



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

María Martínez de Bujanda Ruiz de Alegría

Dirigido por D. Abel Veiga Copo

Madrid

11 de enero de 2021

A mis padres. Por su amor inquebrantable, por su sacrificio incansable, y por su generosidad impagable.

I. INTRODUCCION A LOS HECHOS	5
II. INFORME SOLICITADO POR EL CONSEJO DE ADMINSTRACIÓN DE CERTRONIC	7
A. Adquisición de Cir-Cerámica.....	7
1. Adquisición por medio de autocartera.....	7
2. Adquisición de la marca por ampliación de capital.....	11
<i>a. Valoración de la marca por experto independiente.....</i>	<i>12</i>
<i>b. Convocatoria y celebración de la Junta General</i>	<i>13</i>
<i>c. El procedimiento de aumento de capital.....</i>	<i>13</i>
3. Fusión por absorción.....	14
B. Traslado de domicilio social	16
1. Requisitos legales	16
2. El proyecto de traslado de domicilio social	17
3. El informe de los administradores. El acuerdo de traslado de domicilio social.....	18
<i>a. Derecho de separación</i>	<i>19</i>
<i>b. Derecho de oposición de los acreedores.....</i>	<i>19</i>
C. Fusión de Circerámica Holandesa con Nederlandsegier-Nv.....	20
D. Calendario societario.....	22
III. INFORME SOLICITADO POR DÑA AMPARO Y D. LIDÓN.....	23
A. Consecuencias de la falta de firma del pacto de socios	23
B. Incumplimiento de los administradores de la sociedad del deber de lealtad....	24
1. Objeto del deber de lealtad.....	24
2. Acciones tendentes a reparar la infracción del deber de lealtad.....	27
<i>a. Distinción entre la acción social y la acción individual</i>	<i>27</i>
<i>b. Consecuencias del ejercicio de la acción</i>	<i>29</i>
C. Posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación de la junta	29
1. Sobre el derecho de voto del socio.....	30
<i>a. Prenda de las acciones</i>	<i>30</i>
<i>b. Usufructo de las acciones</i>	<i>31</i>
<i>c. Acciones sin voto</i>	<i>31</i>
<i>d. Deber de abstención de votar del socio. Casos de conflicto de interés.....</i>	<i>32</i>
D. Impugnación del acuerdo por abusivo	33
IV. CONCLUSIÓN.....	35
ANEXO I	36

I. BREVE INTRODUCCIÓN A LOS HECHOS

Sin ánimo de resultar reiterativos, y conforme a lo expuesto en la redacción del Trabajo Final de Máster, nos gustaría resumir brevemente los hechos objeto del caso para más facilidad en el estudio del mismo.

De la sociedad CerTronic SA (en lo sucesivo, “**Certronic**”) son miembros cinco socios:

- a) Badenes SRL (“**Badenes**”), con un 28% del capital social, dividido entre sus dos socios, D^o Vicente y D^o José.
- b) El matrimonio formado por Antonio Falomir Esteve y Amparo Fabra Llorens ostentaba, de igual modo, el 28% del capital social. En 2014, con la terminación del matrimonio, ese 28% se dividió de la siguiente manera,
 - D^a Amparo pasó a disponer del 10% de las acciones.
 - D^o Antonio, de igual modo, del otro 10%.
 - La hija del matrimonio, D^a Lidón, del 8%.
- c) El fondo Vulture (“**el Fondo**” o “**Vulture**”) disfrutaba del 44% restante capital social de Certronic, en virtud de un contrato de refinanciación. Las condiciones del acuerdo de refinanciación no van a ser reproducidas en este momento, sin perjuicio de que se haga cuando convenga. Baste decir, por ahora, que Certronic se convirtió en deudora del fondo, y que las condiciones impuestas por este último para la suscripción del acuerdo le resultaban del todo beneficiosas.

Por otra parte, Certronic se plantea adquirir Cir-Cerámica *società a responsabilità limitata* (“**Cir-Cerámica**”). En el segundo epígrafe de este trabajo analizaremos en profundidad las opciones de Certronic, para ofrecerle el mejor asesoramiento posible.

También se plantea Certronic, tras la absorción de Cir-Cerámica, el traslado de domicilio social a los Países Bajos, para allí realizar una nueva fusión de la sociedad que ha resultado hasta la fecha, Cir-Cerámica holandesa, con una filial de Vulture, denominada Nederlandse Gien NV (en adelante, “**filial del fondo**” o “**Nederlandse**”), en cuyos estatutos se prevén cláusulas de lealtad que atribuyen un voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad en la sociedad. Además, Vulture se comprometió a retribuir con una prima de éxito a todos los miembros del Consejo de Administración que no fueran empleados de Vulture por el buen fin de la operación.

Por otra parte, D^a Amparo Fabra Llorens y D^a Lidón Falomir Esteve, socias de CerTronic, solicitaban la elaboración de un informe para conocer las posibilidades que tenían de oponerse a la mencionada operación. En concreto, nos pedían asesoramiento legal en lo relativo a: i) las consecuencias de no firmar el pacto de socios, ii) la posibilidad

de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad, iii) la posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación de la Junta, en virtud de la cual se decidirá el traslado del domicilio social al extranjero y, iv) la posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

Analizaremos, en las siguientes páginas del trabajo, todas las alternativas posibles de Circertronic.

II. INFORME SOLICITADO POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE CERTRONIC

A. Adquisición de Cir-Cerámica

1. Adquisición por medio de autocartera

Los socios de CerTronic podrían adquirir acciones en autocartera por el importe de la marca que Cir-Cerámica pretende aportar para ser comprada. Por ello, y a pesar de que no se predique la obligatoriedad de informe de experto independiente en este supuesto, aconsejamos a CerTronic que lo solicite, para que así este pueda valorar la marca, y consecuentemente se determine el número de acciones que los socios deben ceder para la posterior adquisición de las acciones, por medio de la operación de autocartera, por parte de CerTronic.

Con la realización de la operación, Cir-Cerámica pasaría a formar parte del conjunto de accionistas de CerTronic, produciéndose por tanto una redistribución en el accionariado de este último como consecuencia de la adquisición de la marca. El instrumento jurídico a través del cual vamos a realizarlo es la **permuta de la marca por acciones en autocartera** de CerTronic.

Para el caso que nos ocupa debemos acudir al art. 146 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”), que regula las adquisiciones derivativas de acciones en autocartera a título onerosos. Dice el precepto así,

“1. La sociedad anónima también podrá adquirir sus propias acciones y las participaciones creadas o las acciones emitidas por su sociedad dominante, cuando concurren las siguientes condiciones,

- 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 disponibles.”***

CerTronic podrá adquirir la marca de Cir-Cerámica siempre que cumpla los requisitos que de este precepto se infieren.

Antes de la celebración de la Junta General debemos llevar a cabo una serie de operaciones. En primer lugar, y salvo que se disponga otra cosa, damos por hecho que

contamos con la aquiescencia de todos los socios de CerTronic para llevar a cabo esta operación. Tal y como hemos expuesto con anterioridad, resultará recomendable¹ acudir a un informe de experto independiente, para que lleve a cabo un examen económico de la marca lo más objetivo posible. El resultado de este informe de valoración determinará las acciones que CerTronic necesitará permutar para obtener a cambio la marca de CirCerámica.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 LSC, si la adquisición de la autocartera por parte de CerTronic fuese superior a un 20%, se deberán enajenar dichas acciones en el plazo de un año, para así dar cumplimiento a precepto. No resulta especialmente valioso este consejo para CerTronic, puesto que quiere efectuar la operación de manera inmediata. Por lo tanto, la limitación temporal anual no va a suponer un riesgo para su Consejo de Administración. Por tanto, el Consejo de Administración de CerTronic no va a encontrarse con muchas limitaciones temporales al respecto, dada la urgencia de la operación de permuta de acciones por la marca de Cir-Cerámica que se quiere llevar a cabo. Sin embargo, para que se efectúe debidamente esta operación sí será necesario la **celebración de una Junta General**².

Tal y como se establece en el art. 166 LSC, la Junta General debe ser convocada por el Órgano de Administración de CerTronic. En este caso, se tratará de **Junta General Extraordinaria** de la Sociedad, porque nuestro caso no cumple todos los requisitos que el art. 164 LCS exige para la celebración de Junta General Ordinaria.

Existe una vacante en el Consejo de Administración que aún no ha sido cubierta. ¿Puede esto impedir la celebración de la Junta General? La resolución del 14 de marzo de 2016 de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante, “DGRN”) autorizó que un Consejo de Administración incompleto, legítimamente constituido, tuviera competencia para convocar la junta y fijar el orden del día. Posteriormente, la STS 24/2019, de 16 de enero de 2019, confirmó la resolución de 14 marzo de 2016, y afirmó que en ese supuesto (consejo formado por tres consejeros, en el que uno de ellos renuncia al cargo y su puesto queda vacante) “*no se trata de un consejo deficitario, que queda paralizado por el cese de la mayoría de sus vocales, sino mayoritario, por aplicación de la regla de la mayoría consagrada del art. 247.2 LSC*”. Se determina, por tanto, que el Consejo de Administración pueda seguir en funcionamiento, mientras se prevea la oportuna cobertura de la vacante. La sentencia acaba por afirmar que el **Consejo** así constituido tiene **competencia plena para convocar y fijar el orden del día**.

