



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MASTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Facultad de Derecho

Autora: Marta Fernández de Aránguiz Aguillo

Tutor: Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez

**Madrid
11 de enero de 2021**

ÍNDICE

<u>INFORME 1. Sobre las cuestiones solicitadas por el Consejo de Administración de CerTronic</u>	Pág.4
OBJETO	Pág.4
DESARROLLO: Alternativas para la adquisición de la marca de Cir-Cerámica	Pág.4
1. Adquisición de la marca de Cir-Cerámica como un activo intangible	Pág.4
1.1. Introducción.....	Pág.4
1.2. Adquisición mediante autocartera.....	Pág.5
1.2.1. De la Junta General.....	Pág.6
1.2.2. Transmisión de las acciones en autocartera y adquisición de la marca de Cir-Cerámica.....	Pág.8
1.3. Adquisición de la marca de Cir-Cerámica mediante ampliación de capital.....	Pág.9
1.3.1. Sobre el informe del experto independiente.....	Pág.10
1.3.2. Sobre la adopción del acuerdo de ampliación de capital por la Junta General.....	Pág.12
2.Sobre la compra por parte de CerTronic de las participaciones de los dos socios de Cir-Cerámica	Pág.13
2.1. Introducción.....	Pág.13
2.2. Ventajas e inconvenientes del <i>share deal</i>	Pág.14
2.3. De la fusión por absorción de CerTronic con respecto a Cir-Cerámica.....	Pág.14
2.4. De la necesidad de financiación por parte de CerTronic para la adquisición de las participaciones de Cir-Cerámica.....	Pág.17
3.Traslado del domicilio social a los Países Bajos	Pág.17
3.1. Introducción.....	Pág.17
3.2. Implicaciones que conlleva el traslado del domicilio social.....	Pág.18
3.3. Procedimiento de traslado de domicilio social a los Países Bajos.....	Pág.22
CONCLUSIÓN	Pág.28

ANEXO 1. Calendario de las diferentes opciones de operaciones mercantiles analizadas en el presente informe.....	Pág.31
1.Adquisición mediante autocartera.....	Pág.31
2.Adquisición de la marca de Cir-Cerámica mediante ampliación de capital.....	Pág.31
3.Adquisición de las participaciones sociales de Cir-Cerámica.....	Pág.31
4.Fusión por absorción de CerTronic con respecto a Cir-Cerámica.....	Pág. 31
5.Traslado del domicilio social a los Países Bajos.....	Pág. 32

INFORME 2. Sobre las cuestiones solicitadas por D^a Amparo Fabra Llorens y D^a Lidón Falomir Fabra.....

PREVIO.....Pág.34

OBJETO.....Pág.34

DESARROLLO.....Pág.34

1.Las consecuencias de que D ^a Amparo Fabra Llorens y D ^a Lidón Falomir Fabra nunca llegaran a firmar el pacto de socios	Pág.34
2.La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.....	Pág.36
3.La posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la Junta en la que deben decidir sobre el traslado del domicilio social a los Países.....	Pág.40
4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.....	Pág.43

BIBLIOGRAFÍA.....Pág.48

JURISPRUDENCIA.....Pág.48

LEGISLACIÓN.....Pág.49

INFORME 1. Sobre las cuestiones solicitadas por el Consejo de Administración de CerTronic

OBJETO

El presente informe tiene como objeto valorar las distintas posibilidades que posee el Consejo de Administración de CerTronic, S.A., (en adelante “CerTronic”) para la adquisición de la marca de la mercantil italiana Cir-Cerámica *società a responsabilità limitata*, (en adelante “Cir-Cerámica”), así como las consecuencias y el proceso que conllevaría la fusión con dicha entidad, y el traslado del domicilio social de la mercantil a los Países Bajos, todo ello acompañado con un calendario de las diferentes operaciones mercantiles y societarias llevadas a cabo.

DESARROLLO: Alternativas para la adquisición de la marca de Cir-Cerámica

1. Adquisición de la marca de Cir-Cerámica como un activo intangible

1.1. Introducción

Tras la solicitud del Consejo de Administración de CerTronic, a este despacho sobre las distintas posibilidades de actuación que existen en este supuesto, procedemos a analizar, bajo Derecho Español, las diferentes alternativas existentes para la adquisición de CirCerámica.

Bajo nuestro leal saber y entender existen dos potenciales vías de actuación.

En primer lugar, cabe la posibilidad de adquirir la marca de CirCerámica como un activo intangible o *asset deal*, o bien a través de la compra de las participaciones de la mercantil italiana o *share deal*. Vamos a analizar pormenorizadamente ambos supuestos en función del informe solicitado iniciando el examen por el *asset deal* para finalizar valorando la posibilidad del *share deal*.

Con respecto a la necesidad o no de existir algún tipo de informe de experto independiente este despacho considera que a rasgos generales, sería recomendable y, en algunos casos obligatorio la existencia de un informe de experto independiente , con el fin de valorar la marca de Cir-Cerámica antes de su adquisición, no obstante es una cuestión que merece de su análisis detallado en cada uno de los supuestos que a continuación procedemos a detallar.

1.2. Adquisición mediante autocartera

Tal y como hemos expuesto anteriormente, la primera alternativa que posee el Consejo de Administración de CerTronic para adquirir la marca de la mercantil italiana es un *asset deal*.

Esta propuesta consiste en que sea CerTronic quien adquiera, mediante la modalidad de autocartera, acciones de sus propios socios por un importe suficiente para adquirir la marca de Cir-Cerámica, siendo en consecuencia, tras dicha adquisición, ésta última accionista de CerTronic, convirtiéndose la compañía italiana en una accionista más de la mercantil castellonense. Esta operación conllevaría una redistribución del accionariado de CerTronic como consecuencia de adquirir la marca de Cir-Cerámica, a través de transmitir dicho activo por las acciones que CerTronic haya adquirido en la modalidad de autocartera.

El amparo legal de esta operación tiene su encuadre en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, (en adelante “LSC”), en concreto en el artículo 146, en el cual se regulan este tipo de actos mercantiles, bajo la existencia o concurrencia de determinados condicionantes.

La primera condición exigida para que CerTronic pueda llevar a cabo la precitada operación viene contemplada en el indicado artículo 146.1 a) LSC, bajo el siguiente tenor: *“La sociedad anónima también podrá adquirir sus propias acciones y las participaciones creadas o las acciones emitidas por su sociedad dominante, cuando concurren las siguientes condiciones:*

Que la adquisición haya sido autorizada mediante acuerdo de la junta general, que deberá establecer 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 el presente supuesto, parece deducirse de la exposición que no existe disconformidad entre los socios de la compañía sobre el objetivo a llevar a cabo, pero en cualquier caso, y siendo un requisito *sine qua non* la exigencia de la Junta General que adopte el acuerdo expreso de la adquisición en autocartera, deberá exigirse la

celebración de la Junta General que acuerde dicho extremo. El acuerdo de la Junta General deberá no sólo acordar la adquisición mediante autocartera sino que deberá determinar el número máximo de participaciones a adquirir, el contravalor de las mismas y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años.

Con respecto a la necesidad o no de valoración de las acciones por parte de un experto independiente, más allá de la exigencia legal o no de dicha intervención, aconsejamos que dicha valoración se lleve a cabo a los efectos de proporcionar una seguridad jurídica tanto a los accionistas como al órgano de administración de la compañía, evitando así un margen de discrecionalidad en su actuación.

1.2.1. De la Junta General

Hemos analizado en el punto anterior que la operación de adquisición mediante autocartera debe de estar avalada por un acuerdo de la Junta General, que en el presente caso, deberá ser considerada como Junta General Extraordinaria al amparo de lo dispuesto en el artículo 165 LSC quedando vedada la posibilidad de que sea el órgano de administración de la compañía quien pueda adoptar este tipo de acuerdo.

Lo que sí que debe realizar el órgano de administración es la convocatoria de la Junta tal y como establece el artículo 166 LSC.

No ha de ser obstaculo alguno, conforme a pacíficas resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado que el Consejo de Administración de CerTronic tenga una plaza vacante por cuanto que estando el mismo legítimamente constituido tiene facultades suficientes para este tipo de convocatoria de Junta General Extraordinaria.

Por lo que se refiere a la forma, contenido, plazo y lugar para la convocatoria de la Junta General, hemos de remitirnos a los artículos 173 y siguientes de la LSC, debiendo indicarse en la convocatoria como punto del orden del día la adquisición por autocartera y estableciéndose como lugar de celebración de la misma el de Álcora (Castellón), por ser el domicilio social de la compañía.

Nos encontramos con la existencia de un requisito temporal, es decir, el plazo que debe existir entre la convocatoria de la Junta y la fecha de su celebración, que como preceptúa el artículo 176 LSC ha de tener cuando menos un decalaje de un mes.

Otro aspecto importante ha de ser los porcentajes tanto de asistencia como de votos favorables al acuerdo. No nos consta en el presente caso que los estatutos sociales determinen mayorías distintas a las contempladas en la LSC, por lo cual, sobre este extremo, debemos de tener en cuenta en los artículos 194 y 201 LSC que establecen:

Artículo 194 LSC: *“En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto.”*

Artículo 201 LSC: *“1. En las sociedades anónimas, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado.*

Para la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 194, si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento.”

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, y en virtud del artículo 146 LSC, es necesario que se adopte por mayoría simple del capital asistente a la Junta el acuerdo de la compra de las acciones por autocartera, y por tanto, se adquirirá proporcionalmente el número suficiente de acciones por el valor acordado y de forma

proporcional en función de la participación de los socios de CerTronic para poder así adquirir la marca propiedad de Cir-Cerámica.

