



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

AUTOR: MARTA MARTÍN-BORREGÓN GAMAZO

TUTORA: SARA DÍEZ RIAZA

*MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA.
(2020-2021)*

MADRID

ENERO, 2021

RESUMEN

El presente trabajo consta de dos informes elaborados por dos despachos de abogados profesionales distintos.

Uno de ellos esta dirigido al Consejo de Administración de la mercantil española CerTronic, S.A. quienes pretenden adquirir una nueva sociedad italiana. Nos solicitan asesoramiento acerca de los distintos modos de adquisición bajo el Derecho español. Una vez adquirida la nueva sociedad, quieren trasladar el domicilio social a los Países Bajos para llevar a cabo una nueva fusión con la filial del socio mayoritario de la sociedad. Para ello, se analizarán los distintos requisitos legales para poder llevar a cabo la operación.

El otro informe está dirigido a dos socios minoritarios de la sociedad CerTronic quienes no firmaron el pacto de socios, cuya suscripción estaba incluida en los estatutos sociales como prestación accesoria. Además, consideran que los administradores han incumplido sus deberes de lealtad por recibir retribuciones externas no estipuladas en los estatutos y que pueden llegar a ser exorbitantes. Por último, entienden que la operación de traslado a un estado distinto es de carácter abusivo.

PALABRAS CLAVE: LSC – ADQUISICIÓN – ACCIONES – AMPLIACIÓN - ADMINISTRADORES – FUSIÓN – LME - DOMICILIO – RESPONSABILIDAD-RETRIBUCIÓN - SINDICATO – VOTO – IMPUGNACIÓN - ABUSIVO -.

ABREVIATURAS

<i>AC</i>	Aranzadi Civil
<i>ART</i>	Artículo
<i>BORME</i>	Boletín Oficial del Registro Mercantil
<i>CC</i>	Código Civil
<i>DGRN</i>	Dirección General de Registros y Notariados
<i>JUR</i>	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
<i>LBO</i>	Fusión Apalancada (en inglés, “ <i>Merger Leveraged Buy Out</i> ”)
<i>LME</i>	Ley de Modificaciones Estructurales
<i>LSA</i>	Ley de Sociedades Anónimas
<i>LSC</i>	Ley de Sociedades de Capital
<i>RDGRN</i>	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados
<i>RJ</i>	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
<i>ROJ</i>	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
<i>RRM</i>	Reglamento del Registro Mercantil
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>TJUE</i>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TABLA DE CONTENIDO

<i>INFORME I</i>	6
<i>Introducción</i>	7
<i>1. Antecedentes</i>	8
<i>2. Adquisición de la sociedad italiana CirCerámica, S.L.</i>	9
<i>2.1. Autocartera y adquisición derivativa de acciones</i>	10
<i>2.2. Ampliación de capital con aportación no dineraria</i>	12
<i>2.2.1. Concepto</i>	12
<i>2.2.2. Informe de experto independiente</i>	13
<i>2.2.3. Informe sustitutivo de los administradores</i>	14
<i>2.2.4. Aprobación del acuerdo de aumento de capital</i>	15
<i>2.3. Operación de fusión apalancada: artículo 35 de la LME</i>	17
<i>2.3.1. Concepto y características de las operaciones de LBO</i>	17
<i>2.3.2. Estructuras y fases habituales en operaciones de LBO</i>	19
<i>2.3.3. Asistencia financiera</i>	20
<i>3. Traslado del domicilio al extranjero</i>	25
<i>3.1. Requisitos generales</i>	27
<i>3.2. Requisitos especiales</i>	29
<i>3.3. Derecho de separación de los socios y de oposición de los acreedores</i>	32
<i>4. La cooptación</i>	33
<i>5. Conclusión</i>	35
<i>ANEXOS</i>	36

INFORME II	39
1. Introducción	40
2. Los pactos entre socios, pactos parasociales o pactos extraestatutarios	40
2.1. Concepto, clases y naturaleza	41
2.2. El incumplimiento de la prestación accesorio	42
3. Deber de lealtad de los administradores	44
4. Los Acuerdos o Sindicatos de Voto	46
5. Impugnación del acuerdo de traslado del domicilio social a Países Bajos	50
6. Conclusión	53
BIBLIOGRAFÍA	54
ANEXO DE LEGISLACIÓN	57
ANEXO DE JURISPRUDENCIA	57

INFORME I

Para el Consejo de Administración de CerTronic

Introducción

El presente informe está elaborado por el despacho de abogados *Filomena & Abogados* y dirigido a los miembros del Consejo de Administración de CerTronic, S.A. (en adelante, “*CerTronic*”). El mismo pretende recoger y analizar las diferentes modalidades de adquisición de la sociedad italiana Cir-Cerámica, *società a responsabilità limitata* (en lo sucesivo, “*CirCerámica*”), cuyo único activo es su marca que conserva un alto prestigio en el mercado.

Entre ellas, analizaremos el régimen de autocartera, en concreto, la **adquisición derivativa** de las acciones de CerTronic para transmitir las a los socios de CirCerámica a cambio de la marca y amortizar el excedente. Otra modalidad de adquisición es la **ampliación de capital a cambio de la aportación de la marca** – aportación no dineraria-. Y, por último, CerTronic podrá obtener un préstamo bancario para la compraventa de las participaciones sociales de CirCerámica y, con carácter inmediato, procedería a realizar la fusión por absorción de la sociedad italiana. Este tipo de **fusión** se denomina **apalancada**, pues la sociedad adquirente se endeuda para llevarla a cabo. No obstante, ese tipo de operaciones está sujeto a que no se produzca la prohibición de asistencia financiera. Es decir, el alto nivel de endeudamiento no puede estar garantizado con los recursos y activos de la sociedad adquirida.

Por otro lado, tras la adquisición de la sociedad italiana, el interés de **trasladar el domicilio social** a los Países Bajos exige una serie de requisitos legales. Cabe destacar el informe de los administradores que justifiquen de manera razonable el traslado del domicilio, la celebración de la junta para adoptar el acuerdo y el certificado que debe de emitir el Registro Mercantil del estado de origen para poder llevar a cabo la operación.

Por último, el hecho de que exista una vacante en el Consejo de Administración puede generar un bloqueo en la toma de decisiones sociales y la distorsión de las competencias de los órganos sociales. Por lo tanto, analizaremos la figura de **la cooptación** al ser una vacante anticipada. En caso contrario, aplicaría el sistema de representación proporcional.

1. Antecedentes

La Sociedad CerTronic es una sociedad española, domiciliada en Madrid, cuyo objeto social es la fabricación de componentes cerámicos aislantes utilizados en revestimientos e instalaciones eléctricas. La administración de la sociedad recae sobre un Consejo de Administración compuesto por cuatro (4) administradores y una vacante no cubierta: (i) D. Vicente, (ii) D. José Badenes Vallés, (iii) D. Antonio Falomir Esteve y (iv) Vulture.

Más a más, el capital social se encuentra dividido entre cinco (5) socios, entre ellos, se encuentra la empresa familiar Badenes-Bros, SRL (28%), formada por D. Vicente y D. José. Otro 28% del capital social pertenece al socio fundador D. Antonio, quien estaba casado en régimen de gananciales con su mujer Doña Amparo Fabra Llorens. El matrimonio decidió transmitir el 8% del capital social a su hija Doña Lidón Falomir Fabra a los efectos de que se ocupase de los negocios familiares. No obstante, en 2014 se produce la ruptura del matrimonio, provocando la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, lo que dio lugar al reparto del 20% del capital entre los ex – cónyuges, pasando cada uno de ellos a ser titulares del 10%.

Por otro lado, el socio mayoritario es un fondo de Capital Riesgo (Vulture Capital Corp), en adelante “Vulture”, con sede en Luxemburgo, titular del 44% del capital social. Vulture llegó a ser accionista de CerTronic en virtud de un acuerdo de refinanciación en 2013, pues la sociedad española se hallaba inmersa en graves dificultades económicas debido a la crisis financiera de 2008. El acuerdo de refinanciación con los socios de CerTronic disponía, entre otras cosas, (i) aumento de capital social por conversión de la deuda, (ii) Vulture ostentaría un crédito de cuatro (4) millones de euros, (iii) la suscripción del pacto de socios como prestación accesoria estipulada en los estatutos sociales y, (iv) diversas cláusulas referidas al pago de las cantidades y vencimientos del crédito pendiente.

Finalmente, la sociedad española está considerando adquirir la sociedad italiana de Cir-Cerámica, bien mediante el régimen de autocartera o aumento de capital social con cargo a aportaciones no dinerarias de CerTronic, o bien a través de una fusión apalancada.

Una vez adquirida plantea trasladar el domicilio de la sociedad a los Países Bajos, con el objetivo mediato de realizar una fusión con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV. En los estatutos de ésta última se prevén cláusulas de “*lealtad*” que atribuyen un voto doble favorable a los socios con más de dos años de antigüedad en la sociedad.

Con ese objetivo, Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture.

A continuación, analizaremos las diferentes modalidades para llevar a cabo la adquisición de la sociedad italiana de CirCerámica y el traslado del domicilio social a los Países Bajos, conforme al Derecho español.

2. Adquisición de la sociedad italiana CirCerámica, S.L.

La adquisición de la sociedad italiana por parte de CerTronic puede articularse de dos modos posibles. En primer lugar, los dos socios de CirCerámica, D. Angelo Vattermoli y “*Il Piccolo Avvoltoio, srl*” -(controlada al 100% por Vulture)- aportarían la marca y, a cambio, se les entregaría acciones de CerTronic correspondientes al valor que se diera a la marca. Para ello, se cuenta con dos posibilidades:

- (i) Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de ellas para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que corresponda al valor de la marca al socio único de CirCerámica, amortizar el excedente; o bien
- (ii) Llevar a cabo una ampliación de capital a cambio de la aportación de la marca.

Y, en segundo lugar, CerTronic compraría las participaciones a los dos socios de CirCerámica, de manera que CerTronic se convertiría en la socia única de la sociedad italiana. Para ello, es necesario solicitar un préstamo por el valor de la compraventa con una entidad financiera. Y, con carácter inmediato, CerTronic procedería a realizar la fusión por absorción de su filial italiana. Este tipo de fusión se denomina apalancada, pues la sociedad adquirente se endeuda para llevarla a cabo.

Procedemos a analizar las distintas modalidades de adquisición de la sociedad italiana de CirCerámica: (i) **autocartera**, (ii) **ampliación de capital social con cargo a prestaciones no dinerarias** y, (iii) **fusión apalancada**.

2.1. Autocartera y adquisición derivativa de acciones

El **Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de octubre de 1.999**, afirma que *“la transmisión de acciones es un principio básico de la sociedad anónima, orientada hacia premisas capitalistas, el de la libre transmisibilidad de las partes representativas del capital, por cuanto esta figura jurídica, a diferencia de las asociaciones personalistas, está regida por criterios del “intuitu pecuniae”*”.

Sin embargo, cuando esas acciones las adquiere la propia sociedad o una filial, estamos ante el régimen de la autocartera. Este régimen se define como el conjunto de títulos representativos del capital social que han sido adquiridos en propiedad por la sociedad matriz o una filial de la misma, y que representan una parte alícuota de su propio capital social o el de su sociedad dominante¹. Dicho de otra manera, serían aquellas acciones adquiridas por una sociedad que representan su propio capital social².

No obstante, el régimen de autocartera es dispar en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, distinguiendo la adquisición originaria y derivativa de acciones o participaciones. Como regla general, en el marco de la adquisición originaria, las sociedades de capital no podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante -art. 134 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante “LSC”-. A continuación, analizaremos el régimen de la adquisición derivativa en las sociedades anónimas - art. 144 y ss. LSC- por ser el objeto de la presente *litis*.

En primer lugar, debemos distinguir entre los supuestos de libre adquisición y de adquisición condicionada. Los primeros se refieren a aquellos que no exigen acuerdo de la Junta general, pues la autocartera se forma como consecuencia (*“de forma derivada”*) de otro negocio jurídico³ (art. 144 LSC).