El contenido del orden día es evidente: la adquisición de las acciones propias. El art. 175 LSC establece que el lugar de celebración de la Junta General será aquel término municipal donde la sociedad tenga su domicilio social. Al no haberse dispuesto nada en los estatutos para variar el contenido dispositivo de este precepto, la Junta General se

¹ La Ley no regula la obligatoriedad de acudir a experto independiente para la operación prevista en el art. 146. 1 a) LSC. Los supuestos en los que debe intervenir un experto independiente emitiendo un informe de valoración están tasados por ley.

² No podrá el Consejo de Administración adoptar esta decisión libremente.

celebrará en Alcora, Castellón, tal y como se desprende de los hechos del caso. Entre la fecha de convocatoria y la de celebración de la Junta debe mediar un mes. Una vez ha sido convocada, la Junta General deberá celebrarse en el lugar y fecha indicados en la convocatoria del acuerdo con su correspondiente orden del día.

Para la válida constitución de la Junta será necesario que los accionistas presentes o representados debidamente, ostenten el 25% del capital social en primera convocatoria, y cualquiera que sea el capital concurrente para el caso de la segunda convocatoria³.

Para que el acuerdo de la Junta General se entienda adoptado, se exige, además del cumplimiento de los anteriores requisitos, una **mayoría simple** de votos⁴. Se entenderá aprobado el acuerdo cuando los votos a favor sean superiores que los que se obtuvieron en contra, teniendo en cuenta que cada socio votará proporcionalmente al número de acciones que ostente.

Sin perjuicio del deber de diligencia⁵ que concierne a todos los miembros del Consejo de Administración, el art. 146.3 LSC dispone, para este tipo de casos, que *“los administradores deberán controlar especialmente que, en el momento de cualquier adquisición autorizada, se respeten las condiciones establecidas en este artículo.”*

Sin embargo, en el tránsito del análisis de esta adquisición de acciones en autocartera, no debemos olvidar que CerTronic firmó un acuerdo de refinanciación con el fondo Vulture, mediante el que se impuso a los accionistas la **obligación de suscribir el pacto de socios**, obligación que se incluía en los estatutos sociales como **prestación accesorias**. En este caso de adquisición de acciones en autocartera, CerTronic estaría adquiriendo, por tanto, acciones que traen consigo el cumplimiento de una prestación accesorias de suscripción del citado pacto de socios por todos los accionistas.

¿Qué dice la Ley a este respecto? El artículo 146.4 LSC establece que *“será nula la adquisición por la sociedad de acciones (...) que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias”*. Al contener las nuevas acciones emitidas por CerTronic para la adquisición en autocartera una prestación accesorias, ¿se reputaría nula la operación? ¿Es válida esta prestación accesorias?

La jurisprudencia y doctrina han conseguido resolver este supuesto. En este sentido, han reconocido la validez de la introducción de prestaciones accesorias en los estatutos sociales⁶. Sin perjuicio de la validez y legitimidad que parece reconocerse, también se han encontrado límites o posibles motivos que hagan decaer su validez. Esto es así por el **principio de determinación**, que reza así, *“los estatutos deben recoger de manera concreta y determinada el contenido de la obligación”*⁷. Lo que parece buscar este

³ Art. 193 LSC

⁴ Art. 201.1 LSC

⁵ Art. 225 LSC

⁶ Cándido Paz-Ares, en *“el enforcement de los pactos parasociales”*.

principio es una protección al socio, que se traslada en que realmente conozca el deber que tiene de firmar el pacto.

En nuestro caso concreto, la prestación accesoria que se incluye obliga, en líneas generales, a todos los accionistas -presentes y futuros- a suscribir el citado pacto de socios. ¿Sigue siendo válida esta prestación accesoria? La resolución de 26 de junio de 2018 DGRN recoge la posibilidad de incluir “*en los estatutos sociales de una empresa familiar la prestación accesoria consistente en la obligación de cumplir con las disposiciones establecidas en el protocolo familiar*”. El objeto de esta resolución se circunscribe al ámbito de cumplimiento de un protocolo familiar por parte de todos los miembros de la empresa, incluidos aquellos que no eran parte del pacto.

Por tanto, lo que realmente resulta relevante para predicar la validez del pacto parasocial no es otra cosa que la necesaria inscripción de la referida cláusula a su conocimiento, por parte de todos los socios, y a la concreción del contenido de la misma.

¿Conocen realmente D^o Antonio Falominar Esteve y D^a Lidón Falominar Fabra el contenido de esta cláusula?, ¿han impugnado el acuerdo adoptado en Junta General?, ¿han ejercitado el derecho de separación?. No es nuestro menester alterar el supuesto de hecho que se nos ha dado, por tanto, nos centraremos en el debate de la concreción del contenido de la prestación accesoria. No teniendo más datos al respecto, entendemos que se cumple. En consecuencia, la prestación accesoria será **válida**. Por tanto, no es nula esta operación de adquisiciones de acciones en autocartera, ni tampoco deberá suprimirse la prestación accesoria.

Llegados a este punto, se debe proceder a la **permuta de las acciones en autocartera por el activo de CirCerámica**, que en este caso es la marca. Como existen acciones suficientes para cubrir el valor que previamente se determinó para la marca, no será necesario entregar dinero en efectivo o mediante instrumentos financieros⁸.

La permuta debe otorgarse ante notario, con su correspondiente elevación a escritura pública. En STS, Sala de lo Civil, Sección 1^a, núm. 190/2019, de 27 de marzo (RJ 2019/1181) se permitió acudir a la figura jurídica de la permuta para un caso muy similar al nuestro⁹.

Pero, ¿qué pasaría si una vez CerTronic hubiese adquirido la marca de CirCerámica, hubiese en excedente de acciones en autocartera? Las opciones para solventar este excedente son: i) se podría proceder a la enajenación de las mismas o, ii) se podrían **amortizar mediante una reducción de capital**. El caso que ahora nos ocupa es el segundo, y así procedemos a desarrollarlo.

En este sentido, recae sobre los administradores la obligación de **convocar** inmediatamente **Junta General** e incluir en el orden del día la decisión sobre la reducción

⁸ Este caso serviría para el supuesto de que el valor de la marca excediera del conjunto de las acciones adquiridas en autocartera.

⁹ Caso de una sociedad limitada que adquirió participaciones propias en autocartera mediante permuta.

de capital de las acciones que CerTronic dispone en autocartera. De no hacerlo, en los dos meses siguientes, cualquier interesado o los propios administradores, respectivamente, podrán solicitar la reducción de capital al juez de lo mercantil del domicilio social.

Para la válida constitución de la junta debemos atender a lo dispuesto en el art. 194 LSC, por tratarse de una reducción de capital. El art. 194 reza así:

1. *“En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital... será necesaria, en **primera convocatoria**, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, **el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto**.*
2. *En **segunda convocatoria** será suficiente la concurrencia del **veinticinco por ciento de dicho capital**”.*

Para la válida adopción del acuerdo de reducción de capital debemos atender a lo dispuesto en el art. 201.2, que dice:

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

Si se observan todos los preceptos y los pasos establecidos para este efecto, **CerTronic contará con la marca de CirCerámica, que pasará a formar parte de los activos de su propiedad.**

2. Adquisición de la marca por ampliación de capital

Procedemos al estudio de la adquisición por parte de CerTronic de la sociedad italiana Cir-Cerámica, mediante aumento de capital a cambio de aportación de la marca.

En este caso, CerTronic llevaría a cabo la operación societaria de aumento de capital mediante aportaciones no dinerarias, es decir, mediante la entrega de la marca de Cir-Cerámica. El procedimiento para la formalización del aumento está compuesto por varias fases, entre las que se encuentra i) el informe de experto independiente, ii) convocatoria de la Junta General Extraordinaria, en la que se acuerda el aumento de capital, y, por último, iii) la inscripción en el Registro Mercantil.

a. Valoración de la marca por experto independiente

La ampliación de capital puede llevarse a cabo por dos vías distintas, previstas en el art. 295 LSC: i) mediante la emisión de nuevas acciones, o ii) mediante la aportación de bienes y derechos que sean susceptibles de poder valorarse económicamente¹⁰.

Con la operación societaria de ampliación de capital, se incrementa el importe del capital social de la sociedad. Para que pueda llevarse a cabo este aumento, la Junta General de CerTronic deberá aprobarlo. Nos encontramos ante un supuesto de **aumento de capital por aportación no dineraria de un activo de la sociedad**.

Pero, ¿cómo se conoce el valor de una aportación no dineraria? ¿Se puede cuantificar económicamente el valor de una marca? Todas estas preguntas ya las intuyó el legislador, y les dio una respuesta en la LSC, entre otros, en su artículo 67.1, que determinó la necesidad de acudir a un informe de experto independiente para estos casos. El segundo párrafo de este precepto regula el contenido del mismo, y dispone que “*el informe contendrá la descripción de la aportación (...) y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados (...)*”.

También el párrafo *in fine* del art. 67 LSC establece que el valor que el informe del experto independiente delimite será el límite para la aportación de ese valor en la escritura social. Es decir, que de ninguna manera la escritura social podrá incluir valoraciones superiores a la realizada por el experto. El ánimo del legislador es garantizar que el valor nominal de las acciones equivalga al verdadero valor de las aportaciones. Se podría considerar también un mecanismo de garantía de socios y acreedores, ya que actúa como garante de la integridad del capital social.