Asimismo, el artículo 146.3 LSC establece que *“los administradores deberán controlar especialmente que, en el momento de cualquier adquisición autorizada, se respeten las condiciones establecidas en este artículo”*. Es por ello, que la ley, aún teniendo en cuenta el deber de diligencia del Órgano de Administración ha querido destacar que los miembros de dicho órgano deben velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para la adquisición de acciones por autocartera.

1.2.2. Transmisión de las acciones en autocartera y adquisición de la marca de Cir-Cerámica

Previamente a la transmisión de las acciones de CerTronic éstas deben de haber sido documentadas a su favor mediante la adquisición bajo la modalidad de autocartera de conformidad con lo dispuesto en los puntos anteriores.

Atendiendo a la solicitud del informe estimamos que la transmisión de las acciones adquiridas en autocartera por parte de CerTronic a favor de Cir-Cerámica y la aportación de ésta última de la marca, como un activo intangible de la primera, se debiera documentar como una permuta, compraventa o cesión de marca de pago en especie de ambos activos, la cual se documentaría mediante la pertinente escritura pública, en la cual al existir acciones suficientes para cubrir el valor que previamente fue determinado para la marca, no será necesario entregar dinero en efectivo ni otros instrumentos financieros al ser de idéntico valor los activos que se entregan en la permuta.

Es de suponer que el número de acciones adquiridas en autocartera por parte de CerTronic debe de coincidir con el valor asignado al activo de Cir-Cerámica. No obstante si una vez adquirido el activo de Cir-Cerámica hubiera excedente de acciones en autocartera, sería preciso proceder a la enajenación de dicho excedente o bien debiera ser amortizado mediante la correspondiente reducción de capital social.

Atendiendo al caso que nos ocupa, hemos de proceder a la amortización del excedente de las acciones en autocartera mediante la correspondiente reducción de capital social.

Para ello, en primer lugar, será preciso la convocatoria de la Junta General en la que se establecerá en el orden del día la reducción de capital cuyo objeto será la totalidad de las acciones que hay en autocartera. Esta Junta General deberá convocarse de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos y que en puntos superiores ya hemos expuesto relativos a la forma, contenido y lugar de la Junta. Sin embargo, en este caso estamos ante una reducción de capital y por ello, para la válida constitución y celebración de la Junta se deberán de cumplir con los quórums establecidos en el artículo 194 LSC.

Por tanto, y tomando en consideración el apartado primero del referido artículo, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50% del capital suscrito con derecho de voto, para que la Junta General pueda acordar válidamente la reducción de capital. Y el apartado segundo del artículo 194 LSC establece que en el caso de la segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25% de dicho capital.

Y por último, para que el acuerdo de reducción de capital sea válido debemos ajustarnos a lo contemplado en el artículo 201.2 LSC que requiere en cuanto a la adopción de los acuerdos que se refiere el artículo 194 LSC, y siempre que el capital presente o representado supere el 50%, el acuerdo se deberá adoptar por mayoría absoluta; requiriéndose el voto favorable de dos tercios del capital presente o representado cuando los socios que concurren en segunda convocatoria representen entre el 25% y 50% del capital social.

1.3. Adquisición de la marca de Cir-Cerámica mediante ampliación de capital

Otra de las posibilidades para que por parte de CerTronic pueda llevarse a cabo la adquisición de la marca de Cir-Cerámica es mediante la ampliación de capital de la primera, con el aumento de capital en la cifra que se establezca como valor de la marca de la segunda compañía.

Los requisitos para llevar a cabo esta actuación procedimental arrancan con la celebración de una Junta General Extraordinaria de los accionistas de CerTronic que apruebe dicho acuerdo respetando tanto en quórum como en requisitos lo dispuesto en la LSC y en los estatutos sociales, en lo que estos difieran a la normativa legal.

La ampliación de capital conforme a lo dispuesto en el artículo 295 LSC establece una doble posibilidad cual es que la misma se lleve a cabo mediante la emisión de nuevas acciones o el aumento del valor nominal de las ya existentes pudiéndose realizarse en cualquiera de los casos por la aportación en efectivo o bien por aportaciones no dinerarias, siempre que éstas sean susceptibles de poderse valorar económicamente.

En el caso que nos ocupa, hemos de analizar la segunda opción, es decir, la aportación a la compañía de un activo no dinerario, cual es la marca de la compañía italiana Cir-Cerámica, procediendo a continuación a analizar la necesidad o conveniencia de que el valor no dinerario de dicha aportación sea establecido o cuantificado por un informe emitido por un experto independiente.

1.3.1. Sobre el informe del experto independiente

No podemos hablar en este caso, a diferencia del supuesto anterior donde entendíamos que por recomendación tanto a los accionistas como al órgano de administración era conveniente la realización de un informe de valoración por parte de un experto independiente, de conveniencia o no de dicho informe, sino de necesidad del mismo por cuanto que el artículo 67 LSC establece dicha exigencia en los casos de ampliaciones de capital mediante aportaciones no dinerarias, en concreto el precepto citado establece: *“En la constitución o 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 conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine”*.

Al hilo de lo anterior, se requerirá un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil de Castellón por ser el competente en virtud del domicilio social de la compañía, todo ello conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.

Siguiendo con lo establecido en el apartado segundo del artículo reseñado, el informe del experto independiente deberá contener la descripción de la aportación y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con

el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida.

Serán los administradores de la sociedad quienes soliciten el nombramiento del experto independiente, incluso dicha solicitud puede ser previa al acuerdo del Consejo de Administración por el que se apruebe el aumento de capital.

El informe deberá ser anterior al otorgamiento de la escritura de ampliación de capital, con el objeto de que las acciones que se entreguen al nuevo socio, es decir, a CirCerámica, se correspondan con el valor de su marca, y así se determine el valor nominal, y en su caso la prima de emisión que le corresponda proporcionalmente al neto patrimonial de la sociedad.

Dado que nos encontramos con que nuestro cliente CerTronic es una sociedad con una importante trayectoria en el mercado propio de su actividad y a los fines de que los accionistas de esta compañía se vean recompensados por la pérdida de valor de sus acciones como consecuencia de su ampliación de capital, aconsejamos que las nuevas acciones que se emitan a resultas de dicha ampliación de capital lleven una prima de emisión, puesto que en caso de ser valoradas al valor nominal conllevaría un beneficio para la nueva sociedad, Cir-Cerámica, adquirente de las acciones creadas como consecuencia de la ampliación.

En cuanto al plazo temporal para emitir el informe este será de un mes, como regla general, pudiendo ser ampliado siempre y cuando existan unas circunstancias especiales trascendentes según ha establecido la jurisprudencia.

El artículo 68 LSC establece la responsabilidad del experto independiente en el caso de incumplimiento de los presupuestos legales para la emisión de su informe y responderá tanto frente a la sociedad como a los accionistas como acreedores de ésta en el supuesto de existencia de daños a resultas de su valoración; responsabilidad de la que quedará eximido siempre y cuando pueda acreditar que ha actuado con la debida diligencia y dentro de los estándares propios de la actuación que le ha sido encomendada.

1.3.2. Sobre la adopción del acuerdo de ampliación de capital por la Junta General

El acuerdo de ampliación del capital social debe de ser adoptado por Junta General Extraordinaria de accionistas, la cual deberá tener observancia en cuanto a tiempo, lugar y forma de los requisitos que han sido contemplados en puntos anteriores de este informe.

Como quiera que nos encontramos en un supuesto de una ampliación de capital mediante aportación de activos no dinerarios el órgano de administración de CerTronic, en este caso, Consejo de Administración, deberá presentar a los accionistas un informe que cumpla con los requisitos del artículo 300 LSC.

Dicho informe deberá estar a disposición de los accionistas en el domicilio social de la compañía o serle entregado a éstos de forma gratuita si así lo interesan, todo ello conforme a lo establecido en el indicado precepto.

Como quiera que en el caso que nos ocupa se trata de una aportación no dineraria no existe derecho de adquisición preferente a favor de los accionistas de CerTronic, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 304 LSC este derecho se reconoce única y exclusivamente para los supuestos de ampliaciones por aportaciones dinerarias.

Por lo que se refiere a la celebración de la Junta General Extraordinaria hemos de partir de la referencia legal al artículo 194 LSC que exige como quórum en primera convocatoria la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50% del capital suscrito con derecho de voto.

En relación con la adopción del acuerdo de ampliación del capital social hemos de partir con lo dispuesto en el artículo 201.3 LSC que prevé la posibilidad de que los estatutos sociales puedan elevar las mayorías generales previstas en el indicado artículo 201 LSC, circunstancia que ocurre en el presente caso, puesto que nos encontramos con la existencia de un pacto de los accionistas de CerTronic en el que se les obliga a que, en el supuesto de llevarse a cabo un aumento de capital social, el acuerdo deba de ser adoptado con el voto favorable del 67% del capital social actual. Con lo cual para que pueda procederse a la adopción del acuerdo de ampliación del capital social será

preciso, en primer lugar, el quórum reforzado previsto en el artículo 194 LSC y la posterior aprobación del acuerdo por parte del 67% del capital social presente o representado.

Una vez adoptado el acuerdo de ampliación de capital social en los términos anteriormente establecidos por parte del Secretario del órgano de administración deberá confeccionarse una certificación de lo acordado en la Junta General en la que deberá constar el número de acciones totales después de la ampliación, el valor nominal de las mismas, y el número de acciones de las que resulta ser titular Cir-Cerámica como consecuencia de la aportación a CerTronic de la marca. Como requisitos formales de dicha certificación deberán constar todos los datos identificativos de la nueva accionista debiendo el certificado estar firmado con el visto bueno del Presidente de la Junta.

Secretario y Presidente deberán comparecer ante Notario a los fines de elevar a público la referida certificación debiendo constar en el instrumento público otorgado ante el fedatario además de la certificación, la nueva redacción de los artículos de los estatutos sociales que hagan referencia al capital social de la compañía, que necesariamente habrán de quedar modificados como consecuencia de la ampliación del capital social, así como del informe emitido por el experto independiente.