¹ **Atulawdo. El Derecho hecho Ciencia.** *“Sociedad Anónima: Autocartera y adquisición derivativa”*. 29 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://atulawdo.wordpress.com/2014/09/29/sociedad-anonima-autocartera-y-adquisicion-derivativa/>. Última consulta el 6 de octubre de 2020.

² *“Autocartera de acciones en la Sociedad Anónima”*. Iberley. 26 de enero de 2016. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/autocartera-acciones-sociedad-anonima-41791>. Última consulta 6 de octubre de 2020.

³ **Sánchez López. C.** *“La autocartera en las sociedades de capital”*. 14 de febrero de 2015. Disponible en: <https://sands.legal/blog/la-autocartera-en-las-sociedades-de-capital/>. Última consulta 6 de octubre de 2020.

Mientras que, la adquisición de acciones de manera condicionada -art. 146 de la LSC- exige que la adquisición haya sido autorizada por acuerdo de la junta general y que dicha adquisición lleve aparejada una contraprestación que recaer sobre el patrimonio social. Es más, la adquisición a título oneroso exige los requisitos descritos en el artículo 146.1 de la LSC. En concreto:

- a) *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.*
- b) *Que la adquisición no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.*

A diferencia de la adquisición originaria, las acciones podrán permanecer con carácter indefinido en autocartera siempre y cuando no superen el 20% del capital social. En caso de superar este límite, las acciones deberán ser enajenadas en un plazo de 1 año desde la fecha de adquisición, salvo que previamente hubiesen sido amortizadas mediante reducción de capital (art. 147 LSC).

La **Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas**⁴, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, confirma los límites descritos en la norma societaria: (i) el total del valor de las acciones o participaciones adquiridas no puede reducir el patrimonio neto a la mitad del capital social más reserva legal y reserva estatutaria indisponible y, (ii) las acciones adquiridas no podrán ser superior al 20% del valor total de las acciones (art. 20).

Más a más, como consecuencia de la adquisición de acciones propias en autocartera, el artículo 148 de la LSC describe el régimen de las acciones propias, quedando en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las mismas. Las acciones adquiridas en autocartera computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.

⁴ **Resolución de 5 de marzo de 2019**, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, *por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital*. Publicado BOE 11 de marzo. Sección I. Núm. 60. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/11/pdfs/BOE-A-2019-3422.pdf>

Además, se establecerá en el patrimonio neto una reserva indisponible equivalente al importe de las participaciones o acciones de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las participaciones o acciones no sean enajenadas.

Por último, el informe de gestión de la sociedad adquirente deberá mencionar como mínimo: (i) los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio, (ii) el número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan, (iii) en caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones y, (iv) el número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan.

Este informe de gestión debe ser formulado por el órgano de administración en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social (arts. 253.1 y 262.2 LSC).

2.2. Ampliación de capital con aportación no dineraria

2.2.1. Concepto

La ampliación de capital de una sociedad es una operación societaria que tiene por objeto incrementar el patrimonio social por un valor equivalente al importe al que se aumenta la cifra de capital más, en su caso, la prima de emisión (art. 295 LSC, en relación con el art. 23 d) del mismo texto legal)⁵.

En virtud del artículo 295 de la LSC, existen diferentes categorías para llevar a cabo esta ampliación de capital:

El aumento del capital social podrá realizarse por creación de nuevas participaciones o emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las ya existentes.

En ambos casos el aumento del capital podrá realizarse con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de créditos contra

⁵ **Díez de los Ríos, M.** “Valoración de la aportación no dineraria en el aumento de capital de la sociedad anónima”. Dialnet. Agosto, 2013. En Madrid. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=120401>.

la sociedad, o con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado.

Por tanto, las modalidades de una ampliación de capital son: (i) con cargo a aportación dineraria, (ii) mediante aportación no dineraria, (iii) a través de la compensación de créditos y, (iv) con cargo a reservas.

En efecto, la aportación de la marca mediante el aumento de capital social de CerTronic se traduce en la **aportación no dineraria** de CirCerámica para llevar a cabo el aumento de capital y, debe cumplirse una serie de requisitos legales.

2.2.2. Informe de experto independiente

Esta modalidad de aumento de capital requiere un control externo, imperativo y anterior a la inscripción de la escritura del aumento de capital en el Registro Mercantil. El sistema de valoración de las aportaciones no dinerarias recoge una regla general (art. 67 LSC) y una serie de excepciones (art. 69 de la LSC). Con carácter general, el modelo de valoración es el informe de uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil correspondiente.

En este modelo tienen cabida todos los bienes y derechos respecto de los cuales no exista un precio de mercado, o bien, existiendo, no pueda conocerse con suficiente exactitud⁶. En este sentido, deberá de ponerse a disposición de los socios el informe del experto independiente o, en su caso, el informe especial de carácter sustitutivo de los administradores.

Para evitar la sobrevaloración de la aportación, el informe de experto independiente debe recoger la descripción de la aportación y su valoración, expresando si existe relación entre el valor nominal de las acciones entregadas y el valor de la aportación no dineraria recibida (art. 67.2 LSC).

El principal límite de este régimen es que el valor otorgado en la escritura social no puede ser superior al establecido por el experto, en todo caso igual o inferior (art. 67.3 LSC).

En caso de que en la escritura aparezca un valor superior al estimado por el informe del experto, se procederá a la no inscripción de la escritura.

⁶ **Díez de los Ríos, M.** “Valoración de la aportación no dineraria en el aumento (...) *Ibidem.*”

Es más, el incumplimiento de este sistema cautelar conlleva aplicar el régimen general de impugnación de acuerdos sociales (art. 204-208 LSC) y de responsabilidad de los administradores (arts. 236-241 LSC)⁷.

Una vez elaborado el informe, procede el depósito de una copia autenticada del mismo en el Registro Mercantil en el plazo de un (1) mes desde la efectiva aportación (art. 71.1 LSC). Este informe se incorporará como anexo a la escritura de ejecución de aumento de capital social (art. 71.2 LSC).

En fin, el experto responderá frente a la sociedad, a los accionistas y a los acreedores de los daños causados por la valoración de su informe, quedando exonerado cuando acredite que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada. La acción de responsabilidad prescribe a los cuatro (4) años desde la fecha del informe (art. 68 LSC).

2.2.3. Informe sustitutivo de los administradores

Por otro lado, el informe de los administradores se efectuará cuando no concurra la necesidad de aportar el informe de experto independiente (art. 69 LSC). Este informe debe tener como contenido mínimo: (i) la descripción de la aportación, (ii) el valor de la aportación, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla, (iii) la declaración en la que se precise si el valor obtenido corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida y, (iv) la declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial (art.70 LSC).

La publicidad del informe de los administradores seguirá los mismos trámites que el informe de experto independiente (depósito y anexo a la escritura de ejecución de aumento de capital).

En síntesis, el aumento del capital social con cargo a la aportación de la marca de CirCerámica exige el sistema de valoración de carácter cautelar del informe de experto independiente o, en su caso, el informe de los administradores.

Todo ello sin perjuicio de que, ante cualquier propuesta de modificación de los estatutos sociales, los administradores o, en su caso, los socios autores de la propuesta deberán redactar el texto íntegro de la modificación que proponen y, en las sociedades anónimas, deberán redactar igualmente un informe escrito con justificación de la misma (art. 286 LSC).

⁷ **Díez de los Ríos. M. *Ibidem***

2.2.4. Aprobación del acuerdo de aumento de capital

Tras el informe de experto independiente o, en su caso, el informe de los administradores, sobre la valoración de la aportación no dineraria – la marca-, se deberá de: (i) convocar la junta general, (ii) constituir la junta, (iii) celebrar la junta y adoptar el acuerdo de aumento de capital, (iv) ejecutar el acuerdo de aumento, (v) inscribir el citado acuerdo en el Registro Mercantil y, (vi) modificar los estatutos sociales con arreglo a la nueva cifra de capital social.

Por un lado, la competencia para cualquier modificación de los estatutos recae en la junta general; mientras que los administradores poseen la competencia para convocar la junta (art. 166 de la LSC). Al ser un aumento de capital con cargo a aportación no dineraria, la ley exige que, al tiempo de la convocatoria, los administradores presente un informe en el cual se describa las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones que hayan de crearse o emitirse, la cuantía del aumento del capital social y las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista (art. 300 de la LSC).

A continuación, en el anuncio de convocatoria de la junta general se hará constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar el informe en el domicilio social, así como pedir la entrega o el envío gratuito del documento.

Por otro lado, una vez convocada la junta general deberá procederse a su constitución en virtud del quorum reforzado del artículo 194 de la LSC. En este sentido, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento (25%) de dicho capital. No obstante, debe tenerse en cuenta el mínimo de votos que exige el artículo 201.2 de la LSC, advirtiendo que si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento (50%) 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 (25%) o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento (50%)⁸.

En caso de que exista alguna previsión estatutaria que eleve el quórum y/o mayorías mínimas para la adopción del acuerdo social, prevalecerá ésta (art. 194.3 de la LSC).

⁸ **Faus, M.** “Aportaciones no dinerarias en caso de aumento de capital de una sociedad anónima”. Disponible en: <https://practico-sociedades.es/vid/aportaciones-aumento-capital-oacute-66954089>. Última consulta 6 de octubre de 2020.

Tras la adopción del acuerdo en la Junta, se procede a la ejecución del aumento (art. 304-312 LSC) y a la inscripción de este en el Registro Mercantil (art. 313-316 LSC).

En relación con la ejecución del aumento, la LSC excluye el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con cargo a aportaciones no dinerarias. En efecto, el artículo 304 de la norma societaria, sólo concede derecho de preferencia en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, caso en el que cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea.

Traemos a colación la **Resolución de 6 de febrero de 2012 de la Dirección General de Registros y Notariado**⁹ (en adelante, “DGRN”), la cual aclara que únicamente existe derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias:

“En este sentido, si el legislador hubiera tenido la intención de que en la ampliación de capital por compensación de créditos se tuviera que tener en cuenta el derecho de suscripción preferente, así lo habría establecido tanto 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 esta misma línea, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2015**¹⁰ y la **Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2020**¹¹.

Finalmente, la escritura de ejecución del aumento de capital debe expresar los bienes o derechos aportados – la marca de CirCerámica- (art. 314 LSC).

Por último, los administradores, siempre que estén facultados, deberán modificar los estatutos sociales recogiendo la nueva cifra del capital social (art. 313 LSC).

Por último, el acuerdo de aumento de capital y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil (art. 315 LSC).

⁹ RDGRN de 6 de febrero de 2012. BOE 1 de marzo. Sección III. Núm. 52. Disponible en: <https://merchantadventurer.files.wordpress.com/2012/03/rdgrn-6-2-2012.pdf>

¹⁰ SAP de Madrid, Sección 28ª, núm. 298/2015 de 26 de octubre [ROJ 14563/2015]

¹¹ RDGRN de 7 de febrero de 2020. BOE 26 de junio. Sección III. Núm. 177. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/06/26/pdfs/BOE-A-2020-6793.pdf>

Ahora bien, entre las dos posibilidades analizadas previamente es preferible la ampliación de capital con cargo a la aportación de la marca – no dineraria- pues implica menos operaciones mercantiles, más agilidad y mayor garantía para los acreedores sociales. Además, CirCerámica carece de actividad económica al haber trasladado sus activos a otra sociedad en virtud de una escisión y únicamente dispone de su marca, la cual conserva un alto prestigio en el mercado. De igual manera, en caso de que las acciones adquiridas en autocartera superen el 20% deberá de amortizarse el excedente, lo que conlleva una reducción del capital social. En ambas modalidades, los socios de CirCerámica pasarán a formar parte del accionariado de CerTronic.

2.3. Operación de fusión apalancada: artículo 35 de la LME

En caso de que las dos modalidades de adquisición descritas previamente no lleguen a culminarse cabe la posibilidad de que CerTronic lleva a cabo la destacada operación de **fusión apalancada**.

