el balance de fusión. Sin embargo, la norma solamente obliga a su elaboración, cuando el último balance de las sociedades que se fusionan, cuenta con una fecha de cierre con más de seis meses de antelación

con respecto a la fecha en la que se adopta el acuerdo de fusión. En caso contrario, no sería necesario elaborar dichos balances (artículo 36 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Volviendo al régimen de fusiones transfronterizas, será la junta de socios quien la apruebe, pudiendo condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza (artículo 61 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Nuevamente, la junta general de CerTronic, mediante la cual se apruebe la fusión, deberá cumplir con el quorum reforzado del artículo 194 de la Ley de Sociedades de Capital, así como la mayoría de votos consistente en el 67% del capital social, debido a que el pacto de socios, lo impone no solo para los aumentos de capital, sino para cualquier reestructuración societaria.

En relación con la votación de la junta, solamente existe la posibilidad de que los socios que hubieran votado en contra de la fusión analizada se separen en caso de que la sociedad resultante de la fusión tuviera su domicilio en otro Estado Miembro (artículo 62 de la Ley de Modificaciones Estructurales). Al no ser nuestro caso, no se recoge dicho derecho de separación.

Antes de la elevación a público del acuerdo de fusión adoptado, destaca la necesidad de que el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad que se fusiona, certifique la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de las sociedades sujetas a la legislación española, y lleve a cabo, por tanto, su propio control de legalidad de la operación (artículos 64 y 65 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Por último, el régimen de publicidad que deberá darse a la fusión transfronteriza que nos ocupa, será el propio de las fusiones en general (artículo 66 de la Ley de Modificaciones Estructurales). Dicho régimen incluye la obligación de publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil una indicación, para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores -en especial el derecho de oposición del artículo 44- y, cuando proceda, de los socios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre esas condiciones.

Además, cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española -nuestro caso-, el Registro Mercantil que haya practicado la inscripción lo notificará de inmediato a los Registros donde estén inscritas las sociedades participantes para que se proceda a su cancelación.

**(ii) Planteamiento del traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos**

Tal y como se expone en el planteamiento de la operación, la idea del traslado consiste en que, una vez se haya materializado la absorción de la sociedad italiana Cir-Cerámica, se procedería al traslado del domicilio social de CerTronic -ya como grupo societario- a los Países Bajos, con el objetivo de llevar a cabo una posterior fusión con otra sociedad holandesa, Nederlandse Gier-NV, sociedad filial de Vulture.

Pues bien, con respecto a este traslado del domicilio, existen una serie de cuestiones legales que hemos de analizar. La primera cuestión, que incluso se nos planteó por parte de los propios administradores de CerTronic -al solicitarnos la elaboración de este informe-, consiste en determinar si existe o no la posibilidad de llevar a cabo el traslado, a pesar de que la sociedad no desarrolle actividad económica alguna en los Países Bajos.

Así, en una primera aproximación a la cuestión planteada, y analizando el ordenamiento jurídico español, observaremos que el mismo recoge un régimen propio sobre el traslado del domicilio de sociedades españolas al extranjero. Dicho régimen, queda recogido en el Título V de la Ley de Modificaciones Estructurales.

En consecuencia, podemos comenzar afirmando que, el traslado que aquí se analiza, se regirá por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España, así como por el propio Título V al que antes hacíamos alusión (artículo 92 de la Ley de Modificaciones Estructurales). Por otro lado, se añaden dos requisitos legales adicionales para el efectivo traslado del domicilio. Primero, que el Estado a cuyo territorio se traslada permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad; y, segundo, la obligación de que la sociedad que se pretende trasladar no se encuentre en liquidación ni en situación de concurso de acreedores (artículo 93 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Ahora bien, lo que sucede en el caso que nos ocupa, es que la sociedad que se pretende trasladar al extranjero, no cuenta con actividad en el extranjero, sino que únicamente cuenta con

actividad económica en nuestro país. Por lo tanto, encontramos cierta contradicción entre lo que se recoge en la Ley de Modificaciones Estructurales y la Ley de Sociedades de Capital.

Y es que, para la segunda de las normas a las que hacemos alusión, las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español, deberán tener su domicilio en España (artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital).

Así pues, para resolver la duda que se nos plantea, será preciso acudir a lo que determina la jurisprudencia al respecto. En este caso, al tratarse de un traslado de España a los Países Bajos, nos interesan los pronunciamientos sobre el traslado del domicilio social entre Estados miembros, y en concreto sobre aquellos en los que no se desarrolla actividad económica en el país de acogida.

En este sentido, y a tenor de lo que la jurisprudencia proveniente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>4</sup> nos ilustra, dictamina acerca del traslado del domicilio social sin traslado del domicilio real, afirmando que la normativa comunitaria reconoce la libertad de establecimiento a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea -se entiende que se refiere a otro Estado miembro-.

Por tanto, en virtud de lo manifestado por el Tribunal, entendemos que no debe considerarse contrario a derecho el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad en cumplimiento de la legislación de un Estado miembro -distinto a aquel en el que se desarrolla la actividad social- con el objetivo de beneficiarse de la legislación de dicho Estado. En conclusión, parece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sí permite la posibilidad de que las sociedades de capital se trasladen entre Estados miembros, independientemente del lugar en el que se encuentre su principal establecimiento o explotación.