La escritura de aumento de capital social deberá ser liquidada del correspondiente Impuesto de Actos Jurídicos Documentados cuya base imponible vendrá determinada por el importe en el que el capital social se ha visto incrementado y una vez verificada dicha liquidación deberá presentarse para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social de la compañía.

Esto en lo referente al ámbito externo de la mercantil, mientras que en el ámbito interno, el órgano de administración procederá a la inclusión en el Libro Registro de accionistas de la compañía Cir-Cerámica haciendo constar el número, clase y título de las acciones de ésta última dentro del capital social de CerTronic.

2. Sobre la compra por parte de CerTronic de las participaciones de los dos socios de Cir-Cerámica

2.1. Introducción

Hemos hecho referencia al comienzo de este informe a la dos potenciales vías de actuación en cuanto a la adquisición de la marca de Cir-Cerámica por parte de CerTronic.

La primera de ellas, que acabamos de analizar consistía en la posibilidad de adquirir la marca como un activo intangible siendo denominada esta posibilidad en el mundo jurídico como *asset deal*.

La segunda posibilidad, que va a ser objeto de análisis a continuación, consiste en la compra por parte de CerTronic a Cir-Cerámica de las participaciones sociales de ésta última, lo que se denomina *share deal*.

2.2. Ventajas e inconvenientes del *share deal*

Vamos a analizar a continuación, con carácter general, las ventajas e inconvenientes que presenta la opción del *share deal* con respecto a la del *asset deal*.

El *share deal* implica la transferencia global de todos los activos y pasivos de la empresa en una única operación, al comprar una sociedad se transmiten todas las obligaciones y responsabilidades derivadas de la misma, incluidas las ocultas, lo que incrementa el riesgo para el adquirente y la ventaja para los transmitentes.

En este caso el proceso de *due diligence* ha de ser más profundo que en el caso de *asset deal*, por cuanto que en este último ha de efectuarse un análisis del activo o activos a adquirir, mientras que en el que nos ocupa, *share deal*, se deberá estudiar muy a fondo la compañía que se adquiere.

Además, en el caso del *share deal* y a los efectos de prevenir posibles responsabilidades ocultas debería de establecerse un mecanismo de garantías, vía avales por ejemplo, otorgadas por los vendedores a favor del adquirente. La principal ventaja de este tipo de operación es un ahorro de costes, fundamentalmente desde el punto de vista de impuestos de transmisiones y de gastos notariales y registrales.

2.3. De la fusión por absorción de CerTronic con respecto a Cir-Cerámica

La fusión por absorción es un procedimiento de concentración societaria por el cual el patrimonio de una compañía se extingue y se integra en una sociedad ya

existente dando lugar a la extinción de la sociedad absorbida y teniendo que ampliar capital como consecuencia de la integración de la absorbida en la absorbente.

Las consecuencias de la fusión por absorción son varias:

- No existe separación de socios, sino que todos los socios pasan a formar parte por igual y sin distinción de la sociedad resultante.
- Todos los fondos, patrimonio y estructura, pasan a formar uno solo.
- La sociedad absorbente pasa a heredar todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida.
- La sociedad absorbente puede elegir el nombre de la sociedad absorbida.

La fusión de estas dos sociedades viene contemplada en los artículos 22 a 67 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, (en adelante “LME”).

El proceso de fusión presenta tres fases, la preparatoria, la decisoria y la ejecutoria. La fase preparatoria se caracteriza por cuanto que ambas sociedades deberán redactar y suscribir un proyecto común de fusión que deberá contener los aspectos contemplados en el artículo 31 LME debiendo este proyecto estar firmado por todos los administradores de ambas sociedades. A partir de la firma de este proyecto, los administradores de las sociedades se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente sus condiciones.

En el plazo de un mes antes de la celebración de la Junta que adopte el acuerdo de fusión deberán de publicar el proyecto en la página web de cada una de las sociedades, sin perjuicio de poder depositar el mismo en el Registro Mercantil correspondiente de cada una de las compañías.

Además, los administradores deberán elaborar un informe explicando y justificando el proyecto de fusión, tanto en sus aspectos jurídicos como económicos, fundamentalmente a la participación de las compañías en la resultante, o al tipo de canje. Así como las repercusiones que esta fusión pueda tener para acreedores y trabajadores.

Interviniendo en este caso CerTronic como sociedad anónima el órgano de administración deberá solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de uno o varios expertos independientes con el fin de emitir un informe sobre el proyecto de fusión. Dicha solicitud deberá realizarse al mismo tiempo que se deposite el proyecto de fusión en el Registro Mercantil, si bien puede realizarse con posterioridad. El plazo para la emisión del informe es de un mes improrrogable.

La fase decisoria consiste en la aprobación del proyecto de fusión que deberá ser adoptado en Junta General que deberá ser convocada con un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para su celebración. En la convocatoria se deberán incluir las menciones mínimas del proyecto de fusión que se contemplan en la legislación, debiendo constar también la fecha de inserción de los documentos en la página web de la compañía y si ésta no tuviera, el derecho que corresponde a los interesados (socios, representantes de trabajadores, etc.) examinar la documentación en el domicilio social, así como obtener copia gratuita de la misma.

Para la adopción del acuerdo de fusión será preciso el consentimiento de todos los accionistas de CerTronic que por virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales, así como el de los socios de Cir-Cerámica que puedan tener que asumir obligaciones personales de la sociedad resultante. Podrá adoptarse también el acuerdo en Junta Universal y por unanimidad de todos los accionistas con derecho a voto y de quienes, de acuerdo con la ley o los estatutos, pudieran ejercer legítimamente esos derechos.

El acuerdo debe de ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en adelante “BORME”) y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia de Castellón.

Existe la posibilidad de que los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido antes de dicha publicación y no estuviera vencido en el momento de la misma puedan oponerse a la fusión teniendo para ello el plazo de un mes desde la publicación del último anuncio acordando la fusión, no pudiendo llevarse a cabo la misma hasta que la sociedad presente garantía bastante a satisfacción del acreedor.

La tercera fase de la fusión la podemos denominar fase ejecutoria consistente en la elevación a público del acuerdo adoptado mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, tratándose el presente caso de fusión por absorción la escritura deberá contener las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión, y el número, clase y serie de las acciones que hayan de ser atribuidas a cada uno de los nuevos socios.

La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil de la sociedad absorbente, cancelándose los asientos registrales de la sociedad extinguida.

2.4. De la necesidad de financiación por parte de CerTronic para la adquisición de las participaciones de Cir-Cerámica.

Se nos plantea en el supuesto que CerTronic precisa necesidad de financiación externa para cometer la compra de las participaciones de Cir-Cerámica. Sobre este particular hemos de tener en cuenta el pacto de socios suscrito por los accionistas de CerTronic entre los que se incluía:

“La necesidad de que cualquier nuevo crédito que solicitar se estableciera en condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture”

Con lo cual habrá de tenerse esta obligación presente a la hora de suscribir el crédito con una entidad financiera externa. El otro aspecto que puede incidir en la reestructuración societaria de CerTronic que precisa el voto favorable del 67% del capital social queda salvado con las mayorías precisas para la fusión antes expuestas.

3. Traslado del domicilio social a los Países Bajos

3.1. Introducción

Se nos plantea por parte de CerTronic la valoración jurídica del traslado del domicilio social de la compañía a los Países Bajos una vez finalizada la fusión por absorción de Cir-Cerámica, compañía que como recordamos tenía su domicilio social en Italia.

Esta operación puede generar ciertas controversias atendiendo a que en el país al que se pretende trasladar el domicilio social CerTronic carece de actividad.

Vamos a analizar los distintos supuestos y sus posibles soluciones del traslado de dicho domicilio social.

3.2. Implicaciones que conlleva el traslado del domicilio social

El traslado internacional de sede social de un país a otro suscita problemas complejos por varios motivos:

- a. Suele implicar un cambio de la Ley aplicable a la sociedad;
- b. Es frecuente que dicho cambio quede sujeto a requisitos legales muy exigentes por parte de los Estados implicados, tanto por parte del Estado de origen como por parte del Estado de destino. Ello se explica por motivos fiscales, ya que la mayor parte de las Leyes fiscales estatales utilizan como criterios de sujeción al impuesto de sociedades, el domicilio o sede de la sociedad.

Dicho traslado puede realizarse con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, o bien, previa extinción de la sociedad y re-fundación de una nueva sociedad en el extranjero. Sin embargo, para este supuesto concreto, lo contemplado por CerTronic es el traslado de sede social con mantenimiento de la personalidad jurídica.

Este caso se halla regulado en los artículos 20, 160 y 161 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, (en adelante “RRM”).

Tales preceptos exigen que exista un Convenio Internacional entre los Estados implicados o normativa comunitaria que permita el traslado de domicilio social al extranjero con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que traslada su sede social. El Convenio Internacional o la normativa comunitaria pueden prever que la sociedad mantenga la nacionalidad española o bien que la pierda y adquiera la del Estado de acogida, pero en todo caso, permite que la sociedad no tenga que disolverse en España y con arreglo a la Ley española como paso previo a su inscripción en el extranjero y a su posible re-constitución en el país de destino¹.

¹ Martínez Rivas, F. “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al

En este sentido, el TJUE se ha pronunciado en varias sentencias sobre la cuestión de saber si la libertad de establecimiento de las sociedades recogida en el Derecho comunitario comprende el derecho de dicha sociedad a transferir su sede social de un Estado miembro a otro sin que ello requiera la previa disolución y posterior reconstitución de la sociedad con arreglo al Derecho de otro Estado miembro y con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad y de la Ley reguladora de la sociedad. El TJUE se ha pronunciado al respecto en la STJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, *The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, y en la STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*. En ambos casos, con más de veinte años de diferencia, el TJUE ha mantenido una doctrina constante, que sigue estando vigente en la actualidad según la reciente Sentencia C-106/2016 de 25 de octubre de 2017 (caso Polbud) donde el TJUE se pronuncia sobre un traslado de domicilio de una sociedad de Polonia a Luxemburgo sin cambiar el lugar del ejercicio de la actividad económica y sin trasladar la sede efectiva.