2.3.1. Concepto y características de las operaciones de LBO

La adquisición de la sociedad italiana mediante la operación de fusión apalancada o, en inglés, *Merger Leveraged Buy Out* (en adelante, “LBO”) consiste en la utilización de un alto nivel de endeudamiento financiero vinculado al uso de fondos propios para la adquisición de participaciones o acciones de la sociedad objetivo o sociedad *target*.

Técnicamente, una LBO se puede definir como *una operación de toma de participación en el capital social de una empresa mediante el recurso a un alto nivel de endeudamiento por parte del adquirente que, en última instancia y en gran medida, se repagará y/o garantizará con los recursos y patrimonio de la propia sociedad adquirida*¹².

De esta manera, la sociedad adquirente -CerTronic- obtiene las participaciones de la sociedad adquirida -CirCerámica- con la garantía de que la deuda contraída para llevar a cabo la adquisición recae sobre la sociedad *target* -CirCerámica-.

¹² **Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón. A.** Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs*. En “Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros”. Ed. Bosch, 2011. Barcelona. Pág.196.

Por tanto, Andoni Hernández y Alejandro Ruiz-Gallardón¹³ destacan dos características fundamentales de este tipo de operaciones complejas: (i) el alto nivel de endeudamiento y, (ii) la vocación temporal.

En relación con la primera nota característica se debe valorar cualitativamente la proporción de recursos propios y recursos ajenos, siendo el volumen de los primeros mucho más reducido que el de los segundos. No obstante, el principal objetivo de este alto nivel de deuda es minimizar los recursos propios y, por ende, maximizar la rentabilidad. Para obtener este nivel de endeudamiento, debemos analizar la capacidad financiera de la sociedad objetivo, la cual debe generar los recursos suficientes para hacer frente a la deuda con los intereses correspondientes sin aminorar el cumplimiento de las restantes obligaciones con terceros acreedores.

Con respecto a la vocación temporal, la sociedad adquirente busca maximizar el valor de la sociedad target en un período relativamente corto, entre los 3 y los 7 años. Transcurrido este tiempo, se procede a la desinversión bien por medio de una venta privada de las participaciones o, bien, mediante una oferta pública de venta para la salida a bolsa de la sociedad adquirida.

Para ello, los gestores podrán adoptar políticas agresivas de desinversión de activos no estratégicos para reducir los costes y optimizar la gestión y, por ende, favorecer la liquidez de la sociedad objetivo y su capacidad de repago de la deuda, sin olvidar las inversiones para promover el crecimiento y desarrollo del negocio.

Por otra parte, para llevar a cabo la operación de LBO, la sociedad adquirente debe seleccionar adecuadamente la sociedad target. A modo de ejemplo, podemos señalar algunas características de las potenciales e idóneas sociedades objetivo¹⁴:

- Una posición consolidada en el mercado
- Una cartera de productos o servicios consolidada
- Un crecimiento sostenido
- Márgenes de negocio previsibles y estables
- Un balance con influjo de activos tangibles y no gravados
- Bajo nivel de endeudamiento
- Potencial de crecimiento mediante su expansión, aumento de la capacidad productiva, etc.

¹³ Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A. Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs. Ibidem.* Pág.196-198.

¹⁴ Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A. Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs. Ibidem.* Pág.203.

- Potencial de mejora de su gestión
- Flujos de caja constantes, estables y suficientes para hacer frente al pago de la deuda y sus intereses.

No obstante, la adquisición de la sociedad italiana CirCerámica puede responder a consideraciones estratégicas o comerciales que pueden justificar este tipo de operaciones complejas, entre otras, sinergias, aumento de la cuota de mercado, eliminación de competidores, etc. Es más, la sociedad italiana carece de actividad económica y únicamente conserva su marca con un alto nivel de prestigio y reconocimiento en el mercado.

Por otro lado, la determinación de los fondos necesarios para la operación tiene un carácter relevante. CerTronic, además de la financiación bancaria, puede recurrir a la denominada financiación *mezzanine*. Se trata de una financiación intermedia, un híbrido entre deuda y acciones. De esta manera, que los proveedores que proporcionan este tipo de financiación quedan subordinados frente a las entidades financieras, pero con carácter preferente al resto. Esta modalidad resulta más cara ya que cobrarán sus créditos una vez que los bancos hayan visto satisfechos los suyos y, por ende, exige tipos de interés más altos¹⁵.

2.3.2. Estructuras y fases habituales en operaciones de LBO

El diseño y planificación de cada operación de LBO es relevante para obtener la máxima rentabilidad de ésta. Es más, cada transacción de LBO debe atender a sus circunstancias específicas y a los intereses de las partes intervinientes. No obstante, cabe señalar algunos elementos comunes que se dan en la estructura jurídica de los LBO¹⁶:

- (i) En una operación típica de LBO procedería la constitución de un vehículo societario común y de objeto exclusivo llamado **Newco** (abreviatura del término anglosajón *New Company*). La utilidad de este vehículo es canalizar la inversión y realizar la adquisición.
- (ii) La **financiación** es el elemento central para una operación LBO, la cual será posible con un alto nivel de seguridad para los prestamistas en el repago de la deuda. Asimismo, las **garantías** jurídicas otorgadas a los acreedores de la financiación resultan sustanciales. Las condiciones de la adquisición suelen negociarse previamente a la adquisición, pues

¹⁵ Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A. Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs. Ibidem.*

¹⁶ Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A. Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs. Ibidem.* Pág.206-208.

la financiación es un factor fundamental para culminar con la adquisición. La pignoración de las acciones de la sociedad objetivo en Newco, en adición a los derechos y activos de la sociedad target, aseguran la financiación hasta el momento de confusión de los patrimonios -vía fusión- de Newco y la sociedad target.

- (iii) Una vez negociadas y determinadas las condiciones de la financiación, procede el momento de la **adquisición**, en el cual la sociedad adquirente adquiere todo o parte del capital social de la sociedad target. Tras la adquisición, se deberá dar cumplimiento a las garantías otorgadas frente a los prestamistas.
- (iv) Por último, dado el carácter instrumental de la Newco, los activos y derechos de mayor valor residen en la sociedad target, por lo que, los prestamistas prefieren contar con garantías directas sobre estos activos y derechos, junto con las acciones de la sociedad target en Newco. Por ello, es frecuente que este tipo de operaciones finalicen con la **fusión de ambos patrimonios**. En el caso descrito, la fusión sería de tipo **impropia y directa**, pues la sociedad absorbente, CerTronic, adquiriría directamente el 100% de las participaciones de la sociedad absorbida, CirCerámica.

2.3.3. Asistencia financiera

En cada caso se debe analizar la compatibilidad entre el repago de la deuda más los intereses correspondientes con los recursos de la sociedad vehículo y el patrimonio de ésta sirva para la devolución de la financiación para llevar a cabo la adquisición.

2.3.3.1. *Concepto y la ratio legis*

La asistencia financiera consiste en todos aquellos negocios jurídicos que, directa o indirectamente, conllevan la utilización de los recursos de la sociedad para la adquisición de sus participaciones sociales. Ello significa que no podrán ofrecerse en garantía de la financiación obtenida los activos de la sociedad target para la adquisición de sus participaciones¹⁷.

Es más, conforme al artículo 143.2 de la LSC, *la sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia*

¹⁷ **Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A.** Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs*. *Ibidem*. Pág. 212.

financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

Por lo tanto, esta prohibición opera cuando la asistencia financiera tiene como objetivo la adquisición de las participaciones o acciones de la sociedad target. Así, para que exista asistencia financiera es necesario que concurra este nexo causal. En este sentido, el **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007**, asunto de la OPA de Gas Natural y Endesa, afirma que, para infringir la prohibición de asistencia financiera del antiguo artículo 81 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, el “*motivo determinante de la operación*” debía ser la asistencia financiera para la adquisición de las acciones, de modo que, en caso de que hubiese otra finalidad, no se incurriría en dicha prohibición.

Asimismo, la vinculación del patrimonio de la sociedad objetivo al pago de la deuda se debe alcanzar sin infringir la prohibición de asistencia financiera. Esta vinculación debe garantizar la protección de los intereses de los socios o accionistas, así como los de los terceros acreedores, frente a las alteraciones patrimoniales que puede sufrir la sociedad target (ej. vaciamientos patrimoniales o desviaciones de poder de los órganos de gobierno).

Es cierto, que no es infrecuente que en los contratos de financiación suscritos para la adquisición de las participaciones aparezca como obligación la posterior fusión entre las dos sociedades. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que, en esos casos, la prohibición de asistencia financiera se encuentra dentro de la operación societaria. Por ello, para evitar incurrir en la prohibición de asistencia financiera es necesario asegurar los intereses de los socios o accionistas y de acreedores.

En nuestro caso, la operación de LBO quedaría dentro de la prohibición de asistencia financiera en las siguientes circunstancias:

- (i) Concurran todos los elementos de la prohibición recogidos en el artículo 143.2 de la LSC, en especial, la vinculación del patrimonio de CirCerámica, sociedad target, a la financiación de la deuda para la adquisición de sus participaciones.
- (ii) Exista un riesgo real sobre los intereses de los socios y de los acreedores como consecuencia de la asistencia financiera prestada por la sociedad objetivo.

- (iii) Las operaciones societarias – asistencia financiera y fusión- no revistan de mecanismos de protección de los intereses jurídicos de los socios y de terceros acreedores.

En efecto, en las operaciones de LBO que concurre asistencia financiera se pueden distinguir dos negocios jurídicos: (i) el negocio de asistencia financiera promovido por la sociedad asistente y la sociedad asistida y (ii) el negocio por el cual se adquieren las participaciones sociales de la sociedad objetivo.

En caso de incurrir en la prohibición, se declarará nulo el negocio de asistencia financiera en virtud del artículo 6.3 del Código Civil, (en adelante, “CC”), por ser contrario a las normas imperativas y prohibitivas cuando no hay consecuencias específicas en caso de incumplimiento. No obstante, el negocio de adquisición de las participaciones no es condición del segundo y no es necesaria la eficacia del primero para la validez y eficacia del segundo.

Así, aunque ambos contratos sean independientes entre sí, no puede omitirse la posibilidad de que el juez considere nulo el negocio de adquisición porque el vendedor de las participaciones haya actuado de mala fe por conocer la prohibición de asistencia financiera y, por ende, perjudique a terceros adquirentes de buena fe.

Cabe recordar que la prohibición de asistencia financiera también despliega consecuencias administrativas, civiles y/o penales para los administradores de la sociedad.

2.3.3.2. Aplicación del artículo 35 de la LME

Como venimos explicando, con carácter general, una operación de LBO culmina con la fusión de la sociedad adquirente y la sociedad target. De este modo, el patrimonio de la sociedad objetivo queda vinculado al pago de la deuda contraída como consecuencia de la adquisición. No obstante, una cuestión doctrinal es si la operación de fusión apalancada infringe o no la prohibición de asistencia financiera de los artículos 143.2 y 150 de la LSC.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales, (en adelante, “LME”), los tribunales españoles únicamente se han pronunciado en el mencionado **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007**, en relación con la OPA de Endesa y Gas Natural,

afirmando que no procede aplicar la prohibición de asistencia financiera en el proceso de la fusión “por existir todas las garantías específicas para terceros acreedores y socios minoritarios”.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LME, la figura de la fusión apalancada obtiene una regulación específica conforme al artículo 35 del texto legal.

“Artículo 35. Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente.

En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:

1.ª El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.

2.ª El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

3.ª El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión.”

En efecto, la existencia de asistencia financiera en la operación de fusión apalancada recae en el informe del experto independiente designado por el Registro Mercantil y en el informe de los administradores de la sociedad.

Concretamente, el contenido del informe del experto independiente es de naturaleza económica haciendo hincapié en la “razonabilidad de las indicaciones” del proyecto de fusión aludiendo a

los recursos y plazos previstos de la sociedad resultante para el repago de la deuda contraída para la adquisición de la sociedad objetivo.

Mientras que, el informe de los administradores sociales sobre el proyecto de fusión tiene un carácter técnico y financiero indicando el *plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir*¹⁸.