Una vez hemos llegado a la conclusión de que el traslado de CerTronic sí se realizaría conforme a derecho, debemos analizar el procedimiento que deberá seguir la propia sociedad para llevarlo a cabo correctamente, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, ya que el domicilio de la sociedad en el momento de su traslado radica en España. No obstante, es preciso

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16.

aclarar que, una vez se haya adoptado en España el acuerdo de traslado del domicilio social, deberán cumplirse todos los requisitos que exija el ordenamiento jurídico holandés para concluir de manera efectiva el traslado.

Así pues, nuestro ordenamiento jurídico determina que la facultad para adoptar el acuerdo de traslado del domicilio social, le corresponde a la junta. La principal razón para ello, es que en los estatutos de las sociedades de capital, deberá constar el domicilio social de las mismas (artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital). Teniendo en cuenta que las modificaciones estatutarias, son competencia de la junta, es este el órgano con capacidad para adoptar el acuerdo que se analiza (artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital).

Para más *inri*, y en línea con lo anterior, también la Ley de Modificaciones Estructurales (artículo 97), obliga a que el traslado del domicilio a otro Estado, habrá de ser acordado necesariamente por la junta de socios con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada.

Con respecto al quorum y las mayorías, una vez más, deberá cumplirse con el régimen legal reforzado de ambos (artículos 194 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital).

Ahora bien, previamente a la celebración de la junta en la que se adopte el acuerdo de traslado, será necesario que los administradores de la sociedad que se traslada, redacten y suscriban un proyecto de traslado, de manera que, si alguno de ellos no lo suscribiera, deberá señalarse tal circunstancia al final del proyecto, con la causa por la cual el administrador que se hubiera negado a firmarlo se comporta de tal modo (artículo 95 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Con respecto al contenido del proyecto, el mismo consistirá en:

- 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.

Además de este proyecto, los administradores deberán elaborar también un informe en el que expliquen y justifiquen detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores (artículo 96 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Por otro lado, otra de las cuestiones planteadas por los administradores de CerTronic, con respecto al procedimiento de traslado que aquí se analiza, consistía en la necesidad de que el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad -Castellón-, emita algún tipo de documento previo al efectivo traslado a los Países Bajos.

En este sentido, si volvemos a la lectura del artículo 95, observaremos que, en su tercer apartado, se recoge la obligación de los administradores de presentar, para su depósito en el Registro Mercantil correspondiente, un ejemplar del proyecto de traslado. Efectuados el depósito y la calificación del Registrador, éste comunicará al Registrador mercantil central para su inmediata publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar. La publicación de la convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre el traslado no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito.

En cuanto al contenido que deberá constar en el anuncio que se publique en el Boletín Oficial del Registro Mercantil -recogido también en el artículo 95-, consistirá en la denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad que se traslada, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, así como una indicación de las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores y la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, información sobre esas condiciones.

Prosiguiendo con los pasos a seguir, existe también la obligación de que el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad certifique el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado. Una vez expedida esa certificación, quedará cerrado el Registro para nuevas inscripciones, todo ello a la vista de los datos obrantes

en el Registro Mercantil y en la escritura pública de traslado presentada (artículo 101 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Por último, cabe destacar una última cuestión legal que se nos plantea en el procedimiento que estamos analizando, consistente en la protección que la Ley de Modificaciones Estructurales otorga a aquellos sujetos relacionados con la sociedad que se traslada.

De un lado, aquellos socios que votasen en contra en la junta de adopción del acuerdo de traslado del domicilio social, gozarán del derecho de separación recogido en la Ley de Sociedades de Capital. Por otro, habrá de considerarse también el derecho de oposición de los acreedores sociales cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero, en los términos establecidos para la oposición a la fusión (artículos 99 y 100 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

En conclusión, siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos legales que en este informe se exponen, podría efectuarse el traslado del domicilio social de CerTronic con absoluto respeto a la legalidad vigente, lo que permitiría llevar a cabo la operación planteada con éxito.

### **Informe solicitado por D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra:**

En esta ocasión, son D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra quienes solicitan el informe al Despacho. La cuestión que nos plantean, es la posibilidad de que ambas se opongan al desarrollo de la operación societaria planteada por el Consejo de Administración de CerTronic. Con respecto a las solicitantes, se trata de dos accionistas minoritarias del capital de CerTronic, hecho por el cual no cuentan con representación en el Consejo.

Para llevar a cabo dicha oposición, nos plantean una serie de alegaciones, con el objetivo de que el Despacho les asesore acerca de la posibilidad de que las mismas puedan efectivamente ser formuladas o si, por el contrario, esto no es posible o siquiera recomendable. Dichas alegaciones son las siguientes.