El TJUE ya había reconocido en las sentencias *Cartesio* y *Vale* que la libertad de establecimiento permite trasladar el domicilio a otro Estado dentro de la UE. Pero ese traslado también implica el cambio del tipo social, dado que una sociedad no sólo modifica su domicilio, sino que también se somete a las leyes del país de destino adoptando, en consecuencia, un nuevo tipo societario.

Cartesio establece que una sociedad que traslada su domicilio a otro Estado miembro no puede mantener el régimen del Estado de origen; pero sí permite el traslado adoptando el régimen del país de destino. *Vale* impide al Estado de destino rechazar la inscripción de una sociedad originaria de otro Estado miembro, aunque el Estado de destino puede exigir el cumplimiento de los requisitos propios para la constitución.

La sentencia Polbud analiza cómo afectan al traslado intra-europeo los puntos de conexión que establecen los Estados miembro de la UE. Estos pueden ser de constitución, es decir, no se exigen otros requisitos que los meramente formales de constitución y registro en el Estado miembro, o de sede real o efectiva, exigiendo también que la sede real o la actividad económica de la sociedad se encuentren dentro del Estado miembro. Corresponde al Derecho de cada Estado determinar el punto de conexión.

En este caso, la junta general de la sociedad polaca Polbud Wykonawstwo (“Polbud”) acordó trasladar el domicilio social a Luxemburgo, aunque dicho acuerdo no mencionaba el traslado de la dirección empresarial ni del lugar del ejercicio efectivo de la actividad de la sociedad. Polbud solicitó al Registro Mercantil competente la inscripción del inicio del procedimiento de liquidación de la sociedad, procedimiento que se inscribe sin mayor inconveniente designando un liquidador.

En 2013, Polbud ejecuta el acuerdo de traslado de domicilio social sometiéndose al Derecho luxemburgués, y cambiando la denominación de la sociedad a Consoil Geotechnik Sàrl, todo ello sin perder la personalidad jurídica.

Solicitada la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil polaco, este la deniega por no aportar los documentos de liquidación y disolución, obligatorios para la cancelación de una sociedad en Derecho polaco.

La sociedad recurre alegando que, puesto que se había trasladado a Luxemburgo, no se había disuelto, ni sus activos se habían repartido entre los socios, continuando la personalidad jurídica bajo Derecho luxemburgués.

El Tribunal Supremo polaco (*Sąd Najwyższy*) plantea varias cuestiones prejudiciales al TJUE: (i) si la libertad de establecimiento es aplicable al traslado únicamente del domicilio social de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado, cuando se transforme en una sociedad regida por el Derecho del Estado de destino sin trasladar su sede real; y (ii) si la legislación polaca, correspondiente al Estado de origen, que requiere la liquidación de la sociedad para registrar el traslado es compatible con la libertad de establecimiento.

Según el TJUE, la libertad de establecimiento se reconoce a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social y/o centro de actividad principal se encuentre en la Unión Europea, y comprende el derecho de la sociedad a transformarse en una sociedad sometida a la legislación de otro Estado miembro. El traslado se permite siempre que se cumplan los requisitos para la constitución y los puntos de conexión de una sociedad con el ordenamiento nacional en el Estado de destino. Si se respeta el criterio del Estado de destino en relación con los puntos de conexión de la sociedad con el ordenamiento jurídico, el traslado está

protegido por la libertad de establecimiento, aun cuando la sociedad ejerza la totalidad de sus actividades económicas en el Estado de origen.

El hecho de establecer el domicilio (social o efectivo) de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado Miembro para disfrutar de una legislación más ventajosa no constituye, por sí sólo, un abuso de Derecho.

La segunda cuestión plantea si es compatible con la libertad de establecimiento que la legislación del Estado de origen exija liquidar la sociedad para registrar el traslado. A este respecto, el TJUE señala que la liquidación de una sociedad incluye, entre otros, la terminación de las operaciones en curso, el cobro de créditos, la satisfacción o garantía de los derechos de los acreedores y el reparto del patrimonio social entre los socios. Todos estos aspectos pueden obstaculizar la transformación transfronteriza de la sociedad. Por ello, el TJUE concluye que exigir la liquidación restringe la libertad de establecimiento.

El Tribunal Supremo polaco, basándose en jurisprudencia del TJUE, alegó que es posible restringir la libertad de establecimiento por motivos de interés general, argumentando que la exigencia de liquidación responde a la protección de los intereses de los acreedores y de los socios minoritarios, siendo esto reconocido por el TJUE como razones de interés general.

No obstante, el TJUE establece que la restricción a la libertad de establecimiento por motivos de interés general debe ser adecuada y proporcional para alcanzar su objetivo. El Tribunal concluye que existen medidas menos restrictivas, como por ejemplo la imposición de garantías bancarias, que podrían salvaguardar estos intereses. En consecuencia, concluye que la liquidación de la sociedad es una medida desproporcional no aceptable como restricción a la libertad de establecimiento².

En resumen, el TJUE ha precisado varias cuestiones relativas a la libertad de establecimiento, la cual aparece contemplada en el artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (en adelante “TFUE”). Y es que este precepto

² Tobías Kálnay: “Nueva Sentencia del TJUE sobre traslado transfronterizo de domicilio de una sociedad de un Estado Miembro a otro”. CMS Law-Tax. <https://cms.law/es/esp/publication/nueva-sentencia-del-tjue-sobre-traslado-transfronterizo-de-domicilio-de-una-sociedad-de-un-estado-miembro-a-otro>

legal contempla el derecho de las sociedades constituidas con arreglo a las Leyes de un Estado miembro a:

- a. Instalar libremente establecimientos secundarios;
- b. Crear libremente nuevas sociedades en otros Estados miembros, con previa disolución de la primera sociedad existente en un Estado miembro, o sin previa disolución de la misma; y
- c. Participar libremente en la constitución de una sociedad en otro Estado miembro.

Asimismo, las sociedades que se pueden beneficiar de esta libertad de establecimiento deben de cumplir, de forma cumulativa, con dos requisitos:

- a. La sociedad debe haber sido “constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro”; y
- b. La sociedad debe tener su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro.

Trasladando todo ello al supuesto que no ocupa, entendemos que no existe dificultad a la hora de proceder al traslado de domicilio social a los Países Bajos, dado que en primer lugar, nos encontramos ante una sociedad debidamente constituida conforme a las normas comunitarias, y a su vez, en los Países Bajos se admiten que las sociedades constituidas en el extranjero trasladen su domicilio social sin tener que perder su personalidad jurídica como consecuencia que dicho Estado ha optado por un criterio de determinación de la *lex societatis* que atribuye a la sociedad la nacionalidad del Estado en el que fue constituida, tal y como exponía la sentencia anteriormente expuesta.

En conclusión, no es obstáculo alguno, por tanto, para proceder al traslado del domicilio social entre países de la Unión Europea el hecho de que en el país de destino, la sociedad que pretende trasladar su domicilio, no haya desarrollado actividad con anterioridad a dicho traslado.

3.3. Procedimiento de traslado de domicilio social a los Países Bajos

Hemos de tomar en consideración para analizar el procedimiento de traslado de domicilio social lo dispuesto en el artículo 95.1 LME, el cual manifiesta literalmente: “*Los administradores de la sociedad que pretenda trasladar el domicilio al extranjero*

habrán de redactar y suscribir un proyecto de traslado. Si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto con indicación de la causa”.

Dicho proyecto de traslado y de conformidad con lo establecido en el indicado artículo 95 LME deberá contener los siguientes extremos:

- 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 nuevo denominación social, que en este caso se mantendrá la misma denominación.
- Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.

En consecuencia, una vez que los administradores de CerTronic hayan redactado el proyecto para el traslado de domicilio, procederán a su depósito en el Registro Mercantil de Castellón para su calificación por parte del Registrador Mercantil.

Posteriormente, será éste quien dará traslado al Registro Mercantil Central la información sobre el proyecto del traslado del domicilio de CerTronic a los Países Bajos, con el fin de que sea constatado que efectivamente se ha producido el depósito y en qué fecha, con el objeto de publicar el traslado del domicilio en el BORME, conteniendo el anuncio a publicar conforme al artículo 95.3 LME los siguientes extremos:

- La denominación.
- El tipo social.
- El domicilio social de la sociedad que se traslada.
- Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil.
- Las condiciones de los derechos de los socios y de los acreedores.
- La dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, la información sobre esas condiciones.

Una vez realizado el depósito del proyecto, el órgano de administración tendrá la potestad para convocar la Junta de accionistas precisa con el fin de aprobar el traslado del domicilio a los Países Bajos. Sin embargo, en ningún caso podrá celebrarse la Junta

General hasta que no hayan transcurridos dos meses desde la publicación del anuncio en el BORME, tal y como expone el artículo 98 en su apartado primero de la LME, conforme analizaremos posteriormente.

En síntesis, con la publicación del anuncio en el BORME finaliza la primera fase del traslado del domicilio relativa a la redacción y suscripción del proyecto por parte de los administradores de CerTronic, y daremos paso a la elaboración del informe pertinente por estos.

En cuanto a la segunda fase del traslado del domicilio al extranjero, el artículo 96 LME expone que serán los administradores de CerTronic los encargados de elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores.