En definitiva, la operación de fusión apalancada entre CerTronic y CirCerámica resultará lícita cuando se prevea que la sociedad resultante es capaz de generar recursos suficientes para satisfacer la deuda sin aminorar la rentabilidad de sus actividades. Por el contrario, la misma operación será ilícita cuando existan dudas sobre el futuro estado de solvencia de la sociedad resultante.

Por otra parte, además de la determinación de la existencia de asistencia financiera en operaciones de fusión apalancada, son relevantes otros aspectos, entre otros¹⁹:

- (i) La responsabilidad de los administradores frente a los socios y acreedores a la hora de reforzar los requisitos de información establecidos en el artículo 35 de la LME. Por ello, los administradores deben actuar diligentemente en este tipo de operaciones, pudiendo, incluso, aminorar el nivel de apalancamiento propio de las operaciones de LBO.
- (ii) La necesidad del informe de experto independiente en las operaciones de fusión apalancada. Como hemos mencionado previamente, el informe de experto independiente determina la existencia de asistencia financiera en este tipo de operaciones complejas. Por ello, la doctrina mayoritaria, así como el criterio consensuado de los registradores mercantiles, apoyan la necesidad de este informe, señalando que el artículo 35 del Cuerpo Legal tiene carácter de ley especial y, por ende, es de aplicación preferente.
- (iii) El cómputo del plazo de tres años establecido en el artículo 35 de la LME, debe iniciarse desde la fecha del proyecto de fusión ya que en esta fecha los administradores de las sociedades intervinientes deciden realizar la operación societaria y analizan si procede aplicar el mencionado artículo. Transcurrido el plazo,

¹⁸ **Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A.** Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs. Ibidem.* Pág. 219.

¹⁹ **Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A.** Capítulo 5. *Leveraged Buy Outs. Ibidem.* Pág. 222-224.

no es posible aplicar el artículo 35, pero ello no excluye per se la vulneración del principio prohibitivo de asistencia financiera de los artículos 143.2 y 150 de la LSC.

- (iv) Por último, el informe de experto independiente sobre la existencia o no de asistencia financiera no tiene vinculación jurídica. Por ello, es necesario observar los efectos de este informe, bien con relación a la imposibilidad de llevar a cabo la fusión apalancada, ya que el experto independiente en su informe se haya pronunciado en contra pues tal operación conlleva la existencia de asistencia financiera. O bien, en caso de que no determine la existencia de asistencia financiera en la fusión, ésta quedará inscrita en el Registro Mercantil. Por lo tanto, el informe de experto es un elemento subjetivo necesario para determinar si concurre o no asistencia financiera en la adquisición de las participaciones sociales propias.

A nuestro juicio, la consideración sobre la existencia o no de asistencia financiera recae sobre los jueces y tribunales, sin perjuicio, de que un informe de experto independiente con salvedades u opiniones negativas pueda tener un carácter relevante en la decisión final del juez.

Por último, la fusión apalancada entre la sociedad española, CerTronic, y la sociedad italiana, CirCerámica, tiene un componente transnacional (*crossborder*). En otras palabras, son dos sociedades sitas en estados miembros diferentes sometidas a distintos ordenamientos que pueden diferir en el tratamiento de la asistencia financiera. Sin embargo, únicamente nos hemos centrado en el régimen de la asistencia financiera bajo el Derecho español.

A diferencia de las dos posibilidades descritas con anterioridad, la operación de fusión apalancada implica que los socios de CirCerámica no formen parte del accionariado de CerTronic. No obstante, es una operación muy compleja con múltiples requisitos a cumplir, entre ellos, que la sociedad resultante posea suficientes recursos para el repago de la deuda y el mantenimiento de la rentabilidad de la actividad.

3. Traslado del domicilio al extranjero

Tras la adquisición de la sociedad italiana, el interés de trasladar el domicilio social a los Países Bajos tiene como objetivo mediato la fusión entre la nueva sociedad de CirCerámica holandesa y otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV.

Así, cabe apuntar que el traslado del domicilio de una sociedad española al extranjero es una operación societaria que conlleva la modificación de los estatutos sociales, pues una sociedad constituida bajo el derecho del Estado de origen cambia su *lex societatis* y se somete a la ley del Estado de destino. Por ello, la ley exige los administradores o, en su caso, los socios autores de la propuesta redacten el texto íntegro de la modificación que proponen y, en las sociedades anónimas, deberán redactar igualmente un **informe escrito con justificación de la misma** (art. 286 LSC).

No obstante, en este caso es importante tener en cuenta que en el país de destino no se realiza ninguna actividad económica y, por ello, debemos considerar si el traslado del domicilio social conlleva también la migración de la sede real de la sociedad. Para explicar este punto, analizaremos la jurisprudencia sobre la que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “*TJUE*”)²⁰.

En primer lugar, el caso Cartesio por el cual una sociedad húngara quería trasladar su domicilio a Italia, pero sin modificar la *lex societatis* de Hungría. El Tribunal aclaró que no era posible tal traslado ya que el país de origen no permitía tener el domicilio social en otro Estado. Su fundamento principal fue que las sociedades son creaciones de derecho – caso Daily Mail- y cada Estado determina los requisitos para adquirir y mantener la personalidad jurídica.

Por el contrario, el caso Vale admite el traslado del domicilio social y de la sede real a un mismo Estado. El TJUE afirmó que, en caso de admitir la transformación de sociedades a nivel interno, debería admitirse el traslado internacional de domicilio en virtud del principio de libertad de establecimiento de los artículos 49 y 54 del Tratado de la Unión.

La jurisprudencia va más allá sobre el cambio de domicilio social sin producirse el traslado de la sede real. El TJUE no impone un tratamiento distinto para el caso de constituir una sociedad nueva (caso Polbud), o bien de modificar una existente (caso Centros) y, ha permitido el traslado del domicilio a un Estado en el que no se iba a realizar ninguna actividad.

Más a más, la consecuencia de la Sentencia Polbud es que la sociedad puede elegir la legislación que le resulte más ventajosa y ésta pueda ser la única justificación de la transformación

²⁰ **Castañeda, M^a Luisa y Álvarez, Segismundo.** “*El traslado internacional de domicilio social y la posibilidad de elegir la “lex societatis”: el Caso Polbud*”. Asociación Española de Asesores Fiscales. Sección de Derecho Mercantil-Civil. Diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/37132/el-traslado-de-domicilio-social-y-la-posibilidad-de-elegir-la-lex-societatis->

transfronteriza: “No constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa²¹”.

En efecto, el **asunto Polbud de 25 de octubre de 2017** modifica la línea jurisprudencial anterior en lo relativo al principio de libertad de establecimiento. Así, las sociedades pueden optar por la legislación más ventajosa y conveniente, no sólo en el momento de su constitución, sino en cualquier situación posterior por medio de la transformación transfronteriza

En el caso descrito el traslado de domicilio no implica la disolución y liquidación de la sociedad española, pues lo único que quiere es trasladar su domicilio social a los Países Bajos, no constituir una nueva sociedad.

Para ello, es necesario la adopción de un acuerdo de la Junta General para la modificación de los estatutos sociales y formalizar tal acuerdo para dar de baja el domicilio social en el Registro Mercantil de Madrid.

A continuación, se debe solicitar la correspondiente certificación del Registro Mercantil Central que se entregará con la escritura otorgada en España al país de destino, sin perjuicio de otros requisitos que puedan exigirse y/o de los convenios internacionales.

Finalmente, cuando en el proceso de traslado de domicilio no procede la disolución ni liquidación de la sociedad, ésta conservará su personalidad jurídica, con la variante de la nacionalidad. Una vez adoptado el acuerdo, se debe elevar a público ante Notario español en virtud del principio de publicidad registral.

3.1. Requisitos generales

El traslado internacional de domicilio de una sociedad mercantil implica una nueva nacionalidad para la sociedad y consiguientemente un cambio de Derecho aplicable. En otras palabras, entraña una modificación de la *lex societatis*²².

²¹ **Castañeda, M^a Luisa y Álvarez, Segismundo.** “El traslado internacional de domicilio social y la posibilidad de elegir la “*lex societatis*”: el Caso Polbud”(…) *Ibidem*.

²² **Goenechea, Juan M. y Gracia, C.** “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2009). Pág. 17. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf>

Los presupuestos generales para el traslado se encuentran en la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME), y en la Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (en adelante, “Directiva”)²³. A continuación, citamos:

Artículo 92. Régimen jurídico del traslado internacional del domicilio social.

El traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español se registrarán por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en este Título, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea.

Artículo 93. Traslado del domicilio social al extranjero.

1. El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.

2. No podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores.

Por otra parte, a nivel europeo, el pasado 12 de diciembre de 2019 se publicó la Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, la cual modifica la Directiva 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

Concretamente, la transformación transfronteriza [art. 86 ter (2) de la Directiva] es equivalente al traslado internacional de domicilio social regulado en los artículos 92 y ss. de la LME. Finalmente, el cambio de domicilio social al extranjero conlleva una transformación de la sociedad.

No obstante, el artículo 3 de la Directiva señala que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a más tardar el 31 de enero de 2023. Consecuentemente, únicamente procedemos analizar los requisitos especiales de la LME.

²³ Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

3.2. Requisitos especiales

Para eliminar toda clase de arbitrariedad y perjuicios a la sociedad, la LME ha establecido una serie de requisitos más específicos para el traslado internacional de domicilio. A continuación, los detallamos²⁴.

(i) Proyecto del traslado

El artículo 95 de la LME dispone que los administradores de la sociedad, para el traslado de domicilio, deberán redactar y suscribir un proyecto de traslado. En caso de que falte la firma de alguno de ellos, de debe señalar al final del proyecto con indicación de la causa.

Así, el proyecto de traslado contendrá, al menos, las menciones siguientes:

- La denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil.
- El nuevo domicilio social propuesto.
- Los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social.
- El calendario previsto para el traslado.
- Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores.

Los administradores están obligados a presentar, para su depósito en el Registro Mercantil correspondiente, un ejemplar del proyecto de traslado. Efectuados el depósito y la calificación del Registrador, éste comunicará al Registrador Mercantil Central para su inmediata publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en adelante, “BORME”), el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar. La publicación de la convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre el traslado no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito.

En el anuncio en el BORME deberán constar la denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad que se traslada, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, así como una

²⁴ **Faus. M.** “Traslado del domicilio social al extranjero”. En VLex España. Disponible <https://practico-sociedades.es/vid/traslado-domicilio-social-extranjero-380390854>. Última consulta 14 de octubre de 2020.

indicación de las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores y la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, información sobre esas condiciones.

(ii) Informe de los administradores

En virtud del artículo 96 de la LME, los administradores tienen el deber de elaborar un informe que recoja de manera detallada los aspectos jurídicos y económicos del traslado, así como las consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores.

En efecto, este informe constituye la base sobre la que se pronunciarán los socios en el seno de la Junta General, la cual tiene la competencia para decidir sobre el traslado de domicilio social.

Más a más, dado que la sociedad carece de actividad en los Países Bajos es necesario que a corto plazo el nuevo domicilio sea el centro efectivo de intereses o el principal establecimiento, y no cause un perjuicio para el interés social. Por el contrario, los administradores podrían incurrir en responsabilidad por infringir el deber de diligencia y, el acuerdo sería susceptible de ser impugnado por los administradores y socios que no hubiesen votado a favor del traslado.

Como consecuencia, recomendamos que, para evitar este conflicto, los administradores justifiquen en su informe que el cambio de domicilio es conforme a su deber de diligencia y para el buen fin de la sociedad.

(iii) Convocatoria y el Acuerdo de la Junta

Conforme al artículo 97 de la LME, el traslado de domicilio implica una modificación de los estatutos sociales y, por tanto, debe ser acordado necesariamente por la junta de socios con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada.