Para la elaboración del informe serán los administradores quienes nombren al experto independiente en cuestión. La responsabilidad de estos expertos independientes está regulada en la Ley¹¹. Responderán de los daños causados por su informe de valoración, y la acción para exigir esta responsabilidad prescribirá a los cuatro años.

Por otra parte, el plazo del que dispone el experto independiente para emitir su informe es de un mes, si bien, podría pedirse una ampliación del plazo en el caso de que circunstancias especiales lo aconsejaran.

La falta de intervención de los expertos independientes implica un necesario pronunciamiento de los administradores sociales en cuanto “*al valor de la aportación, al origen de esa valoración y, cuando proceda, al método seguido para determinarla.*”¹²

Debe saber CerTronic que la elaboración de un informe por experto independiente se resulta obligatorio, a la luz de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰ Conforme a las exigencias del art. 58 LSC

¹¹ Art. 68 LSC. Se proclama la responsabilidad del experto independiente frente a la sociedad, frente a accionistas y frente a acreedores.

¹² Art. 70 b) LSC

b. Convocatoria y celebración de la Junta General.

Deberá convocarse, en este caso, **Junta General Extraordinaria**¹³, a partir de la cual se lleve a cabo la ampliación de capital por aportación no dineraria. La especialidad de que sea “no dineraria”, exige que se ponga a disposición de las accionistas un **informe del Consejo de Administración** de CerTronic. Los requisitos¹⁴ que este informe debe cumplir son: i) que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, ii) su valoración, iii) las personas que hayan de efectuarlas, iv) el número y valor nominal de las acciones, v) la cuantía del aumento de capital y vi) las garantías adoptadas para la efectividad del aumento.

Se debe aportar el informe en el domicilio social de los socios, o bien entregárselo gratuitamente a estos. La entrega de este informe se constituye como un “pre requisito” para la adopción del acuerdo de aumento de capital por aportaciones no dinerarias, y supone que los administradores acuerden con anterioridad a la Junta General las condiciones en las que debe articularse la ampliación.

En cuanto a las mayorías necesarias para la válida constitución de la correspondiente Junta General Extraordinaria, de conformidad con el artículo 194 LSC, se requiere, tal y como se desprende del precepto, un **quórum de constitución reforzado**.

A continuación analizamos el procedimiento para la adopción del acuerdo de aumento de capital.

c. El procedimiento de aumento de capital

De acuerdo con el artículo 201 LSC, los acuerdos sociales adoptados en sociedades anónimas se adoptarán por **mayoría simple**. Asimismo, este precepto normativo dispone en su último apartado que “*los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores*”.

En nuestro supuesto de hecho, el pacto de socios recoge que “*la obligación que de cualquier acuerdo de reestructuración o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital*”. Nada parece hacernos dudar de la legitimidad de este precepto, por cuanto que las limitaciones a los porcentajes de las mayorías en el capital social son válidas, y así lo ha establecido la Ley. Acordado el aumento de capital, con una mayoría del **67% del capital presente y representado**, el mismo se realizará conforme al valor dispuesto en el informe de experto independiente que hemos mencionado con anterioridad.

La aprobación del acuerdo comportará que CirCerámica haya pasado a formar parte de los accionistas de CerTronic. La firma del acuerdo por ese 67% no es suficiente, pues todavía hace falta el cumplimiento de el último paso.

¹³ El art. 194 LSC, para la válida constitución de la Junta, exige aprobación de la misma por un *quórum* reforzado.

¹⁴ Art. 300 LSC

Será el secretario del Consejo de Administración, con la aprobación de presidente, quien comparecerá ante notario para elevar a público el acuerdo. Una vez otorgada la escritura pública de ampliación de capital, se procederá a la liquidación del impuesto de operaciones societarias, y una vez liquidado este, se presentará para que el **Registro Mercantil de Castellón** lo inscriba.

3. Fusión por absorción

Asimismo, CerTronic nos ha pedido asesoramiento sobre la posible fusión por absorción de su filial en Italia, Cir-Cerámica. Sobre esta última pensamos que es importante anotar tres características importantes: i) es una sociedad italiana de responsabilidad limitada (en contraposición con CerTronic, sociedad nacional y anónima), y ii) está compuesta por dos socios, D. Angelo Vattermoli y una sociedad de capital riesgo “Il Piccolo Avvolorio, SRL”, controlada al 100% por Vulture. Por último, también es importante anotar que iii) Cir-Cerámica carece de actividad económica (no dispone de activos, pero sí una marca prestigiosa).

Pero, ¿qué es una fusión por absorción? Es aquella operación de concentración societaria, en virtud de la cual el patrimonio de una o más sociedades, denominadas **sociedades absorbidas**, se extingue y pasa a formar parte del capital de otra sociedad ya existente, que se denominará **sociedad absorbente**. En el caso que ahora nos ocupa estudiaremos la operación de fusión por absorción de Cir-Cerámica, como sociedad absorbida, y CerTronic, como sociedad absorbente, intergrándose en el patrimonio de esta última el capital de la primera.

La especialidad de este supuesto radica en que entre CerTronic y Cir-Cerámica existen dos regímenes jurídicos dispares. Por una parte, CerTronic es una sociedad española domiciliada en Alcora (Provincia de Castellón), sometida a la legislación española. Por otra parte, Cir-Cerámica es una sociedad italiana con domicilio social en Módena (Italia), y por consiguiente, sometida a la legislación italiana. Nos encontramos ante un supuesto de **fusión transfronteriza de carácter intracomunitario**, porque estamos ante una fusión entre sociedades sometidas a distintas leyes nacionales.

Para este supuesto resulta de aplicación el artículo 55 LME, que determina que a este tipo de fusiones les sea de aplicación el mismo régimen que a las fusiones nacionales. En consecuencia, resultará de aplicación la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales en las sociedades mercantiles (en adelante, “**LME**”).

Habiendo analizado ya el régimen aplicable a este supuesto de hecho, conviene tener en cuenta que para llevar a cabo la correspondiente compra de participaciones de Cir-Cerámica, y posterior fusión por absorción de su filial ubicada en Italia, CerTronic necesitaría pedir un préstamo por el valor de esta operación, que previamente ha sido acordado por esta parte con una entidad financiera.

A este efecto, el legislador, en el artículo 150 LSC establece que “*la sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar*

ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero". En fin, el legislador aquí estableció la **prohibición de asistencia financiera**. ¿Se verá impedido CerTronic a realizar esta operación de fusión por absorción porque concurre, en este supuesto un caso de asistencia financiera?

Atendiendo al contenido normativo del artículo 150 LSC podría pensarse que efectivamente en nuestro caso concurre un supuesto de asistencia financiera, puesto que con la fusión por absorción de la filial de Cir-Cerámica ubicada en Italia, CerTronic, por la concesión del préstamo bancario, estaría obligando a Cir-Cerámica a soportar una deuda que no tenía antes, por lo que esta última estaría asistiendo financieramente a un tercero (CerTronic) en la adquisición de las propias acciones.

Analizando el artículo 35 LME, que regula el régimen de una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, recoge que:

“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 (...) serán de aplicación las siguientes reglas,

1º 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.

2º 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.”

También el art. 35 LME, determina la **obligatoriedad** de acudir a un **informe de experto** sobre el proyecto de fusión. Asimismo, se exige que el informe contenga un **juicio de valor sobre la razonabilidad** de las indicaciones referidas en los primeros puntos, determinando, asimismo, si existe o no asistencia financiera. Debemos atender a la valoración de los expertos, y ver si en su opinión efectivamente concurre un supuesto de asistencia financiera o no.

Es importante conocer el sentido y alcance de esta prohibición de asistencia financiera que la Ley de Sociedades de Capital vino a regular. El legislador tenía como objetivo principal, fundamentalmente, proteger a la sociedad absorbida (en nuestro caso,

Cir-Cerámica), sociedad que antes de la fusión no contaba con ninguna deuda a sus espaldas, pero que con la ejecución de la operación se vería absorbida por CerTronic y acabaría por soportar la deuda financiera solicitada por esta última a la sociedad. Es cierto que Cir-Cerámica pasará de no tener ninguna deuda a garantizar una cuantiosa. Resulta conveniente recalcar que Cir-Cerámica carece de actividad económica, y que su único activo es la marca.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir que no se trata de una fusión fraudulenta o contraria a las exigencias de la Ley. Esta fusión no perjudica de ninguna manera a Cir-Cerámica, porque es una sociedad carente de actividad y de fondos, y en consecuencia, el **pago del préstamo lo soportará enteramente CerTronic**.

Consecuentemente, pensamos que la fusión es completamente viable, siempre y cuando se cumplan con los dos primeros requisitos del artículo 35 LME. Entendemos que en el informe del experto requerido se determinará la viabilidad de que **CerTronic, con sus activos, esté plenamente capacitado para pagar por sí mismo el préstamo otorgado** que se le ha concedido por la entidad financiera para la fusión por absorción de la Cir-Cerámica.

Tratando de dar el mejor asesoramiento legal posible a CerTronic, hemos de recomendarles que también analicen el régimen de asistencia financiera regulado en Italia, porque en el caso de que bajo la legislación italiana se entienda que concurre un supuesto de asistencia financiera en la fusión por absorción, podrían oponerse a la misma socios españoles e italianos.

B. Traslado de domicilio social

1. Los requisitos legales

Otra de las cuestiones que se nos ha pedido tratar es el traslado del domicilio social al extranjero, en concreto, a los Países Bajos, a pesar de no contar con actividad económica en dicho país. En los párrafos siguientes desarrollaremos los pasos a seguir.

Para conocer la normativa del cambio de domicilio social al extranjero, debemos acudir a la LME, que en su art. 1 menciona su ámbito objetivo, estableciendo que *“la presente Ley tiene por objeto (...) el traslado social del domicilio social.”* La LME pasa a ser de aplicación a todas las sociedades mercantiles españolas inscritas en el Registro. En concreto, son sus arts. 92 a 103 los que regulan este aspecto.

El art. 93.1 LME establece que *“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”*. Por otra parte, el art. 93.2 LME reza así, *“no podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores”*. Se desarrolla, en la Ley, una condición de validez para el

efectivo traslado del domicilio social: **que el país de destino permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la respectiva sociedad.** En el caso que ahora nos ocupa, el destino de traslado de domicilio es los Países Bajos. Este país permite que las sociedades que trasladen su domicilio social vean reconocida y mantenida su personalidad jurídica.

Por tanto, CerTronic no encontrará problema en llevar a cabo este traslado.

No sólo debemos atender a las exigencias de la LME, sino que también hay que estar a lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”). Además, los arts. 49 y 54 TFUE permiten el efectivo traslado del domicilio social a Países Bajos, en virtud del **principio de libertad de establecimiento.**

En 2017, mediante Sentencia C-106/2016 de 25 de octubre de 2017, el TJUE permitió un traslado de domicilio social de una sociedad de Polonia a Luxemburgo, sin cambiar el lugar del ejercicio de la actividad económica y sin trasladar la sede efectiva. Esta sentencia se conoce también como el *Caso Polbud*, y sienta las bases de la cuestión a la que CerTronic se enfrenta: se permite la posibilidad de trasladar el domicilio social a un Estado Miembro sin que sea obligatorio que exista una conexión entre la sede real y domicilio social de la entidad que pretende trasladarse.

2. El proyecto de traslado de domicilio social

Habiendo comprobado el cumplimiento de los requisitos legales mencionados *ut supra*, procedemos a mostrar a CerTronic la vía para efectuar el proyecto del traslado. Será el **Consejo de Administración** de CerTronic quien deba elaborar, en primer lugar, el **proyecto de traslado del domicilio**, que deberá ser firmado por todos los miembros del Consejo¹⁵.

Es la LME¹⁶ la que describe las exigencias, requisitos y características de este proyecto de traslado. A saber, i) la denominación y domicilio de la sociedades, ii) el nuevo domicilio social propuesto, iii) los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social, iv) el calendario previsto para el traslado, y v) los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores¹⁷.

Será el Consejo de Administración quien deba proceder al **depósito** en el Registro Mercantil de este documento del proyecto de traslado. Tras el depósito, el **Registrador deberá calificarlo**, además de trasladar la información al Registro Mercantil Central. Será el Registrador Mercantil Central quien comunicará efectivamente que se ha producido el depósito y la fecha del mismo, para su publicación en el BORME¹⁸.

¹⁵ Art. 95.1 LME

¹⁶ Art. 95.2 LME

¹⁷ Esta recopilación de requisitos está prevista en nuestra legislación nacional. CerTronic deberá tener en cuenta los que los Países Bajos pudieran exigir.

¹⁸ La publicación del anuncio en el BORME debe cumplir con lo establecido en el art. 95.3 LME.

3. El informe de los administradores. El acuerdo de traslado del domicilio social

Compete su elaboración al Consejo de Administración de CerTronic, que deberá preparar un informe¹⁹ en el que se explique y detalle el proyecto de traslado de domicilio social a los Países Bajos. El destino de este informe son los socios y acreedores de la sociedad.

Este informe debe dar solución a cualquier tipo de duda que pueda plantearse al respecto. Debe detallar los aspectos jurídicos del traslado, así como las posibles repercusiones fiscales para CerTronic y para sus socios, y los aspectos que competan, en mayor o menor medida, a los trabajadores. Para este último punto el Estatuto de los Trabajadores obliga a CerTronic a **comunicar individualmente** el proyecto de traslado a los **trabajadores**, además de notificar a sus representantes y finalmente realizar un período de consultas con estos últimos.

Tras la adopción del informe, el siguiente paso es la efectiva celebración del acuerdo de traslado de domicilio social, que deberá ser acordado por la junta de socios. Basta con la **publicación** del acuerdo en el **BORME** y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia de Castellón. Se exige también que transcurran al menos dos meses entre la publicación de la convocatoria de la Junta y la fecha de celebración de la misma²⁰.

Para que quede válidamente constituida la Junta de socios será necesario, en virtud del artículo 194 LSC *“en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto”*, sigue diciendo el precepto que *“se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto, sin alcanzar el cincuenta por ciento.”*

Convocada la junta, se procederá a adoptar el acuerdo, de conformidad con lo establecido en el artículo 201.2 LSC, que dispone que, *“para la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 194, si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento, bastará con que el acuerdo se adopte por **mayoría absoluta**. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando, en segunda convocatoria, concurren accionistas que representen el **veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento”**.*

Tras la adopción del acuerdo, el paso final es la inscripción registral del mismo en el Registro Mercantil de Alcora. Con esto se daría por formalizado el traslado. Este trámite comienza con la presentación en el Registro de una escritura pública de acuerdo de traslado. Con la certificación que el registrador expida, se dará cumplimiento a los

¹⁹ Las exigencias que debe cumplir este informe se detallan en el art. 96 LME.

²⁰ Art. 98.1 LME

trámites necesarios para formalizar el correspondiente traslado de la sociedad a los Países Bajos.

Seguidamente, corresponderá la inscripción de la sociedad en los Países Bajos, como país de destino. Para llevar a cabo esto, aconsejamos a CerTronic que solicite el informe de abogados holandeses que puedan darle a conocer la normativa holandesa a este respecto. A continuación, procederá su publicación en el BORME, así con uno de los periódicos de gran circulación de, en este caso, Castellón.

En última instancia, se presentará en el Registro Mercantil de Alcora la correspondiente certificación de la inscripción en el registro extranjero, y se procederá a la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de Alcora.

Asimismo, la LME reconoce la posibilidad de ejercer un derecho de separación a los socios que hubieran votado en contra del acuerdo. El artículo 99 LME lo reconoce de esta manera, “*los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad*”. También se reconoce un derecho de oposición a los acreedores que tuvieran un crédito frente a la sociedad, en virtud del artículo 100 LME.

El derecho de oposición se fundamenta en la necesidad de protección de los créditos de los acreedores de la sociedad frente a las posibles consecuencias negativas que el proyecto de traslado del domicilio social al extranjero pudiera implicar.

a. Derecho de separación

Para los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero, la LME prevé en su art. 99, el derecho de separación²¹. Uno de los requisitos que la LME exige es que el socio que va a ejercer este derecho haya votado en contra del mismo. La comparativa de este precepto en la LSC y LME no es baladí. La LSC exige para el ejercicio de este derecho que no se haya votado a favor (permitiendo la abstención); sin embargo, la LME exige que se haya votado en contra.

En las sociedad anónimas, los acuerdos que otorguen la posibilidad de ejercer el derecho de separación se deberán publicar en el BORME, pudiendo sustituir la inscripción del acuerdo por la comunicación del mismo a cada uno de los socios.

Este derecho de separación deberá ejercitarse en el plazo de un mes desde la fecha de la publicación o comunicación de dicho acuerdo²².

b. Derecho de oposición

También la LME prevé un mecanismo de defensa para los acreedores que ostenten un crédito frente a la sociedad. El art. 100 LME consagra el derecho de oposición de los

²¹ El art. 346.2 LSC también reconoce el ejercicio de derecho de separación en los casos de “*traslado de domicilio al extranjero*”.

²² Art. 348 LSC.

mismos, siempre y cuando su crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero.

El derecho de oposición, entendido no como un derecho a bloquear el procedimiento de traslado sino como un derecho a exigir una garantía suficiente de los créditos, es una figura conocida en nuestro ordenamiento para el supuesto de fusión y para determinados casos de reducción de capital.

El reconocimiento del derecho de oposición se prevé en los mismos términos que en el art. 44 LME, para el supuesto de fusión. Para su ejercicio se exige la comunicación o publicación del acuerdo. Asimismo, los acreedores dispondrán de un plazo de un mes²³ para ejercitar el derecho.

C. Fusión de Cir-Cerámica Holandesa con Nederlandse Gier-Nv (Filial De Vulture)

Una vez hemos conocido los requisitos y el procedimiento para efectuar el traslado de domicilio social, y sabiendo que este es válido y que CerTronic podrá modificar su domicilio social a Países Bajos, importa ahora mencionar que el cambio de domicilio social tiene como objeto realizar una fusión de la nueva sociedad CirCerámica holandesa, con otra filial de Vulture, denominada Nederlandse Gien-NV, en cuyos estatutos se prevén **cláusulas de lealtad** que atribuyen un **voto doble** a los **socios con más de dos años de antigüedad** en la sociedad. Con ese objetivo, Vulture se comprometía a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros que no fueran empleados de Vulture.