Deberá ser el Consejo de Administración de CerTronic quien elabore el informe con el objeto de aclarar cualquier tipo de cuestión a los destinatarios del mismo, haciendo constar explícitamente:

- i. Las cuestiones jurídicas relativas a la ley aplicable de los países que intervienen en el traslado, esto es, España y Países Bajos.
- ii. Las consecuencias que pudieran afectar a los acreedores en el momento de exigir el cumplimiento de una obligación.
- iii. Las posibles repercusiones fiscales para CerTronic y para sus accionistas.
- iv. Comunicar a los empleados de la sociedad el proyecto del traslado en base al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante “ET”.
- v. Notificar a sus representantes y realizar un periodo de consultas con estos, en virtud de los artículos 44 y 64 ET, respectivamente.

Posteriormente, serán los accionistas, a través de celebración obligatoria de la Junta General, quienes acuerden dicho traslado respetando los requisitos formales y legales que establezca CerTronic para estos supuestos, todo ello en base al artículo 97 LME. Asimismo, y en virtud del artículo 98 LME no es exigible la comunicación por parte de la Junta a los accionistas sobre el traslado del domicilio social al extranjero, al contrario de lo que ocurre para otros supuestos como es la fusión o la escisión.

Una vez comunicado el traslado del domicilio social de forma individualizada a los accionistas de CerTronic se deberá de publicar la convocatoria de la Junta de accionistas en el BORME así como en uno de los diarios de gran circulación en la provincia de Castellón, debiendo transcurrir en este supuesto al menos dos meses entre la publicación de la convocatoria de la Junta y la fecha de celebración de la misma.

El anuncio que se publicará en el BORME debe contener las exigencias contempladas en el apartado segundo del artículo 98 LME que a continuación se detallan:

1. El domicilio actual y el domicilio que la sociedad pretenda tener en el extranjero
2. El derecho de los accionistas y de los acreedores de evaluar en el domicilio social el proyecto del traslado y el informe previo realizado por los administradores, así como el derecho de obtener gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos.
3. El derecho de separación de los accionistas y el derecho de oposición de los acreedores así como la forma de ejercitar estos derechos.

Deberemos tener en cuenta para la válida constitución de la Junta General el contenido del artículo 194 LSC, donde se contemplan los quórum de constitución reforzados para que la Junta quede válidamente constituida y celebrada. Por ello, será necesario que en primera convocatoria deberán concurrir los accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto, y en caso de segunda convocatoria, será suficiente la concurrencia del 25% de dicho capital.

En este sentido, para adoptar válidamente el acuerdo de traslado del domicilio social, debemos de tener en cuenta que en el supuesto de que si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo de adopte por mayoría absoluta en primera convocatoria, no obstante se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el 50%, siguiendo con la literalidad del apartado segundo del artículo 201 LSC.

Una vez realizados todos los trámites necesarios para adoptar el acuerdo de traslado de domicilio, los accionistas que hubieran votado en contra del acuerdo podrán ejercer su derecho de separación, así como el derecho de oposición de aquellos acreedores que posean un crédito frente a la sociedad siempre y cuando dicho crédito hubiera surgido con anterioridad a la fecha de publicación del proyecto del traslado de domicilio, derechos que comentaremos a continuación. Y finalmente, se deberá de proceder a la inscripción registral de la adopción del acuerdo.

En cuanto al derecho de separación de los accionistas comentando anteriormente, el artículo 99 LME expone que: *“Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital”*.

Asimismo, al tratarse de un acuerdo relativo al traslado del domicilio social tendremos que remitirnos al apartado tercero del artículo 346 LSC, el cual contempla la posibilidad de que los accionistas que no hayan votado a favor del correspondiente acuerdo del traslado de domicilio al extranjero, incluidos los accionistas sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad, en los términos establecidos en la LME. Comparando ambos preceptos legales, observamos que la LME es más estricta en cuanto al derecho de separación se refiere dado que requiere al accionista que haya votado en contra del acuerdo, en cambio, la LSC considera que únicamente es necesario que no se hubiera votado a favor del acuerdo.

En el caso de que finalmente se ejerza el derecho de separación por parte de determinados accionistas, éste deberá de publicarse en el BORME, pudiendo sustituir la inscripción del acuerdo por la comunicación del mismo a cada uno de los accionistas por escrito, siempre y cuando todas las acciones de la sociedad fuesen nominativas. El artículo 348 LSC establece el plazo de un mes desde la fecha de publicación en el BORME o de la comunicación a los accionistas de dicho acuerdo para el ejercicio del referido derecho de separación.

En cambio, el derecho de oposición viene contemplado en el artículo 100 LME, el cual establece: *“Los acreedores de la sociedad cuyo crédito hubiera nacido antes de*

la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión”. Partiendo de este precepto, los acreedores podrán ejercitar su derecho de oposición en iguales condiciones que lo previsto para un supuesto de fusión, en virtud de lo contemplado en el artículo 44 LME.

Este derecho de oposición de los acreedores surge como consecuencia de que la adopción del acuerdo del traslado del domicilio social puede generar modificación en el ámbito procesal aplicable a los créditos que poseen los acreedores frente a la sociedad, suponiendo en ciertos casos un perjuicio para satisfacer los créditos, así como las garantías del mismo.

Por ello, el artículo anteriormente citado exige la comunicación o publicación del acuerdo a los acreedores con el fin de que puedan ejercitar su derecho de oposición, si bien tendrán un mes desde que se realice dicha publicación o comunicación para presentar su oposición. En este mismo sentido, este derecho obliga a que la sociedad garantice al acreedor su crédito, o bien, notifique al acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla.

Por último, para finalizar con el proyecto del traslado del domicilio social a los Países Bajos, será preciso proceder a la inscripción registral de dicho acuerdo. Para ello, deberán presentar la escritura pública del acuerdo de la operación en el Registro Mercantil de Castellón, domicilio social de CerTronic. Posteriormente, será el Registro Mercantil quien expedirá una certificación en la que se deberá de exponer que CerTronic ha cumplido con todos los trámites y actos necesarios para formalizar el traslado del domicilio social y que ya hemos venido exponiendo, todo ello en virtud del artículo 101 LME.

Seguido de ello, se deberá otorgar la solicitud de la inscripción en el correspondiente Registro Mercantil de los Países Bajos, por ser el nuevo domicilio social de CerTronic, aunque en este caso el procedimiento estará sujeto a la ley holandesa y por tanto se trata de una cuestión ajena al supuesto concreto que nos ocupa.

Una vez que el acuerdo del traslado del domicilio social ha sido inscrito en el Registro Mercantil se procederá a publicar su anuncio en el BORME en el que se indicará que se ha llevado a cabo la inscripción de la sociedad en dicho Registro, y asimismo, se publicará en uno de los periódicos de gran circulación de Castellón, al ser la provincia donde CerTronic tiene su domicilio social.

Y finalmente, se presentará en el Registro Mercantil de Alcira (Castellón) la certificación de que se ha producido la correcta inscripción de CerTronic en el Registro correspondiente de los Países Bajos. Con ello, se cancelará la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil de Castellón.

CONCLUSIÓN

Entendemos que se ha sometido a la valoración profesional de este despacho dos cuestiones. La primera, las posibles modalidades de adquisición de la marca propiedad de Cir-Cerámica por parte de CerTronic, planteándose por un lado la adquisición de dicha marca como activo intangible (*asset deal*), o bien la adquisición de dicha marca por parte de CerTronic mediante la adquisición de la totalidad del capital social de la compañía titular de la misma para posteriormente acordar una fusión por absorción de la compañía titular de la marca.

Hemos procedido a analizar todas las posibilidades que se someten a nuestra consideración llegando a la conclusión tanto por seguridad jurídica de CerTronic, aspecto este que entenemos el más prioritario desde el punto de vista de este despacho, como por plazos de ejecución, que la opción más viable y por tanto aconsejable desde nuestra opinión la modalidad del *asset deal*, es decir, la adquisición de la marca como activo intangible.

Adoptando dicha modalidad únicamente deberemos centrarnos en determinar la inexistencia de irregularidades en el activo adquirido, toda vez que como quiera que no se produce ninguna adquisición accionarial de la compañía titular de la marca, no existe ninguna responsabilidad u obligación que de dicha compañía pueda extenderse a CerTronic.

Desde nuestro prisma, la modalidad *share deal*, es decir, la adquisición de la totalidad del accionariado de la compañía titular de la marca por parte de CerTronic

conllevaría por un lado el riesgo de asumir responsabilidades u obligaciones de Cir-Cerámica, exigiendo la elaboración de una *due diligence* altamente concienzuda, así como el establecimiento de una serie de garantías por parte de la sociedad transmitente, Cir-Cerámica o su órgano de administración a favor de la sociedad adquirente, CerTronic, todo ello además con el coste y en su caso dificultades de prestación de dichas garantías que suelen conllevar este tipo de operaciones.

Además, tal y como ha quedado expuesto en el desarrollo de este informe, el proceso de desarrollo de esta operación junto con la de fusión por absorción, que precisan diversas convocatorias de Juntas, celebración de estas con su correspondiente publicación dilataría de forma más que notable el proceso de materialización de adquisición de la marca pretendida.

Habiéndonos decantado por la adquisición del activo intangible se nos plantean, dentro de esta operación, dos posibilidades, a saber:

- i. La adquisición mediante autocartera por parte de CerTronic de acciones de sus accionistas y transmitir las mismas a favor de Cir-Cerámica a cambio de la aportación de la marca por parte de ésta (activo intangible), o bien,
- ii. El aumento de capital social de CerTronic por un importe similar al valor establecido para la marca con la suscripción por parte de la compañía propietaria de la marca de las nuevas acciones resultantes de la ampliación realizando la aportación no dineraria transmitiendo la marca (activo intangible) a CerTronic.