Para la adopción del acuerdo es necesario convocar la junta y hacer valer el derecho de información de cada uno de los socios (art. 98 LME). La convocatoria de la junta deberá publicarse en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta. Es más, junto a la convocatoria deberán publicarse, además, las siguientes menciones:

- El domicilio actual y el domicilio que en el extranjero pretende tener la sociedad.
- El derecho que tienen los socios y los acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de obtener gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos.
- El derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y la forma de ejercitar esos derechos.

Una vez convocada la Junta se deberá proceder a su constitución conforme al quorum exigido por la Ley de Sociedades de Capital. En virtud del artículo 194 de la LSC, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento (25%) de dicho capital. No obstante, debe tenerse en cuenta el mínimo de votos que exige el artículo 201.2 de la LSC, advirtiendo que si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento (50%) 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 (25%) o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento (50%).

En caso de que exista alguna previsión estatutaria que eleve el quórum y/o mayorías mínimas para la adopción del acuerdo social, prevalecerá ésta (art. 194.3 de la LSC)

Una vez constituida la Junta con los requisitos legales exigidos, se procederá a la adopción del Acuerdo de traslado de domicilio al extranjero. Cabe destacar que la mera adopción del acuerdo no basta para llevar a cabo el traslado. Será necesario elevar a público el acuerdo y la certificación del Registrador mercantil para su posterior inscripción en el Registro Mercantil.

(iv) Certificación previa al traslado

La sociedad debe solicitar la correspondiente certificación del Registro Mercantil Central para poder llevar a cabo el traslado del domicilio al extranjero. Una vez solicitada y presentada la escritura pública, el Registrador mercantil del domicilio social certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado. El contenido se limita a certificar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la LME, con el fin de que en el país de destino se pueda proceder a la inscripción de la sociedad que se traslada y

proporcionar la información registral para identificar a la sociedad²⁵. De esta manera, una vez expedida la certificación quedará cerrado el Registro para nuevas inscripciones (art. 101 LME).

Por tanto, la eficacia del traslado del domicilio de la sociedad al extranjero y la modificación de los estatutos sociales despliega sus efectos en la fecha en que la sociedad haya procedido a su inscripción en el Registro Mercantil de los Países Bajos (art. 102 LME).

(v) **Cancelación de la inscripción**

Conforme al artículo 103 de la LME, la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil de Madrid tendrá lugar cuando se aporte el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil de los Países Bajos y los anuncios de esa inscripción en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio.

3.3. Derecho de separación de los socios y de oposición de los acreedores

De otra parte, es importante señalar el sistema detallado en la LME de protección a los socios y acreedores. Por un lado, el derecho de separación de los socios que hubiesen votado en contra del acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero en el seno de la Junta General (art. 99 LME).

En este caso, el artículo 206 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, “RRM”) dispone que los socios que voten en contra del acuerdo de cambio de domicilio tendrán derecho de separación de la sociedad. Para ello, el precepto exige que conste en la escritura, por la que se adopta el acuerdo, o en otra posterior, el consentimiento de todos los socios, la publicación del acuerdo en el BORME, o bien, el envío de la comunicación sustitutiva de la publicación a los socios que no hubiesen votado a favor. Además, los administradores deberán declarar que los socios no han ejercita su derecho de separación en el plazo de un (1) mes (art. 348.2 LSC). En caso de que alguno de los socios muestre su disconformidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 208 del RRM – inscripción de la separación del socio-.

²⁵ **Goenechea, J. Miguel y Gracia, C.** “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez (2009). Pág. 25. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf>

Por otro lado, los acreedores también podrán ejercitar su derecho de oposición cuando por el acuerdo del traslado de domicilio vean afectadas sus garantías de cobro. Para ello, es necesario que el crédito hubiese nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero (art. 100 LME). Esta figura de oposición existe para los supuestos de fusión y determinados casos de reducción de capital, por lo tanto, deberá de aplicarse de manera análoga para el caso de migración de la sociedad (art. 44 LME). Así, el plazo para ejercitar la oposición debe computarse desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se apruebe el acuerdo de traslado del domicilio social. No obstante, la publicación de la adopción del acuerdo del traslado no es obligatorio, por lo que podemos extender el régimen del artículo 43 de la LME al acuerdo de migración societaria. Así, el acuerdo de traslado del domicilio social el acuerdo se publicará en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio social.

4. La cooptación

El Consejo de Administración de CerTronic está formado por cinco (5) personas, pero con una vacante no cubierta: D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Antonio Falomir Esteve, y un consejero designado por Vulture.

El hecho de que exista una vacante en este órgano colegial tiene carácter trascendente en la toma de decisiones de la sociedad. A continuación, analizamos la figura de la cooptación por entender que es una vacante anticipada. En caso contrario, no aplicaría la cooptación sino el sistema de representación proporcional (art. 243 LSC).

Por un lado, se debe señalar que la cooptación únicamente tiene cabida para las sociedades anónimas, cuyo alcance consiste en que en caso de que se produzcan vacantes anticipadas sin que existan suplentes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas – las vacantes- hasta que se reúna la primera junta general (art. 244 LSC).

Así, las notas características de esta figura son: (i) es un derecho de las sociedades anónimas, (ii) la voluntad de la sociedad la expresa el Consejo de Administración, (iii) no deben existir suplentes para ocupar las vacantes anticipadas, (iv) al ser una sociedad anónima no cotizada, la vacante

debe ser cubierta por uno de los accionistas y, (v) la duración es temporal siendo la correspondiente al administrador cuya vacante se ha cubierto²⁶.

En principio la causa de la vacante es irrelevante (muerte, inhabilitación, incapacitación, etc.). La doctrina ha manifestado que no puede cubrirse una vacante por cooptación cuando la duración del cargo ha llegado a término pues no se trataría de una vacante anticipada.

Por tanto, se trata de un acuerdo del Consejo de Administración que debe estar válidamente constituido para llevar a cabo la designación de nuevo consejero por medio de la cooptación (**Resolución de la DGRN 31 de julio de 2014**²⁷).

La **Resolución de 8 de febrero de 2017 de la DGRN**²⁸ describe la figura de la cooptación en una sociedad anónima – cotizada- como derecho excepcional y cuando tiene lugar su agotamiento. En síntesis, esta resolución define los límites de la designación de administradores por cooptación.

Así, si el Consejo quiere designar a un nuevo consejero tras la celebración de la junta, estaría vetado para utilizar el instrumento de la cooptación. La razón de ello es que la competencia de nombrar a los administradores recae sobre la Junta y, en caso, de que ésta no se pronuncie sobre la vacante implica su voluntad de no cubrirla.

Por tanto, debe admitirse el nombramiento de administradores por cooptación con posterioridad a la celebración de la junta *sólo si la cobertura de la vacante aparecía en el orden del día de la junta*²⁹. La DGRN afirma que:

“Debe rechazarse la autointegración del consejo por cooptación si la junta general no ha tenido la oportunidad de tratar la cuestión relativa al nombramiento de administradores por no figurar en el orden del día”.

En efecto, recomendamos cubrir la vacante existente en el Consejo de Administración con carácter previo a la celebración de la junta pues sino puede aparecer el riesgo de distorsión de las

²⁶ “Sobre la cooptación como derecho excepcional y cuándo se agota”. 17 de marzo de 2017. Osborne Clarke. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/sobre-la-cooptacion-como-derecho-excepcional-y-cuando-se-agota/>

²⁷ RDGRN de 31 de julio de 2014. BOE 23 de septiembre. Sección III. Núm. 231. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9655

²⁸ RDGRN de 8 de febrero de 2017. BOE 1 marzo. Sección III. Núm. 51. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/03/01/pdfs/BOE-A-2017-2166.pdf>

²⁹ **Alfaro, J.** “Cobertura de vacantes en el consejo de administración por cooptación”. 1 de marzo de 2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/cobertura-vacantes-consejo-administracion-cooptacion>

competencias de los órganos sociales. Más a más, recomendamos cubrir la vacante para evitar el bloqueo en la toma de decisiones, pues en virtud del artículo 248.1 de la LSC *los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión*. Por lo tanto, salvo disposición estatutaria que le confiera al presidente el voto dirimente (**Resolución de la DGRN de 17 de julio de 1956 y 5 de noviembre de 1956**), en caso de empate se producirá un bloqueo del órgano social para la toma de decisiones.

5. Conclusión

Por todo lo expuesto, este despacho profesional considera que el Consejo de Administración de CerTronic debe llevar a cabo la adquisición de la sociedad italiana de CirCerámica a través de la modalidad de aumento de capital con aportación de la marca pues es el único activo que tiene CirCerámica, al carecer de actividad económica debido a una escisión societaria. Entre todas las posibilidades, esta forma de adquisición es la menos compleja y menos operaciones mercantiles conlleva. No obstante, este tipo de adquisición implica que los socios italianos formen parte del accionariado de CerTronic, a diferencia de la fusión apalancada.

Entre los requisitos principales del aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, destacamos el informe de uno o varios expertos independientes que determinen el valor de la marca italiana, así como el informe del órgano de administración que justifique de manera razonada el aumento de capital. Una vez adoptado el acuerdo en la junta general, se deberá de inscribir en el Registro Mercantil y llevar a cabo la modificación de los estatutos sociales conforme a la nueva cifra de capital social.

Por otro lado, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE, – en concreto el Caso Polbud-, el traslado del domicilio social a los Países Bajos es válido en virtud del principio de libertad de establecimiento. Para ello, es necesario adoptar un acuerdo en la junta general con el quorum reforzado del artículo 194 de la LSC por ser una modificación de estatutos sociales. Además, se deberá de cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil de Madrid – domicilio de CerTronic- cuando se aporte el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil de los Países Bajos.

Todo ello sin perjuicio de que los accionistas que muestren su disconformidad y voten en contra puedan separarse de la sociedad o, incluso impugnar tal acuerdo por ser abusivo. En otras palabras, la sociedad no desarrolla ninguna actividad económica en los Países Bajos y, su único objetivo es conseguir una fusión con una filial del accionista mayoritario - Vulture-.

Por último, recomendamos cubrir la vacante existente en el Consejo de Administración en aras de evitar el bloqueo y distorsión de competencias de los órganos sociales en la toma de decisiones. El mecanismo más adecuado es la cooptación descrita en el artículo 244 de la LSC por tratarse de una vacante anticipada. En caso contrario, podrá operar el sistema de representación proporcional del artículo 243 del mismo cuerpo legal.

ANEXOS

ANEXO I: ESQUEMA TIPO DE UNA OPERACIÓN DE LBO O FUSIÓN APALANCADA



**ANEXO II: CALENDARIO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES Y LOS PLAZOS
CORRESPONDIENTES**

**Calendario de fusión por absorción entre CerTronic, S.A. (sociedad absorbente) y
CirCerámica, S.L. (sociedad absorbida).**

Fecha	Operación
X – 86 días	Balances de fusión, que deberían coincidir con las cuentas anuales. Informe de auditoría, si fuera el caso.
X – 86 días	Redacción y suscripción del proyecto de fusión y del informe de los administradores
X – 86 días	Depósito del proyecto en el Registro Mercantil y publicación BORME. Solicitud de nombramiento de experto independiente (*)
X – 31 días	Elaboración de informe de experto independiente.
X - 31 días	Convocatoria de las Juntas Generales Extraordinarias de la sociedad absorbente (CerTronic).
X	Celebración de la Junta y adopción del acuerdo de fusión
X + 1 día	Publicación del acuerdo de fusión en el BORME y en un diario de gran circulación en la Comunidad de Madrid
Desde X+1 día hasta X+1 mes y 1 día	Plazo para que los acreedores ejerzan su derecho de oposición.
X+1 mes y 2 días	Otorgamiento de la escritura de fusión.
X+1 mes y 3 días	Presentación en el Registro Mercantil de Madrid de la escritura de fusión.

() El nombramiento de experto independiente por el Registro Mercantil tarda 15 días aproximadamente y, posteriormente, el experto tiene 5 días para aceptar, aunque puede pedir una prórroga de 5 días más. Asimismo, habrá que calcular 30 días más para la redacción y entrega del Informe.*

INFORME II

Para Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra.