**(i) Que D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón nunca llegaron a firmar el pacto de socios.**

El pacto de socios al que esta alegación se refiere, consiste en el acuerdo de refinanciación por el que Vulture entró en el capital social de CerTronic, acuerdo adoptado en el año 2013. En dicho acuerdo, se estableció la obligación de que todos los accionistas lo suscribieran, recurriendo para ello a la incorporación de dicha obligación como prestación accesorias en los estatutos de la sociedad.

Las prestaciones accesorias, se encuentran fundamentalmente reguladas en los artículos 86 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Por definición<sup>5</sup>, se entiende que las prestaciones accesorias son aquellos acuerdos de los socios que se incluyen en los estatutos, mediante los cuales se obliga a alguno, algunos o a todos los socios a cumplir con una determinada obligación para con la sociedad. Pueden consistir en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer por parte de los socios, siendo los beneficiarios de dicha obligación tanto la sociedad como otros socios.

En este sentido, los estatutos podrán establecer las prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios (artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital). Ahora bien, con respecto a la creación, modificación o extinción de aquellas obligaciones que supongan necesariamente el cumplimiento de prestaciones accesorias, las mismas deberán

---

<sup>5</sup> Jesús Alfaro, <https://almacenederecho.org/lecciones-las-prestaciones-accesorias>.

acordarse cumpliendo con los mismos requisitos previstos para modificar los estatutos sociales, añadiendo como requisito el consentimiento individual de todos los sujetos que se pretenda que queden obligados por dichas prestaciones accesorias (artículo 89 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por tanto, y debido a que CerTronic es una sociedad anónima, para poder establecer vía estatutos la obligación de todos los accionistas de suscribir el pacto en cuestión, no solamente es necesario cumplir con las mayorías y los quórums legalmente reforzados de la Ley de Sociedades de Capital, sino que, además, se requiere el consentimiento individual de todos los accionistas en el momento de su establecimiento, pues la prestación accesoría pretende obligar a todos ellos.

Si atendemos a los hechos expuestos, D<sup>a</sup> Lidón pasó a formar parte del accionariado de CerTronic en el año 2012, mientras que el acuerdo de refinanciación con Vulture fue concluido en el año 2013. En consecuencia, para poder establecer como prestación accesoría la obligación de todos los accionistas de suscribir el acuerdo de refinanciación, sí sería necesario contar con el consentimiento de D<sup>a</sup> Lidón, pues ya formaba parte del accionariado de CerTronic y, por tanto, es uno de los sujetos obligados por el mismo.

Siguiendo con esta línea, deberá analizarse si D<sup>a</sup> Lidón otorgó su consentimiento para que se añadiera la prestación accesoría en cuestión, ya que esto supondría la existencia de dos escenarios distintos. Primeramente, en caso de haber otorgado dicho consentimiento, podríamos afirmar que sí habría nacido la obligación de D<sup>a</sup> Lidón de suscribir el acuerdo concluido con Vulture, pues ella misma se reconoce como sujeto obligado y habría consentido asumir dicha obligación.

Por otro lado, en caso de no haber prestado su consentimiento para la inclusión estatutaria de la prestación accesoría, dicha prestación no podría haber sido incluida en los estatutos de la sociedad -al menos no con la literalidad expuesta, ya que no contaría con el consentimiento individual de todos los obligados-.

Es más, en el hipotético caso de que se estuviera tratando de imponer por vía estatutaria la unanimidad del voto favorable de los accionistas en la adopción del acuerdo de socios

analizado, dicha imposición resultaría nula de pleno derecho (artículo 200 de la Ley de Sociedades de Capital).

En conclusión, observamos que D<sup>a</sup> Lidón sí cuenta con la posibilidad de negarse a que se incluya en los estatutos la prestación accesorio consistente en la obligación de suscribir por parte de todos los socios el acuerdo de refinanciación con Vulture. Por tanto, en caso de que D<sup>a</sup> Lidón no hubiera expresado su consentimiento expreso a dicha inclusión, la misma no podría haberse llevado a cabo.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, y teniendo en cuenta la posibilidad de que D<sup>a</sup> Lidón se niegue a asumir la obligación de suscribir el acuerdo de socios, debemos analizar si esto afectaría a las posibilidades de D<sup>a</sup> Lidón de oponerse a la operación societaria propuesta por el fondo. Para ello, en relación al acuerdo analizado, tendría que suceder que, la oposición de D<sup>a</sup> Lidón a la suscripción del acuerdo de socios, impidiera a Vulture entrar en el capital social de CerTronic -el resto de fases de la operación no estarían directamente relacionadas con dicho acuerdo, sino más bien con la marcha ordinaria de cualquier sociedad-.

En este sentido, la entrada de Vulture en el capital de CerTronic, se produce a través de un aumento de capital, por el cual Vulture asume, a cambio de recibir las acciones de la sociedad, una serie de créditos a los que la sociedad ya no deberá hacer frente, reduciéndose en consecuencia su pasivo. Para ello, la Ley de Sociedades de Capital exige a la Junta General de Accionistas, tal y como se ha expuesto anteriormente, el quórum y las mayorías legalmente reforzadas (artículos 194 y 201.2).