Ambas posibilidades tienen sus ventajas e inconvenientes, por cuanto que tienen distintos plazos para materializar la adquisición, necesidad o no, aunque sí conveniencia, de emisión de informe de experto independiente, etc., por lo cual deberá ser el órgano de administración de CerTronic el que determine la opción elegida.

Por lo que se refiere al traslado del domicilio social, en el supuesto en el que se nos somete a valoración parece que únicamente se pretende adoptar el acuerdo de traslado en el caso de la fusión por absorción de CerTronic a Cir-Cerámica, entendiendo desde nuestro punto de vista que aunque se lleve a efecto la adquisición del activo

intangible (*asset deal*) también podría adoptarse dicho acuerdo de traslado de domicilio social.

El procedimiento de traslado no presenta problemas en cuanto a la aplicación de derecho comparado por cuanto que no se exige la previa actividad de la compañía en el Estado de destino sino con anterioridad a llevarse a cabo el traslado, sino que se encuentre en una situación absolutamente conforme a la legislación en el Estado de origen.

Hemos intentado en este informe detallar lo más pormenorizadamente posible el que consideramos procedimiento altamente riguroso dentro de la legislación mercantil española para la adopción del acuerdo de traslado, las publicaciones de éste y la materialización registral del mismo.

ANEXO 1. CALENDARIO DE LAS DIFERENTES OPCIONES DE OPERACIONES MERCANTILES ANALIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

1. Adquisición mediante autocartera

Un mes para la celebración de la Junta General de accionistas desde la convocatoria de la misma en la que se apruebe la adquisición de la marca de Cir-Cerámica bajo la modalidad de autocartera.

Para el supuesto de amortización del excedente de acciones en autocartera mediante la reducción del capital social, deberemos de tener en cuenta un mes entre la convocatoria y la celebración de la Junta General de accionistas que adopte dicho acuerdo.

2. Adquisición de la marca de Cir-Cerámica mediante ampliación de capital

Un mes entre convocatoria y celebración de la Junta General de accionistas que adopte el acuerdo de adquisición de la marca mediante ampliación de capital.

Un mes para la emisión del informe del experto independiente.

Un mes entre convocatoria y celebración de la Junta General para la aprobación del informe del experto independiente y adopción del acuerdo de ampliación de capital social para adquirir la marca de Cir-Cerámica.

3. Adquisición de las participaciones sociales de Cir-Cerámica

Habrá que marcar un plazo, que variará según las circunstancias para la realización de lo que recomendamos como una exhaustiva *due diligence*.

4. Fusión por absorción de CerTronic con respecto a Cir-Cerámica

i. Fase preparatoria:

- Proyecto común de fusión confeccionado por ambas compañías (no consta plazo normativo si bien aconsejamos no dilatar el mismo).
- Un mes entre la publicación en la página web de ambas sociedades de dicho informe y la celebración de Junta General de accionistas que

adopte el acuerdo de fusión. En dicho periodo los administradores deberán elaborar un informe justificando el proyecto.

- Un mes para la emisión de informe sobre el proyecto de fusión por experto independiente.

ii. Fase decisoria:

- Celebración de la Junta General para aprobación del proyecto de fusión que deberá ser convocada con un mes de antelación.
- Un mes para posibles impugnaciones del acuerdo desde la publicación del mismo en el BORME.

iii. Fase ejecutoria:

- Otorgamiento de escritura pública e inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

5. Traslado del domicilio social a los Países Bajos

En cuanto a la emisión por parte del órgano de administradores de un proyecto de traslado no consta plazo normativo si bien aconsejamos no dilatar el mismo.

Tampoco existe plazo normativo en cuanto a la emisión de calificación por parte del Registrador Mercantil del domicilio social ni del Registro Mercantil Central.

Dos meses para el anuncio de traslado de domicilio social al extranjero en el BORME.

Por lo que respecta a la elaboración de un informe justificando el proyecto de traslado así como sus consecuencias por parte del órgano de administración de CerTronic no consta plazo normativo si bien aconsejamos no dilatar el mismo.

Deberán transcurrir dos meses entre la publicación de la convocatoria del Junta General de accionistas para aprobar el traslado del domicilio social y la celebración de la misma.

Será preciso el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo de traslado del domicilio social en el BORME para ejercitar el posible derecho de separación o de oposición de los accionistas.

(NOTA: Los plazos contemplados en el presente calendario son exclusivamente plazos normativos a los que habrá que añadir los periodos lógicos de nombramiento del experto independiente por parte del Registrador Mercantil, preparación por parte de la Notaría de las escrituras públicas, liquidación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los casos que proceda así como la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil).

INFORME 2. Sobre las cuestiones solicitadas por D^a Amparo Fabra Llorens y D^a

Lidón Falomir Fabra

PREVIO

D^a Amparo Llorens Fabra y D^a Lidón Falomir Fabra son actualmente accionistas de la mercantil CerTronic, S.A. (en adelante “CerTronic”) siendo titulares de un 10% y un 8%, respectivamente, del capital social de dicha compañía.

La titularidad del 10% correspondiente a D^a Amparo Llorens Fabra la ostenta como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales derivada del divorcio con su ex marido D. Antonio Falomir Esteve, que inicialmente era titular de un paquete accionarial, con carácter ganancial, representativo del 28% del capital social de CerTronic.

La titularidad del 8% correspondiente a D^a Lidón Falomir Fabra la ostenta a resultas de la transmisión de dicho porcentaje efectuada por sus padres D. Antonio Falomir Esteve y D^a. Amparo Fabra Llorens en estado de casados.

OBJETO

Se somete al análisis de este informe las posibilidades que D^a Amparo y D^a Lidón tienen para oponerse a la adquisición por parte de CerTronic, bien de la marca propiedad de Cir-Cerámica o bien de las participaciones sociales de dicha compañía, según se elija una u otra de las opciones de adquisición que hemos analizado en el anterior informe.

DESARROLLO

Se someten a este dictamen las siguientes posibilidades de oposición:

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

Hemos de analizar, en primer lugar, la consideración jurídica del denominado pacto de socios el cual consiste en un documento por el cual los accionistas de una sociedad establecen una serie de parámetros que delimiten sus relaciones dentro de la compañía a los fines de garantizar y proteger sus intereses, tanto en sus relaciones internas como generalmente, en la transmisión de sus acciones y la posibilidad de entrada de terceros accionistas en un futuro a la compañía.

No existe un prototipo fijo de pacto de socios, si bien el mismo debe de contemplar algunos aspectos que consideramos básicos, tal y como hemos expuesto con anterioridad, la transmisión de las acciones, la estabilidad de la empresa, la no competencia de los accionistas con respecto al objeto social, y todas aquellas cuestiones que puedan conllevar un deterioro de la compañía, debiendo fijarse además en este pacto de socios las consecuencias punitivas y económicas que el incumplimiento del mismo pudiera conllevar.

El pacto de socios al que se hace referencia en el supuesto que nos ocupa fue suscrito por D. Antonio Falomir Esteve en su condición de titular del 28% del capital social de la compañía CerTronic, entendemos según la dicción del supuesto que con anterioridad a transmitir el porcentaje a su hija y a liquidar su sociedad de gananciales.

El pacto de socios dado su carácter privado se encuentra regido por los preceptos del Código Civil (artículo 1088 y siguientes y artículo 1255) que regulan los efectos y eficacia de los contratos, circunscribiendo los mismos a los firmantes de dichos documentos. Así como que este tipo de documentos se encuentra presidido por el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En general, este tipo de pactos no tienen carácter de públicos y por ende no tienen trascendencia frente a terceros sino que sus efectos se ciñen exclusivamente a los socios firmantes de los mismos por tanto, toda vez que D^a Amparo y D^a Lidón no eran accionistas de CerTronic en el momento de suscribirse el pacto de socios, habiendo adquirido su paquete accionarial con posterioridad a la firma del mismo y no siendo por tanto firmantes de dicho documento, podríamos pensar que no resultan vinculadas por los acuerdos del pacto de socios que no se contemplan en los estatutos sociales, puesto que siempre podrán alegar la ignorancia de dicho pacto de exclusivo carácter interno de la compañía.

No obstante esto no ocurre en el presente supuesto por cuanto que tal y como se establece en el supuesto a analizar en el pacto de socios de CerTronic se previó la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto, obligación que se incluyó mediante una cláusula en los estatutos sociales como una prestación accesoria; con lo cual, D^a Amparo y D^a Lidón eran conocedoras de la existencia de dicho pacto de

socios y por lo tanto no puede alegar desconocimiento del mismo pacto que tenían la obligación de suscribir citado pacto al adquirir de condición de accionistas de CerTronic.

Y para el supuesto de que se considerara que no tiene vinculación hacia ellas el contenido del pacto de socios hemos de tener en consideración que el porcentaje del capital social del que son titulares D^a Amparo y D^a Lidón resulta ser un total del 18%. Con dicho porcentaje entendemos que no podrían oponerse a la operación de adquisición de la marca por el hecho de no haber firmado el pacto de socios de CerTronic.

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

Con carácter previo hemos de analizar las consideraciones generales al deber de lealtad que debe de presidir la actuación de los administradores de una sociedad.

El deber de lealtad es un principio fundamental del derecho privado y puede definirse como la obligación de cualquier agente de anteponer los intereses del principal a los suyos propios. Este principio aparece como un deber de obligado cumplimiento en toda relación representativa, en todo negocio jurídico. No constituye un deber único del derecho societario y deriva del deber de buena fe. Si bien es cierto que la concreción de su contenido es una tarea complicada, el fin consiste siempre en la búsqueda del interés del principal.³ Este deber de lealtad centra su naturaleza ética en el principio general de la buena fe tratando de evitar que el administrador pueda primar su propio interés sobre el interés social.