1. Introducción

El presente informe está elaborado por el despacho de abogados *Migana & Platero* y dirigido a Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra, socios de CerTronic, S.A. (en adelante, “*CerTronic*”). El mismo pretende recoger y analizar los diferentes motivos de oposición a la operación del domicilio social a los Países Bajos.

En primer lugar, analizaremos el concepto y la naturaleza de los pactos parasociales y las consecuencias del incumplimiento de la prestación accesoria, ya que la suscripción del pacto de socios se incluyó como prestación accesoria a través de una cláusula estatutaria.

En segundo lugar, estudiamos la infracción del deber de lealtad de los miembros del consejo de administración por recibir retribuciones externas por el éxito total de la operación de traslado; estas retribuciones no están recogidas en los estatutos sociales.

A continuación, consideramos la posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que se adopta el acuerdo de traslado del domicilio social a los Países Bajos.

Por último, en caso de que se lleve a cabo la operación citada, analizamos la posibilidad de impugnar el acuerdo por considerarlo abusivo por el ejercicio de la mayoría.

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos en el apartado primero del Informe I (vid. **Antecedentes**), procedemos a desarrollar cada uno de los motivos de oposición a la operación de traslado del domicilio social a los Países Bajos.

2. Los pactos entre socios, pactos parasociales o pactos extraestatutarios

Tras la incorporación de Vulture como accionista mayoritario (44%), Vulture adquirió una buena parte de los créditos de los bancos, concluyó un acuerdo de refinanciación con los socios de CerTronic, en virtud del cual: (i) CerTronic aumentaría su capital social por conversión de la mitad de un crédito, (ii) Vulture conserva un crédito de 4 millones de euros frente a la sociedad, (iii) en el pacto de socios se incluyeron diversas cláusulas referidas al pago de las cantidades y vencimientos del crédito pendiente y, (iv) en el pacto de socios se previó la obligación de todos los socios de suscribir el citado pacto como prestación accesoria incluida en los estatutos sociales.

A continuación, analizaremos la naturaleza de los pactos entre socios y el posible incumplimiento de la prestación accesoria por no suscribir el mencionado pacto.

2.1. Concepto, clases y naturaleza

Los pactos parasociales o pactos entre socios son aquellos que suscriben todos o parte de los socios de una sociedad, cuyo objeto natural es regular las relaciones internas de los socios firmantes del mismo con respecto a la sociedad³⁰. Cabe resaltar el carácter interno de estos pactos pues no se incorporan al ordenamiento de la persona jurídica.

Así, Cándido Paz-Ares³¹ define los pactos parasociales como: “*los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen.*”

En este sentido, la DGRN afirma que “*la admisibilidad de los pactos de este tipo, se fundamenta en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecer vínculos obligacionales con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él*” (RDGRN de 24 de marzo de 2010³²).

Es más, dos notas características de este tipo de pactos son la “*dependencia funcional*” que existe entre el contrato de la sociedad y los pactos entre socios, ya que éstos últimos aspiran a completar, concretar o modificar el contrato social. De esta manera, si el contrato principal fuese nulo, también devendría nulo el pacto parasocial. Y “*la autonomía negocial*” de esta modalidad de acuerdos, pues quedan fuera del marco del contrato social, gozando de un cierto nivel de independencia³³.

Ahora bien, el pacto de socios de CerTronic es un **pacto de organización o de funcionamiento**. Este tipo de pactos se califican como los más relevantes y conflictivos por regular el comportamiento de los socios firmantes dentro de los órganos sociales.

³⁰ **Feliu Rey. J.** “*Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*”. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2012, Madrid. Pág. 149.

³¹ **Paz-Ares, C.** “*El enforcement de los pactos parasociales*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>. Última consulta 6 de diciembre de 2020.

³² RDGRN de 24 marzo de 2010. BOE 10 de mayo. Sección III. Núm. 114. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-7482

³³ **Pérez Ramos. C.** “*Problemas que plantean los pactos parasociales*” 8 de septiembre de 2012. Lefevre. Disponible en: <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>

El carácter conflictivo de estos pactos reside en la organización del funcionamiento de los órganos que toman las decisiones sociales. Así, se podrá concentrar, distribuir o transferir el control de la sociedad. Una forma de instrumentar este tipo de pacto es a través de los acuerdos o sindicatos de voto. Entre los más destacados se encuentran: los pactos que restringen las competencias de los administradores, sobre la composición del órgano de administración, sobre el régimen de las modificaciones estatutarias, pactos de arbitraje para deshacer las situaciones de bloqueo o *deadlock*, etc.³⁴

2.2. El incumplimiento de la prestación accesoría

Por otra parte, tiene especial relevancia la obligación prevista en el pacto de socios de que todos los accionistas debían de suscribir el citado pacto. Esta obligación se incluyó mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad como prestación accesoría.

Las prestaciones accesorias son aquellas que se realizan a favor de la sociedad y tienen carácter obligatorio para todos o algunos de los socios (art. 86.3 LSC). Estas prestaciones pueden constituir obligaciones de dar, hacer o no hacer. En el concreto caso nos encontramos ante una obligación de hacer -suscribir el pacto de socios-.

Las principales notas de las prestaciones accesorias son: (i) su carácter accesorio a la condición de socio, (ii) tienen contenido propio y, por ello, difieren del deber de lealtad del socio, (iii) no son de aplicación las normas del resto de aportaciones ni del capital social, (iv) se recogen en los estatutos sociales y deben estar perfectamente determinadas³⁵.

Traemos a colación la **Resolución de la DGRN de fecha de 26 de junio de 2018**³⁶, la cual analiza la inscripción de los estatutos sociales de una sociedad anónima que incluyen como prestación accesoría la obligación de cumplimiento de un pacto parasocial. Así, el incumplimiento del pacto dará lugar a la exclusión del socio de la sociedad y corresponde al órgano de administración valorar tal incumplimiento.

³⁴ **Paz-Ares, C.** “*El enforcement de los pactos parasociales*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>. Última consulta 6 de diciembre de 2020.

³⁵ **Alfaro, J.** “*Las prestaciones accesorias*”. En Almacén de Derecho. 7 de octubre de 2015. Disponible en: <https://almacendederecho.org/lecciones-las-prestaciones-accesorias>

³⁶ RDGRN de 26 de junio de 2018. BOE 10 de julio. Sección III. Núm. 166. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9615

Por un lado, la Dirección examina el contenido del artículo 29 de la LSC³⁷ y afirma que, por el carácter privado de los pactos de socios, éstos no tienen acceso al Registro Mercantil, aunque en determinadas ocasiones caben excepciones. Sin embargo, la doctrina admite la eficacia de los pactos parasociales mediante las cláusulas estatutarias.

Por otro lado, también es importante señalar el artículo 86 de la LSC, el cual admite la inclusión de prestaciones accesorias en los estatutos sociales. En este sentido, la Dirección puntualiza una especial precisión en el contenido y características básicas de estas prestaciones para otorgar claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados³⁸.

En definitiva, la DGRN admite la obligación de cumplimiento de un pacto de socios como prestación accesorias siempre y cuando ésta se encuentre perfectamente identificada con referencia a la escritura pública en la que se formalizó el citado pacto de socios.

En suma, el hecho de que D. Amparo y D. Lidón no hayan suscrito el pacto de socios conlleva un incumplimiento de la prestación accesorias establecida en los estatutos sociales. La razón de ello es que los estatutos sociales vinculan de “*forma automática*” a todos los socios³⁹. Por ello, el artículo 346.1 d) de la LSC prevé el derecho de separación de la sociedad en caso de que se establezcan nuevas obligaciones de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.

Ante el incumplimiento de la prestación accesorias, el artículo 350 de la LSC establece la exclusión del socio incumplidor de la prestación accesorias en las sociedades limitadas. Sin embargo, el legislador nada dice de las sociedades anónimas. Por ello, el artículo 86.1 de la LSC prevé que en los estatutos sociales se deberán describir *las eventuales cláusulas penales inherentes al incumplimiento de las prestaciones accesorias*.

Por lo tanto, a priori el incumplimiento voluntario de la prestación accesorias únicamente conllevaría la exclusión de las socias incumplidoras si se prevé en los estatutos sociales de manera expresa.

³⁷ **Art. 29 LSC:** “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.”

³⁸ “Cumplimiento de un pacto de socios como prestación accesorias”. En ARCO. Abogados y Asesores Tributarios 2 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.arcoabogados.es/es/articulo-legal/el-cumplimiento-de-un-pacto-de-socios-como-prestacion-accesoria>

³⁹ **Feliu Rey. J.** “Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas”. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2012, Madrid. Pág. 179.

A nuestro juicio, el incumplimiento voluntario de una prestación accesoria no debe llevar aparejada la exclusión del socio incumplidor y, por ende, la extinción del vínculo social, pues como hemos mencionado previamente, estas prestaciones tienen carácter accesorio sin necesidad de afectar a la obligación principal – aportar capital-. Por lo tanto, el derecho de permanencia de un socio está marcado sustancialmente por el cumplimiento de su obligación principal.

3. Deber de lealtad de los administradores

El compromiso de Vulture de retribuir con una prima por el éxito total de la operación de traslado del domicilio social a Países Bajos a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture, conlleva el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores que reciban esas remuneraciones.

El artículo 228 de la LSC recoge las obligaciones derivadas del deber de lealtad de los administradores, entre las cuales se encuentra la adopción de medidas que eviten las situaciones de conflicto de interés. En concreto, el administrador debe abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía [art. 229.1 e)].

La doctrina⁴⁰ denomina este tipo de recompensa a los administradores con la nomenclatura de “*retribuciones externas*”, cuando la remuneración percibida por un administrador proviene de un tercero distinto de la sociedad, o bien “*retribuciones internas*”, cuando esta recompensa proviene de la sociedad. La ventaja de las retribuciones externas es que, a diferencia de las internas, no corren a cargo de la sociedad.

El cargo de administrador es con carácter general gratuito. Por ello, en caso de que exista una retribución a los miembros del órgano colegiado es preciso que se prevea en los estatutos de la sociedad (art. 217 LSC). De esta manera, la reserva estatutaria de la remuneración del administrador pretende crear un sistema de protección de los socios minoritarios – como Doña Amparo y Doña Lidón- frente a las posibles retribuciones exorbitantes de los administradores (art. 217.4 LSC).

⁴⁰ **Paz-Ares. C.** “*La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas*”. Enero, 2014. Disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1037.pdf>

Frente a esta situación abusiva, Doña Amparo y su hija, Doña Lidón, podrán ejercer la acción social de responsabilidad frente a los administradores por contravenir su deber de lealtad y en interés de la sociedad. Esta acción social para reclamar la responsabilidad de los administradores se encuentra recogida en el artículo 238 de la LSC. Es más, no es necesaria la convocatoria de la Junta General para ejercer la acción de responsabilidad de los administradores *por mor* del artículo 239.1 *in fine*:

“El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.”

Más a más, el **Tribunal Supremo, Sentencia de 16 de abril de 2018**⁴¹, recoge los requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores:

*“No cabe duda que la acción ejercitada es la **acción social de responsabilidad**. Acción que en el presente caso y de acuerdo con la **doctrina jurisprudencial** de esta Sala (entre otras, STS 281/2017, de 10 de mayo) cumple con los **requisitos exigidos** para su aplicación, esto es:*

- *La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores.*
- *Que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal.*
- *Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal.*
- *Que la sociedad sufra un daño*
- *Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.”*

Asimismo, la estimación de la acción de responsabilidad implicaría el deber de los administradores de restituir a la sociedad las cantidades percibidas, así lo ha venido estableciendo el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones. En este sentido, el Alto Tribunal ha fallado en contra de un administrador único a reintegrar a la sociedad las retribuciones percibidas sin que éstas estuviesen previstas en los estatutos sociales. Así, aunque las retribuciones fuesen conocidas y consentidas por todos los socios, no se admiten las retribuciones ilegales.

⁴¹ STS (Sala Primera de lo Civil), FJ 3º, núm. 221/2018 de 16 de abril (ROJ 1319/2018).

