



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO  
A LA ABOGACÍA

Especialidad Empresa

Autor: Carlos González Díaz

Tutor: Guillermo José Guerra Martín

Madrid, enero de 2021

## ÍNDICE

<b>INFORME LEGAL - CERTRONIC .....</b>	<b>2</b>
<b>1. OPCIONES PARA LLEVAR A CABO LA OPERACIÓN .....</b>	<b>3</b>
1.1 ADQUIRIR EL CAPITAL SOCIAL DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE LA COMPRA DE SUS ACTIVOS ( <i>ASSET DEAL</i> ).....	4
1.1.1 Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de acciones para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de Cir-Ceramica, amortizar el excedente.....	4
1.1.2 Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca. 10	
1.2 ADQUIRIR LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE UNA COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES ( <i>SHARE DEAL</i> ) Y FUSIÓN POR ABSORCIÓN .....	14
1.2.1 Adquirir las acciones o participaciones de Cir-Cerámica mediante una compraventa de participaciones ( <i>Share Deal</i> ) .....	14
1.2.2 Fusión por absorción.....	16
<b>2. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS.....</b>	<b>21</b>
<b>ANEXO I CALENDARIO DE LA OPERACIÓN.....</b>	<b>27</b>
Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de acciones para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de Cir-Ceramica, amortizar el excedente.....	27
Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca. ....	28
<b>INFORME LEGAL – DA AMPARO Y DA LIDÓN.....</b>	<b>31</b>
<b>1. CONSECUENCIAS DE QUE DA AMPARO Y DA LIDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS. ....</b>	<b>31</b>
<b>2. POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE SUS DEBERES DE LEALTAD..</b>	<b>34</b>
<b>3. 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. ....</b>	<b>36</b>
<b>4. IMPUGNAR EL CORRESPONDIENTE ACUERDO POR ABUSIVO. ....</b>	<b>41</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>46</b>

- I. El Consejo de Administración de CerTronic solicita un informe detallado de las distintas posibilidades que considere, exclusivamente, la situación bajo Derecho español. En el informe debe acompañar, como anexo, un calendario de operaciones mercantiles y societarias y los plazos correspondientes, de manera simplificada y clara, para su comprensión. En especial, pide que se incluya expresamente en el informe su opinión sobre:**
- (i) La incidencia del régimen en materia de autocartera sobre las distintas posibilidades y, en su caso, sobre la necesidad de que deba existir algún informe de experto independiente;**
  - (ii) 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.**

### **CONCLUSIONES INFORME LEGAL – CERTRONIC**

Con el objetivo de facilitar la comprensión del presente informe y aportar el punto de vista del despacho de la manera más efectiva posible, hemos elaborado el presente apartado con las conclusiones que se pueden extraer del mismo.

En lo que a las distintas opciones que asisten a CerTronic para acometer la operación de adquisición de la sociedad italiana Cir-Cerámica se refiere entendemos que la opción más simple y conveniente para la firma es la consistente en llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la marca de la mercantil italiana. Esta opción es la que presenta un menor número de dificultades desde un punto de vista legal y operativo y la que mejor se adapta a la situación interna de la empresa, ya que en esta modalidad de ampliación de capital no existe derecho de preferencia para los socios de CerTronic, asegurando así la entrada en la compañía de la empresa italiana.

Como se desarrolla a lo largo del informe, la opción consistente en adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de acciones para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de Cir-Cerámica, amortizar el excedente, sólo se podría llevar a cabo respecto de las acciones de Doña Lidón. A las dificultades que presenta y a la necesidad de celebrar dos juntas generales para acometer la operación hay que sumarle el riesgo que supone para la empresa que la operación entera dependa de la voluntad de transmitir sus participaciones de una de sus socias, Doña Lidón.

Por último, la opción que consiste en la compra, a través de la solicitud de un préstamo, de las participaciones a los dos socios de Cir-Cerámica, de manera que CerTronic pasara a ser la socia única de esta última, para inmediatamente después acordar una fusión por absorción de Cir-Cerámica también presenta múltiples dificultades. Consideramos que la solicitud de un préstamo para proceder a la compra de Cir-Cerámica y la posterior fusión por absorción se convierte en una operación desaconsejable en tanto en cuanto la misma puede ser sustituida por una opción más rápida y sencilla, la realización de la ampliación de capital a cambio de la aportación de la marca.

Sin perjuicio de lo que antecede, desarrollamos a continuación las distintas opciones de forma detallada para que puedan escoger aquella que mejor se adapte a sus necesidades.

### **INFORME LEGAL - CERTRONIC**

El presente informe tiene por objeto el análisis de las distintas posibilidades de las que dispone la mercantil CerTronic, S.A. (en adelante, “**CerTronic**”) para llevar a cabo la adquisición de la sociedad italiana Cir-Cerámica *società a responsabilità limitata* (en adelante, “**Cir-Cerámica**”). Por medio de este escrito se tratará de ofrecer una visión de las distintas opciones lo más amplia posible y que a la vez se ajuste a las necesidades de CerTronic, para que el Consejo de Administración de la mercantil pueda optar por la vía que

mejor se alinee con su situación y que mayor rédito y ventajas pueda producir tanto a presente como a futuro. Del mismo modo, se analizará la posibilidad y, en su caso, los pasos a seguir para el traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos.

La operación por la que se produce un acuerdo biliteral entre el comprador (CerTronic) y el vendedor (Cir-Cerámica) mediante el cual se transfiere la empresa por parte del vendedor al comprador, por un precio, recibe la denominación de compraventa de empresa.<sup>1</sup> En este sentido, el objeto último de la compraventa de empresa no es otro que la adopción del control del *“conjunto organizado y autosuficiente de medios humanos y materiales destinado a desarrollar una actividad mercantil de producción o comercialización de bienes o servicios que es susceptible de ser transmitido como un todo”*, de acuerdo con la definición que Don Rodrigo Uría da de empresa. Existen diversas formas para alcanzar este control del que venimos hablando, y estas nos permitirán diferenciar entre varios modos de adquisición de empresas. Es el artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, “CCom.”) el que nos da luz en este proceso, regulando la noción de control de la empresa y generando un concepto de control formado por dos elementos:

1. La propiedad del capital social o la posesión de los derechos políticos; y
2. El control del órgano de administración

## **1. OPCIONES PARA LLEVAR A CABO LA OPERACIÓN**

Ahora sí, una vez tenemos claro el concepto de control y compraventa de empresas, podemos diferenciar entre las distintas opciones de las que dispone CerTronic para acometer la operación:

---

<sup>1</sup> Javier García de Tiedra González, *La compraventa de empresa, DERECHO MERCANTIL* (Disponible en; <https://www.derechomercantil.info/2013/04/compraventa-de-empresa.html> , última consulta 9 de enero de 2021)

## **1.1 ADQUIRIR EL CAPITAL SOCIAL DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE LA COMPRA DE SUS ACTIVOS (*ASSET DEAL*).**

Este modo de adquirir Cir-Cerámica supondría la aportación de la marca por parte de los socios de esta última a cambio de un número de acciones en CerTronic que fuera equivalente al valor que se le dé a la marca. En este contexto, se abren presentan ante nosotros otras dos posibilidades para acometer la operación:

### **1.1.1 Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de acciones para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de Cir-Cerámica, amortizar el excedente.**

Esta posibilidad supone que la propia Sociedad se convierta en titular de un número determinado de sus propias acciones, es decir, que tenga acciones en régimen de autocartera para posteriormente amortizar las acciones excedentes que no hayan sido transmitidas al socio de Cir-Cerámica a cambio de la marca. De esta forma, CerTronic estaría adquiriendo acciones de sus socios en autocartera por un importe que fuera suficiente para la adquisición de la marca de Cir-Cerámica, pasando así Cir-Cerámica a ser socio de CerTronic

La **autocartera** es el régimen legal que se da en relación con los negocios sobre las acciones que una sociedad posee y que a su vez son representativas del propio capital social de esa sociedad. Los fines para los que la autocartera puede ser utilizada son muy variados, y abarcan desde la posibilidad de utilizarse como un medio de distribución de las acciones a favor de los empleados de la compañía, hasta para financiar la adquisición de otra sociedad, amortizando el excedente resultante de la transmisión, tal y como ocurre en el caso que vamos

a tratar en este informe.<sup>2</sup>

Descartamos en el supuesto que se presenta ante nosotros la posibilidad de aplicar la normativa de adquisición de acciones propias por la sociedad dominante, al no cumplirse con los requisitos que el artículo 42.1 CCom fija para que exista una sociedad dominante. Del mismo modo, en el caso de la operación que se nos presenta, se infringe la prohibición general que la ley establece en el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) para la adquisición originaria de autocartera.

Entonces, el régimen de la autocartera para las sociedades anónimas que debemos aplicar en la operación que CerTronic pretende acometer se encuentra recogido en los artículos 144 y siguientes de la LSC y es lo que se conoce como una adquisición derivativa de acciones o participaciones propias. Así, el propio artículo 144 dispone que *“la sociedad anónima podrá adquirir sus propias acciones, o las participaciones o acciones de su dominante, en los siguientes casos:*

- a. Cuando las acciones se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad.*
- b. Cuando las participaciones o acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal.*
- c. Cuando las participaciones o las acciones que estén íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito.*
- d. Cuando las participaciones o las acciones íntegramente liberadas se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular.”*

---

<sup>2</sup> Cándido Paz Ares, C. Paz Ares y Antonio Perdices Huertos, dirigido por: Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, 1ª edición, Título IV, de las acciones, Sección 4 A, de los negocios sobre las acciones propias.

Si las acciones de la Sociedad cumplieran con alguno de los requisitos que se recogen en el artículo anterior se podrá optar por adquirir las acciones en régimen de autocartera, sin embargo, no podemos aplicar este artículo al no concurrir ninguno de los supuestos que se contemplan en el mismo. La ley, a través del artículo 145 LSC, dispone también que una vez las acciones hayan sido adquiridas por la propia Sociedad existe la obligación de enajenar las acciones adquiridas conforme a lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 144 en el plazo máximo de 3 años a contar desde la fecha de su adquisición, a no ser que hubieran sido ya amortizadas mediante reducción del capital social o que, sumadas a las que ya posean la sociedad adquiriente y sus filiales, no excedan el veinte por ciento del capital social.

Si bien habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 144 de la LSC, parece claro que la Sociedad, en caso de optar por el régimen de la autocartera, se tendrá que regir por el contenido del artículo 146 de la LSC, que establece los requisitos o condiciones necesarias para que la sociedad anónima pueda adquirir sus propias acciones y participaciones creadas o acciones emitidas por su sociedad dominante cuando la sociedad no esté inmersa en ninguno de los supuestos de libre adquisición de acciones que se recogen en el artículo 144 LSC, como parece ser nuestro caso. En este supuesto, la Sociedad podrá adquirir sus propias acciones cuando concurren las siguientes condiciones:

- Adquisición autorizada mediante acuerdo de la junta general, que deberá fijar las modalidades de la adquisición, el número máximo de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización (máximo cinco años).
- Que la adquisición, comprendiendo las acciones que la sociedad ya tuviera en autocartera, no produzca el efecto de que el patrimonio neto sea inferior al capital social más las reservas legales o estatutarias.
- Del mismo modo, el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquiriente y sus filiales, no podrá ser superior al veinte por ciento.
- No se podrán adquirir acciones propias parcialmente desembolsadas, a menos que la adquisición se realice a título gratuito. En el caso de que las acciones propias estén



parcialmente desembolsadas la adquisición será nula, de acuerdo con el artículo 146.4 LSC. En este sentido, si las acciones están totalmente suscritas y parcialmente desembolsadas en, al menos, una cuarta parte de su valor nominal, tal y como exige el artículo 79 LSC, no se podrá proceder a la adquisición de acciones propias ya que, como venimos diciendo, las mismas tienen que estar totalmente desembolsadas. Desconocemos si las acciones de CerTronic han sido o no totalmente suscritas y desembolsadas, sin embargo, entendemos que están totalmente desembolsadas ya que en caso contrario el aumento de capital que se llevó a cabo en 2013 no habría sido posible.

- Al margen de lo anterior, además de estar íntegramente desembolsadas, debemos observar también la necesidad de que las acciones no lleven aparejadas la obligación de ciertas prestaciones accesorias, ya que en este supuesto la Sociedad no podría proceder a la adquisición de las mismas.

En el supuesto de que las acciones sometidas al régimen de autocartera llevaran aparejada una prestación accesorias el negocio jurídico comprometido sería considerado nulo, con el fin de evitar que las obligaciones sociales del socio frente a la sociedad se extingan por confusión. En consecuencia, las únicas acciones que CerTronic podría adquirir en autocartera serían aquellas que no lleven aparejadas una prestación accesorias, o lo que es lo mismo, aquellas acciones pertenecientes a los socios que no hayan suscrito el pacto parasocial. Así, doña Lidón sería la única persona que podría negarse a cumplir con la prestación accesorias y, consecuentemente, sus acciones serían las únicas que podrían someterse al régimen de la autocartera si ella quisiera transmitir las mismas a CerTronic.

Concluimos afirmando que no se podrán adquirir acciones propias que lleven aparejada la obligación de prestaciones accesorias, ya que esta adquisición también sería nula (art. 146.4 LSC).

Siempre y cuando se cumplan los requisitos generales recogidos en el artículo 146 LSC, podrían ser adquiridas por la sociedad en régimen de autocartera las acciones de Doña Lidón, al ser las únicas que no llevan aparejadas prestaciones accesorias por no estar obligada a suscribir el pacto parasocial de 2013.

Considerando lo que antecede, y teniendo en cuenta que CerTronic es susceptible de cumplir con todos y cada uno de los requisitos generales expuestos con anterioridad en relación con las acciones de Doña Lidón, los pasos más relevantes que la Sociedad tendrá que dar con el fin de adquirir no más del 20% de su capital social para posteriormente poder proceder con la adquisición de Cir-Cerámica serían los siguientes:

#### *Junta general*

Una vez tengamos definido el valor de la marca será necesaria la celebración de una Junta General Extraordinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 165 de la LSC.

El Órgano de Administración de la Sociedad debe convocar la junta (166 LSC). En este sentido, habrá que estar al contenido de los artículos 166 y ss. de la LSC a la hora de conocer cómo se debe convocar la junta, los plazos y el lugar en el que la misma se celebrará.

El acuerdo de la junta general en el que se decida sobre la adquisición de acciones en régimen de autocartera no requerirá de quórum ni de mayorías reforzadas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 194 y 201 de la LSC.

Así, para que la junta quede constituida de forma válida habrá que cumplir con el contenido del artículo 193 de la Ley, siendo necesaria la asistencia de accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto en primera convocatoria, y cualquiera que sea el capital concurrente en segunda convocatoria.

#### *Acuerdo social*

Por su parte, el artículo 201 de la LSC dispone que el acuerdo social se adoptará por mayoría simple de los accionistas presentes o representados en la junta, es decir, que el acuerdo se entenderá adoptado cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado. En este sentido el acuerdo en el que se opte por el la adquisición de acciones en régimen de autocartera deberá ser controlado por los administradores de la sociedad, como dispone el apartado tercero del artículo 146 LSC.

El acuerdo social deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años.

#### *Intercambio*

Cuando se haya procedido a la adquisición de las acciones por CerTronic de acuerdo con todo lo que antecede, se procederá al intercambio de las acciones de la Sociedad por la marca de Cir-Cerámica. Serán los miembros del consejo de administración los que se encarguen de realizar esta operación para la que deberá otorgarse escritura pública. En lo que a este intercambio se refiere, debemos tener en cuenta que en caso de no cuadrar el valor de las acciones y el de la marca la diferencia deberá compensarse mediante la entrega de dinero en efectivo.

Existe la posibilidad que una vez concluida la operación de adquisición de la marca todavía existiesen acciones en régimen de autocartera. Si este supuesto ocurre se deberá proceder a la venta o amortización de dichas acciones. Para la amortización de las mismas se llevará a cabo una reducción de capital.

#### *Amortización del excedente*

Como nos han indicado que debemos proceder a amortizar el excedente en caso de optar por esta opción pasamos a explicar brevemente como se llevaría a cabo tal amortización mediante reducción del capital. En primer lugar, se deberá convocar una junta general en la que se recoja la reducción del capital por el valor de las acciones en régimen de autocartera en el orden del día. La junta deberá seguir el mismo régimen ya explicado para la adopción del acuerdo en el que se opta por la autocartera en lo que a los requisitos se refiere, con la diferencia de que al tratarse de una reducción de capital debemos atender al contenido del artículo 194 LSC, que recoge los quórum necesarios para la celebración y constitución de la junta de forma válida. Este artículo dispone que para que el acuerdo se acuerde de forma válida será necesaria en primera convocatoria la concurrencia del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto, y del veinticinco por ciento en segunda convocatoria. Asimismo, el artículo 201 LSC reconoce en su apartado segundo que si el capital presente o representado superase el cincuenta por ciento sería suficiente con que el acuerdo se adoptara

por mayoría absoluta, y que en si en segunda convocatoria el capital presente o representado fuera superior al veinticinco por ciento pero inferior al cincuenta se requeriría el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta para que se adoptase el acuerdo.

CerTronic, en caso de optar por la adquisición de Cir-Cerámica utilizando el régimen de la autocartera, deberá respetar todos los requisitos recogidos en la Ley, que tienen por objeto evitar que los derechos de los accionistas de la Sociedad se vean perjudicados por el hecho de tener un porcentaje menor de la sociedad en su poder, o que los administradores se vean excesivamente fortalecidos por esa misma circunstancia. Es en este contexto en el que conviene hacer mención al artículo 148 de la LSC, que señala las normas a las que se verán sometidas las acciones propias que va a poseer la Sociedad, en caso de optar por el régimen de la autocartera. Este artículo 148 LSC recoge también la necesidad de que el Consejo de Administración de CerTronic, una vez realizada la adquisición de acciones en autocartera, constituya una reserva en el patrimonio neto que sea equivalente al importe del precio de adquisición de las acciones en autocartera, reserva que deberá mantenerse hasta que las acciones sean enajenadas.