Este deber de lealtad aparece regulado en el artículo 227 LSC y que la literalidad de su apartado primero establece que: “*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*” En su apartado segundo hace referencia a las consecuencias que tienen los administradores de la sociedad en el caso de que infrinjan dicho deber de lealtad y se refiere a que los administradores en el caso de que no cumplan con dicho deber no sólo tendrán la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también

³ Álfaro Águila-Real, J. “Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores”. 10 de marzo de 2016. Pág 44.

la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Esta previsión se completa con el artículo 232 LSC el cual establece que: *“El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de la impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de se deber de lealtad.”*

Con estos dos artículos (227.2 y 232 LSC) queda establecido el panorama de remedios frente a las infracciones cometidas por los administradores relativas a su deber de lealtad. En concreto, el artículo 232 LSC se refiere a tres grupos de acciones adicionales a las de indemnización del enriquecimiento injusto, cuyo ejercicio estará lógicamente sujeto a la naturaleza y estado del comportamiento constitutivo de infracción del deber de lealtad⁴:

- a. La acción societaria de impugnación de los acuerdos de la Junta General y el Consejo de Administración y órganos colegiados del Consejo adoptados en contradicción con el deber de lealtad;
- b. La acción de Derecho común de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber; y
- c. Las acciones de cesación y remoción, cuya finalidad respectiva es la obtención de una resolución judicial de cese de actividades contrarias al deber de lealtad o, en caso de terminación del comportamiento infractor, de eliminación de los efectos causados por esas actividades.⁵

En cuanto a las obligaciones básicas que tienen los administradores de la sociedad derivadas del deber de lealtad, el artículo 228 LSC determina que 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.

⁴ García-Villarubia Bernabé M. *“El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad”* Uría Menéndez. Pág. 4.

⁵ Artículo 1098 del Código Civil

- c. Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.
- d. Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
- e. Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

La jurisprudencia ha definido los patrones que conforman el deber de lealtad de los administradores sociales queriendo resaltarse por todas la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de junio de 2020, nº 1144/2020, rec. 1900/2019: *“El deber de lealtad que incumbe al administrador social y que se encuentra configurado en sus términos generales en el art. 227 LSC, aparece desarrollado en el art. 228 LSC para desglosar cada una de las obligaciones básicas que lo integran, siendo una de ellas la del deber de evitar las situaciones de conflicto de intereses personales. El apartado e) del art. 228 LSC regula esta concreta obligación al disponer que el deber de lealtad obliga al administrador a "e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad".*

Este deber de evitar las situaciones de conflicto de interés, tal y como aparece regulado en el apartado e), resulta a su vez desarrollado en el art. 299-1 LSC en el que se describen una serie de conductas respecto de las cuales el administrador tiene la obligación de abstenerse, siendo la primera de ellas "a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad".

De esta regulación se extrae que el administrador social viene obligado, como concreción del deber genérico de lealtad, a adoptar las medidas necesarias para evitar

incurrir en situaciones de conflicto de intereses, como puede ocurrir en el caso de las transacciones realizadas con la sociedad. La primera precisión que cabe realizar es que, como destaca la doctrina mercantilista, lo que la norma está tipificando es un supuesto de peligro abstracto pues lo que se persigue no es tanto sancionar un resultado dañoso o lesivo como el evitar la situación misma de riesgo con la tentación que conlleva de alcanzarlo. Se trata por tanto de un deber que se despliega ex ante y que se resume en la regla "ningún conflicto". Y la segunda es que esta regla general de abstención rige en todas aquellas transacciones con la sociedad tanto si la otra parte es el propio administrador como si lo es una persona vinculada a él (vid. art. 229-2 LSC), entendido este último concepto en los términos del art. 231 LSC."

Por tanto, este deber se concreta fundamentalmente en dos postulados: la prohibición de actuar en situación de conflicto de interés y el deber de informar al principal de la posición de conflicto, es decir, el deber de lealtad se basa en la obligación de evitar actuar o situarse en cualquier situación de conflicto de interés y en caso de ser colocado en un situación de tal carácter, el administrador tiene el deber de abstenerse de aprovecharla.

Una vez analizados estos preceptos en los que se contempla el deber de lealtad de los administradores, podríamos considerar que los administradores de CerTronic cumplen con la obligación expuesta en el apartado e) del artículo 228 LSC relativa a evitar por parte de ellos situaciones que puedan entrar en conflicto con el interés social, cuestión que se desarrollará en líneas posteriores con mayor detalle.

Para poder informar sobre este punto y la posible quiebra del principio de lealtad de los administradores de la compañía hemos de analizar cuáles son los negocios jurídicos emprendidos por CerTronic y que han sido objeto de análisis en el anterior informe.

Así nos encontramos con que CerTronic pretende adquirir la marca de la compañía Cir-Cerámica que, según se nos informa, dentro de sus socios se encuentra una sociedad de capital riesgo "Il Piccolo Avvoltoio, srl", la cual se encuentra controlada al 100% por Vulture, que mantiene uno de los cinco puestos del Consejo de Administración de CerTronic, y así mismo, es el accionista mayoritario dentro de esta

compañía, ostentado además una situación de preeminencia dentro del accionariado de CerTronic en virtud del pacto de socios analizado en el anterior punto de este informe.

Teniendo en cuenta que Vulture tiene únicamente un puesto en el Consejo de Administración de CerTronic dentro de los cinco que lo componen es de suponer que el resto de miembros del Consejo de Administración deben impedir que se realice una actuación que vaya en contra de los intereses de la compañía, todo ello además, teniendo en cuenta que conforme hemos puesto de manifiesto en el informe anterior nuestro consejo es que todas las valoraciones del activo intangible sean llevadas a cabo por un experto independiente ya tanto sea exigido normativamente o no dicho informe, precisamente para evitar responsabilidades del órgano de administración que pudieran derivarse de decisiones arbitrarias.

Por tanto entendemos que con los datos aportados, y siempre cumpliendo escrupulosamente las obligaciones que la LSC y la LME establecen para el órgano de administración no existe motivación para que D^a Amparo y D^a Lidón puedan reprochar desde el punto de vista jurídico al órgano de administración falta del deber de lealtad en relación con los intereses de la compañía, debiendo tenerse en cuenta además que Cir-Cerámica carece de actividad por lo cual tampoco puede ejercitarse por esta ningún tipo de competencia con respecto a CerTronic una vez que por parte de ésta última se haya adquirido la marca de titularidad de aquélla.

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

El derecho a voto viene contemplado en el artículo 93 c) LSC configurándose como el derecho político esencial del socio o accionista dado que instrumenta su contribución a la formación de la voluntad de la Junta General y por lo tanto su participación en las decisiones relevantes de la sociedad encomendadas a dicho órgano.

Adquiere asimismo el derecho de voto una consideración patrimonial en tanto que puede resultar determinante en relación con los bienes de la compañía o el reparto de dividendos. Se trata de un derecho individual y personal que conlleva la declaración de voluntad del accionista y que su validez está sujeta a la inexistencia de vicios que puedan invalidar la declaración conforme a la normativa civil.

La determinación de la prohibición del derecho de voto viene regulado en el artículo 190.1 LSC estableciendo la imposibilidad de ejercer el derecho de voto dirigida al socio o accionista que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses con la sociedad que en dicho precepto se definen, a saber: “ *El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:*

- a. Autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,*
- b. Excluirle de la sociedad,*
- c. Liberarle de una obligación o concederle un derecho,*
- d. Facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o,*
- e. Dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC”.*

El objeto de este informe dada la petición de las clientas debe centrarse en determinar si éstas tienen la posibilidad o el derecho de exigir a los demás accionistas de CerTronic que no puedan ostentar su derecho a voto la decisión del traslado del domicilio social de la compañía a los Países Bajos.

Bien es cierto, y así lo analizaremos en el punto siguiente de este informe, que ante la ausencia de actividad por parte de CerTronic en los Países Bajos antes de llevar a cabo el traslado no parece que existan unas razones muy consolidadas desde el punto de vista empresarial para adoptar dicho acuerdo pudiendo derivarse el mismo de razones más bien de tipo económico o fiscal; pero eso, repetimos, deberá ser objeto de análisis en el punto siguiente por cuanto que en éste lo que se trata es de analizar si existen o no circunstancias que impidan o veten el derecho político más fundamental que tiene un socio, cual es el derecho de voto.

Analizando el accionariado de CerTronic comprobamos que nuevamente es Vulture el único accionista que puede tener un supuesto conflicto de intereses por cuanto que la sociedad a adquirir en Holanda dado que una vez que se lleve a cabo el traslado de domicilio el objetivo es realizar una fusión de la nueva sociedad trasladada a los Países Bajos con otra filial de Vulture, *Nederlandse Gier-NV*, no teniendo el resto de

accionistas ninguna relación con la compañía holandesa a fusionar y por lo tanto ninguna motivación para que a éstos se les pueda privar del derecho de voto.

Al hilo de lo anterior, hemos de poner de manifiesto que la prohibición de voto ha de tener una aplicación restrictiva por afectar a derechos individuales del accionista, tal y como ha señalado la Audiencia Provincial de Tenerife en Sentencia de 27 de noviembre de 2006 y el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de diciembre de 2012.

Esta medida de prohibición de voto resulta muy perturbadora en sociedades en las que una sola persona pueda ostentar la mayoría de los derechos de voto en las cuales privar al socio del derecho a votar porque pueda estar incurso en conflicto de intereses puede ser una medida desproporcionada que no tiene en cuenta que cuando el socio vota está actuando por sus propios intereses y por el interés social, por cuanto que su voto contribuye a la formación de la voluntad de la sociedad.

Impedir votar en el caso de conflicto implica “mayorizar a la minoría” sin que haya ninguna garantía de que los demás socios sean neutrales o desinteresados, es decir, que sus preferencias no sean igualmente espurias, tal y como han señalado las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de febrero de 2010 y 24 de junio de 2011.