No obstante, la jurisprudencia del Alto Tribunal determina que en caso de que exista un acuerdo de junta general que apruebe estas retribuciones -sin adopción de un acuerdo de modificación de estatutos sociales- generando una especie de confianza en el administrador para percibir las retribuciones, estas no serán objeto de devolución en virtud de la doctrina de los actos propios y del principio de buena fe⁴².

Por lo tanto, la conducta de los administradores de percibir retribuciones del socio mayoritario- Vulture- por el éxito total de la operación del traslado del domicilio social a Países Bajos merece la calificación antijurídica por infringir la ley y no actuar bajo su correspondiente deber de lealtad. Como consecuencia de tal conducta, doña Amparo y Doña Lidón podrán ejercer la acción social de responsabilidad frente a los administradores.

Por último, las acciones de voto doble por lealtad son aquellas que se otorgan con el objetivo de proteger las inversiones de los accionistas de sociedades cotizadas. No obstante, este instrumento quebranta el principio de proporcionalidad entre el derecho de voto y el capital social por afectar a la igualdad de trato y al principio de evitar los acuerdos abusivos. Conforme al Proyecto de Ley por el que se modifica la LSC, la concesión de un voto doble por cada acción será posible únicamente en sociedades cotizadas y siempre que sea titular de la acción dos años consecutivos e ininterrumpidos desde la inscripción en el registro especial de acciones de lealtad⁴³.

4. Los Acuerdos o Sindicatos de Voto

Tras haber analizado la naturaleza de los pactos entre socios, cabe destacar la posibilidad de que los accionistas suscriban acuerdos para determinar el ejercicio del derecho de voto – *sindicatos*-. El fundamento principal de estos pactos es el carácter confidencial u oculto que quieren guardar sus firmantes, limitando el alcance de los efectos a los suscriptores y la inoponibilidad a la sociedad por no estar recogidos en los estatutos sociales⁴⁴.

⁴² **Cámara. E.** “¿Puede el socio minoritario actuar frente a las retribuciones abusivas del administrador?”. En Araoz & Rueda Abogados. 3 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.araozyrueda.com/puede-el-socio-minoritario-actuar-frente-a-las-retribuciones-abusivas-del-administrador/>

⁴³ **Hontoria Salgado, P.** “Acciones de lealtad: virtudes, defectos e incógnitas”. En Cinco Días. 9 de octubre de 2020. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/08/legal/1602166639_097414.html

⁴⁴ “Las cláusulas de los pactos parasociales y su cumplimiento. Remedios Contractuales”. En **VBB ABOGADOS**. 26 de febrero de 2020. Disponible en: <https://vbbabogados.com/clausulas-de-los-pactos-parasociales/>.

Es más, los sindicatos de voto revisten las características de los pactos parasociales. Por ello, estos pactos siempre son acuerdos extraestatutarios, pero no a la inversa⁴⁵.

El **Tribunal Supremo**⁴⁶ define el pacto de sindicación de acciones o de voto como:

“Un acuerdo extrasocietario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA., actual art. 29.1 LSC), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben. Por este acuerdo los sindicatos se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en la junta general en un determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismos o a través de un representante, también elegido por el sindicato. En suma, se trata de un contrato asociativo que tiene como finalidad poder influir en las decisiones que se adopten en el seno de la junta general de la sociedad”.

Estos pactos afectan al ejercicio del derecho de voto, así, los firmantes se comprometen a votar en una disciplina unitaria para reforzar la posición política dentro de la sociedad, mantener el control de la sociedad o proteger al socio o accionista minoritario⁴⁷. Por lo tanto, los firmantes acuerdan votar en un sentido determinado, abstenerse de votar, o bien, previa celebración de la junta reunirse para deliberar el voto.

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2006** afirma:

“Lo define como contrato asociativo que tiene como finalidad influir en la toma de decisiones que se adopten en el seno de la junta general”

Y, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 1999**:

“El voto emitido por el socio eludiendo la disciplina del sindicato de voto del cual es miembro, es un voto plenamente legítimo y eficaz en el ámbito social con independencia de los efectos que genere en el ámbito parasocial”.

⁴⁵ **Claramunt Julián. C.** “El pacto de sindicación de acciones y la solicitud de representación pública”. En Ilp Abogados. 7 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.ilpabogados.com/pacto-sindicacion-acciones-la-solicitud-representacion-publica/>

⁴⁶ STS (Sala Primera de lo Civil), FJ 4º, núm. 296/2016 de 5 de mayo (ROJ 1919/2016).

⁴⁷ **Sanz Bustillo. M.** “Pactos parasociales y especial consideración del sindicato de accionistas”. De la Morena Abogados. Disponible en: <http://delamorena.net/pactos-parasociales-sindicato-accionistas/>. Última consulta el 1 de noviembre de 2020.

Es cierto que no es una figura que se encuentre recogida en el Derecho español en materia de sociedades. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido la licitud y validez de los sindicatos y la obligatoriedad de las obligaciones en ellos establecidas en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1961 y de 10 de octubre de 1962.

Así, el presupuesto de licitud de este tipo de pactos recae en el cumplimiento de las normas generales y basta con el acuerdo de las partes de comprometerse a ejercitar su derecho de voto de forma unitaria en favor de quien se establezca o abstenerse de ejercitarlo.

Estos acuerdos se pueden desarrollar de dos maneras: (i) que cada accionista ejerza su derecho de voto de manera personal acudiendo a la Junta o, (ii) crear un sindicato para que el voto sea emitido por una sola persona, síndico, en nombre de todos los accionistas sindicados, sin necesidad de que tengan acudir personalmente a la Junta. En este último caso, se podrá⁴⁸:

- a) *Ceder a favor del síndico la posesión de las acciones al portador*: El principal inconveniente de esta fórmula es que el síndico no es accionista y, por tanto, su voto sería intrínsecamente nulo.
- b) *Otorgar un poder al síndico*: como requisito formal el síndico exige un apoderamiento. Sin embargo, el artículo 184.2 de la LSC establece una representación de carácter especial para cada Junta, siendo revocable el poder (art. 185 LSC).
- c) *Transmitir fiduciariamente las acciones al síndico*: este instrumento no implica la transmisión de la condición de accionista, sino únicamente asegura la emisión del voto en una línea unitaria. No obstante, es una fórmula peligrosa por la apariencia que puede dar el síndico como único propietario, así como la transmisión de acciones válida que podría hacer a favor de terceros. A modo de ejemplo, si hay reparto de dividendos, el síndico deberá entregarlos al verdadero propietario.
- d) *Fórmula societaria*: el síndico no tiene personalidad jurídica y por ello, los accionistas sindicados podrán constituir una sociedad aportando sus acciones y el responsable para emitir el voto es el administrador de la sociedad.

⁴⁸ **Pérez Ramos. C.** “*Problemas que plantean los pactos parasociales*” 8 de septiembre de 2012. Lefevre. Disponible en: <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>

- e) *Usufructo o la copropiedad*: constituir un usufructo sobre las acciones a favor del síndico. De esta manera, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, el síndico, así como el ejercicio de los demás derechos, salvo disposición estatutaria (art. 127 LSC). En los estatutos sociales se debe establecer que el derecho de voto corresponde al síndico y, así evitar el otorgamiento de poder especial de los accionistas sindicados al síndico. Además, la previsión estatutaria garantiza una gran seguridad al sindicato ya que este no podrá negarse a ejercer el derecho de voto cuando esté previsto en los estatutos sociales.
- f) *Prenda*: constitución del derecho real de prenda sobre las acciones sindicadas atribuyendo al síndico el ejercicio del derecho de voto en garantía de las obligaciones estipuladas en el convenio de sindicación.

La doctrina viene manifestando la posibilidad de constituir una sociedad civil, una sociedad de responsabilidad limitada o una anónima para dotar de personalidad jurídica al sindicato y “*velar por el cumplimiento de toda clase de negocios jurídicos, perfeccionando a tales fines contratos de cualquier especie, incluso estipulaciones con terceros por las cuales quedan éstos obligados para con la sociedad a cumplir determinados deberes que tengan contraídos con otros, recibir toda clase de garantías para asegurar el cumplimiento de tales obligaciones y garantizar a terceros el cumplimiento de las mismas (...)*”⁴⁹.

Sin embargo, la constitución de un síndico implica la existencia de dos negocios: (i) transmisión de las acciones al síndico y, (ii) la emisión del voto por parte del síndico en calidad de fiduciario. Esta práctica puede llevar a la creación de monopolios los cuales están totalmente prohibidos por el Derecho español y el Derecho de la Unión Europea⁵⁰.

Por tanto, analizadas todas las propuestas anteriores, recomendamos que cada accionista asista a la Junta de manera personal, o bien la creación de un síndico con la constitución de un usufructo o prenda sobre las acciones sindicadas, pues dotan de seguridad a los sindicados y a su ejercicio del derecho de voto. Descartamos el resto de las fórmulas por el riesgo que puede llegar a suponer a los accionistas sindicados.

⁴⁹ **Galeote Muñoz, María P.** “*Los sindicatos de voto su tratamiento comparado*”. En Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. 30 de enero de 2017. Disponible en: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDBancMecCap_n.72.10.PDF

⁵⁰ **Sanz Bustillo, M.** “*Pactos parasociales y especial consideración del sindicato de accionistas*”. En De la Morena Abogados. Disponible en: <http://delamorena.net/pactos-parasociales-sindicato-accionistas/>. Última consulta el 1 de noviembre de 2020.

En suma, Doña Amparo y Doña Lidón podrán proponer a los demás socios que se abstengan de votar en el acuerdo que decide el traslado social del domicilio a Países Bajos a través de un acuerdo de voto. En caso de que algunos de los firmantes incumplan con el acuerdo y ejerza su derecho de voto de forma contraria no se podrá celebrar una nueva junta para la emisión de un nuevo voto. Por lo tanto, el voto sería eficaz frente a la sociedad, sin perjuicio de que los socios perjudicados interpongan acciones de responsabilidad contractual reclamando la indemnización por los daños y perjuicios causados (arts. 1.101 y 1.124 CC). De esta manera, recomendamos incluir en este tipo de acuerdos donde se regula el derecho de voto, cláusulas penales en caso de incumplimiento⁵¹.

5. Impugnación del acuerdo de traslado del domicilio social a Países Bajos

La adopción en Junta del acuerdo de traslado del domicilio social de la sociedad resultante a los Países Bajos con el objetivo mediato de realizar una fusión con una filial de Vulture resulta perjudicial y abusivo para los socios minoritarios.

La nueva sociedad de CirCerámica no realiza ninguna actividad económica en Países Bajos y todo apunta a que el socio mayoritario, Vulture, quiere aminorar la capacidad de control y gestión de los socios minoritarios.

Además, la migración de la sociedad a un Estado distinto implica una modificación de los estatutos sociales y, por ende, se requiere un acuerdo de la Junta General y un informe de los administradores que justifique razonablemente tal modificación⁵². Artículo 286 LSC:

*Los administradores o en su caso, los socios autores de la propuesta deberán redactar el texto íntegro de la modificación que proponen y, en las **sociedades anónimas**, deberán redactar igualmente un informe escrito con justificación de la misma.*

En concreto, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de junio de 2011**⁵³ afirma que:

⁵¹ “Las cláusulas de los pactos parasociales y su cumplimiento. Remedios Contractuales”. En **VBB ABOGADOS**. 26 de febrero de 2020. Disponible en: <https://vbbabogados.com/clausulas-de-los-pactos-parasociales/>.

⁵² El informe de los administradores no será imprescindible cuando la Junta sea de carácter Universal (sin convocatoria y con la presencia de todos los accionistas).

⁵³ SAP de Valencia (Sección 9ª), núm. 252/2011, de 15 de junio [ROJ 3070/2011].

“Para la justificación de la propuesta de modificación no basta con cumplir formalmente el requisito de formulación del informe, sino de exponer razones convincentes determinantes de la modificación.”

Por ello, es importante el carácter técnico que deben tener los acuerdos sociales – traslado de domicilio- y el necesario informe de los administradores para justificar razonablemente la necesidad de trasladar el domicilio a un Estado distinto.