Una vez se hubiesen llevado a cabo todos los actos recogidos en este apartado, respetando los límites y prohibiciones que afectan al régimen de la autocartera, la marca Cir-Cerámica sería propiedad de CerTronic, que a su vez tendría a Cir-Cerámica como accionista con una participación que se correspondería con las acciones que recibió a cambio de su marca.

### **1.1.2 Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.**

Otra de las opciones que tiene CerTronic para adquirir el capital de Cir-Cerámica mediante la compra de sus activos (la marca) sería el llevar a cabo un aumento de capital con el fin de intercambiar las nuevas acciones generadas mediante el aumento por la marca Cir-Cerámica. Así, parece claro que el aumento de capital se tendría que realizar por emisión de nuevas acciones, ya que lo que se pretende con el mismo es la entrada de nuevos accionistas que a cambio de esa participación en la Sociedad van a entregar su marca. En este sentido, los pasos más relevantes que la mercantil debería adoptar serían los siguientes:

### *Valoración del bien*

Cuestión previa e importante es la relativa a la necesidad de que la sociedad, al tratarse de una aportación no dineraria, tenga la obligación de llevar a cabo la valoración del bien que se va a aportar por un **experto independiente**, como así dispone el artículo 67 LSC. En este sentido, serán los administradores los que soliciten el nombramiento del experto independiente. El experto independiente con competencia profesional será designado por el Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad, de conformidad con los artículos 338 y ss. del RRM que se encargan de regular su nombramiento.

El plazo del que dispondrá el experto para realizar la valoración es de un mes. El informe en el que se encontrará dicha valoración tiene que ser necesariamente anterior al otorgamiento de la escritura de ampliación de capital.

El informe del experto independiente adquiere una transcendencia enorme al evitar que se realicen aportaciones sociales por debajo de su valor nominal real, que tengan como consecuencia una dilución del capital de la sociedad.

Una vez realizada la valoración, el valor que se le atribuya a la aportación en la escritura no podrá ser superior a la realizada por el experto. Este experto, responderá frente a los accionistas y a los acreedores, durante el plazo de cuatro años, de los daños que su informe pericial haya podido causar, quedando exonerado en caso de que acredite que actuó con la diligencia suficiente (art. 68 LSC).

Otro aspecto a considerar en lo que al régimen de control de la valoración se refiere es el que se establece en el artículo 77 de la LSC, que recoge unas reglas de responsabilidad derivadas de la aportación. En virtud de las mismas, el aportante responde de la entrega y del saneamiento por evicción y vicios conforme a lo previsto en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “CC”) para la compraventa.

### *Informe de los administradores*

Otra cuestión importante es la necesidad de poner el informe del consejo de administración

en el que se describan con detalle las aportaciones, su valoración, etc. (art. 300 LSC) a disposición de los accionistas de CerTronic al tiempo de la convocatoria de la junta, al encontrarnos frente a una ampliación de capital mediante la aportación de activos no dinerarios. El objeto de este requisito es demostrar que la ampliación ha sido estudiada con anterioridad a la junta, y así acreditar que la Sociedad tiene acuerdos con los que van ser los aportantes.

### *Junta General*

El acuerdo de aumento de capital ha de adoptarse por la junta general, con los mismos requisitos que se establecen para la modificación de los estatutos sociales, de acuerdo con el artículo 296.1 LSC. De esta manera, el quorum necesario para la válida constitución de la junta será el reforzado que se prevé en el artículo 194 LSC. En lo relativo a los votos necesarios para la adopción del acuerdo estaremos al contenido del artículo 201 LSC, que nos indica en su apartado tercero que los estatutos sociales pueden elevar las mayorías que se recogen en el artículo. Así, de conformidad con lo que nos han indicado en lo referente al pacto de socios de la Sociedad, en el caso de un aumento de capital el mismo se debe acordar con el voto favorable del sesenta y siete (67) por ciento del capital social.

Por otro lado, consideramos oportuno también hacer mención al artículo 304 LSC, que en su apartado segundo nos recuerda las situaciones en las que habrá derecho de preferencia. Entre estas situaciones no se encuentran los aumentos de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, por lo que debemos entender que en estos supuestos no existe derecho de preferencia y que, consecuentemente, los socios de CerTronic no podrán adquirir preferentemente las acciones de Cir-Cerámica, dejando vía libre a la entrada de Cir-Cerámica como socio. Así, entendemos que al tratarse de una ampliación de capital que se va a realizar mediante una aportación no dineraria no existirá derecho de adquisición preferente para los accionistas de CerTronic, ya que este derecho se concede únicamente en los aumentos de capital realizados mediante aportaciones dinerarias.

### *Escritura pública*

Una vez haya concluido la junta se procederá a la redacción del acta de la misma que deberá ser firmada por todos los socios presentes o por los representantes de los representados. Acto seguido, el Secretario del Consejo formalizará certificación de la junta, donde se recoge el acuerdo de aumento de capital, incluyendo las acciones que se entregan, el importe de la prima de emisión y los datos del aportante. Finalmente el Presidente del Consejo y el Secretario comparecerán ante notario con el fin de elevar a público el acuerdo, otorgando escritura pública. Junto con la certificación de la junta se deberá entregar al notario el informe del experto independiente obligatorio que hemos explicado y el informe del Consejo de Administración de CerTronic.

La ampliación del capital que se realice se debe corresponder con el valor de la marca que Cir-Cerámica va a aportar. En este sentido, resultará de vital importancia la valoración del experto independiente que se ha desarrollado en el paso primero. Las acciones que se entregarán se deben corresponder con el valor del bien que se aporta.

Una vez se haya otorgado la escritura pública de ampliación de capital se llevará a cabo la liquidación del impuesto de operaciones societarias y, cuando ya se haya liquidado, se procederá a la inscripción del acuerdo de ampliación de capital en el Registro Mercantil de Castellón, provincia donde se encuentra el domicilio social de la compañía.

#### *Aportación de la marca*

Cuando el capital social de CerTronic haya sido aumentado se procederá a efectuar la aportación de la marca de Cir-Cerámica por parte de los dos socios de la mercantil italiana. A cambio de esta aportación, que necesariamente tiene que ser patrimonial (art. 59 LSC), los aportantes adquieren la condición de socios y serán inscritos en el libro registro los nuevos accionistas, indicando las acciones que les corresponden y el título en virtud del cual les corresponden esas acciones. En el caso de CerTronic, la aportación será una aportación no dineraria en propiedad.

En esta posibilidad no existe el riesgo de incumplir con el régimen de prohibición de **autocartera** que ya hemos desarrollado para la posibilidad anterior, ya que la autocartera no entra en juego en esta operación.

## **1.2 ADQUIRIR LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE UNA COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES (*SHARE DEAL*) Y FUSIÓN POR ABSORCIÓN**

### **1.2.1 Adquirir las acciones o participaciones de Cir-Cerámica mediante una compraventa de participaciones (*Share Deal*)**

Para llevar a cabo la compra de las acciones de Cir-Cerámica, CerTronic necesitará obtener financiación. Como nos han advertido, CerTronic ya ha encontrado a una entidad que podría financiar la operación de compra, por lo que nos encontraríamos ante una operación de *private equity* y, en concreto con una compra apalancada de empresas (*leveraged buyout*).

Esta primera parte de la operación no es otra cosa que una compraventa en la que el comprador adquiere a una sociedad (*target*) a través de la financiación de una parte significativa de su precio de compra mediante deuda, y que pretenderá amortizar con cargo a los recursos patrimoniales y flujos de caja esperados de la sociedad *Target*, Cir-Cerámica en este caso.

Los pasos a dar para que la operación se pueda llevar a cabo serán los siguientes:

#### *1º Revisión de los Estatutos Sociales de Cir-Cerámica*

El primer paso que se deberá llevar a cabo para que la adquisición de las acciones o participaciones de Cir-Cerámica pueda tener lugar será la revisión de los estatutos sociales de Cir-Cerámica, con el objetivo de verificar la regulación que los estatutos de la sociedad dan a la transmisibilidad de las participaciones.

#### *2º Comunicación a los administradores de Cir-Cerámica*



A continuación, de acuerdo con el artículo 107 LSC, que se encarga de regular el régimen de la transmisión voluntaria de participaciones para las sociedades de responsabilidad limitada, los socios de la mercantil italiana deberán comunicar por escrito a los administradores su intención de transmitir su participación o participaciones.

### *3º Decisión de la junta general de Cir-Cerámica*

El siguiente paso será la decisión de la sociedad a ese respecto, que se expresará mediante acuerdo de la junta general, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria que establece la ley.

En este sentido, de vital importancia resulta el hecho de que los socios que asistan a esa junta general presencialmente o representados van a tener preferencia para la adquisición de las participaciones. En el caso de que los dos socios de Cir-Cerámica estuvieran interesados en ejercer este derecho de adquisición preferente, se repartirían las participaciones entre ellos a prorrata de su participación.

En caso de no producirse la adquisición de las participaciones por los socios de Cir-Cerámica presentes en la junta general, los transmitentes podrán transmitir sus participaciones en las condiciones que le hayan comunicado a Cir-Cerámica.

### *4º Documento público*

El artículo 106 de la LSC dispone en su apartado primero que la transmisión de las participaciones sociales deberá constar en documento público.

El documento público de transmisión se debe otorgar en el plazo de un mes desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes, como así dispone el artículo 107.2 e) LSC. Sin embargo, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de la misma su intención de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes el socio podrá transmitir sus participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad.