Concebido el derecho de voto como instrumento de los miembros de una persona jurídica para contribuir a formar la voluntad de ésta ha de tratarse de asegurar que la “voluntad de la persona jurídica se conforma de manera autónoma y adoptando la decisión por parte de los socios en el interés de la persona jurídica” (Flume).

Lo normal es que los intereses de los socios y el de la sociedad no deban entrar en contradicción porque el interés social ha de ser también el interés del socio y lo lógico es que el socio no tenga un interés personal que entre en contradicción con el interés de la sociedad, de ahí que los supuestos en los que hay que prohibir al socio votar sean excepcionales y se limiten normalmente al socio mayoritario.

El conflicto de interés entre el socio y la sociedad sólo se planteará cuando el socio:

- i. Es parte de la transacción que es objeto del acuerdo social, esto es, puede influir decisivamente en la adopción del acuerdo social, o sea, es

socio mayoritario, y a la vez puede influir decisivamente en la formación de la voluntad de la contraparte de la sociedad, este es el típico caso de celebración de un contrato con el socio.

- ii. Se ve afectado por el acuerdo social cuando éste afecta a los derechos y obligaciones del socio como miembro de la persona jurídica, en cuyo caso es inevitable que su voto no se oriente a favorecer el interés social sino el propio, a costa del interés social.

Por lo tanto, la conclusión es que, en el caso, únicamente podría prohibirse el voto en cuanto al acuerdo del traslado del domicilio social al accionista Vulture, no ya tanto en sí por el mero traslado del domicilio que como hemos puesto de manifiesto en el anterior informe no tiene ninguna cortapisa para ser llevado a cabo sino por las connotaciones posteriores al traslado del domicilio social que pudiera conllevar la fusión con la filial holandesa controlada por Vulture.

El resto de accionistas que ninguna vinculación tienen con la compañía holandesa es evidente que carecen de cualquier conflicto de interés derivado de la adopción del acuerdo, sin que la promesa de una prima de éxito pueda ser considerada como causa que pueda derivar en un conflicto de intereses.

4. Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo

Tal y como hemos expuesto anteriormente, D^a Amparo y D^a Lidón no podrán exigir la abstención de los socios (con la mínima posibilidad de Vulture), en la votación del traslado del domicilio al extranjero, pero sí que tienen la posibilidad de impugnar dicho acuerdo por considerar que se trata de una decisión contraria a la Ley, bien porque se opone a los estatutos sociales o al reglamento de la Junta de la sociedad, o bien porque lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, todo ello de acuerdo con lo contemplado en el artículo 204.1 LSC.

Esta lesión del interés social también se produce cuando el acuerdo, aun no causando un daño al patrimonio social, se impone de forma abusiva por la mayoría de los socios de CerTronic⁶. El artículo 204 LSC señala que se entenderá que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Pues bien, en este caso el acuerdo adoptado por la Junta General sobre el traslado del domicilio social a los Países Bajos no responde a una mera razón de necesidad empresarial de CerTronic, pues nunca había desarrollado actividad en ese país, sino que surge como consecuencia de satisfacer el interés de uno de los socios, Vulture, que tras el traslado del domicilio social conllevaría la fusión con una compañía holandesa controlada por Vulture, así como al interés de los socios por recibir la prima por el éxito de la operación y que Vulture se había comprometido para con ellos, intereses en ambos casos que no responden a una necesidad motivada de CerTronic.

Asimismo entendemos que se trata de un acuerdo abusivo por lo recogido en la jurisprudencia, y es que la STS de 10 de diciembre de 2008, en su fundamento jurídico segundo, entiende que el comportamiento de una mayoría social, aunque no afecte a la sociedad, puede atentar contra el artículo 7 del Código Civil por ser norma que impide el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo.⁷

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2018 determina que serán nulos los acuerdos que sean contrarios al artículo 7.2 del Código Civil, el cual establece lo siguiente: *“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*. La Audiencia Provincial de Barcelona entiende que serán nulos no por obedecer a una justa causa sino a un uso abusivo del derecho de voto del socio mayoritario, en contra del interés social y del socio minoritario.⁸

A su vez, entendemos que el acuerdo adoptado por la Junta de CerTronic relativo al traslado del domicilio es abusivo y por tanto podría declararse la nulidad del

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2008, nº 1136/2008, rec. 2117/2003 REF. La Ley 189354/2008.

⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2018, Sección 15ª, nº 101/2018, rec. 417/2016 Ref. La Ley 13340/2018

mismo por tratarse de un acuerdo puesto que no se ha justificado ni la necesidad ni la conveniencia del traslado, y es así como lo fundamenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares⁹. Añade que *“el acuerdo es nulo dado que, entre otras cosas, el traslado de domicilio se basa únicamente en la conveniencia de algunos socios y no se dispone de un escrito motivado y justificativo.”*

Antes de proceder a tratar la cuestión específica sobre la impugnación del acuerdo, no podemos olvidar que incluso la conducta llevada a cabo por los socios de CerTronic podría conllevar una responsabilidad penal tipificada en el artículo 291 del Código Penal¹⁰ el cual establece *“los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”*.

En cuanto a la impugnación de los acuerdos, debemos de tener en cuenta el apartado tercero del artículo 204 LSC que contempla los diferentes motivos en los que no se puede basar la impugnación, y estos motivos son los siguientes:

- a. La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos.
- b. La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.
- c. La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de julio, Sección 5ª, nº 155/2018, rec. 255/2018 Ref. La Ley 136448/2015

¹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

- d. La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

En cuanto a la legitimación para poder impugnar el acuerdo abusivo el artículo 206 LSC establece que estarán legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el 1% del capital social. Por tanto, D^a Amparo y D^a Lidón, estarían legalmente legitimadas para interponer la demanda tanto de forma individual como conjunta.

Finalmente para proceder a la impugnación del acuerdo del traslado del domicilio social a los Países Bajos nos remitimos al artículo 207 LSC el cual establece que para ello se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, como puntos clave del procedimiento de impugnación destacamos los siguientes:

1. La acción de impugnación del acuerdo abusivo se dirigirá contra CerTronic.
2. Aquellos socios que hayan votado a favor del acuerdo podrán intervenir a su costa en el procedimiento para poder mantener la validez del mismo.
3. No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo aquel que habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento procesal oportuno y no lo hizo.
4. La acción de impugnación caduca en el plazo de un año desde la fecha de adopción del acuerdo, y si este hubiera sido inscrito desde la fecha de oponibilidad de la inscripción
5. El artículo 727 apartado 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de que los accionistas que representen el 5% del capital social en sociedades no cotizadas y que hubieren impugnado el acuerdo, podrán solicitar al Juez la suspensión del mismo.
6. La Sentencia en la que se decida sobre el acuerdo impugnado producirá efectos para todos los accionistas pero no para terceros de buena fe que hubieren adquirido derechos a consecuencia del acuerdo impugnado.

7. La Sentencia que declare la nulidad del acuerdo deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y si es el acuerdo impugnado estuviese inscrito, la Sentencia determinará la cancelación del asiento registral y de las los posteriores contradictorios con él.

No obstante, en este informe lo que hemos querido reseñar es la posibilidad de impugnación del acuerdo social que tienen nuestras clientas, pero no la seguridad de que dicha impugnación vaya a tener éxito, por cuanto que, conforme hemos analizado en el anterior informe, el órgano de administración de la sociedad ha de emitir una serie de informes previos a la adopción del acuerdo justificativos de la conveniencia del traslado del domicilio social para la compañía, por lo cual, de la certeza y eficiencia de dichos informes dependerá la defensa que tanto la sociedad CerTronic como los accionistas que hayan votado a favor del acuerdo tengan para acreditar la legalidad del mismo.

Aunque no se somete a consideración en las cuestiones a analizar, queremos resaltar que las clientas, como accionistas que hayan votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 LME tienen un derecho de separación conforme al Título IX de LSC.

Por lo tanto, nuestra conclusión sería, si las clientas no desean seguir formando parte del accionariado de CerTronic habiendo ésta trasladado su domicilio social a Países Bajos, y ante la incertidumbre de una contienda judicial sobre la impugnación del acuerdo de traslado de domicilio social, por los motivos que acabamos de exponer, valorar las condiciones económicas que les resultarían de ejercer el derecho de separación de la compañía, derecho que pueden ejercitar al haber votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social.

Es todo cuanto tenemos el honor de informar según nuestro leal, saber y entender,

En Madrid, a 11 de enero de 2021.

Fdo.: Marta Fernández de Aránguiz Aguillo.

BIBLIOGRAFÍA

- Álfaro Águila-Real, J. “Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores”. 10 de marzo de 2016.
- García-Villarubia Bernabé M. “*El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad*” Uría Menéndez. Pág. 4.
- Martínez Rivas, F. “*Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada*”. 6 de febrero de 2009. Págs. 6-7.
- Tobias Kálnay: “*Nueva Sentencia del TJUE sobre traslado transfronterizo de domicilio de una sociedad de un Estado Miembro a otro*”. CMS Law-Tax. <https://cms.law/es/esp/publication/nueva-sentencia-del-tjue-sobre-traslado-transfronterizo-de-domicilio-de-una-sociedad-de-un-estado-miembro-a-otro>

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2008, n.º 1136/2008, rec. 2117/2003 REF. La Ley 189354/2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2018, Sección 15ª, n.º 101/2018, rec. 417/2016 Ref. La Ley 13340/2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de julio de 2018, Sección 5ª, n.º 155/2018, rec. 255/2018 Ref. La Ley 136448/2015
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de junio de 2020, n.º 1144/2020, rec. 1900/2019. EDJ 2020/635140

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, *The Queen/Treasury and Comissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.
- Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea 16 de diciembre de 2008, asunto C 210/06, *Cartesio*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/2016, *Polbud*.

LEGISLACIÓN

- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil