



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Elena Jaraíz Corrales

Tutor: D. Ramón Fernández-Aceytuno

Curso 2020/2021

ÍNDICE

I. Breve introducción al caso	3
II. Dictamen jurídico sobre las distintas posibilidades de CerTronic	6
III. Dictamen jurídico de D ^a Amparo Fabra Llorens y D ^a Lidón Falomir Fabra.....	23
IV. Anexo 1	37
V. Anexo 2	39
VI. Bibliografía.....	40

I. Breve introducción al caso

El caso ante el cual nos encontramos presenta la siguiente problemática. La mercantil CerTronic (en adelante “CerTronic”) es una sociedad española cuyo objeto social es la fabricación de componentes cerámicos aislantes, utilizados principalmente en revestimientos e instalaciones eléctricas. La sociedad tiene su domicilio en Alcora, provincia de Castellón. Respecto al Consejo de Administración, éste se encuentra formado por cinco personas, aunque una vacante no está cubierta: D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Antonio Falomir Esteve y el quinto consejero elegido por Vulture. Cabe destacar que en los estatutos se dispone que cualquier acuerdo de disolución por voluntad de los socios debe tener al menos una mayoría reforzada del 85% del capital. En este sentido, el capital de la compañía se encuentra distribuido entre los siguientes cinco socios:

- Badenes-Bros, SRL, (“Badenes-Bros SRL” en adelante) dispone del 28% del capital de CerTronic, siendo una sociedad perteneciente a uno de los grupos de socios fundadores de la sociedad y la cual está formada por D. Vicente y D. José Badenes Alcón.
- Por otro lado, otro 28% pertenece a D. Antonio Falomir Esteve, el cual estaba casado en régimen de sociedad de gananciales con Dña. Amparo Fabra Llorens. Fruto de ese matrimonio nació Dña. Lidón Falomir Fabra, a quien transmitieron en junio de 2012 el 8% del capital de CerTronic a fin de que comenzase a ocuparse de los negocios familiares. No obstante, en 2014 se produjo la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de la ruptura del matrimonio. Dicha disolución y liquidación dio lugar a que se repartiera el 20% del capital entre D. Antonio y Dña. Amparo, teniendo así cada uno el 10% del capital de CerTronic.
- Por último, el quinto socio es Vulture Capital, Corp. (en adelante “Vulture” o “el Fondo”) es un fondo de Capital de Riesgo cuya sede se encuentra en Luxemburgo. Vulture se convirtió en accionista mediante un contrato de refinanciación llevado a cabo con CerTronic en 2013. En este sentido, dicha refinanciación supuso la salvación de CerTronic, debido a que en ese momento se encontraba atravesando graves dificultades económicas.

De este modo, mediante el acuerdo de refinanciación Vulture adquirió gran parte de los créditos de los bancos, especificándose las siguientes cláusulas:

- (i) CerTronic aumentaría el capital, de tal manera que Vulture suscribiría por conversión en capital de la mitad de su crédito, convirtiéndose en el titular del 44% del capital.
- (ii) A partir de ese momento, Vulture conservó un crédito de 4 millones de euros respecto a la sociedad, y cuyos términos fueron también renegociados en el pacto de socios.

(iii) En dicho pacto de socios CerTronic se incluyó la obligación de todos los accionistas de suscribir el pacto, imposición que fue incluida mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad con carácter de prestación accesorio.

(iv) En el pacto de socios también se determinaron diversas cláusulas referidas al pago de las cantidades y vencimientos del crédito pendiente, entre las que se incluyeron:

- a. la necesidad de que cualquier nuevo crédito que solicitara se estableciera en condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture;
- b. la obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital;
- c. la obligación de que, ante cualquier supuesto de impago de las cantidades debidas en los vencimientos pactados, Vulture podría imponer una reestructuración, a la que se obligaban a votar positivamente los demás socios en el seno de la junta;
- d. el vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante de Vulture frente a CerTronic por un valor de 10 millones €, en caso de violación de cualquiera de las obligaciones anteriores.

A continuación, se expone que CerTronic está valorando adquirir *Cir-Ceramica società a responsabilità limitata* (“CirCeramica” en adelante), la cual tiene domicilio social en Modena y está formada por los dos siguientes socios: D. Angelo Vattermoli e “*Il Piccolo Avvoltoio, SRL*”, sociedad de capital riesgo controlada al 100% por Vulture, y la cual no cuenta con actividad económica al haber transferido sus activos a otra sociedad mediante una escisión. No obstante, su marca cuenta con un alto prestigio en el mercado. De este modo, CerTronic recurre a nuestro despacho para consultar la mejor forma de llevar a cabo dicha operación.

Por un lado, se plantea la posibilidad de que los dos socios de Cir-Ceramica aportasen la marca, a cambio de que se les entregasen las acciones correspondientes al valor que tuviera la marca. Para materializarlo, se proponen las siguientes dos opciones:

- (i) Adquirir con carácter previo de los socios de CerTronic un número suficiente de ellas para tenerlas en autocartera, de tal manera que, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de CirCeramica, se pueda amortizar el excedente;
- (ii) O bien, proceder a un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.

Por otro lado, CerTronic se convertiría en la socia única de CirCeramica, al comprar todas sus participaciones a los dos socios de esta compañía. Así, CerTronic tendría que solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, el cual tiene ya acordado con la entidad financiera. A continuación, CerTronic tiene la intención de llevar a cabo una fusión por absorción de su filial italiana.

Para concluir, CerTronic ha planeado que, una vez concluida la operación de absorción de CirCeramica, se plantee adoptar un acuerdo de traslado de su domicilio a los Países Bajos. Esta operación tiene como fin último llevar a cabo una fusión de la sociedad CirCeramica holandesa con la Nederlandse Gier-NV, la cual es filial de Vulture y en cuyos estatutos se contemplan cláusulas de “lealtad” mediante las que se atribuye un voto doble a los socios que cuentan con más de dos años de antigüedad. Además, Vulture se ha comprometido a proporcionar una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture.

Por tanto, este trabajo tiene como fin último presentar sendos informes para asesorar tanto al Consejo de Administración de CerTronic como a Dña. Amparo Fabra Llorens y Dña. Lidón Falomir Fabra, los cuales serán explicados a continuación.

II. Dictamen jurídico sobre las distintas posibilidades de CerTronic

CerTronic se está planteando adquirir la sociedad italiana CirCeramica, la cual tiene su domicilio social en Modena, y está formada por dos socios: D. Angelo Vattermoli y la sociedad de capital riesgo “*Il Piccolo Avvoltoio, SRL*”, la cual está controlada al 100% por Vulture, uno de los accionistas de CerTronic. A continuación, analizaremos las diferentes alternativas de las que dispone CerTronic para llevar a cabo la operación de adquisición de CirCeramica.

(i) Adquirir con carácter previo un número suficiente de las acciones de los socios de CerTronic para tenerlas en autocartera, y una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de CirCeramica, amortizar el excedente.

La autocartera de adquisición derivativa condicionada es una de las formas mediante las que la CerTronic puede adquirir la sociedad italiana CirCeramica, la cual se articularía a través de la aportación de su marca. El régimen de las adquisiciones derivativas condicionadas para las sociedades anónimas se encuentra regulado en el art. 146 de la Ley de Sociedades de Capital¹ (en adelante “LSC”), estableciéndose las dos siguientes condiciones que deben concurrir para poder aplicarse.

En primer lugar, **la adquisición debe haber sido autorizada por acuerdo de la junta general**, el cual debe señalar las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones a adquirir, su contravalor mínimo y máximo en el caso de que la adquisición sea onerosa, así como la duración de la autorización, la cual nunca puede ser superior a cinco años, tal y como señala el art. 146.1 a) LSC.

En este sentido, cabe recalcar que en el supuesto ante el que nos encontramos, el Consejo de Administración CerTronic está formado por cinco personas, pero con una vacante no cubierta: D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Antonio Falomir Esteve, y un quinto consejero designado por Vulture. Por tanto, es preciso señalar que sería conveniente que se cubriera dicha vacante del Consejo de Administración, antes de proceder a cualquier otro trámite. En este sentido, la junta de socios es el órgano competente para nombrar a los administradores, siendo el mismo efectivo desde que se muestre su beneplácito. No obstante, el art. 244 LSC señala a su vez que, si en la sociedad anónima se produjeran vacantes durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores sin que exista ningún suplente, el consejo puede designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general. En conclusión,

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

CerTronic debería completar la vacante de su Consejo de Administración mediante el procedimiento de cooptación indicado en el art. 244 LSC.

Por otro lado, el segundo requisito establecido en el art. 146.1 b) LSC señala que **la adquisición no puede nunca producir el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.**

Asimismo, para que se pueda llevar a cabo la adquisición de autocartera es necesario que el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, al unirse al valor de las que ya posean tanto la sociedad adquirente como sus filiales, no sea superior al veinte por ciento del capital social (art. 146.2 LSC). También cabe añadir que se considerará nula toda adquisición llevada a cabo por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, exceptuando cuando dicha adquisición sea a título gratuito, o cuando impliquen la obligación de efectuar prestaciones accesorias (art. 146.3 LSC).

A continuación, tras haber adquirido sus propias acciones, el art. 148 LSC recoge el régimen de las acciones propias y de las participaciones o acciones de la sociedad dominante, y el cual debemos tener en cuenta. Primero, se suspende el ejercicio del derecho de voto y demás derechos políticos incorporados a las acciones propias. No obstante, los derechos económicos inherentes a las acciones propias se atribuirán de forma proporcional a resto de las acciones, con excepción del derecho de asignación gratuita de nuevas acciones.

Además, el artículo 148 LSC continúa señalando que las acciones propias deberán computarse en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta. También se debe crear en el patrimonio neto una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones de la sociedad dominante que tenga computado en el activo, teniéndose que mantenerse esta reserva mientras las acciones o participaciones no sean enajenadas (art. 148 c) LSC).

Para concluir, el último apartado del art. 148 indica los elementos a los que se debe referir el informe de gestión realizado por CerTronic. Entre otros, dicho informe debe recoger los motivos de las enajenaciones y adquisiciones efectuadas en el ejercicio, el número y valor nominal de las acciones o participaciones enajenadas y adquiridas en el ejercicio, así como la fracción del capital social que representan. En tercer y cuarto lugar, el informe también debe mencionar la contraprestación por las acciones o participaciones, en el caso de que la enajenación o adquisición haya sido a título oneroso, y, por último, el número y valor nominal del total de las acciones o participaciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad, así como el porcentaje del capital social que suponen.

Por otro lado, es preciso señalar que, de aplicarse la autocartera hasta el veinte por ciento del valor nominal de las acciones adquiridas, lo cual sería al máximo, se produciría un cambio en los porcentajes de capital de cada uno de los accionistas. De este modo, Badenes-Bros, SRL pasaría a tener un 22,4%, D. Antonio Falomir Esteve y Dña. Amparo Fabra un 8%, Dña. Lidón Falomir Fabra un 6,4% y el Fondo de Capital Riesgo Vulture un 35,2%, por lo que todos los accionistas verían disminuido un 0,2% su porcentaje de capital de CerTronic.

Por último, cabe mencionar que los administradores son los encargados de velar porque se respeten las condiciones establecidas en el art. 146 LSC a la hora de llevar a cabo la adquisición, de acuerdo con el tercer apartado de ese mismo precepto.

(ii) Aumento de capital a cambio de la aportación de marca

La primera opción que el Consejo de Administración de CerTronic ha contemplado para adquirir CirCeramica consiste básicamente en llevar a cabo una ampliación de capital a través de la cual CirCeramica aporten su marca en compensación por las acciones de CerTronic.

En este sentido, 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 ('LSC' en adelante) establece unos determinados requisitos esenciales que debe cumplir cualquier aportación social: primero, la aportación debe poder ser evaluable económicamente (art. 58 LSC), y, además, dicha aportación debe llevarse a cabo a título de propiedad (art. 60 LSC).

Por otro lado, respecto a las aportaciones no dinerarias, éstas se caracterizan por tres rasgos fundamentales: la necesidad de que un experto independiente redacte un informe, la eliminación del derecho de suscripción preferente, así como de un informe por parte de los administradores.

○ Valoración de la marca por medio de un informe de experto independiente.

Los artículos 67 a 72 LSC recogen los **requisitos necesarios para llevar a cabo la valoración y evaluación de la aportación no dineraria en una sociedad anónima**. De este modo, el artículo 67 señala que, en primer lugar, debe redactarse un informe por parte de un experto independiente respecto a la aportación no dineraria. Dicho informe debe contener los siguientes elementos: descripción de la aportación, datos registrales, así como la valoración de la aportación donde se refleje los criterios aplicados y si se corresponde con el valor nominal, y en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida (art. 67.2 LSC). Por tanto, el informe debe recoger la descripción de la marca CirCeramica, presentando los datos registrales recogidos en la Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (Oficina Italiana de Patentes y Marcas) en el caso de que

sea una marca italiana, o bien en la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), para el caso de que fuera una marca europea.

Asimismo, el art. 67.1 LSC señala que, respecto a la designación del experto encargado de redactar el informe, éste debe ser una persona independiente con competencia profesional, y su nombramiento es responsabilidad del registrador mercantil del domicilio social. De este modo, el registrador mercantil encargado en este caso será el de Castellón. El tercer apartado del mismo artículo 67 LSC establece que *el valor de que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.*

En cuanto a la **responsabilidad del experto independiente**, cabe indicar que el experto deberá responder frente a la sociedad, los accionistas, así como frente a los acreedores de los daños derivados de su valoración, quedando en todo caso eximido si se demuestra que ha actuado con la diligencia propia de la tarea encomendada (art. 68.1 LSC). El plazo para exigir la responsabilidad del experto es de 4 años desde la fecha en que realizó el informe (art. 68.2 LSC).

Por otro lado, respecto a las **excepciones a la exigencia del informe**, el art. 69 LSC señala que el informe del experto será necesario en los siguientes cinco supuestos: cuando la aportación no dineraria consista en un valor cotizado, cuando ya se haya redactado un informe por un experto independiente durante los seis meses antes de la aportación o en aquellos casos en los que la ampliación de capital social se haya realizado con el objetivo de entregar las nuevas participaciones o acciones a los socios de la sociedad escindida o absorbida. El apartado c) del mismo art. 69 LSC señala que tampoco será necesario informe de experto independiente cuando se constituya una nueva sociedad por fusión o escisión, puesto que el propio plan de fusión ya tendría su informe de experto independiente. Por último, tampoco será necesario un informe de experto independiente cuando el aumento del capital social tenga como fin entregar las nuevas acciones a una sociedad objeto de una oferta pública de adquisición de bienes (apartado e) del art. 69 LSC).

No obstante, en el supuesto ninguna de las excepciones anteriormente descritas se cumple en el caso ante el que nos encontramos, ya que la operación que se va a llevar a cabo no es una fusión, sino una compraventa mediante la que los socios venden la marca de su empresa en contraprestación de las acciones de la otra sociedad, por lo que no podría aplicarse la excepción recogida en el apartado c) del art. 69 LSC, ideado para los casos en los que haya un proyecto de fusión o escisión. En este sentido, es importante recalcar que la operación a realizar no se puede considerar una fusión ya que, tal y como se ha indicado antes, lo que pretenden los socios de CirCeramica es convertirse en socios de CerTronic, de tal manera que CirCeramica continuará teniendo el mismo número de socios, pero su marca pasará a ser propiedad de CerTronic. Para que esta operación se considerase una fusión, debería implicar que una de las dos empresas se

disolviera, dando lugar a una única entidad jurídica independiente con una misma dirección y propiedad, por lo que dista mucho de la realidad, ya que tanto CirCeramica como CerTronic quieren seguir siendo entidades jurídicamente independientes.

Por otro lado, también descartamos la aplicación de la sección d) y e) del mismo art. 69 LSC puesto que no estamos ante una absorción o escisión, ni la sociedad es objeto de una oferta pública de adquisición de acciones. Los apartados a) y b) del mismo artículo tampoco se aplican en este caso, ya que la aportación no dineraria no es un valor cotizado, y tampoco se ha realizado ningún informe de experto independiente en los seis meses anteriores a la aportación.

Por tanto, cabe concluir que en este caso **es necesario la elaboración de un informe por un experto independiente**, al no cumplirse ninguna de las excepciones recogidas en el art. 69 LSC. Así, el informe elaborado por el experto independiente debe presentarse y registrarse una copia en el Registro Mercantil, durante el mes siguiente a partir de la fecha en la que se llevó a cabo la aportación. Dicho informe debe también ser incluido en la escritura de ejecución del aumento de capital.

- **Procedimiento de ampliación de capital**

Dado que para realizar una ampliación de capital se deben modificar los estatutos, acudiremos a los artículos 285 LSC y ss., donde se indican los pautas necesarias para llevar a cabo una modificación estatutaria.

En cuanto a la competencia orgánica, la junta general será el órgano encargado de llevar a cabo cualquier modificación de los estatutos (art. 285.1 LSC). No obstante, los administradores, así como los socios interesados en la modificación, deben redactar la propuesta de modificación estatutaria, y en el caso de las sociedades anónimas, como es el caso de CerTronic, deberán a su vez elaborar un informe que justifique la necesidad de llevar a cabo la modificación que proponen, de acuerdo con lo establecido en el art. 286 LSC. Asimismo, el anuncio de convocatoria de la junta general debe recoger de forma clara y precisa los puntos que se proponen modificar, dando la posibilidad a todos los socios de estudiar la propuesta íntegra de modificación en el domicilio social de la entidad (art. 287 LSC).

En línea con lo anterior, el art. 300.1 LSC recoge un punto importante, al indicar que en los casos de aportaciones no dinerarias, cuando se convoque la junta se debe poner a disposición de los socios un informe de los administradores donde se recoja de forma detallada *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.*²

Además, respecto al derecho de suscripción preferente, cabe indicar que éste únicamente se aplica en aquellas ampliaciones de capital en las que se produzca una emisión de nuevas acciones o participaciones con cargo a aportaciones dinerarias (art. 304.1 LSC). De este modo, en el caso de CerTronic, los socios no tendrían derecho de suscripción preferente respecto de las nuevas participaciones creadas, ya que en este caso no nos encontramos ante una aportación dineraria, sino una aportación de marca.

Por tanto, a la hora de celebrar la junta debidamente convocada para aprobar la modificación estatutaria para ampliar el capital, cabe destacar que el art. 194.1 LSC exige que, en las sociedades anónimas, en primera convocatoria concurren los accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria, el requisito de quorum desciende al veinticinco por ciento del capital, ya sea presente o representado. En cuanto a la primera convocatoria, el acuerdo debe ser aprobado por mayoría absoluta, mientras que en la segunda será suficiente con la mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados, tal y como señala el art. 201 LSC. No obstante, los regímenes de mayorías arriba indicados pueden verse alterados por los estatutos sociales, de acuerdo con el art. 201.3 LSC.

Por último, tras aprobarse la modificación estatutaria para ampliar el capital, dicho acuerdo debe inscribirse en el Registro Mercantil, siendo posteriormente publicado en el BORME. De igual manera, debe indicarse que el acuerdo del aumento de capital, así como la emisión de nuevas acciones tienen que inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil (art. 315.1 LSC). Así, el procedimiento de aumento de capital podría sintetizarse a grandes rasgos en adoptar primero el acuerdo, ejecutarlo a continuación, y en último lugar, proceder a su inscripción en el Registro Mercantil que corresponda.

(iii) Compraventa de las participaciones de los dos socios de CirCeramica con el fin de que CerTronic sea su único socio.

A la hora de valorar la posibilidad de llevar a cabo la compra por parte de CerTronic de las participaciones de los dos socios de CirCeramica debemos tener en cuenta el régimen de transmisibilidad aplicable, ya que CerTronic es una sociedad anónima y CirCeramica una

² En este sentido también se ha pronunciado la Dirección General de Registros y Notariados en la Resolución de 11 de julio de 2019, publicada en el B.O.E el 2 de agosto de 2019.

sociedad de responsabilidad limitada. Por ello, comenzaremos analizando el régimen de transmisibilidad de las sociedades anónimas.

- **Régimen de libre transmisibilidad de las sociedades anónimas.**

En primer lugar, la base del sistema de transmisibilidad de acciones radica en el art. 1.112 del Código Civil³ (“CC” en adelante), donde se establece que “*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”. Por tanto, de acuerdo con este precepto, todas las participaciones o acciones son en esencia transmisibles, de tal manera que se permita a los socios desvincularse de la compañía mediante la transmisión de sus participaciones o acciones. El principal objetivo de este régimen jurídico es evitar que los cambios de socios puedan afectar a la estabilidad económica y financiera de la sociedad.

Respecto a las sociedades anónimas, cabe destacar que uno de los rasgos definatorios es el *principio de la libre transmisibilidad de las acciones*. A través de este principio se persigue armonizar el interés de aquellos socios que quieran disponer de sus acciones, de tal manera que no se les pueda obligar a permanecer en una sociedad contra su criterio y voluntad. No obstante, en el caso de que la sociedad tenga un interés especial porque sus acciones no se puedan transmitir libremente a cualquier otra persona, a fin de eludir la entrada de terceras personas no deseadas, así como de garantizar la estabilidad estructural y personal de la sociedad, la Ley de Sociedades de Capital⁴ contempla una serie de mecanismos. En este sentido, el art. 123.1 LSC establece las restricciones a la libre transmisibilidad. Así, se permite restringir la libre transmisibilidad de las acciones únicamente cuando éstas sean acciones nominativas y se encuentren expresamente recogidas en los estatutos. Además, el art. 123.2 LSC señala que se considerarán nulas aquellas cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción. Por tanto, en las sociedades anónimas interesa que el capital circule y fluya, de ahí su naturaleza eminentemente abierta.

Por otro lado, respecto a las restricciones anteriormente mencionadas en el art. 123.2 LSC cabe destacar que existen tres modalidades fundamentales. En primer lugar, las *cláusulas de consentimiento o autorización* someten la validez de las transmisiones a la autorización de la propia sociedad. El art. 123.3 LSC señala que se deben recoger en los estatutos sociales los motivos por los que se puede denegar la autorización, de tal manera que se controle la autoridad de los órganos sociales a la hora de regular la transmisibilidad de las acciones. El art. 123.2 del

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

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

Reglamento del Registro Mercantil⁵ recoge a su vez que la capacidad para aprobar la transmisión debe recaer siempre sobre la sociedad, y nunca puede ser asignada a un tercero. En segundo lugar, existen otro tipo de restricción aplicada mediante las cláusulas que constituyen un *derecho de tanteo o de adquisición preferente*, ya sea sobre los socios, la sociedad o terceros (arts. 188.2 y 123.3 RRM). Por último, también es posible incorporar en los estatutos un *derecho de opción rescate* en favor de los socios, terceros o de la sociedad, de tal manera que se reconoce la posibilidad de conseguir las participaciones o acciones si concurren una serie de circunstancias, las cuales deben encontrarse definidas de forma precisa y clara en los estatutos.

- **Régimen de transmisibilidad de participaciones en las sociedades de responsabilidad limitada.**

En el caso de las SL, en tanto que tipo societario predispuesto para las sociedades de esencia personalista y carácter cerrado, se requiere por el contrario que exista alguna restricción a la transmisión de las participaciones, hasta el punto de predicarse la nulidad de las cláusulas estatutarias "que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*" (art. 108.1 LSC). El propio legislador prevé un régimen restrictivo supletorio que resulta aplicable en defecto de reglas estatutarias (art. 107 LSC).

Respecto a las anteriormente mencionadas *cláusulas de consentimiento o autorización*, cabe señalar que en las sociedades de responsabilidad limitada no se exige que los estatutos determinen causas específicas para la denegación del consentimiento, aunque lógicamente nada impide que se establezcan. En todo caso, para evitar incurrir en arbitrariedad, debe entenderse que la decisión negativa habrá de someterse a los límites generales del abuso del derecho y de la buena fe y que la decisión de la sociedad, además, deberá respetar el interés social y el principio de paridad de trato entre los socios.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de incorporar a los estatutos restricciones que establezcan un derecho de opción o rescate a favor de los socios, de terceros o de la propia sociedad es importante recalcar que en las sociedades de responsabilidad limitada las prohibiciones de transmisión pueden establecerse por un plazo máximo de 5 años (art. 108.4 LSC) e incluso, con carácter indefinido, aunque en este caso sólo cuando los estatutos reconozcan al socio el derecho a separarse de ésta en cualquier momento (art. 108.3 LSC).

Por último, cabe hacer referencia a la transmisión forzosa por acontecimientos ajenos a la voluntad del socio, como sería el caso particular de los procedimientos judiciales o administrativos de ejecución. En la sociedades anónimas estas formas de transmisión quedan sometidas al mismo régimen de la transmisión *mortis causa* (art. 125 LSC). Pero no ocurre así en

⁵ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

la sociedades de responsabilidad limitada, pues en este caso el legislador establece para la transmisión un complejo sistema de carácter imperativo que, en lo esencial, consiste en insertar una restricción de la transmisibilidad en el desarrollo del propio procedimiento de enajenación forzosa (art. 109 LSC).

- **Procedimiento de compraventa por parte de CerTronic de las participaciones de los dos socios de CirCeramica.**

Los principales pasos a seguir por parte de CerTronic para poder adquirir las participaciones de los dos socios de CirCeramica son los que se detallan a continuación:

(i) En primer lugar, revisar los estatutos sociales de CirCeramica, los cuales primarán sobre cualquier otra normal legal. En dichos estatutos, accesibles a través del Registro Mercantil, se indicarán los pasos a realizar para poder vender las participaciones a CerTronic. Hay que tener presente de todos modos que, caso que la norma estatutaria hiciera prácticamente libre la transmisión de participaciones a terceros, podría considerarse una norma nula, tal y como así establece el art. 108 de la Ley de Sociedades de Capital. A menos de que se haya realizado alguna modificación estatutaria, los estatutos podrán encontrarse en la escritura de constitución de la sociedad limitada pudiendo además obtener copia en el Registro Mercantil.

(ii) De acuerdo con el artículo 107 de la LSC, el socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores. En dicha comunicación deberá hacer constar el número, características de las participaciones que desea transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión, y entre ellas la forma de pago (pago aplazado, al contado, etc..).

(iii) Verificado lo anterior, el administrador convocará una Junta General , debatiéndose la operación dentro de uno de los puntos del orden del día fijados. La junta, por mayoría ordinaria, podrá dar el consentimiento a la compraventa. La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al socio transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No será necesaria ninguna comunicación al socio transmitente si asistió a la junta general donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios que asistieron presencialmente o representados a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social. Además, la junta general podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir, conforme a lo establecido en el artículo 140 de la LSC. En el caso de que algún socio de la compañía, la propia sociedad, o bien un tercero sea el que quiera ejercer la preferencia sobre las mismas, deberá realizarse la

operación en el plazo máximo de un mes desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.

(iv) Si lo anterior no concurriese, ya sea en el modo o plazos indicados, o bien la sociedad le comunicase que nadie está interesado en la compra de sus participaciones, los socios de CirCeramica podrán transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a CerTronic, siempre que hayan transcurrido al menos tres meses desde que se hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.

○ **Fusión apalancada posterior a la adquisición de CirCeramica**

Tras la compra de sus participaciones a los dos socios de CirCeramica, CerTronic tiene como objetivo acordar una fusión por absorción de la filial de CirCeramica en Italia. En este sentido, esta operación de fusión se rige por lo dispuesto en la *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*⁶ (en adelante, 'LME'), y más concretamente en su artículo 49. De este modo, CerTronic actuaría como la denominada *Sociedad Absorbente*, mientras que CirCeramica sería la *Sociedad Absorbida*. Junto con el artículo 49 de la LME, también sería de aplicación el art. 35 del mismo texto legal, puesto que es el que regula la fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, como es el presente caso. Cabe recordar que CerTronic consiguió la financiación necesaria para poder llevar a cabo la adquisición de la filial de CirCeramica, y la cual se obtuvo durante los tres años anteriores a la operación de fusión, por lo que es de aplicación el art. 35 de la LME.

A continuación, se debe elaborar el Proyecto Común de Fusión (en adelante, el 'Proyecto'), tal y como estipulan los artículos 30, 31, 32, 49 y 52 de la LME. Este Proyecto debe además ser suscrito por los administradores de las Sociedades involucradas, teniéndose que incluir los aspectos que se detallan a continuación (art. 31 de la LME):

(i) La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil.

(ii) El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje.

⁶ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

(iii) La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.

(iv) Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.

(v) Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

(vi) La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.

(vii) La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

(viii) Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.

(ix) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.

(x) Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

(xi) Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

Una vez expuesto el contenido que debe tener el Proyecto de fusión, cabe hacer referencia al art. 49.1 de la LME, el cual regula la absorción de las sociedades íntegramente participadas, y que debe aplicarse junto con los artículos 35 y 52.1 de la misma ley. Por tanto, conviene recalcar algunos aspectos relevantes del procedimiento simplificado recogido en el art. 49.1 de la LME.

En primer lugar, no se llevará a cabo ningún aumento de capital social por parte de la Sociedad Absorbente para incorporar el capital de la Sociedad Absorbida. Además, **convendría modificar los estatutos de la Sociedad Absorbente**, de manera que su capital se dividiese en una cantidad de acciones semejante al de las participaciones que reflejan el total del capital social de la Sociedad Absorbida, todo ello llevado a cabo a través de la modificación del valor nominal de las acciones. De este modo, la fusión directa tendría como resultado que los socios de la Sociedad

Absorbida obtendrían en la Sociedad Absorbente la misma proporción de capital social que tienen en la Sociedad Absorbida, sin tener que llevar a cabo ninguna compensación en efectivo u operación de canje.

Por otro lado, existen algunos elementos que el Proyecto de Fusión no es necesario que refleje, tales como el procedimiento de canje de las participaciones de la Sociedad Absorbida, la fecha en que se hará efectivo el derecho a tomar parte en ganancias por parte del titular de las acciones nuevas de la Sociedad Absorbente, la estimación del valor del activo y pasivo del conjunto del patrimonio de la Sociedad Absorbida, entre otros.

Por último, cabe traer a colación el art. 35 de la LME, puesto que señala los elementos que sí debe incluir el Proyecto de Fusión:

(a) El primer apartado del artículo establece que el Proyecto debe incluir **los plazos previstos**, así como **los recursos para satisfacer las deudas contraídas** para conseguir el control de CerTronic.

(b) También es necesario que se elabore **un informe por parte de los administradores respecto del Proyecto**, donde se indiquen los motivos que justifican la adquisición del control de CerTronic, así como la operación de fusión. El informe debe contar también con un plan económico y financiero, en el que se reflejen tanto los objetivos, como los recursos de los que disponen para conseguirlos. Los administradores a su vez también deberán requerir al Registro Mercantil para que nombre a un experto independiente que elabore otro informe sobre el Proyecto de Fusión.

(c) Dicho informe debe incluir un **juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones** anteriormente descritas, además de señalar si existe asistencia financiera

Además, la Fusión debe ser aprobada bien por la junta general de accionistas, o el socio único en su caso, de las Sociedades que forman parte de la Fusión. Por último, cabe hacer una breve referencia al art. 150 LSC, el cual recoge las prohibiciones de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias y de participaciones o acciones de la sociedad dominante:

1. 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.

A pesar de que a priori pueda parecer que el proyecto de fusión encaja dentro del supuesto recogido en el art. 150.1 LSC, en realidad no es así, ya que CirCeramica es la sociedad adquirida y carece de activos, puesto que únicamente posee la marca, por lo realmente no soportaría la deuda que implicaría la fusión, que es precisamente lo que prohíbe este artículo. De este modo,

quien va a soportar la deuda realmente la deuda es CerTronic, por lo que esta fusión cumpliría con todos los requisitos del art. 35 LME y sería plenamente válida.

(iv) La posibilidad de que la sociedad traslade su domicilio a los Países Bajos, a pesar de no contar con actividad en ese país y, en su caso, si es necesario que el Registro Mercantil de Madrid, donde está domiciliada CerTronic emita algún tipo de documento previo a su traslado a aquel país

CerTronic prevé, una vez finalizada la operación de absorción de CirCeramica, trasladar su domicilio social a los Países Bajos, por lo que a continuación analizaremos la viabilidad de esta operación, así como los diferentes pasos a seguir para llevarlo a cabo.

a. Régimen legal del traslado

En primer lugar, el Título V de la LME, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles es donde se regula el procedimiento del traslado internacional del domicilio social. El art. 93 comienza estableciendo que el traslado al extranjero del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley española sólo podrá llevarse a cabo si el Estado de destino permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. De este modo, este requisito no supondría un problema para CerTronic, puesto que tanto el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante 'TFUE'), como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto *Überseering*⁷, han consolidado la aceptación prácticamente automática de la personalidad jurídica de las sociedades si se acredita que éstas han sido constituidas de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro⁸. Dado que CerTronic se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Alcora (Castellón), es una sociedad válida para poder ser trasladada a Países Bajos.

Por tanto, una vez comprobado que la sociedad cumple con los requisitos para poder llevar a cabo el traslado de su domicilio social a Países Bajos, pasaremos a explicar el proyecto de traslado que se debe realizar. En este sentido, el art. 95.2 de la LME indica **los elementos que el Proyecto de traslado debe incluir**: (i) la denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos de inscripción en el Registro Mercantil, (ii) el nuevo domicilio social propuesto (iii) los estatutos que han de regir la sociedad tras su traslado, incluyéndose la nueva denominación social si fuera

⁷ STJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C 208/00, *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*.

⁸ GALUSCA, Anamaría. '*Traslado transfronterizo de domicilio social en la Unión Europea*', Trabajo Fin de Máster, Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Zaragoza, 2012, p. 18.

necesario, (iv) el calendario organizado para el traslado y (v) los derechos de protección de los socios, acreedores y trabajadores.

Además, los administradores deben presentar una copia del proyecto del traslado en el Registro Mercantil de Alcora, pues es donde se encuentra el domicilio social de CerTronic, y donde ésta será calificada por el Registrador. A continuación, el Registrador trasladará dicho depósito y calificación al Registrador mercantil central para que se publique con carácter inmediato en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, comunicando que se ha llevado a cabo el depósito, así como la fecha en la que se haya producido. Este trámite es importante puesto que la publicación de la convocatoria de la junta de socios para tratar el traslado de domicilio social no podrá llevarse a cabo hasta que no se haya depositado el Proyecto de traslado (art. 95. 3 de la LME).

En este sentido, el art. 95.3 concluye señalando el contenido que debe figurar en el anuncio del “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, donde se debe incluir aspectos como la denominación, tipo social y domicilio de la entidad que se traslada, los datos de inscripción en el Registro Mercantil, y las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores, así como la dirección donde pueda solicitarse más información sobre dichas condiciones.

Por tanto, una vez publicado dicho anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, CerTronic deberá presentar el informe de los administradores, lo que será explicado en el siguiente apartado.

b. Informe de los administradores

El art. 96 LME indica que los administradores deben elaborar un informe donde se explique y justifique de forma detallada el proyecto de traslado desde una perspectiva jurídica y económica, así como las posibles consecuencias para los trabajadores, socios y acreedores. Asimismo, es preciso señalar el art. 98.2 LME, ya que en su segundo apartado hace referencia al derecho que tienen los socios y acreedores de CerTronic para examinar el proyecto de traslado en el domicilio social, así como el informe de los administradores. También se reconoce el derecho a que obtengan copias de ambos documentos.

Por último, conviene recalcar que el informe de los administradores está destinado a notificar e informar tanto a los socios, acreedores como a los trabajadores, por lo que se debería incluir aspectos tales como las posibles consecuencias fiscales para CerTronic, las repercusiones que puedan concernir a los acreedores en el momento de exigir el pago de deudas, o bien, el régimen de notificaciones y consultas a los empleados respecto del proyecto de traslado, que se encuentra recogido en el Estatuto de los Trabajadores.

c. Convocatoria de la junta y derecho de información

Una vez elaborado el informe de los administradores, a continuación, se debe convocar la junta de socios de CerTronic para decidir sobre el traslado del domicilio social a Países Bajos. El art. 97 LME señala como requisito indispensable que el traslado del domicilio sea acordado por la junta de socios de acuerdo con las formalidades exigidas legalmente, por lo que es un paso que CerTronic no puede obviar.

De este modo, CerTronic debe publicar la convocatoria de la junta en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, así como en uno de los periódicos de gran circulación de la provincia donde la sociedad tenga su domicilio, esto es, en Castellón. Este trámite debe realizarse, como mínimo, con dos meses de antelación a la fecha prevista para la celebración de la junta. Por último, CerTronic también deberá publicar junto con la convocatoria, los siguientes elementos (art. 98.2 LME):

- (a) El domicilio actual, así como el domicilio que pretende tener CerTronic en Países Bajos.
- (b) El derecho de socios y acreedores a examinar el proyecto de traslado y el informe de los administradores en el domicilio social de CerTronic, así como el derecho de obtener gratuitamente copias de ambos documentos.
- (c) El derecho de separación de los socios y el derecho de oposición de acreedores, así como la manera de poder ejercitarlos.

d. Aprobación por la junta de socios

Tal y como se ha señalado, tras convocar la junta de acuerdo con los requisitos ya explicados del art. 98, el traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos debe ser aprobado por la junta de socios.

En cuanto al **quórum necesario** para que sea aprobado el traslado, cabe remitirse al artículo 194 LSC, el cual señala el quorum de constitución reforzado en casos especiales. Dado que el traslado de domicilio al extranjero se considera como un caso especial, en primera convocatoria será necesario que concurren los accionistas, ya estén presentes o representados, que ostenten al menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. En el caso de que no se alcanzase, en segunda convocatoria sería suficiente con el veinticinco por ciento de dicho capital (art. 194.2 LSC).

A continuación, nos detendremos a explicar el derecho de separación de los socios, así como el derecho de oposición de los acreedores, los cuales pueden ser ejercitados antes de la inscripción registral del acuerdo del traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos.

e. Derecho de separación de los socios y derecho de oposición de los acreedores

Una vez que la junta de socios de CerTronic ha aprobado el acuerdo de traslado de domicilio social a Países Bajos y antes de proceder a su inscripción en el Registro Mercantil, los artículos 99 y 100 LME reconocen el derecho de separación de los socios, así como el derecho de oposición de los acreedores.

En cuanto al **derecho de separación de los socios**, el art. 99 indica que aquellos socios de CerTronic que voten en contra del acuerdo del traslado del domicilio a social a Países Bajos, tienen el derecho de separarse a la sociedad, remitiéndonos a su vez al Título IX de la Ley de Sociedades de Capital. Al consultar dicho texto legal, concluimos que el artículo 346.3 LSC también recoge el traslado de domicilio social como una causa legal de separación de la sociedad, por lo que los socios que no estén de acuerdo con dicho traslado de domicilio social podrán ejercer su derecho de separación de CerTronic. Por último, el acuerdo que dé lugar al derecho de separación debe publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Por otro lado, respecto al **derecho de oposición de los acreedores**, el art. 100 reconoce que aquellos acreedores cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero podrán oponerse al traslado en los mismos términos señalados para la oposición a la fusión. En este sentido, el derecho de oposición de los acreedores a la fusión se encuentra recogido en el art. 44 LME, por lo que es preciso señalar que los acreedores cuentan con un mes desde la comunicación o publicación del acuerdo para oponerse, así como el la obligación de la sociedad de garantizar el crédito del acreedor, o que se preste fianza solidaria mediante una entidad de crédito para que la sociedad pueda hacer frente a ese crédito. Por tanto, aquellos acreedores de CerTronic cuyo derecho de crédito sea previo a la fecha de publicación del proyecto de traslado del domicilio social a Países Bajos pueden ejercer su derecho de oposición.

f. Ejecución y eficacia del traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos

Tras la aprobación del acuerdo y el posible ejercicio de su derecho de separación u oposición por parte de los socios y acreedores respectivamente, el último paso del procedimiento de traslado de domicilio social consiste en la presentación de la escritura pública de dicho acuerdo en el Registro Mercantil del domicilio social de CerTronic, esto es, en el Registro Mercantil de Alcora (Castellón).

De acuerdo con el art. 101 LME, el Registrador mercantil de Alcora deberá certificar que CerTronic ha cumplido con todos los actos y trámites reglamentarios para que el domicilio social pueda ser trasladado a Países Bajos. Tras la expedición de dicha certificación, el Registro quedará cerrado para nuevas inscripciones.

A continuación, CerTronic debe proceder a la inscripción del acuerdo de traslado de domicilio social en el Registro mercantil de Países Bajos que corresponda, de tal manera que aparezca como su nuevo domicilio social. No obstante, al ser un país diferente, deberemos acudir a la Ley Holandesa para llevar a cabo dicho procedimiento.

Después de haber inscrito dicho acuerdo en el Registro holandés correspondiente, deberá publicarse un anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, indicando que CerTronic ha sido inscrita en ese Registro, así como en uno de los periódicos de gran circulación de la provincia de Castellón, ya que era en Alcora donde CerTronic había tenido su domicilio social hasta ahora.

Para concluir, la certificación de la inscripción en el Registro holandés deberá también ser presentada en el Registro Mercantil de Alcora. También será necesario que se solicite la cancelación de la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil de Alcora (Castellón).

(v) Resumen ejecutivo

Por último, una vez analizadas las diferentes alternativas de las que dispone CerTronic para llevar a cabo la operación de adquisición de CirCeramica, consideramos oportuno indicar cuál sería la más recomendable bajo nuestro punto de vista. En este sentido, consideramos que la alternativa más beneficiosa para nuestro cliente es llevar a cabo un **aumento de capital a cambio de la aportación de marca**. Tal y como se ha indicado anteriormente, para llevar a cabo la valoración de la marca se requiere un informe de experto independiente, al no cumplirse ninguna de las excepciones del art. 69 LSC. Por tanto, consideramos que, dado que CirCeramica es una marca de reconocido prestigio el informe elaborado por el experto independiente tendrá un resultado positivo y beneficioso para la operación.

Además, la configuración actual garantiza plena seguridad jurídica, ya que el experto independiente responde frente a la sociedad, los accionistas, así como frente a los acreedores respecto a los posibles daños derivados de su valoración. De este modo, en caso de que CirCeramica quedase disconforme con la valoración realizada, dispone de un plazo de cuatro años para exigir dicha responsabilidad, a contar desde la fecha en que se realizó el informe.

Por ello, concluimos que el aumento de capital a cambio de la aportación de marca es la opción más ventajosa para nuestro cliente, al garantizar una mayor seguridad y eficacia jurídica.

III. Dictamen jurídico de Dña. Amparo Fabra Llorens y Dña. Lidón Falomir Fabra

Por otro lado, D^a Amparo Fabra Llorens y D^a Lidón Falomir Fabra acuden a otro despacho de abogados solicitando un informe sobre la posibilidad de oponerse a la citada operación alegando:

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

El fondo de Capital Riesgo Vulture es el quinto socio de CerTronic, de la que D^a Amparo y D^a Lidón también son socias. En este sentido, es preciso señalar que Vulture adquirió una gran parte de los créditos que tenía CerTronic mediante el acuerdo de refinanciación concluido en 2013, y mediante el cual se reconoció el crédito de 4 millones de euros que tenía Vulture frente a la sociedad, y cuyas condiciones se renegociaron en el pacto de socios. En dicho pacto de socios también se incluyó la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto, lo cual se incorporó por medio de una cláusula en los estatutos de la sociedad como prestación accesoria.

Por tanto, a continuación, analizaremos las principales consecuencias de que nuestras clientas D^a Amparo y D^a Lidón no llegasen a firmar dicho pacto de socios.

En primer lugar, el pacto de socios es un documento de carácter privado que una parte o todos los socios de una entidad, en este caso CerTronic, firman con el objetivo de regularizar ciertas situaciones que no se encuentran recogidas en los Estatutos de la empresa. De este modo, los pactos de socios o *pactos parasociales*, buscan anticiparse a los eventuales problemas que puedan surgir y evitar así cualquier tipo de conflicto que pueda surgir frente a terceros o entre los propios socios. En definitiva, los pactos de socios buscan establecer las reglas de actuación que la empresa ante determinadas situaciones en las que esté en peligro la continuidad de la sociedad.

Algunos rasgos importantes a tener en cuenta respecto al régimen de los pactos de socios son los que se describen a continuación:

- Los pactos de socios se caracterizan por su **inoponibilidad frente a terceros**, dado su carácter reservado. Esto se encuentra recogido en el art. 29 LSC, el cual señala que “*los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”. Por tanto, este aspecto resulta fundamental para D^a Amparo y D^a Lidón, ya que la eficacia del pacto de socios es sólo para aquellos socios que lo hayan firmado, por lo que, al no haberlo firmado, la sociedad no puede emprender ninguna acción legal contra ellas, o exigir que lo cumplan.
- En línea con lo anterior, los pactos de socios se basan en **el principio de autonomía de la voluntad** recogido en el art. 1.255 CC, mediante el cual se permite a los contratantes establecer aquellos pactos, cláusulas o condiciones que consideren convenientes, siempre

que no sean contrarias a la ley, moral u orden público. Por tanto, el pacto de socios de CerTronic sería válido a pesar de que D^a Amparo y D^a Lidón no lo firmasen.

- También es preciso señalar el art. 1.257 CC, el cual sostiene que **los contratos solo producen efecto entre las partes que lo otorgan**, por lo que al no haber sido firmado por D^a Amparo ni por D^a Lidón, dicho pacto de socios carece de eficacia frente a ellas. En el mismo sentido se pronuncia el art. 1.091 CC, al reconocer que las obligaciones derivadas de los contratos sólo tienen fuerza de ley para las partes contratantes, por lo que D^a Amparo y D^a Lidón quedarían excluidas de cualquier tipo de obligación derivada de este pacto.
- A diferencia de los estatutos sociales, **no existe obligatoriedad de elevar el pacto de socios a escritura pública ante notario**, ya que su eficacia jurídica es independiente.

Por tanto, la principal consecuencia para D^a Amparo y D^a Lidón es que, al no haber firmado el pacto de socios, carece de eficacia para ellas, y, por ende, no pueden exigirles cumplimiento alguno o reclamar ningún daño o indemnización, ya que es un documento que no les vincula como socias.

(ii) La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.

En primer lugar, el artículo 227 LSC establece que los administradores deben ejercer su cargo con *la lealtad de un fiel representante*, actuando siempre de buena y persiguiendo el mejor interés para la sociedad. El deber de lealtad con el que se presume debe actuar un administrador se manifiesta a través de las siguientes actuaciones:

- (i) No debe ejercer su cargo con fines diferentes de aquellos para los que fue nombrado.
- (ii) Debe guardar secreto respecto de los informes, datos, antecedentes o cualquier otro tipo de información a la que haya tenido acceso por medio de su cargo, inclusive cuando haya dejado de serlo, a excepción de los casos en los que la ley lo consienta.
- (iii) Debe abstenerse de participar en la toma de decisiones y votación de las decisiones o acuerdos en los que él o cualquier otra persona vinculada⁹ pueda tener un conflicto de intereses, ya sea este directo o indirecto. No obstante, esta obligación no aplica para aquellas decisiones o acuerdos que conciernan a su condición de administrador, como es el caso de la revocación o designación de un cargo en el órgano de administración.

⁹ A estos efectos se entiende por **persona vinculada** a la persona física del administrador su cónyuge o con quien tenga análoga relación de afectividad, hermanos, descendientes y ascendientes del administrador o de su cónyuge, así como los cónyuges de dichos familiares, y las sociedades que se encuentren en alguno de los supuestos recogidos en el art. 42.1 del Código de Comercio.

(iv) Debe actuar con de acuerdo con el principio de responsabilidad personal, de tal manera que ejerza su cargo con libertad de juicio y criterio, así como con la independencia necesaria respecto de órdenes e instrucciones de terceros.

(v) Debe evitar aquellas situaciones en las que se puede entrar en un conflicto de intereses entre el interés social de la entidad y sus deberes respecto a la sociedad.

Cabe añadir que el art. 230.1 LSC establece que el régimen adscrito al deber de lealtad es imperativo, de tal manera que no se permite ninguna disposición estatutaria que sea contraria o que lo limite. Por ende, tanto D^a Amparo como D^a Lidón, así como el resto de los socios que ostentan la condición de administradores de CerTronic tienen el deber de cumplir con las obligaciones anteriormente descritas.

No obstante, a pesar de que el deber de lealtad es imperativo, existen ciertas situaciones en las que la sociedad tiene la facultad de dispensar de las prohibiciones relativas al deber de abstención en situaciones de conflicto de interés, así como del deber de revelación (art. 230.2 LSC). Mediante esta dispensa, el administrador podría aprovecharse de alguna oportunidad de negocio, obtener una remuneración por parte de un tercero, o utilizar algunos activos sociales. Para poder quedar exento de dichas prohibiciones, se debe autorizar de forma expresa y concreta al administrador para que lleve a cabo la operación que de forma habitual se encuentra prohibida para él por el cargo que ostenta. En este sentido, el Tribunal Supremo ha especificado en diversas sentencias de 26 de enero de 2006¹⁰ y 26 de diciembre de 2012¹¹, que las autorizaciones no pueden ser tácitas o presuntas, así como no se permite llevar a cabo una dispensa general a través de los estatutos, o realizada de forma anticipado.

De igual modo se exige que el administrador haya informado y notificado a la sociedad todos los aspectos importantes respecto de la actuación que pretende ser dispensada, debiéndose justificarse siempre en base al interés social de la empresa¹².

Por tanto, para que los socios-administradores de CerTronic no incumpliesen con su deber de lealtad al votar el acuerdo de traslado de domicilio social únicamente para obtener la prima de Vulture, en lugar de velar por el interés social tal y como les exige su cargo, deberían obtener una dispensa que les autorizase a obtener dicha prima, ya que ésta supone una ventaja contraria a su cargo de administrador. La competencia para conceder dicha autorización corresponde a la Junta General, al tener como objeto permitir que el administrador acceda a una remuneración o ventaja de un tercero.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2012.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de julio de 2016.

En consecuencia, si aquellos socios en los que confluye también el cargo de administradores, esto es, D. Vicente y D. José Badenes Vallés, así como D. Antonio Falomir Esteve, votasen a favor el acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos, D^a Amparo y D^a Lidón se encontrarían legitimadas para ejercer las siguientes acciones (art. 232 LSC):

(i) **Acción de responsabilidad:** para que D^a Amparo y D^a Lidón puedan presentar una acción de responsabilidad contra D. Vicente, D. José y D. Antonio se requiere la concurrencia de una serie de requisitos:

- El acto u omisión ha debido ser realizado durante su cargo como administrador.
- El acto u omisión cometido debe ser ilícito por ser contrario a la ley, los estatutos o los deberes propios de su cargo como administrador.
- Se haya originado un perjuicio a los socios, a la sociedad o a terceros, a través de una lesión en su patrimonio.
- Hayan actuado con dolo o culpa, así como que exista una relación de causalidad entre el acto dañoso de los administradores y la lesión producida.

Si analizamos estos requisitos, llegamos a la conclusión de que D. Vicente, D. José y D. Antonio sí podrían ser sujetos de una acción de responsabilidad, ya que el acuerdo de traslado de domicilio social a Países Bajos se realiza durante su cargo como administradores, supone un acto ilícito al incumplir el deber de lealtad de velar por el interés social de la empresa, ha originado un perjuicio a CerTronic por los problemas de gestión y logística que implica un traslado a un país extranjero, y existe una evidente relación de causalidad entre el acuerdo de traslado y el daño causado a CerTronic.

En cuanto al plazo para ejercitar la acción de responsabilidad individual por daño de los administradores es de cuatro años desde el día que hubiera podido ejercitarse (art. 241 bis LSC).

(ii) **Acción de impugnación, remoción de efectos y cesación,** así como **acción de anulación** de aquellos acuerdos y contratos en los que los administradores han incumplido su deber de lealtad (art. 232 LSC). No obstante, la legitimación activa de esta acción recae sobre el conjunto de la sociedad, al entenderse que son acciones de incumplimiento y, por ende, le corresponde única y exclusivamente a la sociedad reclamar dicha obligación al administrador, tal y como expone la de la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia núm. 25/2018, de 19 de enero.¹³

¹³ Sentencia de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 25/2018, de 19 enero.

Por tanto, si las acciones anteriormente descritas prosperasen, los administradores pueden encontrarse obligados a devolver todo aquellos con lo que se hayan enriquecido injustamente, así como a indemnizar a CerTronic por el daño que ha generado el traslado de domicilio social a su patrimonio social.

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

En primer lugar, la junta general en la que D^a Amparo y D^a Lidón quieren exigir al resto de socios que se abstengan de votar en lo que respecta a decidir sobre el traslado social a los Países Bajos se encuentra regulada en los arts. 159 y ss. LSC. La junta general es un organismo que se caracteriza por ser la reunión donde los accionistas del capital social toman una serie de decisiones determinadas por la ley o los estatutos de la sociedad. De este modo, la sociedad, al ser una entidad con personalidad jurídica, decide a través de la junta general aspectos como el nombramiento, control y destitución del órgano de administración.

Las competencias de la junta general se encuentran recogidas en el art. 160 LSC, entre las que se incluyen tomar decisiones respecto a la aprobación de las cuentas anuales, modificación de los estatutos sociales, aumento y reducción del capital social, la disolución de la sociedad, o la aprobación del balance final de liquidación, entre otros. En este sentido, el art. 160 g) LSC señala que será competencia de la junta general deliberar y acordar respecto a:

“La transformación, la fusión, escisión o la cesión de global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero”.

Por tanto, la junta general es efectivamente el órgano competente para decidir sobre el traslado de domicilio social de CerTronic a Países Bajos.

El procedimiento de traslado de domicilio social al extranjero se encuentra recogido en la Ley de Modificaciones Estructurales¹⁴ anteriormente mencionada, concretamente en el art. 97, el cual establece que el traslado de domicilio deberá ser aprobado necesariamente por la junta de socios siguiendo las directrices acordadas para el tipo de sociedad que corresponda, por lo que en este caso sería el régimen de las Sociedades Anónimas, al ser CerTronic una de este tipo.

Para poder llevar a cabo el traslado de domicilio social es necesario que primero se modifiquen los estatutos de la sociedad (art. 160 c) LSC), y posteriormente, la junta de socios de CerTronic

¹⁴ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE 4 de julio de 2009)

debe reunirse y acordar el traslado de su domicilio social a Países Bajos. Respecto al quórum necesario para que la junta general apruebe la modificación de los estatutos a fin de acordar el traslado del domicilio al extranjero, deberá asistir a la junta en primera convocatoria, al menos, los titulares del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto, o del veinticinco por ciento si es en segunda convocatoria (art. 194.1 LSC). Por último, en cuanto a la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo social que implique una modificación de los estatutos, el art. 201.2 LSC señala que si el capital presente o representado es superior al cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. No obstante, será necesario el voto de dos tercios del capital presente o representado cuando en segunda convocatoria en la junta concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto, sin llegar a alcanzar el cincuenta por ciento (art. 201.2 LSC). Dado que CerTronic es una Sociedad Anónima el principio por el que se rige la toma de decisiones es el de proporcionalidad entre capital social y voto, de tal manera que el voto de cada socio implica una declaración unilateral de voluntad, por lo que el conjunto de votos supone la expresión de la voluntad social de la junta.

Por tanto, una vez explicado el régimen y procedimiento de la junta general, procederemos a explicar **si D^a Amparo y D^a Lidón pueden realmente exigir al resto de socios que se abstengan de votar en la junta de socios en la que se acuerda el traslado de domicilio social de CerTronic a Países Bajos.**

En primer lugar, el art. 190 LSC hace referencia a los conflictos de intereses que se pueden generar en la junta de socios, indicando aquellas situaciones en las que el socio no puede ejercitar su derecho de voto. Los supuestos en los que los socios de CerTronic no podrían ejercer su derecho de voto cuando el acuerdo que se pretenda adoptar tenga por objeto (art. 190.1 LSC):

- (i) Autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a restricción legal o estatutaria,
- (ii) Excluirle de la sociedad,
- (iii) Liberarle de una obligación o concederle un derecho,
- (iv) Facilitarle asistencia financiera de cualquier índole,
- (v) Dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad recogido en el art. 230 LSC.

A pesar de que el supuesto de traslado de domicilio social no se encuentra recogido en el primer apartado del art. 190 LSC, es preciso señalar el **conflicto de intereses** que puede surgir a la hora de adoptar el acuerdo. En este sentido, se entiende por conflicto de intereses aquellas

“Situaciones de difícil salida en la que colisionan la conveniencia personal del socio o del administrador de la sociedad y la necesidad de carácter colectivo o finalidad de la sociedad”¹⁵.

En consecuencia, el apartado tercero del art. 190 LSC se reconoce que cuando el voto de los socios que estén en conflicto haya resultado decisivo para la adopción del acuerdo, corresponde a la sociedad o a los socios afectados por el conflicto la carga de la prueba en el caso de que quieran impugnar dicho acuerdo. Esto es, a los socios que impugnen el acuerdo les corresponderá la acreditación del conflicto de interés (art. 190.3 LSC), lo que recaerá sobre D^a Amparo y D^a Lidón, aunque será explicado con más detalle en el siguiente apartado de este informe.

Por otro lado, para poder confirmar si realmente D^a Amparo y D^a Lidón pueden exigir la abstención de los socios, es preciso consultar de igual manera el art. 229 LSC, ya que regula aquellas situaciones en las que los administradores que también sean socios de la entidad deben abstenerse, en aras de evitar situaciones de conflicto de interés. Dado que en el caso ante el que nos encontramos todos los socios de CerTronic son además miembros de su Consejo de Administración, todos ellos deben abstenerse de realizar las actuaciones que se describen a continuación (art. 229.1 LSC):

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias llevadas a cabo en condiciones estándar.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

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.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

¹⁵ BOQUERA MATARREDONA, Josefina. ‘La regulación del conflicto de intereses en el Proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Broseta Pont’, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995. p. 454.

En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de febrero de 2017¹⁶, el cual ha señalado que cuando coexistan la condición de administrador y socio en una misma persona, los primeros como administradores se encuentran obligados a defender siempre el interés de los socios por encima del que puedan tener ellos en cualquier tipo de conflicto que pueda surgir, puesto que siempre deben actuar ‘*con la lealtad de un fiel representante*’ (art. 227.1 LSC). En cambio, los socios a la hora de ejercitar su derecho de voto pueden hacerlo buscando únicamente su propio interés, con el límite de no perjudicar el propio de la sociedad (art. 204.1 LSC)¹⁷. Por tanto, dado que todos los socios de CerTronic, Vulture incluido, son además miembros del Consejo de Administración, deben conocer y aplicar lo descrito en el art. 229 LSC, ya que les afecta directamente a la hora de actuar y tomar decisiones en la sociedad.

En consecuencia, tras haber analizado de forma exhaustiva las diferentes posibilidades de actuación que tienen D^a Amparo y D^a Lidón, cabe concluir que éstas no pueden exigir la abstención de los socios en la votación en la que se acuerda el traslado de domicilio social a Países Bajos, puesto que no se cumplen ninguno de los escenarios previstos en los artículos 190 y 229 LSC, a pesar de que todos los socios tengan también la condición de administradores.

A este respecto cabe añadir que, aunque no puedan exigir su abstención en la votación del acuerdo, D^a Amparo y D^a Lidón se encuentran plenamente facultadas para impugnar posteriormente dicho acuerdo por abusividad, lo cual será detallado en el siguiente apartado. Además, D^a Amparo y D^a Lidón podrán ejercer su derecho de separación de CerTronic si votan en contra del acuerdo de traslado de domicilio social a Países Bajos, tal y como recoge el art. 99 LME¹⁸.

(iv) Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

Dado que D^a Amparo y D^a Lidón no pueden obligar al resto de socios que se abstengan en la votación del acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos, una alternativa ya sugerida en el apartado anterior es que procedan a impugnar dicho acuerdo por abusivo. En este sentido, el art. 204.1 LSC determina que:

“Son impugnables los acuerdos sociales 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”

¹⁶ Sentencia 359/2017 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero.

¹⁷ ‘*El distinto significado y alcance de los conflictos de interés de socios y administradores*’, Briefing note, Clifford Chance, abril 2017, p. 3

¹⁸ GOENCHEA, Juan Miguel y GRACIA Cristina. ‘*Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales*’, Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2009, núm. 24, pp. 21-24.

Además, el mismo artículo continúa explicando que el acuerdo también se puede considerar abusivo cuando, aun no causando ningún daño patrimonial, se consiga mediante una imposición abusiva por parte de la mayoría, esto es, prevaleciendo injustificadamente el interés propio de la mayoría por encima del resto de los socios. En este sentido, es preciso detenerse a explicar brevemente el verdadero significado del **interés social**. El interés social se encuentra definido en el art. 226 LSC como el interés de la sociedad, aunque ha sido el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de febrero de 1991 quien ha definido al interés social como el interés común de los socios:

“En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social”¹⁹(FJ 2º)

Por tanto, a continuación, analizaremos cómo se puede comprobar que un socio está actuando en base a un interés extrasocial, de cara a sustentar la impugnación del acuerdo de traslado de domicilio social por abusivo al no velar éste por el interés social de CerTronic. En este sentido, el socio estará actuando en base a un interés extrasocial cuando busque aprovecharse de una posición en la entidad para alcanzar un beneficio propio, en detrimento del resto de socios o de la misma sociedad. Para definir ese beneficio el Tribunal Supremo ha concluido en su sentencia de 18 de noviembre de 2002 que éste no implica exclusivamente ventajas de tipo económico, sino que se extiende también cualquier otro tipo de beneficio profesional o político-social que el socio pueda obtener²⁰. Esto es, aquellas ventajas extrasociales que se obtienen aprovechándose únicamente de su posición de socio.

En consecuencia, D^a Amparo y D^a Lidón se encuentran legitimadas para impugnar dicho acuerdo por abusivo, ya que la idea de trasladar el domicilio social a Países Bajos no se debe a una necesidad comercial, logística o de cualquier otra índole razonable de CerTronic, sino que únicamente busca satisfacer el interés propio del Fondo de Capital Riesgo Vulture. En este sentido, Vulture está altamente interesado en que se traslade el domicilio social de CerTronic puesto que pretende también fusionar la nueva sociedad CirCeramica holandesa con Nederlandse Gier-NV, otra filial de Vulture. Además, Vulture se ha comprometido a conceder una prima por

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002.

el éxito total de la operación a los socios-administradores que no sean empleados de Vulture y que voten a favor del acuerdo. De este modo, queda demostrado que las razones por las que se pretende acordar el traslado de domicilio social a Países Bajos atienden a intereses exclusivos de Vulture, y no al interés social de CerTronic, por lo que D^a Amparo y D^a Lidón pueden impugnar dicho acuerdo por resultar abusivo.

Por otro lado, también cabe contemplar el posible escenario en el que el resto de los socios-administradores, esto es, D. José y D. Vicente Badenes Alcón, así como D. Antonio Falomir Fabra, votasen a favor del acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos con el único objetivo de percibir la prima prometida por Vulture, quedaría aún más patente que este acuerdo solamente atiende a los intereses personales de los socios, y no al verdadero interés social de CerTronic. A este respecto, cabe recordar que en virtud del art. 229.1 LSC, el cual en el apartado e) prohíbe que aquellos socios que sean además miembros de su Consejo de Administración:

‘e) Obtengan ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociados al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía’

En consecuencia, al ser administradores, además de socios, D. Vicente y D. José Badenes Alcón, así como D. Antonio Falomir Fabra, no deben votar el acuerdo del traslado de domicilio social fijándose únicamente en su interés propio por percibir la prima prometida por Vulture, si no que deben atender a la carencia de sentido de trasladar el domicilio social a Países Bajos, ya que no repercutiría en el interés social de CerTronic.

Además, cabe hacer referencia al art. 7.1 CC, ya que expone de forma clara que:

“La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

Existe abundante jurisprudencia respecto a la abusividad de aquellos acuerdos adoptados por una mayoría social en detrimento de la minoría, tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de marzo de 2016²¹ así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011²², la cual cabe mencionar a continuación:

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de marzo de 2016.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011.

“Los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos – tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder – deben entenderse contrarios los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría (...) a tenor del artículo 7 del Código Civil”²³

El art. 204.1 LSC introdujo tras su reforma en 2014 que un acuerdo se entiende por abusivo cuando no responde a una necesidad razonable de la sociedad, sino que es adoptado por la mayoría únicamente en interés propio y en un injustificado detrimento de los demás socios. De este modo, la impugnación del acuerdo de traslado de domicilio social a Países Bajos se encontraría también amparada por el Tribunal Supremo, ya que en su sentencia 418/2005, de 26 de mayo indica que cuando se produce una situación abusiva contra un socio, como es el caso de D^a Amparo y D^a Lidón, queda justificada “*la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado*”²⁴.

Además, existen algunas sentencias que concretamente se refieren al supuesto en el que nos encontramos, esto es, la posible nulidad del acuerdo de traslado de domicilio social al no haber sido justificada su conveniencia ni su necesidad. A este respecto se refiere la Sentencia nº 195/2015 de la Audiencia Provincial de Baleares, la cual expone los tres principios que deben regir la determinación del domicilio social: la territorialidad, unidad y libertad. Si analizamos el caso de CerTronic, empresa dedicada a la fabricación de componentes cerámicos aislantes, no existe ninguna prueba de que trasladando el domicilio social de Alcora (Castellón) a Países Bajos vaya a implicar una mejora en el rendimiento y resultados de la sociedad. Más aún, el traslado de domicilio social a Países Bajos únicamente implicaría mayores dificultades a la hora de gestionar y representar a CerTronic.

No obstante, antes de impugnar el acuerdo de traslado de domicilio social debemos comprobar que este tipo de acuerdo no se considera como un *acuerdo no impugnabile*, los cuales son los que se describen a continuación:

- (i) Acuerdos supongan el incumplimiento de requisitos estrictamente procedimentales determinados por la Ley, los estatutos o los reglamentos del Consejo de Administración o de la Junta.

²³ En el mismo sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 10 de febrero de 1992, 1136/2008, de 10 de diciembre y en la sentencia 770/2011, de 10 de noviembre.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 418/2005, de 26 de mayo.

- (ii) Acuerdo que haya quedado sin efecto debido a la adopción de otro antes de que se hubiese presentado la demanda.
- (iii) Acuerdos que contengan incorrecciones respecto a información no esencial de la sociedad.
- (iv) Acuerdos en los que hayan participado personas no legitimadas para ello, a excepción de que dicha participación hubiese sido necesaria para la constitución del órgano.
- (v) Acuerdos en los que se hayan invalidado uno o varios votos, o se hubiera computado de forma errónea los emitidos, a excepción de que dicho error hubiese sido decisivo para lograr la mayoría exigible.

De este modo, el acuerdo por el que se aprueba el traslado de domicilio social a Países Bajos no se encuentra en ninguno de los supuestos arriba mencionados, por lo que es un *acuerdo impugnabile*.

Respecto al procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales, a continuación, se indicarán los aspectos más importantes que D^a Amparo y D^a Lidón deben tener en cuenta a la hora de impugnar el acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos:

- Plazo: el plazo para ejercer esta acción es de un año, a excepción de que el contenido de la impugnación resulte contrario al orden público, situación en la que esta acción no caduca ni prescribe (art. 205 LSC). De este modo, D^a Amparo y D^a Lidón cuentan con un año desde la fecha de adopción del acuerdo por la junta de socios, o desde la fecha de recepción de la copia del acta, en caso de que el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito (art. 205.2 LSC).
- Legitimación activa: corresponde a cualquiera de los administradores, terceros que acrediten un interés legítimo, así como aquellos socios que hubiesen adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo. Por tanto, D^a Amparo y D^a Lidón se encontrarían legitimadas para presentar la demanda mediante la que requiere la declaración de abusividad del acuerdo de traslado de domicilio, al ser ambas socias y administradoras de CerTronic S.A (art. 206 LSC). Podrán presentar dicha demanda tanto de forma individual como conjunta.
- Legitimación pasiva: se atribuye a la sociedad, siendo el juez el encargado de designar al accionista responsable de representar la capacidad de obrar procesal. De este modo, la acción de impugnación tiene que estar dirigida contra CerTronic S.A. y el juez tendrá que nombrar al accionista encargado de representar a CerTronic en el procedimiento. Además, en aras de mantener la validez del

proceso, se permite intervenir en el mismo a los accionistas que hayan votado a favor del acuerdo impugnado (art. 206.4 LSC).

- Defectos de forma: D^a Amparo y D^a Lidón deben tener en cuenta que quienes, apreciando defectos de forma durante la adopción del acuerdo, y teniendo oportunidad de denunciarlo en ese momento no lo hicieron, no podrán posteriormente alegarlos en el procedimiento.
- Órgano competente: los Juzgados de lo Mercantil son los órganos competentes para conocer los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁵).
- Procedimiento: el Juicio Ordinario es el proceso judicial a través del cual se debe plantear la impugnación de los acuerdos sociales (art. 399 y siguientes LEC).
- Sentencia: tendrá efectos respecto a todos los accionistas. No obstante, no afectará a los terceros de buena fe que hayan obtenido derechos derivados del acuerdo objetado. Asimismo, la sentencia que establezca la nulidad del acuerdo de traslado de domicilio social tendrá que ser inscrita en el Registro Mercantil. A su vez procederá la cancelación del asiento registral en caso de que el acuerdo impugnado hubiese sido inscrito en el Registro Mercantil.

En conclusión, D^a Amparo y D^a Lidón se encuentran plenamente legitimadas para interponer la demanda de impugnación del acuerdo social de traslado del domicilio social a Países Bajos, al ser ambas socias y administradoras de CerTronic S.A. Para ello, bastaría con que siguiesen el procedimiento e instrucciones anteriormente descritas.

(v) Resumen ejecutivo

A continuación, se recoge una breve compilación de los aspectos más destacados del informe realizado para D^{ña}. Amparo y D^{ña}. Lidón, de tal manera que se clarifiquen las diferentes alternativas de las que disponen.

En primer lugar, dado que tanto D^a Amparo como D^a Lidón no llegaron a firmar el pacto de socios en el que se recogía la obligación de todos los accionistas de suscribir el acuerdo donde se renegociaban las condiciones del crédito de 4 millones de euros que Vulture tenía para con la sociedad, la principal consecuencia es que dicho pacto carecía de eficacia para ellas, por lo que no se les puede exigir el cumplimiento o reclamar ninguna indemnización. Por otro lado, D^{ña}.

²⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Amparo y Dña. Lidón se encuentran legitimadas para ejercer una **acción de responsabilidad** dirigida contra D. Vicente, D. José y D. Antonio por haber acordado el traslado de domicilio social a Países Bajos, siendo este contrario al interés social de la empresa. No obstante, Dña. Amparo y Dña. Lidón no van a poder ejercer por ellas mismas ninguna acción de impugnación, remoción de efectos y cesación, o acción de anulación, puesto que la legitimación activa de las mismas recae sobre el conjunto de la sociedad, al consistir en acciones de incumplimiento.

Asimismo, Dña. Amparo y Dña. Lidón no pueden exigir la abstención de los socios en la votación en la que se acuerda el traslado de domicilio social a Países Bajos, al no cumplirse ninguno de los escenarios previstos en los artículos 190 y 229 LSC. Sin embargo, a pesar de que no pueden obligar a abstener al resto de socios, lo que si pueden hacer es impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo y contrario al interés social. En este sentido, D. Vicente y D. José Badenes Alcón, así como D. Antonio Falomir Fabra, al ser administradores, además de socios, no deben votar el acuerdo del traslado de domicilio social fijándose únicamente en su interés propio por percibir la prima prometida por Vulture, si no que deben atender a la carencia de sentido de trasladar el domicilio social a Países Bajos, ya que no repercutiría en el interés social de CerTronic.

En conclusión, recomendamos a Dña. Amparo y Dña. Lidón priorizar la interposición de la acción de responsabilidad contra D. Vicente, D. José y D. Antonio, así como proceder a la impugnación de acuerdo abusivo lo antes posible.

IV. ANEXO 1. CALENDARIO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES Y SOCIETARIAS INCLUIDAS EN EL INFORME

(i) Adquisición por autocartera

- En primer lugar, existe un plazo de **un mes** desde que se convoca la Junta General de Accionistas en la que se admita la adquisición mediante autocartera y su celebración.
- Por otro lado, también se cuenta con **un mes** desde que se convoque la Junta General y se celebre la misma para el caso de reducción de capital social.

(ii) Aumento de capital a cambio de aportación de marca

- Debe transcurrir **un mes** desde la convocatoria de la Junta General de Accionistas que pretenda adoptar el acuerdo y la celebración de la misma.
- Asimismo, existe un plazo de **un mes** para presentar el informe del experto independiente respecto a la valoración de la marca.
- También debe transcurrir **un mes** desde la convocatoria de la Junta General que busque aprobar el informe del experto independiente y su celebración.

(iii) Compraventa de las participaciones de los socios de CirCeramica

Se aconseja llevar a cabo una Due Diligence, a fin de determinar el plazo en el que se va a realizar la operación.

(iv) Fusión apalancada posterior a la adquisición de CirCeramica

- Respecto a la **fase de preparación**, cabe destacar en primer lugar que no existe un plazo preceptivo respecto al periodo en el que se debe elaborar el proyecto de fusión, aunque aconsejamos no prolongarlo en el tiempo.
 - A continuación, se abre el plazo de **un mes** desde que se publica el informe en la página web de las sociedades hasta que se celebra la Junta General de Accionistas donde se vote dicho acuerdo. Durante este tiempo los administradores tienen la obligación de realizar un informe mediante el que se justifique el proyecto.
 - Por último, el experto independiente cuenta con **un mes** para emitir un informe respecto al proyecto de fusión.
- En la **fase de decisión** cabe mencionar los siguientes plazos:

- La Junta General donde se disponga aprobar el proyecto de fusión debe convocarse con, al menos, **un mes de antelación**.
- Tras la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil se dispone de **un mes** para presentar las impugnaciones pertinentes.

- En la **fase de ejecución** simplemente se lleva a cabo la escritura pública, así como su inscripción en el Registro Mercantil

(v) Traslado del domicilio social a Países Bajos

- A pesar de que no existe un plazo determinado, se aconseja elaborar el proyecto de traslado tan pronto como se haya tomado la decisión de migración del domicilio social.
- Asimismo, no consta tampoco plazo alguno respecto al trámite de calificación por parte del Registro Mercantil Central ni del Registrador Mercantil que corresponda según el domicilio social.
- No obstante, el plazo para anunciar el traslado de domicilio social al extranjero en el Boletín Oficial del Registro Mercantil es **dos meses**.
- Es necesario que transcurran **dos meses** desde que se publique la convocatoria de la Junta General de Accionistas que tenga por objeto aprobar el traslado y su celebración.
- Una vez se haya publicado el acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero en el BORME se dispone de **un mes** para llevar a cabo el derecho de oposición o separación de los accionistas disconformes.

ANEXO 2.- ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- **CC:** Código Civil
- **LSC:** Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- **Ley 3/2009:** Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- **TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- **STJCE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, L., & García de Enterría, J. (2017). El distinto significado y alcance de los conflictos de interés de socios y administradores, *Briefing note Clifford Chance*, Abril, 2-3.
<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/04/el-distinto-significado-y-alcance-de-los-conflictos-de-interes-de-socios-y-administradores.pdf>
- Galusca, A. (2012). *Traslado trasfronterizo de domicilio social en la Unión Europea* (TFM). Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Zaragoza.
<http://zaguán.unizar.es/record/9506/files/TAZ-TFM-2012-1086.pdf>
- Goenechea, J. M., & Gracia, C. (2009). Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales. *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 24, 21-24.
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf>
- Boquera Matarredona, J. (1995). *La regulación del conflicto de intereses en el Proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Broseta Pont*. Tirant lo Blanch.
- Peinado Gracia, J. I. (2018). *Abnegación y silencio en la Sociedad Mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su Sociedad)* *Derecho de Sociedades*. Tirant lo Blanch.
- Portellano Díez, P. (2016). *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*. Civitas.

➤ **Legislación**

- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 11 de julio de 2019.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

➤ **Jurisprudencia**

- STJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C 208/00, Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de julio de 2016.
- Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 25/2018, de 19 enero.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 359/2017, de 2 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de marzo de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1136/2008, de 10 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 770/2011, de 10 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 418/2005, de 26 de mayo