Analizaremos la licitud de estas cláusulas de CerTronic bajo nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de dar el mejor asesoramiento legal posible.

¿Pueden adoptarse ciertas estrategias corporativas que discriminen en favor de un accionista fiel frente al resto de socios? ¿Son lícitas, en nuestro ordenamiento jurídico, las políticas de fidelización a accionistas o socios?

Para empezar, es importante mencionar que todas las decisiones sociales que consistan en la concesión de ventajas corporativas en favor de ciertos socios deben satisfacer las exigencias derivadas de la aplicación del **test de paridad de tratamiento** establecido en la normativa comunitaria²⁴ y en nuestra LSC²⁵. Se exige que para que el diferente tratamiento no haya de reputarse ilícito por injustamente discriminatorio, la política de fidelización del socio adoptada por la sociedad debe estar justificada por su conformidad o coherencia con el interés social.

²³ El *dies a quo* es el día de publicación o comunicación del acuerdo de traslado del domicilio.

²⁴ Art. 85 Directiva (UE) 2017/1132 de 14 de junio de 2017

²⁵ Art. 97 LSC

En aplicación de la doctrina mercantilista sobre el correcto funcionamiento del principio de la paridad de trato, será tolerable la carga discriminatoria de la operación de filialización siempre que se cumplan tres requisitos: i) idoneidad o adecuación del instrumento empleado (la concesión de ventajas a socios leales) al fin buscado, ii) la inexistencia de otro mecanismo menos gravoso para la posición del socio perjudicado o lesionado en sus derechos, patrimoniales y políticos, para alcanzar el fin buscado, y, por último, iii) proporcionalidad entre medios y fines: entre el sacrificio inflingido y la utilidad del perseguido²⁶.

Hasta ahora hemos comprobado, efectivamente, que existen y se reconocen acciones de lealtad. Ahora bien, ¿pueden estas acciones consistir en una mejora relativa a los derechos políticos del beneficiario?

La política de voto mejorado instrumenta entonces uno de esos “mecanismos de control reforzados”, y que, en principio, entraña una desviación respecto de la regla “una acción, un voto” del art. 50.2 LSC.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, mientras no se modifique la LSC, el **voto doble** -como privilegio o simple ventaja- está **prohibido**, como consecuencia de lo que establece el art. 96.2 LSC, “*no podrán emitirse acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y del derecho de voto o el derecho de preferencia*”. En cambio, existe la posibilidad de modular el voto en limitadas, y sin necesidad de recurrir a las participaciones sin voto, en virtud del art. 96.2 LSC (por silencio) y del art. 188 LSC.

La alternativa que ofrecemos a Vulture es la de los “*loyalty shares/warrants*”, que, burlando las acciones de lealtad con atribución de voto doble, en definitiva, consiguen lo mismo: mejorar la posición del socio leal concediéndole acciones u opciones de compra sobre acciones adicionales. En este caso, el socio cortoplacista soporta, *ex post facto*, una doble dilución en sus derechos patrimoniales y políticos.

La entrega de acciones a los socios leales puede instrumentarse societariamente a través de diversas formas: i) en ejecución de un pacto societario previo de “dividendo mejorado” puede entenderse o pactarse la entrega de acciones adicionales al “socio leal” para cuando, vigente el pacto, se acordare por la sociedad concedente del beneficio una distribución *in natura* de los dividendos. Por otra parte, ii) la entrega de acciones a socios leales podía realizarse en méritos de la simple ejecución de un pacto estatutario, previo reconocimiento de un dividendo mejorado, y cuando la sociedad acordara emitir acciones liberadas en el correspondiente aumento de capital con cargo a reservas, vigente la política de fidelización.

Una tercera opción que podríamos ofrecer a Vulture sería que iii) sin necesidad de existencia previa de un pacto estatutario de “dividendo mejorado” pudiera la sociedad conceder una mejora de acciones en favor del socio leal si se decidiera por la sociedad,

²⁶ Vid. por todos: MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en comentario al artículo 97 LSC en la obra colectiva dirigida por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A., Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, Civitas, 2011;

en cumplimiento de una política coyuntural de fidelización al socio, un aumento de capital liberado con ejecución diferida y subsiguiente entrega de acciones liberadas a aquél tras el periodo de lealtad.

A partir de la página 24 de este dictamen analizamos la posible responsabilidad en que Vulture podría incurrir por la redacción de esta cláusula.

D. CALENDARIO SOCIETARIO

Lo adjuntamos como **Anexo 1** de este dictamen.

III. INFORME SOLICITADO POR D^a AMPARO Y D^a LIDÓN

A. Consecuencias de la falta de firma del pacto de socios

Los pactos de socios son aquellos adoptados entre los socios (todos o algunos) de una sociedad, con el objetivo de regular ciertos aspectos no establecidos estatutariamente, así como complementar relaciones internas, legales o estatutarias por las que se rige esta.

Las consecuencias de la falta de firma algún socio, en este caso, de D^a Amparo y D^a Lidón, no determinan la invalidez del pacto parasocial, puesto que cada vez más se está intentando flexibilizar las exigencias de contenido de los pactos parasociales, para permitir que disposiciones imperativas puedan tener cabida en los mismos²⁷. En su origen, los pactos parasociales se caracterizaban porque carecían de publicidad y sólo vinculaban a los que los suscribían; pero actualmente puede apreciarse una tendencia a fomentar o incluso a obligar a su publicación. En un primer análisis genérico de la situación, podría apreciarse que la falta de firma por las socias de este pacto determinaría la inoponibilidad a los no firmantes, en este caso, D^a Amparo y D^a Lidón, en aplicación extensiva del artículo 29 LSC.

En importantes artículos doctrinales²⁸ se ha dispuesto que “*es sensato que las partes sometan acuerdos de esta naturaleza a la regla de la unanimidad*”. De esta manera, la invalidez de los pactos parasociales no puede derivarse de la exigencia de la unanimidad en la adopción del pacto -hecho que podrían valorar Amparo y Lidón-, sino que la invalidez de los mismos se predica respecto de aquellos que atenten contra valores sustantivos del sistema, así como aquellos que atenten contra la protección de terceros. El mencionado artículo doctrinal establece que “*en este ámbito pueden mencionarse la prohibición de las cláusulas de unanimidad, que se justifica por la necesidad de favorecer sistemas de decisión colegiada que faciliten la estabilidad de la sociedad, (...). Todos estos son reglas o principios imperativos del derecho de sociedades anónimas. Ahora bien, no cabe duda de que las partes pueden obligarse a no adoptar acuerdos (por ejemplo, modificaciones estatutarias, nuevos planes de negocios o cualquier otro tipo de acuerdos) sin el consentimiento de todos los socios.*”

En consecuencia, sería perfectamente válido que CerTronic exigiera la unanimidad en la adopción del pacto parasocial.

Además, ya la STS de 28 de septiembre de 1965 estableció que “*no hay razón para privar a quien esté interesado en su cumplimiento (del pacto parasocial) de ninguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de los intereses contractuales*”.

Una de las consecuencias que puede derivarse de la no firma del pacto por Amparo y Lidón es que el resto de socios de CerTronic firmantes del pacto podrán hacer valer

²⁷ SAP de Madrid, de 12 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 56812)

²⁸ “*El enforcement de los pactos parasociales*”. Cándido Paz- Ares. Artículos Uría Menendez

mecanismos de *enforcement*. En el caso concreto de nuestro supuesto de hecho, el pacto de socios, con el objetivo de reforzar el cumplimiento del mismo, incluyó una cláusula por la que se fija la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto. Esta obligación, tal y como hemos indicado en párrafos anteriores, se articula mediante una prestación accesorias.

Por tanto, si D^a Amparo y D^a Lidón no quieren firmar el pacto de socios, también estarían incumpliendo una prestación accesorias contenida en los estatutos de la sociedad con las consecuencias asociadas a dicho incumplimiento.

Pero, ¿cuáles son las **consecuencias de incumplir esta prestación accesorias**? El artículo 350 LSC nos da la respuesta, para el caso de sociedades de responsabilidad limitada. El precepto dice así, “*la sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la prestación accesorias (...)*”.

No es nuestro caso, al no ser CerTronic una sociedad de responsabilidad limitada, sino una sociedad anónima. ¿Podríamos, analógicamente, aplicar el art. 350 LSC para el caso de CerTronic? Nada parece favorable a inclinarnos a esta postura, ya que, para que este mecanismo actúe de forma análoga es necesario que los accionistas de forma unánime incluyan, además de la prestación accesorias de suscripción del pacto social, la exclusión del socio incumplidor como consecuencia asociada a su incumplimiento, en virtud del artículo 351 LSC.

Por tanto, CerTronic **no podrá excluir** a D^a Lidón y D^a Amparo por la falta de suscripción por estas últimas del pacto parasocial.

B. El incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad

1. Objeto del deber de lealtad

El deber de lealtad opera en un plano distinto al del deber de diligencia (deber fiduciario general con concretas manifestaciones), que se encamina exclusivamente a asegurar la correcta administración y consecución del interés social en términos de gestión ordinaria. El deber de lealtad proscribire todas las conductas de los administradores que, ante una situación de conflicto entre el interés social y el suyo propio, suponga la obtención de ventajas por éstos a expensas de la sociedad²⁹.

El deber de lealtad, en virtud del art. 228 LSC, impone al administrador la necesidad de velar por el interés social. En concreto, sus obligaciones se materializan en:

²⁹ SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, núm. 235/2019, de 26 de julio. JUR 2020/35958

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

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

*c) **No participar en la deliberación y votación de acuerdos en los tengan conflicto de intereses. Ya el administrador, ya una persona vinculada al mismo. Ya sea directo o indirecto. Excepto las que le afecten en su condición de administrador.***

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

*e) **Adoptar medidas para evitar que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social. Así como con sus deberes para con la sociedad, ya sean por cuenta propia o ajena.**”*

Asimismo, el artículo 229.1 LSC recoge que este deber consiste en la obligación del administrador de abstenerse, entre otros, de *“e) **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**”*.

Entonces, ¿qué podrán alegar D^a Lidón y D^a Amparo para hacer responsables a los administradores de CerTronic? Podrán alegar el art. 229.1 e) LSC, porque Vulture se comprometió a facilitar una prima de éxito por la culminación de la operación de absorción de Cir-Cerámica y posterior traslado del domicilio social de la sociedad a los Países Bajos, para la fusión de la nueva sociedad holandesa con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV. Así, si se proclamaba el éxito de la operación, Vulture retribuía a todos los miembros del consejo de administración (que no fuesen sus empleados) con una prima de éxito.

Podemos, fácilmente apreciar, que el acuerdo del párrafo anterior provoca, **un conflicto de interés para los consejeros**. En este sentido, siendo una de sus principales obligaciones la de promover el interés social, lo que se está buscando en última instancia es su propio beneficio económico. En consecuencia, los administradores deberán **abstenerse en la votación**, para así evitar la infracción del correspondiente deber de lealtad.

Deben saber D^a Amparo y D^a Lidón que la Ley, en su artículo 230 LSC reconoce la posibilidad de la sociedad de **dispensar**, entre otros, **aquellos acuerdos que reconozcan la obtención de una ventaja o remuneración económica** por parte de un tercero. No parece que sea este nuestro caso.

Sobre el incumplimiento por parte de los administradores del deber de lealtad, debemos mencionar, que el Consejo de Administración de CerTronic está formado por cuatro consejeros. Entre ellos, el que ahora interesa mencionar es Vulture. La actual mención a Vulture no es baladí, a saber, porque cuando se quiso efectuar la operación de traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos, para realizar una fusión de la nueva sociedad holandesa Cir-Cerámica con otra filial de Vulture, denominada Nederlandse Gien-NV, se establecieron estas cláusulas de lealtad con atribución de voto doble de las que venimos hablando.

¿Es irrelevante la mención de esta cláusula de lealtad de Vulture? ¿O es que realmente podría ocasionar el incumplimiento de un precepto legal? Pues bien, Vulture se enfrenta a un evidente conflicto de interés, reconocido en el artículo 190.1 c) LSC, que establece que los socios estarán privados de su voto cuando el acuerdo que se vaya a adoptar tenga por objeto liberarle de una obligación o concederle un derecho. Para que D^a Amparo y D^a Lidón puedan exigir responsabilidad a Vulture, entenderíamos que en este caso la **concesión de un derecho** es la **atribución de un doble voto** en el caso de que la operación prospere.

La siguiente duda que pueda estar surgiéndoles a D^a Amparo y D^a Lidón es si el surgimiento de un conflicto de interés en Vulture afectará al administrador de CerTronic. En las siguientes líneas procederemos al análisis de la cuestión.

La LSC, en su artículo 229.1, recoge el deber del **administrador de evitar situaciones en conflicto de interés**³⁰. Por otra parte, este mismo precepto, en su apartado segundo, declara “*su aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una **persona vinculada al administrador***”³¹.

¿La vinculación entre Vulture y el administrador designado es suficiente a los efectos de la vinculación necesaria a la luz del artículo 231 LSC? Jurisprudencia reciente, como la STS 17 de noviembre de 2020 se ha encargado de arrojar luz. En este supuesto, nuestro más Alto Tribunal analizó un posible conflicto de interés entre dos administradores y la sociedad. El problema, en fin, no es otro que la interpretación del artículo 231 LSC. En sentido estricto, y atendiendo a una aplicación *numerus clausus* del precepto, se excluyen de la consideración de personas vinculadas al administrador aquellas a las que el artículo no hace referencia, entre las que evidentemente se encuentra el supuesto del administrador designado por un socio en conflicto de interés con la sociedad. El Tribunal Supremo, a pesar de conocer la falta de encaje literal del caso enjuiciado en el artículo 231 LSC, acaba por considerar infringido el artículo 228 LSC, que obliga a los administradores a evitar situaciones de conflicto de interés.

³⁰ A lo largo de la redacción del precepto se enumeran algunas obligaciones que se derivan del deber de lealtad.

³¹ Son personas vinculadas al administrador las recogidas en el art. 231 LSC.

Por tanto, D^a Amparo y D^a Lidón podrán solicitar responsabilidad de Vulture, alegando el incumplimiento del deber de lealtad en el caso de que votara a favor del traslado de domicilio social de la compañía a Países Bajos, ya que, sin perjuicio de entender la inaplicación del artículo 231 LSC, se podrá entender infringido el artículo 228LSC, que desarrolla su deber de no actuar en conflicto de interés ni a título propio, ni ajeno. De esta manera, en caso de no abstenerse en la votación, también estaría infringiendo su deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

2. Reparación de la infracción del deber de lealtad

Una vez hemos proclamado la infracción de Vulture del deber de lealtad, resulta a nuestro juicio relevante mostrar a D^a Amparo y D^a Lidón los distintos remedios que nos proporciona la Ley a la hora de reparar lo causado por la infracción del deber de lealtad.

El artículo 232 LSC dice así, “*el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los arts. 236 y ss. no obsta al ejercicio de la acción de impugnación, cesación, remoción de efectos, y en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de sus deberes de lealtad*”. Además, el artículo 227.2 LSC viene a decir que “*la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*”.

Teniendo en cuenta las exigencias descritas *ut supra*, podemos decir que existe actualmente la posibilidad de alegar el incumplimiento por parte de los administradores de la sociedad de su deber a lealtad, a través de las acciones, i) de responsabilidad, ii) de impugnación de los acuerdos de la junta general y del consejo de administración, iii) la acción de anulación o de los actos y contratos celebrados por los administradores, iv) acción de cesación o remoción, y, por último, v) acción de indemnización de daños y perjuicios y de devolución de enriquecimiento injusto.

No es objeto de nuestro dictamen desarrollar las correspondientes acciones, todas ellas recogidas en la LSC, mas nos gustaría centrar nuestro asesoramiento a D^a Amparo y D^a Lidón en la **acción social** y en la **acción individual** de responsabilidad, que están reguladas, respectivamente, en los artículos 238 y 241 LSC.

a. Distinción entre la acción social y la acción individual

En virtud de la acción social³² se reclama a los administradores responsables por los daños padecidos por la sociedad. La jurisprudencia (por todas, STS 16 de abril de 2018) se ha encargado de desarrollar los requisitos que deben cumplirse para su ejercicio, y son, i) que exista un **comportamiento activo o pasivo** por parte de los administradores, ii) que el mismo comportamiento, en cuanto tal, sea **imputable** a los administradores, iii) que la conducta del administrador merezca la calificación de **antijurídica**, iv) que la

³² Art. 239 LSC

sociedad sufra un **daño** y, por último, v) que pueda desprenderse una **relación de causalidad** entre el actuar de los administradores y el daño generado.

La **legitimación** para el ejercicio de esta acción tiene dos escalones distintos. En primer lugar, la legitimación se reconoce a la **sociedad**, previa convocatoria de la Junta General. Subsidiariamente, la legitimación también se reconoce a los **socios** que dispongan de, mínimo, el **5% del capital social**, cuando i) solicitada la convocatoria de la Junta General con el fin de que decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, ésta no fuera convocada por los administradores, cuando ii) la sociedad no entablare la acción de responsabilidad, dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de la adopción del correspondiente acuerdo, y, por último, iii) en caso de que fuera contrario a la exigencia de responsabilidad.

La legitimación subsidiaria no se deriva únicamente de los socios, sino que también se predica de los acreedores, cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos³³.

La acción social no es la única que nuestro ordenamiento jurídico reconoce; también existe la acción individual, prevista en el art. 236.1 LSC. Al legislador, en la reforma de 2014, le preocupó la cuestión de qué acciones cabía ejercitar frente al administrador, en caso de infracción del deber de lealtad. El legislador abordó las consecuencias de la infracción del deber de lealtad por parte de los administradores, y estableció que *“el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los arts. 236 y ss. no obsta al ejercicio de las acción de impugnación, cesación, remoción de efectos, y en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de sus deberes de lealtad.”*

La posibilidad de distinción entre el ejercicio de una acción y de otra es sencillo: dependerá de para quién reclamemos el perjuicio³⁴, con su correspondiente cuantía. En este caso, D^a Amparo y D^a Lidón nos han pedido asesoramiento sobre el posible ejercicio de la acción. Entendemos, por tanto, que los perjuicios derivados del ejercicio de los administradores los reclamarán en nombre de la sociedad, pues es a esta a quien, fundamentalmente, le han sido causados. Por tanto, deberán ejercitar la acción social. Ya lo dice reciente jurisprudencia, como SJM, núm. 2 de Bilbao, de 26 de febrero de 2019, JUR/166289, que establece que *“la infracción del deber de lealtad no puede fundamentar una acción individual de responsabilidad, sino una acción social causada al patrimonio social”*.

Por tanto, la única vía que tienen para denunciar esta infracción del deber de lealtad es la vía de la **acción social**. Para ello, deberá primero CerTronic interponerla, previo acuerdo de Junta General. Sólo subsidiariamente se verán legitimadas D^a Amparo y D^a Lidón para el ejercicio de esta acción.

³³ STS 11 de marzo de 2015

³⁴ STS 4 de noviembre de 1991

Resulta interesante mencionar la SAP de Barcelona, Sección 15ª, núm. 229/2019, de 12 de febrero, que establece que “*cuando el pacto parasocial es omnilateral, esto es, cuando es firmado por todos y cada uno de los socios, como sucede aquí, el interés social se identifica con el interés de los socios, de modo que, la infracción de un pacto parasocial suscrito por todos los socios constituye una infracción del deber de lealtad.*” Sin embargo, ni Amparo ni Lidón podrán accionar por esta vía, puesto que no han suscrito el pacto entre socios.

Sobre la acción social de responsabilidad, que es la que deberán ejercitar Dª Amparo y Dª Lidón se ha pronunciado numerosa jurisprudencia. Para ilustrar a Dª Amparo y Dª Lidón acerca de los requisitos que deben cumplir para que prospere y se admita esta acción nos remitimos al primer párrafo de este epígrafe.

b. Consecuencias del ejercicio de la acción

Las consecuencias que se derivan del ejercicio de la acción social y de la acción individual, son, evidentemente, distintas. Pues bien, el ejercicio de la acción social lleva consigo la **destitución de los administradores**³⁵ contra los que se dirige. Por tanto, es automática desde el acuerdo de promover la acción de responsabilidad. Se ha reconocido la posibilidad de destitución expresamente por Ley, *ex art. 238.3 LSC* (para el caso de acción social). También ha sido reconocida jurisprudencialmente, véase, STS 56/2001, de 30 de enero de 2001; SAP de Madrid, Sección 28ª, núm. 117/2020, de 6 de marzo (JUR 2020/173297). Además, la destitución puede darse sin causa, *ad nutum*.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha determinado que no se exige materializar el ejercicio posterior de la acción de responsabilidad ante los tribunales para la destitución de los administradores. Solo basta con el mero acuerdo de promover la misma. De hecho, se podrá desistir de la acción en cualquier momento.

Sin embargo, las consecuencias del ejercicio de la acción individual no son las mismas³⁶, porque, entre otras cosas, la automaticidad de la destitución se deriva únicamente de la acción social, incluso sin que sea necesario incluirlo en el orden del día, pero no de la acción individual (STS 10 de junio de 2005, STS 9 de octubre de 2006, STS 5 de mayo de 2005, o STS 18 de enero de 2000).

C. Posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación de la Junta

³⁵ SJM 14/2014, de 19 de febrero de 2014, núm. Recurso 256/2013

³⁶ Ya la SAP de Palencia, núm. 284/2000, de 30 de junio (JUR 2000/305457) reconocía distintas consecuencias al ejercicio de la acción social e individual.

1. Sobre el derecho de voto del socio

Se configura como un derecho político esencial del socio, porque mediante su uso se contribuye a la formación de la voluntad de la Junta General. El derecho de voto es un derecho individual y personal, cuyo ejercicio es un acto unilateral de declaración de voluntad del socio, no recepticio, que se integra posteriormente en el negocio jurídico que representa el acuerdo social³⁷. Su validez estará asimismo sujeta a la inexistencia de vicios que puedan invalidar la declaración conforme a la normativa civil.

En lo que respecta al derecho de voto y su disponibilidad, este se proclama hoy como uno de los grandes debates doctrinales mercantilistas. ¿Se puede obligar a un socio a no votar en una Junta General? La respuesta no es clara, pero en líneas generales, y en términos de prohibición absoluta, todo apunta a que la respuesta es negativa.

Sin perjuicio de que no exista aquí una cuestión pacífica al respecto, existen soluciones similares que consiguen, en esencia, lo mismo: la privación del derecho de voto. Detallaremos, a continuación, las posibilidades que tienen D^a Amparo y D^a Lidón para exigir que los demás socios se abstengan de la votación en la que se decidirá el traslado a los Países Bajos.

Los siguientes puntos son cuestiones hipotéticas que no han sido descritas en el supuesto de hecho, pero que pensamos que pueden resultar de utilidad a CerTronic en el futuro. Baste decir, por ahora, que D^a Amparo y D^a Lidón podrán **exigir a Vulture que se abstenga de votar en la Junta**, ya que, de modo contrario, este último estaría **infringiendo el art. 190.1. c) LSC**.

a. Prenda de las acciones

Se permite la prenda de acciones en virtud del art. 132 LSC, que dispone que “*salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio*”.

Así, el deudor (en este caso, nos interesaría que fueran deudores el resto de socios, exceptuando a D^a Amparo y D^a Lidón) afecta especialmente una cosa mueble (las acciones) al pago de una deuda, de forma tal que vencida la obligación y no satisfecha, puede hacerse efectiva sobre el precio de venta de la acción que en prenda se ha entregado, con preferencia de cualquier otro acreedor. Para que esta figura jurídica prospere es necesario que exista una deuda entre D^a Amparo y D^a Lidón y el resto de socios (en el supuesto de hecho del caso, nada se nos dice al respecto, pero para conferir un mejor asesoramiento legal, nos ha parecido relevante mencionarlo).

³⁷ PEREZ MORIONES, A. “El voto en el derecho societario español, Revista General del Derecho N^o 622-623, 1996, págs. 8495-3542”

Pero, ¿puede atribuirse el derecho de voto al acreedor pignoraticio? La STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, sentencia núm. 770/2011, de 10 de noviembre (RJ 2012/1372) permitió la delegación de derechos de voto al acreedor pignoraticio. Esta especialidad también habrá de constar en los estatutos, para su cumplimiento y la extensión de sus efectos a toda la sociedad.

De esta manera, Dª Amparo y Dª Lidón, en su condición de acreedoras pignoraticias, podrán ejercitar los derechos de voto de los deudores pignoraticios, es decir, del resto de socios que conforman la sociedad.

b. Usufructo de las acciones

Cuando las acciones de una sociedad se ceden en usufructo, la principal consecuencia legal que de ello se deriva, en virtud del art. 127 LSC, es que se produce una disociación entre la titularidad de tales acciones y las facultades para ejercitar los derechos que las mismas incorporan.³⁸

Este caso se considera como una excepción al principio de indivisibilidad de las acciones y participaciones. Se deberá atender a lo dispuesto en los estatutos, como norma básica de regulación de las relaciones entre socio y sociedad (arts. 127 y 132 LSC), para la concreción de la escisión de algún derecho derivado de la condición de socio, y en particular, se deberá concretar a quién se asignará su titularidad.

Es muy importante que estas previsiones sean trasladadas a los estatutos sociales, porque de modo contrario, el derecho de voto recaerá, en aplicación estricta de la Ley de Sociedades de Capital, al nudo propietario³⁹, pues es a quien se destina el ejercicio del derecho de voto en caso de falta de previsión estatutaria.

c. Acciones sin voto

Se ha reconocido esta posibilidad en los arts. 98 y ss. LSC. Toda sociedad anónima puede crear acciones sin voto, bien en el momento de la constitución de la propia sociedad, bien posteriormente creando nuevas acciones sin voto o mediante la conversión de acciones comunes en acciones sin voto. Nuestro caso se reconoce posible en esta tercera opción: la conversión de las acciones de resto de socios en acciones sin voto.

Sin embargo, el límite para la conversión se encuentra en el art. 98 LSC, que dice que “(...) *las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado*”.

³⁸ URÍA, R. MENÉNDEZ, A. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La Sociedad Anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos”, en curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Uría/Menéndez (dirs.), Thomson Civitas, Madrid, 2007, pág. 909, se referían expresamente a la disociación que se produce entre la titularidad de la acción y el “uso y aprovechamiento” de los derechos sociales en caso de usufructo.

³⁹ STS de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016, 635)

El resto de los socios ostenten más de un 50% del capital social, concretamente ostentan un 82%. Por tanto, aunque esta opción satisfaga los deseos de D^a Amparo y D^a Lidón, choca frontalmente con el límite cuantitativo dispuesto en la Ley, y, por tanto, no resultará de aplicación.

d. Sobre el deber de abstención de votar del socio. Casos de conflicto de interés

El deber de abstención de los socios está previsto en la Ley para casos de conflicto de interés del art. 190 LSC. Son supuestos enumerados que tienen por objeto preservar el interés social por encima del individual que cada socio ostenta.

Si bien el acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos, en principio, no genera ningún tipo de interés, lo cierto es que el objetivo mediato de realizar una fusión de la nueva sociedad Cir-Cerámica holandesa con la filial de Vulture, cuyos estatutos contienen una cláusula de lealtad que atribuye el voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad. Amén de la promesa de Vulture de retribuir a los miembros del consejo de administración con una prima por el éxito total de la operación. Esto sitúa a Vulture, como socio de CerTronic, en una situación de conflicto de interés, en virtud del art. 190 LSC. Este precepto recoge la obligación del socio de no ejercitar su derecho de voto en determinadas situaciones. Será este conflicto de interés el que permita exigir a los socios su abstención en la votación de la junta.

Comenzando con el análisis del artículo 190 LSC sobre el conflicto de interés de los socios, se recoge en su párrafo primero, letra c), la prohibición del socio de ejercitar su derecho de voto, cuando el acuerdo que se trate de adoptar tenga por objeto liberarle de una obligación o concederle un derecho. Esta prohibición resultará importante para Vulture, en el caso de que vote a favor del traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos y no se abstenga, ya que el éxito total de la operación le concedería un derecho de voto doble.

También el artículo 190 LSC, en su apartado número 3, dispone que *“en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social.”*. El conflicto de interés que abordamos ahora es el conflicto de interés de los socios en los que concurre la condición de administrador, ex artículo 229 LSC. Uno de ellos analizado en detalle en el apartado anterior consistente en la percepción de una remuneración económica por parte de un tercero (la prima por el éxito total de la operación).

En consecuencia, D^a Lidón y D^a Amparo podrían exigir a Vulture su abstención en la votación de la junta, ya que de lo contrario el mismo estaría infringiendo el artículo 190.1.c) LSC con las consecuencias derivadas de su incumplimiento, así como a los

socios en los que concurre la condición de consejero al amparo del artículo 190.3 LSC en relación con el artículo 229.1.e) LSC.

D. Impugnación del acuerdo por abusivo

Sobre la posibilidad de impugnar el acuerdo de traslado de domicilio social, aconsejamos a D^a Amparo y D^a Lidón lo siguiente.

El art. 204.1 LSC relata qué acuerdos son impugnables, a saber, aquellos *“que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.”*

El segundo párrafo de este precepto establece que *“la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aún no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de manera abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”*

Una vez leído este precepto, necesitamos incardinar el acuerdo de traslado de domicilio social a Países Bajos en los dos párrafos descritos con anterioridad. La doctrina del abuso del derecho supone, como nos señala la STS, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2006 (RJ 2006, 711)⁴⁰, *“la imposición de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de manera que deberá ser apreciado cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta se estuviese incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna.*

Continúa la sentencia diciendo, *“la mera aprobación de una previsión estatutaria como la analizada no entraña, per se, la comisión de un abuso de derecho, que solo sería apreciable si en un momento concreto y determinado la mayoría hubiese ejercido su derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo (ausencia de interés legítimo) o de modo anormal (contrario a los fines económico-sociales del mismo)”*.

D^a Amparo y D^a Lidón podrían atacar es, sin duda, que **el cambio internacional de domicilio registral o estatutario no acompaña, en este caso, a un correlativo cambio en el domicilio real de CerTronic**, en el sentido del lugar donde se ubica el centro principal de intereses o la administración efectiva de la sociedad. En este sentido, numerosa jurisprudencia europea (Sentencia Centros, de 9 de marzo de 1999 C.212/97 (TJCE 1999,47); Uberseeing, 5 de noviembre de 2002 (TJCE 2002, 320); Cadbury Sweppes, Overseas, 12 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 243); Cartesio; 16 de diciembre de 2008 (TJCE 2008, 311) ha reconocido protección a quienes, fruto de un traslado de domicilio, pudieran haberse visto negativamente afectados.

⁴⁰ Han reproducido la misma doctrina sentencias más novedosas, como STS, Sala de lo Civil, Sección 1^a, núm. 73/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/542).

En nuestra legislación, el derecho de separación del socio con ocasión del traslado de domicilio social se configura por remisión en bloque al Título IX de la LSC, que regula con carácter general este remedio. En consecuencia, y conforme a lo establecido en el art. 348.2 LSC, el **derecho de separación** habrá de ejercitarse por escrito, en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo de la junta de traslado de domicilio social⁴¹. Los acuerdos que den lugar al derecho de separación deben publicarse en el BORME

El ejercicio de este derecho, si bien no puede impedir el traslado del domicilio social, sí puede, sin embargo, ralentizar este proceso, puesto que puede comprometer la solvencia actual o en un corto plazo de CerTronic. Por ello, se excluye del ejercicio de este derecho a los socios ausentes o aquellos que se abstuvieron de votar. No obstante, los socios sin derecho de separación (los que no cumplan las exigencias de esta Ley) están legitimados para impugnar el acuerdo⁴², sobre la base del art. 206.1 LSC. La impugnación puede ser subsidiaria al derecho de separación, pero esta (la impugnación), no puede entenderse como *condicio sine qua non* para el ejercicio del derecho de separación, pues resultaría demasiado gravoso e incluso desproporcionado para el socio que quiera ejercitar este derecho.

El derecho a la impugnación de acuerdos sociales se concibe como un derecho a la minoría, en el que se legitima al socio que posee un determinado porcentaje en el capital, con independencia de que haya votado a favor o en contra del acuerdo e incluso de su asistencia a la junta, por lo que el socio que no tiene derecho de voto y no puede separarse de la sociedad, en supuestos de traslado de domicilio social, sí podría impugnar el acuerdo de traslado, bien por abuso de mayoría (art. 204.1.II LSC), como acuerdo “*contra legem*” (art. 204.1 LSC), en supuestos en que domicilio estatutario y sede real no resulten coincidentes, por contravenir el art. 9 LSC.

Por tanto, podrán D^a Amparo y D^a Lidón, en virtud de lo anteriormente expuesto, impugnar el correspondiente acuerdo de traslado de domicilio social por abusivo.

⁴¹ También se entiende cumplido este requisito con la última publicación individual.

⁴² “*El traslado de domicilio social: protección de socios y acreedores*”. BIB 2018/12343

IV. CONCLUSIÓN

Este es el dictamen que consideramos mejor se ajusta a Derecho y a las exigencias contenidas en el supuesto de hecho. Todo ello, sin perjuicio de acatar una mejor opinión fundada en Derecho, a la que evidentemente, para una mejor defensa de nuestro CerTronic, nos sometemos.

En Madrid, a 11 de enero de 2021.

ANEXO 1

I. CALENDARIO SOCIETARIO

A. Adquisición mediante autocartera

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

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

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

Un mes entre convocatoria y celebración de la Junta General de accionistas que adopte el acuerdo de adquisición de la marca mediante ampliación de capital. Asimismo, se necesitará el plazo de **un mes** para la emisión del informe del experto independiente.

Deberá mediar el plazo de **un mes** entre convocatoria y celebración de la Junta General para la aprobación del informe del experto independiente y adopción del acuerdo de ampliación de capital social para adquirir la marca de Cir-Cerámica.

C. Adquisición de las participaciones sociales de Cir-Cerámica

El plazo dependerá enteramente de las circunstancias de la realización de la necesaria *due diligence*.

D. Fusión por absorción de la filial italiana en Cir-Cerámica

La operación de fusión por absorción comienza con la preparación por las sociedades implicadas en la operación del proyecto de fusión. La normativa no fija plazo legal al respecto.

En lo que respecta al proyecto común de fusión, confeccionado por ambas compañías, resulta necesario hacer mención que no nos consta la existencia de un plazo normativo determinado. Sin perjuicio de lo anterior, resulta conveniente no dilatar excesivamente los plazos.

Deberá mediar **un mes** entre la publicación en la página web de ambas sociedades de dicho informe y la celebración de Junta General de accionistas que adopte el acuerdo de fusión. En dicho periodo los administradores deberán elaborar un informe justificando el proyecto. Para el caso de la emisión de informe sobre el proyecto de fusión por experto independiente, el plazo de la elaboración del mismo es de **un mes**.

Asimismo, el plazo será de **un mes** entre la convocatoria y la celebración de la Junta General, en virtud de la cual se aprueba el proyecto de fusión. El plazo también es de **un mes** para la publicación del acuerdo de fusión en el BORME, para impugnar el acuerdo.

E. Traslado del domicilio social a los Países Bajos

El primer paso para efectuar el traslado del domicilio social es la elaboración, por parte del Consejo de Administración, de un proyecto de traslado específico. No existe un plazo normativo determinado para la elaboración del mismo. En el mismo sentido, tampoco existe plazo normativo en cuanto a la emisión de calificación por parte del Registrador Mercantil del domicilio social, ni tampoco del Registrador Mercantil Central.

Por otra parte, el anuncio de traslado de domicilio social al extranjero deberá publicarse en el BORME en un plazo de **dos meses**.

En lo que respecta a la elaboración de un informe justificando el proyecto de traslado, además de las consecuencias del mismo por parte del órgano de administración de CerTronic, sobre este la Ley no establece nada acerca de los posibles plazos. De la misma manera que en supuestos anteriores en los que no está determinado un plazo concreto, resultará aconsejable no excederse mucho en el tiempo en la elaboración del mismo, para mayor celeridad en la operación.

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

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