Una vez se haya llevado a cabo la adquisición de las acciones de Cir-Cerámica, es decir, CerTronic se haya endeudado para adquirir el control de esta sociedad, esta misma sociedad adquirente absorbe a la sociedad adquirida:

### **1.2.2 Fusión por absorción**

La fusión que se nos plantea se encuentra regulada en el artículo 35 de ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME” o “Ley sobre las Modificaciones Estructurales”), y se trata de una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, CerTronic (“Sociedad Absorbente”) y Cir-Cerámica (“Sociedad Absorbida”).

Llegados a este punto nos encontramos con la barrera legal de la prohibición de asistencia financiera para fusiones apalancadas que se regula en el artículo 35 de la LME. Este artículo 35 LME recoge tres requisitos que debe cumplir el proyecto común de fusión y el informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión cuando se vaya a proceder a fusionar dos o más sociedades habiendo contraído alguna de ellas deudas en los tres años anteriores a la fusión para adquirir el control de otra que participe en la operación, como ocurre en nuestro caso. Estos requisitos pretenden poner a disposición de los principales afectados por la operación aquella información que resulta importante sobre la naturaleza de la operación, además del juicio realizado por un experto independiente.

Para que la fusión se pueda ejecutar será necesario que se elabore un proyecto común de fusión, que deberá ser suscrito por todos los administradores y cumplir con el contenido 30, 31, 35, 49 y 52 LME, en concreto, deberá contener las siguientes menciones:

1. Denominación, tipo social y domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante, así como los datos de identificación de la inscripción de aquéllas en el Registro mercantil.
2. Tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas la compensación complementaria

prevista y, en su caso, el procedimiento de canje.

3. Incidencia de la fusión 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.
4. 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.
5. 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.
6. Fecha desde la que los titulares de nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.
7. Fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.
8. Estatutos de la sociedad resultante.
9. Información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la resultante.
10. Fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.
11. 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.

Además, el artículo 34 LME reconoce la necesidad de que cuando una de las sociedades que forman parte del proyecto común de fusión sea una sociedad anónima, como es el caso de CerTronic, los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan deberán solicitar del registrador mercantil de su domicilio social el nombramiento de uno o varios **expertos independientes** y distintos, para que, por separado, emitan informe sobre el proyecto común de fusión. No obstante, el artículo también reconoce la posibilidad de que

los administradores de las sociedades que se fusionan pidan al registrador mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe. En este último supuesto el nombramiento le corresponderá al registrador del domicilio social de la sociedad absorbente o del que figure en el proyecto común de fusión como domicilio de la nueva sociedad.

Los expertos que hayan sido nombrados podrán obtener todas las informaciones y documentos que consideren útiles y proceder a todas las verificaciones que consideren necesarias.

Por su parte, el artículo 34 LME en su apartado tercero recoge el contenido del que el informe deberá disponer, dividiendo el mismo en dos partes:

1. Métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las participaciones de las sociedades que se extinguen, explicación de si esos métodos son adecuados y, si existirán, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado. Esta primera parte no será necesaria si así lo acuerdan todos los socios con derecho a voto de todas las sociedades que participan en la fusión y, además, todas las personas que, en su caso, según la ley o los estatutos fueran titulares de ese derecho.
2. Opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual al, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente.

A esta operación que estamos analizando consistente en el endeudamiento de una sociedad para adquirir el control de otra y después absorberla se le denomina fusión apalancada, ya que se trata de una fusión en la que la Sociedad Absorbente ha contraído deudas en los tres años anteriores para adquirir el control de la Sociedad Absorbida. En virtud de lo que antecede, no podemos dejar de tener presente el artículo 35 LME, en el que se establecen unos requisitos adicionales para que este tipo de fusión se pueda llevar a cabo:

1. El proyecto de fusión debe indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción

por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.

2. El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.
3. Informe de los expertos sobre el proyecto de fusión de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

Sin embargo, al tratarse la operación de fusión que estamos analizando de una absorción de sociedad íntegramente participada, debemos considerar también el ya citado artículo 49.1 LME, en virtud del cual:

1. El proyecto de fusión no deberá contener necesariamente: el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas; 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; la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante; ni las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.
2. Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión serán necesarios en tanto en cuanto nos encontramos ante una fusión contemplada en el artículo 35 LME, es decir, en nuestro caso.
3. No será necesario aumentar el capital de la Sociedad Absorbente.

Otro aspecto que debe ser considerado en el seno de la operación que estamos analizando es que nos encontramos ante una fusión transfronteriza intracomunitaria, lo que no supone un inconveniente al regirse las mismas por las disposiciones contenidas en el Título II del Capítulo II de la LME, las previsiones expresas del Capítulo I y, de forma supletoria, por las disposiciones de la LME que rigen en la fusión. La fusión transfronteriza intracomunitaria es aquella que se produce entre sociedades de capital constituidas de

conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

Las especialidades más importantes que la LME prevé para las fusiones transfronterizas intracomunitarias son las siguientes:

- El proyecto común de fusión debe recoger las ventajas particulares atribuidas en a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen y, si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.
- El informe de los administradores se elaborará de conformidad con lo que se dispone en el régimen general para el informe de los administradores, con ciertas particularidades relativas a los destinatarios y puesta a disposición del mismo. (art 60 LME)
- La junta de socios de cada una de las sociedades que participan en la fusión podrá condicionar la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones dedicadas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión. (art. 61 LME)
- Los socios de las sociedades españolas que participen en la fusión que hayan votado en contra de la misma podrán separarse de la sociedad. (art. 62 LME)
- Los artículos 64 y 65 de la LME recogen un régimen para el control por parte de los registradores mercantiles españoles de la legalidad del procedimiento de fusión.
- La jurisdicción española, a través de la correspondiente autoridad competente, también realizará un control de la legalidad del procedimiento de fusión.

## 2. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL A LOS PAÍSES BAJOS

Una vez se haya optado por una de las anteriores opciones para la adquisición de **Cir-Ceramica**, habrá que analizar la posibilidad de trasladar el domicilio social de la Sociedad española a los Países Bajos, a pesar de no desempeñar ninguna actividad en ese país. Asimismo, tendremos que estudiar la posibilidad de que para el cambio de domicilio sea necesaria la emisión de un documento desde el Registro Mercantil de Madrid, donde está domiciliada la Sociedad.

En lo que se refiere a los requisitos que CerTronic tendrá que cumplir para poder trasladar su domicilio a otro Estado Miembro en el que no desarrolla ninguna actividad tendremos que estar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”), ya que no disponemos de una Directiva que arroje luz en este sentido. En este contexto, la jurisprudencia del TJUE ha ampliado el perímetro de la libertad de establecimiento hasta el punto de que en la actualidad una sociedad procedente de un Estado Miembro puede trasladar su domicilio a otro Estado Miembro cumpliendo la ley del Estado de destino. Así se pronunció el TJUE en la Sentencia de 25 de octubre de 2017, relativa al asunto C-106/16, reconociendo que el Estado miembro de constitución no puede limitar e imponer a la transformación transfronteriza requisitos más restrictivos que los que rigen en la transformación de una sociedad en dicho Estado miembro o disuada a la sociedad a llevar a cabo esa transformación transfronteriza.<sup>3</sup> El TJUE ha declarado en múltiples sentencias (Casos Centros TJCE 1999, 47, C-212/97<sup>4</sup>; Überseering TJCE 2002, 320, C-208/00<sup>5</sup>) que una sociedad válidamente constituida en un Estado Miembro debe ser reconocida como tal por los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros, incluyendo aquél en el que se encuentre su actividad principal.

En línea con lo recogido en los párrafos anteriores, parece que CerTronic podrá trasladar su domicilio social a los Países Bajos, siempre que cumpla con la ley vigente en ese país.

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2017, en el asunto C-106/16

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 1999, en el asunto C-212/97

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de noviembre de 2002, en el asunto C-208/00

En el ámbito del derecho español, la Ley de Modificaciones Estructurales también se pronuncia sobre el traslado del domicilio social al extranjero, reconociendo en su artículo 93.1 que las sociedades inscritas constituidas de conformidad con la ley española podrán trasladar su domicilio al extranjero. De este artículo deducimos que el hecho de ser una sociedad inscrita en el registro mercantil se convierte en otro requisito fundamental para la realización de la operación. De la misma forma, el artículo 93.2 dispone que no será posible la operación de traslado cuando la sociedad se encuentre en liquidación o en concurso de acreedores. Finalmente, el artículo 93 de la misma norma también recoge como requisito en su apartado primero la necesidad de que el Estado a cuyo territorio se traslada el domicilio social permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.

Para que el cambio del domicilio social a un país extranjero se pueda llevar a cabo se requerirá la modificación de los estatutos sociales, para lo que resultará necesario un acuerdo de la junta general de socios (art. 285.1 LSC). Este acuerdo debe ser formalizado en escritura pública, con la nueva redacción del artículo correspondiente. Una vez formalizado el acuerdo, la escritura debe ser inscrita en el Registro Mercantil. Al encontrarse el nuevo domicilio social en el extranjero, debemos estar a lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, “RRM”). Este artículo dispone en su apartado 1 que *“Si el cambio de domicilio se efectuase al extranjero, en los supuestos previstos por las Leyes, se estará a lo dispuesto en los Convenios internacionales vigentes en España y a las normas europeas que resulten de aplicación. En tales supuestos, el Registrador competente en razón del domicilio de la sociedad que se traslada certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la entidad antes del traslado, y no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del tribunal, notario u autoridad competente del nuevo domicilio acreditativa de la inscripción de la sociedad. Recibida ésta, cancelará la hoja de la sociedad y extenderá nota de referencia expresiva de los nuevos datos registrales.”*

En virtud de lo anterior, el proceso legal para el traslado del domicilio social al extranjero se podrá llevar a cabo y, en caso de acometerse, se desarrollará de la siguiente manera:



### *1º Fase previa*

El órgano de administración dará inicio al proceso de estudio y toma de decisión sobre la medida consistente en el traslado del domicilio al extranjero.

### *2º Proyecto de Administradores*

Los administradores deben realizar y subscribir un proyecto de traslado. En el caso de que alguno de los administradores no firmase el proyecto se señalaría al final del proyecto indicando la causa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 95.1 LME. Este proyecto deberá incorporar el contenido que refleja el artículo 95.2 LME: (i) denominación y domicilio de la sociedad; (ii) nuevo domicilio social que se propone; (iii) estatutos sociales después del traslado; (iv) calendario que se prevé para llevar a cabo el traslado; y (v) los derechos para la protección de los socios, acreedores y trabajadores.

Junto al contenido de requisitos mínimos recién desarrollado se deben incluir todos los requisitos que exija la ley del país al que se va a producir el traslado del domicilio social.

Este proyecto debe depositarse por los administradores en el Registro Mercantil del domicilio social de la sociedad para que sea calificado por el Registrador. Una vez depositado el proyecto, se podrá realizar la publicación de la convocatoria de la junta de socios para aprobar el traslado (art. 95.3 LME), junta que no podrá celebrarse antes de dos meses desde la publicación de los anuncios en el Boletín Oficial del Estado (art. 98 LME).

### *3º Informe de Administradores*

Los administradores de la Sociedad también deberán elaborar un informe que explique y justifique de forma detallada el proyecto de traslado en lo que se refiere a sus aspectos jurídicos y económicos, así como las consecuencias que el mismo puede tener para los socios, acreedores y trabajadores (art. 96 LME).

Resulta de importancia destacar que la LME no requiere para la viabilidad de la operación un informe de experto independiente.

#### *4° Acuerdo*

La convocatoria de la junta se debe publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio. Junto a esta convocatoria se deben publicar: (i) el domicilio social actual y el que pretende tener la sociedad en el extranjero; (ii) el derecho de los socios y acreedores a examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de obtener gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos; y (iii) el derecho de separación de los socios y de oposición de los acreedores, así como la forma de ejercitar esos derechos.

El acuerdo de traslado internacional del domicilio social le corresponde a la junta de socios. El acuerdo requerirá, al tratarse CerTronic de una Sociedad Anónima, de la asistencia de al menos el 50% del capital suscrito con derecho a voto en primera convocatoria, y en segunda convocatoria, de la asistencia del 25% de ese mismo capital. Para que el acuerdo sea adoptado se requerirá de mayoría simple en caso de adoptar el acuerdo en primera convocatoria y del voto favorable de dos tercios del capital presente o representado en la junta, en segunda convocatoria.

#### *5° Derecho de separación de los socios*

El artículo 99 LME reconoce el derecho a separarse de la sociedad que le corresponde a los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero. Por su parte, el artículo 346 LSC reconoce también entre las causas legales que dan derecho de separación a los socios el no haber votado a favor del acuerdo por el que se sustituye o modifica sustancialmente el objeto social de la sociedad y el traslado de domicilio al extranjero.

De esta forma podemos comprobar que ambas leyes le conceden al socio que no este conforme con el acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero la posibilidad de ejercer el derecho de separación. Este derecho debe ejercitarse en el plazo máximo de un mes, a contar desde el día en el que se haya producido la publicación o comunicación del acuerdo, como así dispone el artículo 348 LSC.

#### *6º Derecho de oposición de los acreedores*

El artículo 100 de la LME reconoce la posibilidad de que ante el traslado del domicilio social de CerTronic los acreedores de la mercantil puedan ejercer su derecho de oposición en las mismas condiciones que se prevén para un supuesto de fusión contemplado en el artículo 44 LME. La fundamentación de esta posibilidad encuentra su origen en las modificaciones en las que el cambio del domicilio social puedan derivan en el ámbito procesal que se le aplica a los créditos que ostenten los acreedores frente a la compañía.

#### *7º Formalización y ejecución*

Como ya hemos explicado anteriormente, el acuerdo debe otorgarse en escritura pública, para cuyo contenido habrá que estar, además de a las previsiones propias y especiales de la sociedad anónima, a los requisitos que pueda exigir la legislación del Estado de acogida para formalizar allí el traslado del domicilio.

A continuación, deberemos presentar la escritura pública del acuerdo en el Registro Mercantil de Castellón, domicilio social de CerTronic.

Asimismo, el artículo 101 de la LME dispone que se requerirá de una certificación del Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad que verifique el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse para el traslado. La certificación será un documento de vital importancia para la formalización de la inscripción en el Estado en el que se encuentre el nuevo domicilio social de CerTronic.

La cancelación de la sociedad en el Registro de origen tendrá lugar cuando se aporte el certificado que acredite la inscripción en el Registro de su nuevo domicilio social y los anuncios de tal inscripción en el Registro Mercantil de Castellón, como así dispone el artículo 103 LME. Así, se deberá otorgar la solicitud de inscripción en el Registro que corresponda de los Países Bajos, posteriormente se publicará un anuncio en el BORME indicando que se ha procedido a la inscripción de la sociedad en dicho Registro Mercantil y, por último, se presentará en el Registro Mercantil de Castellón la certificación de inscripción en los Países bajos y se cancelará la inscripción en el Registro Mercantil de Castellón.

## ANEXO I CALENDARIO DE LA OPERACIÓN

El presente anexo se ha incorporado al informe con el objeto de fijar cronológicamente los pasos a dar por CerTronic en cada una de las opciones estudiadas en el mismo. En la elaboración del presente anexo se han considerado exclusivamente los plazos que vienen fijados en las diferentes normas de aplicación, sin perjuicio de que se deban tener en cuenta los periodos lógicos que procedan para cada una de las actuaciones necesarias y que la normativa no regula.

### OPCIÓN 1: ADQUIRIR EL CAPITAL SOCIAL DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE LA COMPRA DE SUS ACTIVOS

**Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de acciones para tenerlas en autocartera y, una vez transmitidas las acciones que correspondan al valor de la marca al socio único de Cir-Cerámica, amortizar el excedente.**

*1º Autorización por la junta general:*

- Convocatoria de la junta en el plazo de un (1) mes desde que se formule la solicitud.
- Entre la convocatoria y la celebración debe existir un plazo de, al menos, un (1) mes.
- Elevar a público la escritura de modificación de los estatutos.
- Inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de modificación de los estatutos.

*2º Adquisición de las acciones propias en régimen de autocartera:* La autorización para la adquisición de acciones en autocartera no podrá exceder de cinco años.

*3º Valoración de Cir-Cerámica*

*3º Intercambio (permuta)*

*4º Amortización del excedente de acciones que pudiera existir tras el intercambio mediante una reducción de capital:*

- Convocatoria de la junta en el plazo de un (1) mes desde que se formule la solicitud.
- Entre la convocatoria y la celebración debe existir un plazo de, al menos, un (1) mes.
- Elevar a público la escritura de modificación de los estatutos.
- Inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de modificación de los estatutos.

## **Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.**

### *1º Valoración del bien:*

- Dentro de los quince días siguientes a la fecha del asiento de presentación (asiento que se debe practicar en el Libro Diario identificando al solicitante y al representante), el Registrador Mercantil designa a un experto independiente.
- El experto debe comparecer en el plazo de cinco días ante el Registrador Mercantil para aceptar el cargo, o caducará el nombramiento, debiendo el Registrador nombrar a otro experto independiente.
- El informe del experto se debe realizar en el plazo de un (1) mes desde la fecha de aceptación del nombramiento.
- El informe caduca a los tres meses desde la fecha de su realización, salvo que anteriormente se haya ratificado por el propio experto, en cuyo caso se prorroga por otros tres (3) meses más desde la fecha de ratificación.

### *2º Informe de los administradores*

### *3º Junta general*

- Convocatoria de la junta en el plazo de un (1) mes desde que se formule la solicitud.
- Entre la convocatoria y la celebración debe existir un plazo de, al menos, un (1) mes.

### *4º Suscripción por los nuevos socios de CerTronic (antiguos socios de Cir-cerámica) de las nuevas acciones emitidas por CerTronic*

### *5º Escritura pública*

### *6º Aportación de la marca*

## OPCIÓN 2: ADQUIRIR LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES DE CIR-CERÁMICA MEDIANTE UNA COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES Y POSTERIORMENTE PROCEDER A REALIZAR UNA FUSIÓN POR ABSORCIÓN

### *1º Revisión de los estatutos sociales de Cir-Ceramica*

### *2º Comunicación de la intención de transmitir sus acciones de los socios de Cir-Cerámica a los administradores de la misma*

*3º Decisión de la junta general de Cir-Cerámica y, en caso de tratarse la marca de un activo esencial para CerTronic, necesidad de convocar y celebrar una junta general en CerTronic, en virtud del artículo 160.f) LSC*

*4º Documento público*

*5º Proyecto común de fusión*

*6º Informe de administradores de CerTronic sobre el proyecto común de fusión*

*7º Designación de expertos independientes e informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión: Se debe realizar en el plazo de un (1) mes desde la fecha de aceptación del nombramiento del experto.*

*8º Junta general*

- Convocatoria de la junta en el plazo de un (1) mes desde que se formule la solicitud.
- Entre la convocatoria y la celebración debe existir un plazo de, al menos, un (1) mes.

*9º Publicación del acuerdo en el BORME (Boletín Oficial del Registro Mercantil) y en uno de los diarios de gran circulación en Castellón*

*10º Derecho de oposición de los acreedores: Un (1) mes para el ejercicio del derecho de oposición desde la publicación, pudiendo oponerse hasta que su crédito con la sociedad les sea garantizado.*

*11º Elevación a público del acuerdo de fusión*

*12º Inscripción del acuerdo de fusión en el Registro Mercantil*

## TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE CERTRONIC A LOS PAÍSES BAJOS

*1º Fase previa*

*2º Proyecto de Administradores*

*3º Informe de Administradores*

*4º Junta general:*

- Convocatoria de la junta.
- Entre la convocatoria y la celebración de la junta debe existir un plazo de, al menos, dos (2) meses.

*5º Publicación del acuerdo de traslado en el BORME: Dos (2) meses para la publicación del acuerdo de traslado.*

*6º Derecho de separación de los socios: Un (1) mes para el ejercicio del derecho de separación de los socios desde la publicación del acuerdo de traslado del domicilio social en el BORME.*

*7º Derecho de oposición de los acreedores: Un (1) mes para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores desde la publicación del acuerdo de traslado del domicilio social en el BORME.*

*8º Certificación del Registro Mercantil*

*9º Cancelación de la hoja de la sociedad en el Registro Mercantil*



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

### **INFORME LEGAL – DA AMPARO Y DA LIDÓN**

El presente informe tiene por objeto analizar las diferentes posibilidades que Dña. Amparo Fabra Llorens y Dña. Lidón Falomir Fabra tienen para oponerse a la operación que la sociedad CerTronic pretende llevar a cabo. Las solicitantes del presente informe ostentan la condición de accionistas en la sociedad CerTronic, S.A.

Con el objeto de oponerse a la operación que la mercantil pretende llevar a cabo, Dña Amparo y Dña. Lidón han acudido a nuestro despacho para plantearnos una serie de cuestiones con el fin de que podamos brindar nuestro más comprometido asesoramiento en la aclaración de las mismas. Las cuestiones planteadas son las que siguen:

#### **1. CONSECUENCIAS DE QUE DA AMPARO Y DA LIDÓN NUNCA LLEGARAN A FIRMAR EL PACTO DE SOCIOS.**

El pacto de socios al que la consulta que se nos realiza se refiere es el que consiste en el acuerdo de refinanciación de CerTronic adoptado en el año 2013. Dicho acuerdo incorporaba la obligación de que fuera suscrito por todos los accionistas de CerTronic, siendo incluido con tal propósito como prestación accesoria en los estatutos de la sociedad.

Lo primero que debemos saber al respecto de los pactos de socios es que son documentos cuyo contenido no se encuentra regulado por la ley y que vinculan exclusivamente a aquellas personas que lo han suscrito. De esta forma, entendemos que la Sociedad como un conjunto

no queda sometida al pacto de socios cuando alguno de los socios no haya suscrito el mismo.<sup>6</sup>

El artículo 86.3 LSC establece, en lo que a las prestaciones accesorias se refiere, que los estatutos las pueden establecer con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios. Para que esto se pueda llevar a cabo, el artículo 89 de la misma norma dispone que se deben cumplir con los mismos requisitos que se prevén para la modificación de los estatutos, junto con el consentimiento individual de los obligados. Entonces, al tratarse CerTronic de una sociedad anónima, para poder establecer en sus estatutos la obligación de todos los accionistas de suscribir el pacto de socios deberá, además de cumplir con los quórums y mayorías de los artículos 194 y 201.2 LSC, disponer del consentimiento individual de todos los accionistas.

El hecho de que D<sup>a</sup>. Amparo y D<sup>a</sup> Lidón no hubieran llegado a firmar el pacto de socios tiene consecuencias distintas para cada una de ellas. En el caso de D<sup>a</sup> Lidón, esta pasó a formar parte del accionariado de CerTronic en 2012, antes de que se acordara el acuerdo de refinanciación que tuvo lugar en 2013. Teniendo en cuenta esta situación, el consentimiento de D<sup>a</sup> Lidón era necesario para que se pudiera suscribir el acuerdo de refinanciación y, consecuentemente, incorporar la obligación de firmar el pacto de socios en los estatutos. Llegados a este punto habrá que esclarecer si D<sup>a</sup> Lidón prestó su consentimiento para que la prestación accesorias fuera incorporada a los estatutos, ya que en caso contrario dicha prestación no podría haber sido incluida, pudiendo ejercitar entonces las acciones correspondientes.

Sin embargo, el escenario es completamente distinto tanto si D<sup>a</sup> Lidón hubiera firmado el pacto de socios como para D<sup>a</sup> Amparo, que se incorporó al accionariado de CerTronic con posterioridad a que la prestación accesorias fuera introducida en los estatutos. En este supuesto, debemos considerar el hecho de que el pacto de socios se haya incorporado a los estatutos como una prestación accesorias, reguladas en el artículo 86 de la LSC. Una prestación accesorias es una obligación adicional que asumen todos o algunos socios. A diferencia de lo que sucede con los pactos de socios, las prestaciones accesorias si se

---

<sup>6</sup> *PACTO DE SOCIOS: ¿QUÉ ES, CUÁLES SON SUS TIPOS Y CÓMO HACERLO?*, Lestslaw (Disponible en <https://lestslaw.es/pacto-de-socios-que-es/>; última consulta 9 de enero de 2021)

encuentran recogidas en los estatutos sociales. Dicho de otra forma, podemos afirmar que las prestaciones accesorias son obligaciones personalísimas de algunos o todos los socios, que pueden consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, y cuyo régimen está detallado en los estatutos de la sociedad.<sup>7</sup>

En virtud de lo anterior, haber incluido la obligación de firmar el pacto de socios como una prestación accesorias recogida en los estatutos tiene como objetivo exigir a los socios de CerTronic su cumplimiento. En este sentido, la Dirección General de los Registros y el Notariado admite la posibilidad de inscribir como prestación accesorias contenida en los estatutos el cumplimiento de las disposiciones contenidas en un pacto de socios. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 26 de junio de 2018 así se pronuncia, reconociendo la posibilidad de que se incorporen los pactos-parasociales dentro de las prestaciones accesorias que se recogen en los estatutos, reforzando y garantizando el cumplimiento de las obligaciones que se pretendiesen.<sup>8</sup>

De esta manera, de conformidad con lo explicado, el hecho de haber incluido como prestación accesorias en los estatutos sociales de CerTronic la obligación de firmar el pacto de socios encuentra su consecuencia directa en que el no firmar el mismo suponga un incumplimiento grave por parte de los socios no firmantes.

D<sup>a</sup> Amparo, al haber adquirido la condición de socia con posterioridad a que la prestación accesorias se incorporara a los estatutos, habrá estado obligada a firmar el pacto para adquirir tal condición. Por su parte, las acciones de D<sup>a</sup> Lidón, al haber adquirido la condición de socia con anterioridad a que el pacto parasocial se incorporara a los estatutos como una prestación accesorias, no estarán afectadas por la prestación accesorias ni, consecuentemente, ella se encontrará obligada a la firma de dicho pacto, a no ser que hubiera aceptado la incorporación del mismo a los estatutos.

---

<sup>7</sup> *Prestaciones accesorias en una sociedad anónima*, VLEX (disponible en <https://practico-sociedades.es/vid/prestaciones-accesorias-sociedad-oacute-66933809> ; última consulta 7 de enero de 2021)

<sup>8</sup> Resolución de 26 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada.

El cumplimiento de las obligaciones accesorias incluidas en los estatutos es obligatorio y, por ello, el incumplimiento de las mismas por parte de D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra puede ocasionarles graves consecuencias, entre las que destacamos las dos siguientes:

- Consecuencias penales que pudieran haberse establecido en cláusulas penales recogidas en los estatutos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 RRM.
- Exclusión de la sociedad si así se hubiese dispuesto en sus estatutos.

Lo anterior debe tomarse en consideración a la hora de decidir no firmar el pacto de socios, ya que, como hemos podido comprobar, dicha oposición podría derivar en la pérdida de la condición de socias de D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra, así como de todos los derechos asociados a tal condición.

## **2. POSIBILIDAD DE ALEGAR EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE SUS DEBERES DE LEALTAD.**

El deber de lealtad de los miembros de una sociedad se encuentra relacionado con la actuación de los mismos en interés de la sociedad. Tanto socios como administradores de una sociedad deben actuar considerando siempre el interés de la propia sociedad, sin pretender obtener un beneficio propio. En este sentido, el deber de lealtad que le corresponde a los administradores de una sociedad se encuentra recogido en el artículo 227.1 LSC que dispone que: *“los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante obrando de buena fe y en el interés de la sociedad.”*

De este deber de lealtad que acabamos de definir se derivan una serie de obligaciones, que los artículos 228 y 229 LSC se encargan de regular.

El artículo 228 recoge las obligaciones básicas a las que están obligados los administradores como consecuencia de su deber de lealtad. Así, el administrador estará obligado a:

- No desempeñar sus facultades como administradores con un fin distinto que para los que fueron designados.
- Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que hayan podido acceder como consecuencia de su cargo como administradores, incluso cuando hayan cesado en él, salvo en los casos en los que la ley lo permita o requiera.
- Abstenerse de participar la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Deber que podemos entender que se ha visto afectado como consecuencia de la participación del administrador nombrado por Vulture, al haber participado en los acuerdos en los que se encontraban involucradas filiales de la compañía que le nombró.
- Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Se trata de otra de las obligaciones que se encuentra afectada por la actuación del administrador designado por Vulture en tanto en cuanto podamos entender que sus actuaciones se han visto condicionadas por las instrucciones recibidas desde la mercantil que le designó en su cargo. Del mismo modo podemos entender también que el resto de los administradores no empleados de Vulture tampoco están actuando con libertad de criterio o juicio e independencia en tanto se encuentran estrechamente vinculados a Vulture por la prima que recibirían si la operación se concluyera con éxito.
- Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Medidas que en el caso que nos ocupa no parecen haber sido adoptadas por ninguno de los administradores, ya que todos se encuentran en una situación en la que su juicio y la integridad de sus acciones están influenciadas por un interés externo de carácter personal y económico. Este apartado del artículo 228 LSC no se limita a exigir que el administrador comunique aquellas situaciones de conflicto de interés con las que se pueda encontrar, sino que supone que el mismo deba evitar estas situaciones, por lo que entendemos que los administradores de CerTronic están incumpliendo este apartado de la Ley por la existencia de la prima que se les ha ofrecido como compensación por el éxito de la operación.

Por su parte, el artículo 229 LSC recoge el deber de los administradores relacionado con su obligación de evitar situaciones de conflictos de interés, debiendo abstenerse el administrador de realizar las actuaciones que el artículo recopila. Estas obligaciones de abstención serán desarrolladas en el apartado siguiente del presente informe.

En virtud de lo que antecede parece claro que existen motivos más que suficientes para que D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón aleguen que se ha producido una infracción de los administradores de su deber de lealtad.

Las consecuencias de esta infracción se recogen en los artículos 238 y 241 LSC, que desarrollan la Acción social de responsabilidad y la Acción individual de responsabilidad, respectivamente, acciones que podrán derivar en la separación de los administradores incumplidores. En este mismo sentido, el artículo 227.2 también reconoce como consecuencias de la infracción del deber de lealtad la obligación de indemnizar el daño que se haya ocasionado al patrimonio de la sociedad y de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que el administrador infractor haya obtenido. Finalmente, el artículo 232 LSC fija la posibilidad de que, además del ejercicio de la acción de responsabilidad, se puedan impugnar y, en su caso, anular los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.

### **3. 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.**

La Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles se encarga de regular el procedimiento y condiciones necesarias para que el traslado del domicilio social al extranjero se pueda llevar a cabo. En este sentido, el artículo 97 de la citada norma establece que el traslado del domicilio social a otro Estado debe ser acordado por la junta de socios con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada, en el caso que nos ocupa, el régimen de las sociedades anónimas.

Entre las competencias que la LSC le atribuye a la junta general de forma exclusiva (art. 160 LSC) y que hemos citado anteriormente se encuentra la modificación de los estatutos. El traslado del domicilio social de una sociedad de un país a otro requiere de una modificación de los estatutos y, consecuentemente, la celebración de una junta general en la que se acuerde el traslado del domicilio social. Cuestión distinta sería el traslado del domicilio social dentro del territorio nacional ya que, a raíz del artículo único del Real Decreto-ley 15/2017, de 6 de octubre, se estableció que el órgano de administración sería competente para cambiar el domicilio dentro del territorio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos.

En lo que al funcionamiento del órgano que se va a encargar de decidir sobre la aceptación o rechazo del traslado del domicilio social al extranjero, la LSC establece en sus artículos 176 y 177 para las Sociedades Anónimas que la junta general de accionistas se convoque en primera y en segunda convocatoria, con el objetivo de que asuntos muy importantes para la vida de la sociedad no sean decididos por un número muy pequeño de accionistas. Para el cambio del domicilio social, al tratarse de una modificación de los estatutos, y ser uno de los asuntos a los que se refiere el artículo 194 de la LSC, se requerirá de:

- (i) asistencia de accionistas que representen al menos el 50% del capital suscrito con derecho de voto, en primera convocatoria; y
- (ii) asistencia de accionistas que representen al menos el 25% del capital suscrito con derecho de voto, en segunda convocatoria.

Estos porcentajes pueden ser reforzados por los estatutos, siempre y cuando los porcentajes de la primera convocatoria sean superiores a los de la primera y los mayores porcentajes no produzcan el efecto de desvirtuar el principio configurador de la SA en lo relativo a la adopción de acuerdos por mayoría.

La deliberación y la discusión de los asuntos que se encuentran en el orden del día es dirigida y moderada por el Presidente de la junta. Para cada punto que se encuentra en el orden del día se propone un acuerdo, que es sometido a discusión primero, y cuando el Presidente estima que ya ha sido discutido de forma suficiente, se somete a votación. Los accionistas

tienen la posibilidad de solicitar que sus intervenciones sean reflejadas en el acta de la junta general, de acuerdo con el artículo 97.1 RRM.

En hilo con lo anterior, para la adopción de acuerdos sociales que supongan una modificación estatutaria, la LSC establece en su artículo 201.2 LSC que si el capital presente o representado supera el 50% bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, será necesario la mayoría de 2/3 del capital presente o representado cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen el 25% o más del capital con derecho a voto, sin alcanzar el 50%.

Una vez sentados los conocimientos necesarios sobre la junta general y su funcionamiento en relación con una modificación estatutaria, intentaremos dar respuesta a la pregunta que nos plantean: **¿es posible exigir a los socios de CerTronic que se abstengan durante la votación en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos?**

Existe la posibilidad de que exigir a los socios de CerTronic que no ejerzan su derecho de voto en los supuestos contemplados en el artículo 190 de la LSC:

*“1. El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:*

- a. autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,*
- b. excluirle de la sociedad,*
- c. liberarle de una obligación o concederle un derecho,*
- d. facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o*
- e. dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230.*



*En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos contemplados en las letras a) y b) anteriores solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.*

*2. Las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria.*

*3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social.”*

El apartado tercero del artículo 190 LSC supone la inversión de la prueba y de la carga de alegación de la conformidad del acuerdo correspondiente con el interés social, esto se traduce en que le corresponderá a la sociedad y al socio que está inmerso en la situación de conflicto de interés demostrar que el acuerdo adoptado con su voto decisivo no es contrario al interés social.<sup>9</sup>

Vulture es la principal interesada en que el traslado del domicilio al extranjero se lleve a cabo, el motivo de esta afirmación reside en el hecho de que el traslado del domicilio de CerTronic a los Países Bajos parece responder a la intención de fusionarse con Nederlandse Gier-NV. Entonces, en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, y considerando que

---

<sup>9</sup> Jesús Alfaro, *El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses*, Almacén de Derecho, (disponible en <https://almacendederecho.org/el-deber-de-abstencion-del-socio-en-caso-de-conflicto-de-intereses-art-190-lsc> ; última consulta 9 de enero de 2021)

verdaderamente estamos ante un conflicto de interés, si acreditásemos que el voto de Vulture ha resultado decisivo para la adopción del acuerdo, le corresponderá a Vulture demostrar que tal situación de conflicto de interés no existe, sin embargo, no podremos exigir su abstención ni privar al socio en conflicto de interés de su derecho de voto.

Conforme explicado, no parece que ninguno de los supuestos contemplados en este artículo coincidan con la situación que nos presentan, es decir, entendemos desde nuestro despacho que no concurren en los socios de CerTronic ninguna de las circunstancias recopiladas en el apartado primero del artículo 190 LSC.

A pesar de lo recién desarrollado, particularmente interesante para responder a su consulta resultan los problemas de conflicto de interés que la coexistencia de la condición de socio y administrador de una sociedad en una misma persona generan. En este contexto, el artículo 229 LSC establece que los administradores que a su vez sean socios de la sociedad, no podrán realizar una serie de actuaciones:<sup>10</sup>

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto en caso de operaciones ordinarias en condiciones estándar.
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para la realización de operaciones privadas.
- c) Hacer uso de activos sociales con fines privados.
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos a la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo las de mera cortesía.
- f) Desarrollar actividades ajenas en competencia con la sociedad o que le sitúen en conflicto permanente.

En la sociedad en la que D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón son socias todos los socios son, además de socios, miembros del consejo de administración, incluido Vulture, que ha designado a un

---

<sup>10</sup> Álex Plana Paluzie, *Limitaciones y deber de abstención de los socios-administradores por conflictos de interés*, Entre Leyes y Jurisprudencia, (disponible en <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2017/10/limitaciones-y-deber-de-abstencion-de.html> última consulta 10 de enero de 2021)

quinto consejero. Esta condición de socios-administradores les obliga a cumplir con el contenido del artículo recién desarrollado. Sin embargo, parece que no van a poder exigir que los socios administradores de CerTronic se abstengan en la votación del traslado del domicilio social a Países Bajos ya que, a pesar de su condición de socios-administradores, no se encuentran en ninguna de las situaciones que se recogen en los artículos 190 y 229 de la LSC.

El hecho de no poder exigir la abstención de los socios en la junta general no impide que puedan intentar defender su postura mediante la impugnación del acuerdo por ser abusivo. Junto con esta posibilidad de impugnar, resulta también de vital importancia recordar que en caso de haber votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad, como así dispone el artículo 99 de la LME.

#### **4. IMPUGNAR EL CORRESPONDIENTE ACUERDO POR ABUSIVO.**

En el caso de estar disconformes con el acuerdo social adoptado por la junta general porque consideren que favorece a la mayoría o es ilegal disponen de la posibilidad de acudir al juez y pedir que los anule. Así, los acuerdos 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 son impugnables, de acuerdo con el artículo 204.1 LSC. Esta lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aunque no causa daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría, como se reconoce en el apartado segundo del mismo artículo 204 LSC. Un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

El acuerdo por el que CerTronic pretende trasladar su domicilio social a los Países Bajos no responde a una necesidad razonable de la Sociedad, más bien se trata de un acuerdo destinado a satisfacer el interés de un único socio, Vulture. El acuerdo que facilitaría el traslado del domicilio social de CerTronic al extranjero responde al interés de Vulture de fusionar la

nueva sociedad CirCerámica con otra filial de Vulture, y al interés de los socios-administradores que voten a favor de tal acuerdo de recibir la prima por el éxito de la operación a la que Vulture se ha comprometido, pero en ningún caso se puede entender que responda a una necesidad razonable de CerTronic.

En el supuesto de que D. Vicente Badenes Vallés, D. José Badenes Vallés y D. Antonio Falomir Esteve votaran a favor del acuerdo por el que se trasladaría el domicilio de la Sociedad a los Países Bajos sería fácilmente entendible que su voto responde al interés de percibir la prima que Vulture se ha comprometido a conceder a los administradores que no sean empleados de la compañía por el éxito total de la operación , ya que todos los citados ostentan la condición de administradores además de la de socios en CerTronic.

Existe jurisprudencia que nos permite entender que el acuerdo objeto de este informe es abusivo. En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que el comportamiento de una mayoría social aunque no perjudique a la sociedad puede atentar contra el artículo 7 CC en tanto norma que impide el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, como refleja la Sentencia del Tribunal Supremo número 1136/2088, de 10 de diciembre de 2008. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 101/2018, reconoce que será nulos los acuerdos que sean contrarios al artículo 7.2 CC por no obedecer a una justa causa sino a un uso abusivo del derecho de voto del socio mayoritario, en contra del interés social y del socio minoritario.<sup>11</sup>

En este contexto, el artículo 7.2 CC establece que *“la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*. Así, además de los abusos por la mayoría contrarios al interés social, también serán objeto de impugnación aquellos acuerdos en los que se haya producido el abuso de derecho genérico que se reconoce en el citado artículo. En este mismo sentido es merecedora de una mención especial la Sentencia del Tribunal Supremo 418/2018, del 15 de

---

<sup>11</sup> Sentencia 101/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2018

febrero de 2018, en la que se aclara y distingue entre el abuso de derecho por acuerdos lesivos contra el interés social por abuso de la mayoría y abusos genéricos incluidos dentro de la causa general que se recoge en el artículo 7.2 del CC.<sup>12</sup>

Por otra parte, también conviene destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 195/2015 que se pronuncia sobre la nulidad de un acuerdo de traslado de domicilio social por no justificar ni la necesidad ni la conveniencia del traslado. Así, la Audiencia Provincial declara que el acuerdo es nulo porque, entre otras cosas, el traslado se basa únicamente en la conveniencia de algunos socios y no se dispone de un escrito motivado y justificativo del traslado. Además, considera la Audiencia Provincial, que en los supuestos objeto de decisión prima siempre el principio de estabilidad y que el traslado a un lugar en el que no se ejerce ninguna actividad podría conllevar problemas de representación y de gestión.<sup>13</sup>

A la hora de impugnar el acuerdo por abusivo deben tener en cuenta que no procede la impugnación de un acuerdo social en los siguientes supuestos:

- (i) Cuando el acuerdo haya sido sustituido o dejado sin efecto por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda.
- (ii) Cuando se hayan infringido los requisitos procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o el reglamento de la junta y del consejo, para la convocatoria o constitución del órgano para la adopción del acuerdo, salvo que se trata de una infracción relativa a la forma y plazo previo de convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otras que tenga carácter relevante.
- (iii) Cuando la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información sea incorrecta o insuficiente, salvo que esa información hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquier de los demás derechos de participación.
- (iv) Cuando hayan participado en la reunión personas no legitimadas, salvo que esa

---

<sup>12</sup> Sentencia 418/2018 del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018

<sup>13</sup> Sentencia 195/2015 de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de julio de 2015. Se acuerda la nulidad del traslado de domicilio social de una sociedad por no estar justificado.

participación hubiera sido esencial para la constitución del órgano.

- (v) Cuando uno o varios votos sean inválidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

La legitimación para presentar la demanda en la que se solicita la declaración del acuerdo como abusivo le corresponde a cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten interés legítimo y a los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital. En virtud de lo anterior, tanto D<sup>a</sup>. Lidón Falomir Fabra como D<sup>a</sup>. Amparo Fabra Llorens están legitimadas para presentar la demanda tanto individual como conjuntamente.

Asimismo, en lo que al procedimiento de impugnación se refiere debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones::

- (i) la acción de impugnación se debe dirigir contra CerTronic;
- (ii) los socios que hayan votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez;
- (iii) no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho;
- (iv) la acción de impugnación caduca en el plazo de un año desde la fecha de adopción del acuerdo, y si este hubiera sido inscrito desde la fecha de oponibilidad de la inscripción;
- (v) en virtud del artículo 727, 10º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”) se permite que los accionistas que representen el 5% del capital social en sociedades no cotizadas y que hubieren impugnado el acuerdo, soliciten al juez la suspensión del mismo;
- (vi) el procedimiento que se seguirá es el propio juicio ordinario (arts. 399 y ss. De la LEC);
- (vii) la sentencia en la que se decida sobre el acuerdo impugnado producirá efectos para todos los accionistas pero no para terceros de buena fe que hubieren adquirido derechos a consecuencia del acuerdo impugnado; y que

- (viii) la sentencia que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, y si el acuerdo impugnado estuviese inscrito, la sentencia determinará la cancelación del asiento registral y de los posteriores contradictorios con él.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Legislación**

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE de 16 de octubre de 1885)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3 de julio de 2010)
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE del 4 de abril de 2009)
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE de 31 de julio de 1996)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE de 16 de agosto de 1889)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

### **Jurisprudencia**

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2017, en el asunto C-106/16
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 1999, en el asunto C-212/97



- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de noviembre de 2002, en el asunto C-208/00
- Resolución de 26 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada.
- Sentencia 101/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2018
- Sentencia 418/2018 del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018
- Sentencia 195/2015 de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de julio de 2015. Se acuerda la nulidad del traslado de domicilio social de una sociedad por no estar justificado

### **Otras fuentes**

- Javier García de Tiedra González, *La compraventa de empresa*, *DERECHO MERCANTIL* (Disponible en; <https://www.derechomercantil.info/2013/04/compraventa-de-empresa.html> , última consulta 9 de enero de 2021)
- *PACTO DE SOCIOS: ¿QUÉ ES, CUÁLES SON SUS TIPOS Y CÓMO HACERLO?*, Lestslaw (Disponible en <https://letslaw.es/pacto-de-socios-que-es/> ; última consulta 9 de enero de 2021)
- *Prestaciones accesorias en una sociedad anónima*, VLEX (disponible en <https://practico-sociedades.es/vid/prestaciones-accesorias-sociedad-oacute-66933809> ; última consulta 7 de enero de 2021 )

- André Hau, *Cambio de domicilio social de las sociedades mercantiles*, INEAF, (disponible en <https://www.ineaf.es/tribuna/cambio-de-domicilio-social-de-las-sociedades-mercantiles/>; última consulta 7 de enero de 2021)
  
- Jesús Alfaro, *El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses*, Almacén de Derecho, (disponible en <https://almacenederecho.org/el-deber-de-abstencion-del-socio-en-caso-de-conflicto-de-intereses-art-190-lsc> ; última consulta 9 de enero de 2021)
  
- Álex Plana Paluzie, *Limitaciones y deber de abstención de los socios-administradores por conflictos de interés*, Entre Leyes y Jurisprudencia, (disponible en <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2017/10/limitaciones-y-deber-de-abstencion-de.html> ; última consulta 10 de enero de 2021 )