Sin embargo, cabe la posibilidad de que la mayoría exigida a la Junta sea superior, si así se establece en los estatutos, pero en ningún caso llegando a la unanimidad. Teniendo en cuenta que el porcentaje de capital social con el que cuenta D<sup>a</sup> Lidón es del 8%, y que la única mayoría estatutaria reforzada es del 85% del capital, y solamente exigible para la adopción de acuerdos de disolución por voluntad de los socios, no parece posible que D<sup>a</sup> Lidón pueda oponerse - siempre y cuando el resto de los socios sí quieran- a la entrada de Vulture en el capital social de CerTronic.

El único remedio para que dicha entrada no sucediera, consistiría en impugnar directamente el acuerdo de socios que la posibilita. Ahora bien, dicha impugnación debe ser razonada y

razonable, pues D<sup>a</sup> Lidón corre el riesgo de que la misma sea considerada como un abuso de los derechos de los socios minoritarios, tal y como ha considerado el Tribunal Supremo en otras ocasiones<sup>6</sup>.

Con respecto a D<sup>a</sup> Amparo, el escenario es completamente distinto. D<sup>a</sup> Amparo adquirió la condición de accionista en el año 2014, año siguiente a la conclusión del acuerdo de socios firmado con Vulture. Por tanto, tomando como punto de partida que la inclusión de la prestación accesoria en los estatutos efectivamente se llevó a cabo, y además conforme a derecho -cumpliendo con todas las formalidades expuestas-, la obligación derivada de dicha prestación accesoria sí resultaría aplicable a D<sup>a</sup> Amparo, que deberá cumplir con la misma -suscribiendo el acuerdo-.

En caso de no hacerlo, nos encontraríamos ante un caso de incumplimiento voluntario de una prestación accesoria. En este sentido, se prevé que los estatutos sociales contengan, en relación con las prestaciones accesorias, las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento (artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital).

Sin necesidad de tener que acudir a este tipo de cláusula, otra situación que podemos encontrar, es la de que los socios lleven a efecto el derecho de exclusión frente al socio que, de manera voluntaria, incumpla con su obligación de llevar a cabo lo que determinen las prestaciones accesorias (artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital). Aunque la norma vaya dirigida a las sociedades de responsabilidad limitada, la doctrina mayoritaria<sup>7</sup> afirma que, por analogía, dicho precepto es aplicable a las sociedades anónimas, que es nuestro caso.

En conclusión, D<sup>a</sup> Amparo no podría ni siquiera oponerse a la incorporación estatutaria de la prestación accesoria que obliga a todos los accionistas a suscribir el acuerdo de refinanciación con Vulture. Por tanto, estaría obligada a suscribir dicho acuerdo.

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 240/2007, del 9 marzo de 2007.

<sup>7</sup> Rafael Núñez-Lagos de Miguel, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2907/documento>.

**(ii) El incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.**

Los hechos sobre los que se analiza esta posible alegación, giran en torno a la operación societaria que los administradores del Consejo de CerTronic plantean, como parte de la estrategia de expansión internacional y crecimiento de la sociedad. Hemos de comenzar destacando que, tanto D<sup>a</sup> Amparo Fabra como D<sup>a</sup> Lidón Falomir, a pesar de formar parte del capital social -la primera con un 10%, y la segunda con un 8%-, no cuentan con representación en dicho Consejo.

Así, la operación en cuestión se dividiría en dos fases. En una primera fase, CerTronic adquiriría una sociedad italiana, Cir-Cerámica, cuya marca cuenta con un alto prestigio en su sector. A continuación, en una segunda fase, tras la absorción de la sociedad italiana por la española, se procedería al traslado de la misma a los Países Bajos, con la intención de proceder a la posterior fusión con otra sociedad holandesa, denominada *Nederlandse Gier-NV*.

Hasta aquí, todo parece enmarcarse en el desarrollo ordinario del plan estratégico de una sociedad cualquiera. Sin embargo, si profundizamos en los elementos que conforman esta operación, sí que encontramos una serie de circunstancias que nos hacen plantearnos si, los administradores, efectivamente cumplen o no con los deberes de lealtad que la ley les exige por el cargo que ostentan.

La primera consiste en que, la sociedad italiana que CerTronic pretende absorber, se encuentra participada por una filial de Vulture, *Il Piccolo Avvolto, srl*, de la cual el fondo ostenta la titularidad de la totalidad de sus participaciones. Con respecto a esta misma sociedad, debe destacarse que, Cir-Cerámica no solo es una sociedad sin actividad económica, sino que además se trata de una sociedad sin activos.

En segundo lugar, con respecto al traslado del domicilio de la sociedad a los Países Bajos, y posterior fusión con *Nederlandse Gier-NV*, resulta que los estatutos de dicha sociedad holandesa, establecen que los socios que hayan permanecido más de dos años en el capital de la sociedad, cuentan con voto doble con respecto al resto de socios que no se encuentren en esa situación. Esta sociedad, es otra de las filiales de Vulture.

Por último, observamos que, tal y como narran los hechos del caso, Vulture se comprometió a pagar una prima a todos los consejeros que forman parte del Consejo de Administración de CerTronic y no fueran empleados del fondo, a modo de retribución una vez la operación expuesta haya sido concluida con éxito.

En una primera aproximación a la norma, el deber de lealtad de los administradores, se encuentra fundamentalmente regulado en los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital. Con respecto a este deber en concreto, la norma lo define como la obligación de los administradores de ejercer su cargo en la sociedad con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital). Esta definición, que resulta del todo genérica -y por tanto poco práctica-, se concreta en una serie de conductas o comportamientos que los administradores deben respetar al desarrollar sus funciones (artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital).

Para más *inri*, y relacionado con los anteriores, la norma recoge otra enumeración, esta vez en relación al deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés. Y es que, para la Ley de Sociedades de Capital, el hecho de que un administrador incurra en una situación de conflicto de intereses, implica necesariamente que está incumpliendo con sus deberes de lealtad (artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital).

En este sentido, la principal alegación que podrán formular tanto D<sup>a</sup> Amparo como D<sup>a</sup> Lidón, a la hora de intentar oponerse al desarrollo de la operación expuesta, consistirá en manifestar el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores debido a la existencia de un conflicto de intereses por su parte, consistente, en el pago de la prima con la que el fondo se compromete a retribuirles en caso de éxito en la operación planteada.

Dicha alegación, se sustentará fundamentalmente en afirmar que, el mero hecho de que los administradores puedan percibir la prima ofrecida por el fondo, y condicionada a que se concluya la operación con éxito, supondría un incumplimiento de la obligación de los administradores de adoptar aquellas medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital).

En este sentido, la obligación expuesta no se limita a exigir del administrador que, si se llega a encontrar en una situación de conflicto de intereses, lo comunique y se abstenga de participar en cualquier decisión relativa a ella, sino que, como medida preventiva, le impone específicamente el deber de eludir tales situaciones.

Tal y como afirma la doctrina<sup>8</sup>, “no se trata sólo de impedir que el administrador anteponga sus intereses a los de la compañía en caso de que el conflicto se actualice -básicamente prohibiéndole intervenir en la gestión social en lo que se refiere a esos asuntos-, sino de evitar, incluso, que surja el mismo riesgo de que ello suceda”.

En consecuencia, la mera existencia de una prima ofrecida a los administradores como compensación por la conclusión con éxito de la operación, es motivo suficiente para entender que nos encontramos ante un claro conflicto de intereses, consistente en dar prioridad a la recepción efectiva de dicha prima por encima del verdadero interés social de la sociedad que les nombró administradores.

Dicho conflicto de intereses, consistirá en el incumplimiento de la obligación que incumbe a los administradores, por la cual deben abstenerse de obtener rendimientos o remuneraciones procedentes de terceros distintos de la sociedad y su grupo relacionadas con el desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía (artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por otro lado, si bien es cierto que con respecto al administrador nombrado por Vulture -que también forma parte del Consejo de Administración de CerTronic-, no podría hacerse la alegación previamente expuesta, D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón sí podrían alegar el incumplimiento por parte de dicho consejero de la obligación de los administradores de desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros (artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital).

Si volvemos a los hechos, en ambas fases de la operación observamos que, el resto de sociedades implicadas en la operación que CerTronic pretende llevar a cabo, están directa o

---

<sup>8</sup> Alberto Díaz Moreno, <https://www.ga-p.com/publicaciones/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas>

indirectamente participadas por Vulture. Este hecho, podría dar a entender que la actuación del consejero nombrado por el propio fondo -que probablemente fuera el que propuso al resto de consejeros que se llevara a cabo la operación-, no resultara del todo independiente y bajo libre criterio o juicio, lo que implicaría el incumplimiento del artículo 228 d).

Cabría también la posibilidad de argumentar la existencia de un conflicto de interés, basado en, el incumplimiento de los administradores de su obligación de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, a excepción de aquellas que se pudieran considerar operaciones ordinarias (artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por último, la principal defensa de los administradores, consistirá en sostener la inexistencia de dicho conflicto de interés. Para ello, deberán argumentar que se trata de la manera habitual de actuar de los Fondos de Capital Riesgo. En este sentido, los fondos entran en el capital de sociedades para llevar a cabo este tipo de operaciones societarias, con el objetivo de hacer que dichas sociedades incrementen sustancialmente su valor a corto plazo.

Con respecto a la operación societaria en concreto, los administradores sociales sostendrán que, más que una oportunidad para ellos de obtener una prima por el éxito de la operación, se trata de una oportunidad de crecimiento y expansión internacional para CerTronic, que pasará a estar presente en distintos mercados a nivel internacional, con la consiguiente obtención de sinergias, *know-how*, volumen de negocio, clientela, etc. en definitiva, el consiguiente crecimiento empresarial.

Además, hemos de recordar que, CerTronic, permitió que Vulture entrara en su accionariado como consecuencia fundamentalmente de su mala situación económica, lo que “supuso el salvamento de la empresa, inmersa en graves dificultades con ocasión de la crisis financiera de 2008”. Por tanto, es fácilmente demostrable que, en la aceptación de Vulture en el capital de CerTronic, sí se estaba velando por el interés social.

Por todo lo anterior, deberá sostenerse que, a pesar de que efectivamente el porcentaje de participación en el capital social de los socios de CerTronic disminuya tras la operación analizada, y que dichos socios pierdan poder de decisión sobre la sociedad resultante, tendrá más valor económico su participación en dicha sociedad que un porcentaje mayor en CerTronic sin que dicha operación se lleve a cabo.

En conclusión, la argumentación consistirá en sostener que, ni se ha perjudicado el interés social de CerTronic -que si no fuera por Vulture probablemente se encontraría en situación de concurso de acreedores-, ni se ha perjudicado el interés de los socios, que cuentan con una participación menor en una sociedad de mayor valor, lo cual supone un incremento en su patrimonio.

Como vemos, esta alegación cuenta con algunas dificultades para prosperar, ya que ambas partes tienen argumentos razonables a favor y en contra de la operación sobre la que se genera la disputa.

**(iii) La exigencia a los demás accionistas de su abstención durante la votación de la Junta en la que se adopte la decisión del traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos.**

Para abordar esta cuestión, debemos comenzar reconociendo que, el derecho de voto de los accionistas, es uno de los derechos mínimos que todos los socios de las sociedades de capital ostentan, por el mero hecho de serlo (artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital).

En consecuencia, al tratarse de uno de los derechos inherentes a la condición de socio, y que además forma parte del núcleo esencial de dicha condición, no parece fácil que unos socios puedan exigir a otros que no ejerzan semejante derecho. Por tanto, dicha exigencia tendrá que sostenerse en una razón suficiente que la justifique.

Nuestra principal recomendación para D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón sería, en vista del comentario hecho a la cuestión anterior, que se apoyaran en la idea fundamental de la existencia de un conflicto de intereses de los socios para que los mismos no puedan ejercer su derecho a voto en la junta que pretenda adoptar el acuerdo de traslado del domicilio social.

Para sostener la existencia del conflicto de intereses del resto de socios a los que se les exigiría que no participaran en la votación de la adopción del acuerdo de traslado, deberá argumentarse que, en el caso de CerTronic, los accionistas forman también parte del Consejo de Administración de la sociedad. En este sentido, hemos de recordar que son precisamente los administradores quienes recibirían la prima pagada por el fondo por el éxito de la operación.

En consecuencia, esto es algo que nos favorece, ya que la principal limitación al ejercicio de voto de los accionistas, radica fundamentalmente en la existencia de un conflicto de intereses por su parte, motivo por el cual la norma les prohíbe ejercer un derecho de tal relevancia (artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital).

En este sentido, y profundizando algo más en la limitación del derecho de voto que antes mencionábamos, resulta de utilidad destacar otra peculiaridad de la misma, la cual entra en juego en caso de que, para la adopción de un determinado acuerdo por la junta general -tal y como sucede en nuestro caso-, resulten decisivos los votos de aquellos socios sobre los cuales concurra un conflicto de interés. Si bien no se limita la capacidad de los socios de ejercitar su derecho al voto, lo que sí sucede es que, en caso de impugnación, corresponderá al socio o los relacionados con el conflicto de interés en cuestión, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social.

No obstante, nuestros clientes, también deberán tener en consideración que les corresponderá a ellos la acreditación del conflicto de interés en el que se sustente la impugnación, precisamente por ser los sujetos que la llevan a cabo.

En consecuencia, parece que los roles que deben adoptar las partes, en la impugnación del acuerdo del traslado del domicilio social, quedan bastante claros. Por un lado, nuestras representadas -D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón-, deberán argumentar la existencia de un conflicto de intereses basado fundamentalmente en el cobro de la prima por el éxito de la operación planteada. Por otro, los socios acusados de sufrir dicho conflicto, tratarán de acreditar la ausencia del mismo, basándose fundamentalmente en la ausencia de perjuicio al interés social de CerTronic -de hecho, deberán alegar que la operación se lleva a cabo en interés de la sociedad-.

#### **(iv) La impugnación del acuerdo por abusivo.**

La impugnación de los acuerdos sociales, consiste en otro de los derechos esenciales del socio, por el cual se le reconoce que el derecho a asistir y votar en las juntas generales, así como el de impugnar los propios acuerdos que en las juntas se adopten (artículo 93 la Ley de Sociedades de Capital).

Así, este derecho pertenece, como en la cuestión anterior, a la categoría de los derechos políticos o administrativos de los socios, distintos de los derechos económicos que la propia Ley contiene.

Sobre este derecho, y en palabras de García de Enterría e Iglesias Prada<sup>9</sup>, la impugnación de acuerdos sociales, consistirá en la acción llevada a los tribunales -acción judicial-, por la que se solicita al tribunal que anule un acuerdo que se adopta por la junta general. En nuestro caso, D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón, solicitarán que se anule el acuerdo por el cual se decide trasladar el domicilio de CerTronic a los Países Bajos.

Ahora bien, a la hora de asesorar a nuestros clientes, debemos explicar que no todo acuerdo resulta susceptible de impugnación por los socios. Solamente podrán ser impugnados aquellos acuerdos sociales que se consideren contrarios a la Ley, los que se opongan a los estatutos sociales, o aquellos que o bien se opongan al reglamento de la junta de la sociedad, o bien lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital).

De entre los tres motivos que se enumera, el que a nosotros nos interesa explorar es el tercero, la lesión del interés social -no parece que el traslado del domicilio social esté prohibido por los estatutos de CerTronic, y desde luego la Ley no lo prohíbe-. En cuanto a lo que se entiende por lesión del interés social, la misma se produce, además de cuando se contraviene el objeto social de la sociedad perjudicada, también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría, lo que sucede cuando sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios (artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital).

Al final, lo que este artículo pretende transmitir, es la necesidad de proteger a los socios minoritarios ante comportamientos que puedan resultar abusivos por parte de aquellos socios que ostentan la mayoría del capital social. Para ello, se les permite impugnar los acuerdos que

---

<sup>9</sup> García de Enterría, J. e Iglesias Prada, J.L. (2017). *Los órganos de las sociedades de capital (I). La junta general*. En Menéndez, A. & Rojo, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I (475-493)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

adopten cuando demuestren que los mismos han sido adoptados únicamente en su interés, independientemente de que el acuerdo suponga un perjuicio para la sociedad o no.

Por todo lo anterior, y llevando la teoría al caso que nos ocupa, D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón deberán fundamentar su pretensión de impugnar el acuerdo en cuestión en el beneficio obtenido por los socios mayoritarios. Y es que, si acudimos a los hechos del caso, resulta que, los administradores a los que Vulture se compromete a remunerar con una prima por el éxito de la operación societaria en curso, son también los socios mayoritarios -junto con el fondo- de CerTronic: D. Vicente Badenes Vallés, D. José Badenes Vallés, y D. Antonio Falomir Esteve.

Por todo lo expuesto anteriormente, si en cuestiones anteriores hacíamos alusión al posible conflicto de interés de los administradores de CerTronic entre su interés propio y el de la sociedad, como consecuencia de la prima prometida por el fondo, ahora sucede lo mismo, pero con respecto a los socios mayoritarios, ya que se trata de las mismas personas.

Sin embargo, a la hora de plantear la posibilidad de impugnar el acuerdo, nuestro cliente debe saber que, la Ley de Sociedades de Capital, también recoge una serie de condiciones que impiden a los socios llevar a cabo dicha impugnación -en su mayoría de naturaleza procedimental en la adopción de dichos acuerdos-.

Además, otra limitación con la que deben contar nuestros clientes, es que la acción mediante la cual pretenden llevar a cabo la impugnación de los acuerdos sociales que les afectan, caducará en un año, excepto en aquellos casos que tenga por objeto acuerdos que, resulten contrarios al orden público -algo que entendemos que no es nuestro caso-, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá (artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital).

Siguiendo con el análisis, con respecto a la legitimación activa para impugnar, llegamos a la conclusión de que para poder contar con la misma, los sujetos a los que la norma la otorga, deben cumplir con algunos requisitos para ello -con respecto a los administradores, ninguno; con respecto a los terceros, contar con interés legítimo; y, con respecto a los socios, que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo y además, que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital (artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

En consecuencia, tendremos que atender a la fecha en la que la junta general adoptó el acuerdo del traslado de domicilio a los Países Bajos, ya que, en caso de haberse adoptado en el mismo año en que Vulture entró en el accionariado, esto es, 2013, D<sup>a</sup> Amparo no gozaría de legitimación activa para impugnar el acuerdo, pues pasó a formar parte del accionariado de CerTronic en el año 2014 y este no es contrario al orden público -segundo apartado del artículo-. En este sentido, podemos concluir que D<sup>a</sup> Lidón, sin embargo, sí gozaría de legitimación activa en cualquier caso, pues pasó a formar parte del accionariado de CerTronic antes de que lo hiciera el fondo.

Con respecto a la legitimación pasiva, siguiendo con el resto de apartados del artículo 206, la acción de impugnación deberá dirigirse contra CerTronic, pudiendo el resto de socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez, algo que probablemente suceda, teniendo en cuenta el interés que tienen en que la operación se mantenga con éxito.

En lo que se refiere al tipo de procedimiento que deberá solicitar nuestro cliente que se siga para la impugnación del acuerdo, consistirá en el desarrollo de los trámites propios del juicio ordinario recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por último, si bien hemos destacado una serie de impedimentos, limitaciones o condicionantes que la Ley recoge con respecto al derecho de impugnación de los acuerdos sociales, existe otro de mayor calado jurídico. Y es que, el interés de la norma por proteger a los socios minoritarios ante imposiciones abusivas por parte de los mayoritarios, no puede suponer el aprovechamiento de los minoritarios para bloquear la toma de decisiones sociales de manera injustificada.

El propio Tribunal Supremo, hace alusión directa al abuso de derecho que llevan a cabo los socios minoritarios cuando, sin ninguna justificación adicional que la de bloquear el acuerdo que no les interesa, se dedican continuamente a la impugnación del mismo, una y otra vez, en distintas instancias, prorrogando su inaplicación práctica el mayor tiempo posible.

Destaca el pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>10</sup> en el que concluye que, el derecho de impugnación de los acuerdos sociales, no contempla de ningún modo la obstrucción o paralización de la actividad social, en caso de no encontrar justificación alguna en dicha impugnación. En conclusión, en el momento en que el derecho de impugnación se emplea por los socios minoritarios como arma de paralización de la actividad social, con la intención de prolongar injustificadamente la toma de decisiones de los órganos de gobierno, se está abusando de este derecho, lo cual supone, en definitiva, un grave perjuicio para la sociedad.

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 477/2006, del 23 de Mayo de 2006.

## ANEXO I

Tal y como anunciábamos al principio, procedemos a elaborar este calendario, con los principales hitos de cada una de las operaciones que se plantean en el primer informe.

**PRIMERA ESTRUCTURA:** los dos socios de la sociedad italiana aportan la marca al patrimonio de CerTronic, recibiendo en contraprestación acciones de la sociedad española por un valor equivalente al de la marca de la sociedad italiana.

**A. Adquisición previa de CerTronic de un número suficiente de acciones de sus socios, mantenerlas en autocartera y, una vez transmitidas aquellas que correspondan al valor de la marca de la sociedad italiana, amortizar el excedente.**

- Celebración de Junta General que autorice la compra de acciones para mantenerlas en autocartera: plazo de 1 mes entre la convocatoria y la celebración de la misma. Elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil de la modificación estatutaria
  
- Plazo de autorización para llevar a cabo la adquisición: Máximo de 5 años
  
- Valoración de la marca. Posible Junta General en virtud del artículo 160 f) LSC.
  
- Transmisión de las acciones en autocartera a cambio de la marca valorada.
  
- Celebración de Junta General para la amortización del excedente de capital social, una vez recibida la marca y transmitidas las acciones: plazo de 1 mes entre la convocatoria y la celebración de la misma. Elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil de la modificación estatutaria.

**B. Proceder al aumento de capital de CerTronic, de tal forma que los socios entrantes aporten la marca de Cir-Cerámica a cambio.**

- Celebración de la Junta General para la adopción del acuerdo por el que CerTronic ampliará su capital social con cargo a aportaciones no dinerarias -la marca italiana-: plazo de 1 mes entre convocatoria y la celebración de la misma.
- Emisión del informe de experto independiente: plazo de 1 mes.
- Emisión del informe de los administradores
- Celebración de la Junta General para la realización efectiva del aumento de capital social con cargo a las aportaciones no dinerarias mencionadas: plazo de un mes entre la convocatoria y la celebración. Elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil de la modificación estatutaria.

**SEGUNDA ESTRUCTURA:** que CerTronic compre la totalidad de las participaciones de Cir-Cerámica a sus dos socios, convirtiéndose por tanto en su socio único. Para ello, CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la compraventa y, después, acordar con Cir-Cerámica una fusión por absorción.

- Compraventa de las participaciones sociales de Cir-Cerámica. Posible inscripción de la unipersonalidad sobrevenida.
- Solicitud de préstamo bancario para las adquisición de las participaciones de Cir-Cerámica.
- Proyecto común de fusión, elaborado por las sociedades que se fusionan.
- Publicidad durante este mes en la página web de las sociedades antes de la celebración de la Junta General para la adopción del acuerdo por el que se fusionan las sociedades.

- Informes de los administradores de ambas sociedades: plazo de 1 mes
- Informe de experto independiente: plazo de 1 mes.
- Balance de fusión de ambas sociedades
- Celebración de la Junta General para la aprobación del proyecto de fusión expuesto: plazo de un mes entre la convocatoria y la celebración. Elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil.

#### **TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS:**

- Celebración de Junta General para la adopción del acuerdo por el que se aprueba el traslado del domicilio: plazo de 2 meses entre convocatoria y celebración de la misma. Elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil de la modificación estatutaria.
- Para la celebración de la junta anterior, elaboración por parte de los administradores de un proyecto de traslado del domicilio social, así como un informe de justificación del mismo -en términos económicos, de negocio, etc.-.
- Certificación del Registrador Mercantil del cumplimiento de todos los requisitos legales para la correcta realización del traslado del domicilio.
- Publicidad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil: plazo de 2 meses.
- Derechos de separación de los socios y oposición de los acreedores.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro, J. (2015). *Lecciones: las prestaciones accesorias*. Obtenida el 16/10/2020 de <https://almacenederecho.org/lecciones-las-prestaciones-accesorias>
- Díaz Moreno, A. (2014). *Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)*. Obtenida el 09/09/2020 de <https://www.ga-p.com/publicaciones/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas/>
- García de Enterría, J. e Iglesias Prada, J.L. (2017). *Los órganos de las sociedades de capital (I). La junta general*. En Menéndez, A. & Rojo, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I (475-493)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Núñez-Lagos de Miguel, R. (2011). *La ley de Sociedades de Capital*. Obtenida el 14/11/2020 de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2907/documento/>
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3 de julio de 2010).
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Sentencia del Tribunal Supremo 477/2006, del 23 de mayo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo 240/2007, del 9 marzo de 2007.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16.