En definitiva, la modificación de los estatutos sociales de la sociedad CirCerámica como consecuencia del traslado del domicilio a Países Bajos, donde no realiza ninguna actividad económica, es potencialmente perjudicial y abusivo para los socios minoritarios, ya que, la única y principal razón de este traslado es la posible fusión con una filial del socio mayoritario.

Por ello, los socios minoritarios como consecuencia del acuerdo abusivo de traslado de domicilio podrán impugnar el mismo en virtud del artículo 204 de la LSC. Con carácter general, la impugnación de acuerdos sociales tiene como principal requisito la lesión del interés social.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012**⁵⁴ recuerda que *“para la viabilidad de la impugnación de acuerdos sociales por lesivos es precisa la concurrencia de, los siguientes requisitos: 1º un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, y 2º que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios”*.

Y, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000**⁵⁵, reiterada en la de **29 de noviembre de 2002**⁵⁶, señala: *“que es preciso que el acuerdo sea lesivo para el interés social (...); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio”*.

No obstante, el traslado del domicilio social a otro Estado se ha impuesto de manera abusiva por la mayoría y en perjuicio de los socios minoritarios.

El abuso de derecho se encuentra recogido en el artículo 7.2 del CC⁵⁷. No obstante, la norma societaria, en concreto, el artículo 204 *in fine*, establece que *la lesión del interés social se produce*

⁵⁴ STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, FJ 7º, núm. 991/2012 de 17 de enero (RJ 2012/4981).

⁵⁵ STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 193/2000 de 4 de marzo (RJ 2000/1502).

⁵⁶ STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 1131/2002 de 29 de noviembre (RJ 2002/10400).

⁵⁷ El Tribunal Supremo confirma la declaración de nulidad con base en el abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del CC. STS (Sala Primera, de los Civil), Sección 1ª, núm. 510/2017 de 20 de septiembre, FJ 3º (RJ 2017/4634).

también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. De esta manera, cuando se adopta un acuerdo social con abuso de mayoría basta con aplicar la LSC, sin necesidad de acudir a la disciplina general del CC.

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018**⁵⁸ apunta:

“Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.”

Por lo tanto, aun no causando daño patrimonial a la sociedad, se entiende que se impone un acuerdo con carácter abusivo de la mayoría cuando, sin responder a una necesidad razonable, se adopta en interés de uno o varios socios y en detrimento del resto. Es decir, actuar con el fin de obtener una ventaja a costa del patrimonio social o del patrimonio de los socios minoritarios⁵⁹.

⁵⁸ STS (Sala Primera, de los Civil), Sección 1ª, núm. 73/2018 de 14 de febrero, FJ 7º (ROJ 410/2018).

⁵⁹ **Álvarez Sánchez de Movellán, P.** “Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo”. 27 de octubre de 2015. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. Pág. 119.

6. Conclusión

Como resumen y corolario de todo lo expuesto, este despacho profesional considera que el hecho de que la firma del pacto de socios se haya establecido como prestación accesoria en los estatutos sociales implica que vincula de manera automática a todos los socios. Por lo que, de contrario, se podrá alegar que D. Amparo y D. Lidón han incumplido la prestación accesoria, la cual, a priori, es válida y lícita en virtud de las resoluciones de la DGRN.

No obstante, las retribuciones recibidas por los administradores por el éxito total de la operación de traslado son contrarias al deber de lealtad exigido por ley a todos los administradores. Este tipo de retribuciones deben figurar en los estatutos sociales en defensa de los intereses de los socios minoritarios. En caso contrario, los perjudicados podrán iniciar la acción social de responsabilidad frente a los administradores infractores.

Por otro lado, existe la posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan de votar en la adopción del acuerdo de traslado a través de un sindicato de acciones. Este tipo de acuerdo constituye un pacto de socios que indica el sentido unitario de votar o de abstenerse de hacerlo. Así, el ejercicio del voto se puede realizar a través de un sindicato de acciones, por el cual, una persona, síndico, ejerce el derecho de voto en nombre del resto de accionistas, o bien, cada accionista ejerce su voto de manera personal en la junta.

En caso de que algunos de los firmantes incumplan con el acuerdo y ejerza su derecho de voto de forma contraria no se podrá celebrar una nueva junta para la emisión de un nuevo voto. Por lo tanto, el voto sería eficaz frente a la sociedad, sin perjuicio de que los socios perjudicados puedan interponer las acciones de responsabilidad contractual reclamando la indemnización por los daños y perjuicios causados (arts. 1.101 y 1.124 CC). De esta manera, recomendamos incluir en este tipo de acuerdos donde se regula el derecho de voto, cláusulas penales en caso de incumplimiento.

Por último, será posible impugnar el acuerdo de traslado por ser abusivo en detrimento de los socios minoritarios. La norma societaria confirma que será posible la impugnación de acuerdos sociales adoptados de manera abusiva por la mayoría. Así, el carácter abusivo se traduce en que el acuerdo es adoptado sin justificación razonable alguna, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro, J. (7 de Octubre de 2015). *Las prestaciones accesorias* . Obtenido de Almacén de Derecho : <https://almacenederecho.org/lecciones-las-prestaciones-accesorias>

Alfaro, J. (1 de marzo de 2017). “*Cobertura de vacantes en el consejo de administración por cooptación*”. Obtenido de <https://almacenederecho.org/cobertura-vacantes-consejo-administracion-cooptacion>

Atulawdo. El Derecho hecho Ciencia. (29 de septiembre de 2014). “*Sociedad Anónima: Autocartera y adquisición derivativa*”. Obtenido de <https://atulawdo.wordpress.com/2014/09/29/sociedad-anonima-autocartera-y-adquisicion-derivativa/>.

Autocartera de acciones en la Soicedad Anónima . (26 de Enero de 2016). Obtenido de Iberley : <https://www.iberley.es/temas/autocartera-acciones-sociedad-anonima-41791>

Bustillo, M. S. (s.f.). *Pactos parasociales y especial consideración del sindicato de acciones* . Obtenido de De la Morena Abogados : <http://delamorena.net/pactos-parasociales-sindicato-accionistas/>.

Cámara, E. (3 de Octubre de 2017). *¿Puede el socio minoritario actuar frente a las retribuciones abusivas del administrador?* Obtenido de Araoz & Rueda Abogados: <https://www.araozyrueda.com/puede-el-socio-minoritario-actuar-frente-a-las-retribuciones-abusivas-del-administrador/#:~:text=En%20conclusi%C3%B3n%2C%20el%20socio%20minoritario,junta%20general%20aprobando%20dichas%20retribuciones.>

Castañeda, M^a Luisa y Álvarez, S. (Diciembre de 2017). “*El traslado internacional de domicilio social y la posibilidad de elegir la “lex societatis”: el Caso Polbud*”. Obtenido de Asociación Española de Asesores Fiscales. Sección de Derecho Mercantil-Civil.: <https://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/37132/el-traslado-de-domicilio-social-y-la-posibilidad-de-elegir-la-lex-societatis->

Cumplimiento de un pacto de socios como prestación accesoría. (2 de Agosto de 2018). Obtenido de ARCO Abogados y Asesores Tributarios : <https://www.arcoabogados.es/es/articulo-legal/el-cumplimiento-de-un-pacto-de-socios-como-prestacion-accesoria>

Faus, M. (s.f.). “*Traslado del domicilio social al extranjero*”. . Obtenido de <https://practico-sociedades.es/vid/traslado-domicilio-social-extranjero-380390854>.

Gracia, J. M. (2009). *Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales* . Obtenido de Actualidad Jurídica Uría Menéndez: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf>

Hernández Bengoa, A. y Ruiz Gallardón, A. (2011). Leveraged Buy Outs. En “*Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros*” (págs. 195-225). Barcelona: Bosch.

Julián, L. C. (7 de Febrero de 2018). *El pacto de sindicación de acciones y la solicitud de representación pública* . Obtenido de Ilp Abogados : <https://www.ilpabogados.com/pacto-sindicacion-acciones-la-solicitud-representacion-publica/>

Las cláusulas de los pactos parasociales y su cumplimiento. Remedios Contractuales. (26 de Febrero de 2020). Obtenido de VBB ABOGADOS : <https://vbbabogados.com/clausulas-de-los-pactos-parasociales/>

Movellán, P. Á. (2015). *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adpatado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Soicedades de Capital para la mejor del gobierno corporativo.* Madrid: Dykinson, S.L.

Muñoz, M. del P. (30 de Enero de 2017). *Los sindicatos de voto su tratamiento comparado* . Obtenido de Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDBancMecCap_n.72.10.PDF

Paz-Ares, C. (Enero de 2014). *La anomalía de la redistribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas.* Obtenido de Revista de Derecho Mercantil: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1037.pdf>

Paz-Ares, C. (s.f.). *El enforcement de los pactos parasociales.* Recuperado el 6 de Diciembre de 2020, de Actualidad Jurídica Uría Menéndez: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>

- Ramos, C. P.** (8 de Septiembre de 2012). *Problemas d;que plantean los pactos parasociales* .
Obtenido de Lefevre : <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>
- Rey, J. F.** (2012). *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas* . Madrid :
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales .
- Ríos, M. D.** (Agosto de 2013). *Valoración de la aportación no dineraria en el aumento de capital de la sociedad anónima.* Obtenido de Dialnet:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=120401>
- Salgado, P. H.** (9 de Octubre de 2020). *Acciones de lealtad: virtudes, defectos e incógnitas.*
Obtenido de Cinco Días :
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/08/legal/1602166639_097414.html
- Sánchez López, C.** (14 de febrero de 2015). *“La autocartera en las sociedades de capital”*.
Obtenido de <https://sands.legal/blog/la-autocartera-en-las-sociedades-de-capital/>.
- “Sobre la cooptación como derecho excepcional y cuándo se agota”*. (17 de marzo de 2017).
Obtenido de Osborne Clarke.: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/sobre-la-cooptacion-como-derecho-excepcional-y-cuando-se-agota/>

ANEXO DE LEGISLACIÓN

Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 *por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas* (DOUE 12 de diciembre de 2019).

Ley 3/2009, de 3 de abril, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (BOE 4 de abril de 2009).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil* (BOE 25 de julio de 1889).

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil* (BOE 31 de julio de 1996).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (BOE 3 de julio de 2010).

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

RDGRN de 26 de junio de 2018. BOE 10 de julio. Sección III. Núm. 166.

RDGRN de 31 de julio de 2014. BOE 23 de septiembre de 2014. Sección III. Núm. 231.

RDGRN de 6 de febrero de 2012. BOE 1 de marzo. Sección III. Núm. 52.

RDGRN de 7 de febrero de 2020. BOE 26 de junio. Sección III. Núm. 177

RDGRN de 8 de febrero de 2017. BOE 1 marzo. Sección III. Núm. 51.

Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.

Publicado BOE 11 de marzo de 2019. Sección I. Núm. 60.

SAP de Madrid, Sección 28ª, núm. 298/2015 de 26 de octubre [ROJ 14563/2015]

SAP de Valencia (Sección 9ª), núm. 252/2011, de 15 de junio [ROJ 3070/2011].

STJUE (Gran Sala), de 25 de octubre de 2017 [C-106/16].

STS (Sala Primera de lo Civil), FJ 3º, núm. 221/2018 de 16 de abril [ROJ 1319/2018].

STS (Sala Primera de lo Civil), FJ 4º, núm. 296/2016 de 5 de mayo [ROJ 1919/2016].

STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, FJ 7º, núm. 991/2012 de 17 de enero [RJ 2012/4981].

STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 1131/2002 de 29 de noviembre [RJ 2002/10400].

STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 193/2000 de 4 de marzo [RJ 2000/1502].

STS (Sala Primera, de los Civil), Sección 1ª, núm. 510/2017 de 20 de septiembre [RJ 2017/4634].

STS (Sala Primera, de los Civil), Sección 1ª, núm. 73/2018 de 14 de febrero [ROJ 410/2018].