



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

***MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA***  
*Trabajo de fin de máster*  
*Especialidad caso de empresa*

***Alumno: Roberto Yepes Méndez***

***Tutor: Elia Esteban Garcia-Alboal***

# ÍNDICE

<b>I. Antecedentes de hecho .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Introducción y metodología.....</b>	<b>3</b>
<b>III. Informes jurídicos: .....</b>	<b>4</b>
<b>Informe jurídico I.....</b>	<b>4</b>
<b>1.1) 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. ....</b>	<b>4</b>
<b>1.1.A) Opción 1: Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de ellas 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. ....</b>	<b>4</b>
<b>1.1.2) Opción 2: Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca. ....</b>	<b>15</b>
<b>1.1.3) Opción 3: CerTronic compraría sus participaciones a los dos socios de Cir-Cerámica, pasando CerTronica a ser la socia única de esta. Para ello, CerTronic necesita solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, ya acordado con una entidad financiera. Inmediatamente después pretende acordar una fusión por absorción de su filial italiana Cir-Cerámica. ....</b>	<b>21</b>
A) Fase preparatoria de la fusión: .....	23
A.2) Redacción del informe de los administradores sobre el proyecto de fusión. ....	24
A.3) Redacción del informe de expertos sobre el proyecto de fusión: .....	25
A.4) Redacción del balance de fusión: .....	27
B) Fase aprobatoria de la fusión:.....	28
C) Fase ejecutiva de la fusión: .....	30
<b>1.2) 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. ....</b>	<b>34</b>
1.2.1) Ordenamiento jurídico español: .....	35
1.2.2) Inciso sobre el Derecho de establecimiento: .....	36
1.2.3) Procedimiento para el traslado del domicilio social bajo el ordenamiento jurídico español: .....	40
<b>Informe jurídico II.....</b>	<b>46</b>
<b>2) Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra acuden a otro despacho de abogados solicitando un informe sobre la posibilidad de oponerse a la citada operación alegando: .....</b>	<b>46</b>
<b>2.1) Las consecuencias de que D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón nunca llegaran a firmar el pacto de socios. ....</b>	<b>46</b>
<b>2.2) La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.....</b>	<b>55</b>
<b>2.3) La posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos. ....</b>	<b>60</b>
<b>2.4) Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo. ....</b>	<b>63</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>72</b>

Lista de abreviaturas:

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

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

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

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (CCom.).

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

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (TCE).

Sentencia del Tribunal Supremo (STS).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN).

CerTronic, S.A. (CerTronic).

Cir-Cerámica, S.R.L. (Cir-Cerámica).

Wulture Capital, Corp (Wulture).

Badenes, S.R.L. (Badenes).

## **I. Antecedentes de hecho**

CerTronic, S.A. es una sociedad española con domicilio social en Alcora (Provincia de Castellón), cuyo objeto social es la fabricación de componentes cerámicos aislantes. El órgano de administración se configura como un Consejo de Administración, según disposición estatutaria el número de consejeros es cinco y actualmente tiene una vacante no cubierta. Los integrantes del Consejo de Administración son D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Antonio Falomir Esteve y el quinto consejero está designado por Vulture. En los estatutos se prevé que cualquier acuerdo de disolución por la mera voluntad de los socios deberá contar con una mayoría reforzada del 85% del capital.

El capital social de CerTronic se encuentra distribuido entre cinco socios:

-Un 28% del capital pertenece a una sociedad familiar denominada Badenes-Bros, S.R.L., su capital social se encuentra repartido entre D. Vicente y D. José Badenes.

-Un 28% del capital se encuentra fragmentado entre tres socios, de forma que 10% pertenece a D. Antonio Falomir Esteve, quien a su vez es socio fundador de CerTronic, un 10% a D<sup>a</sup>. Lidón Falomir Fabra; y el 8% restante pertenece a D<sup>a</sup> Amparo.

-Un 44% del capital pertenece a Vulture Capital, Corp (Vulture), fondo de Capital Riesgo con sede en Luxemburgo. En virtud de un contrato de refinanciación concluido con CerTronic en 2013 Vulture llegó a ser accionista de CerTronic.

Como consecuencia del acuerdo de refinanciación, Vulture acordó con los socios de CerTronic las siguientes operaciones y acuerdos, el cual denominaron “pacto de socios”. En primer lugar, CerTronic aumentaría el capital, que suscribiría Vulture por conversión en capital de la mitad de su crédito, llegando de esta manera a obtener el 44% del capital social. El resto de la deuda, un crédito de 4 millones de euros frente a la sociedad, también fue renegociada bajo el marco del acuerdo de refinanciación.

Otra de las estipulaciones previstas en el pacto de socio establecían la obligación de todos los accionistas de suscribir este pacto, obligación que se incluyó mediante una cláusula en los estatutos sociales como prestación accesoria. También, como cuarta estipulación del pacto de socios se introdujo una multiplicidad de cláusulas referidas al pago de las cantidades y vencimientos del crédito pendiente, dichas cláusulas incluían:

- A) La necesidad de que cualquier nuevo crédito que solicitara se estableciera en condiciones iguales o peores que la del crédito de Vulture.
- B) La obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital.

- C) La obligación de que, ante cualquier supuesto de impago de las cantidades debidas en los vencimientos pactados, Vulture podría imponer una reestructuración, a la que se obligaban a votar positivamente los demás socios en el seno de la junta.
- D) El vencimiento anticipado del crédito y el derecho a la conversión de la deuda restante de Vulture frente a CerTronic por un valor de 10 millones de euros, en caso de violación de cualquiera de las obligaciones anteriores.

La principal operación que motiva el encargo de este informe por parte del Consejo de Administración en representación de CerTronic es la de adquirir una sociedad italiana, con domicilio social en Modena, denominada Cir-Cerámica, S.R.L., participada por D. Angelo Vattermoli y la sociedad de capital riesgo Il Piccolo Avvoltoio, S.R.L., contralada al 100% por Vulture. Dicha sociedad carece de actividad económica, al haber trasladado sus activos, en virtud de una escisión a otra sociedad. Sin embargo, su marca conserva un alto prestigio en el mercado. El Consejo de Administración de CerTronic está valorando articular la operación de dos modos posibles:

- 1) La primera conlleva a los dos socios de Cir-Cerámica a aportar la marca a CerTronic, a cambio, se les entregarían acciones de CerTronic correspondientes al valor que se diera a la marca. Para llevar a cabo esta operación principal cuenta con dos posibilidades:
  - 1.1) Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de ellas 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.
  - 1.2) Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.
- 2) La segunda conlleva a CerTronic a comprar las participaciones de los dos socios de Cir-Cerámica, de manera que CerTronic pasaría a ser la socia única de esta última. Para ello, CerTronic necesitaría solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, que ya tiene acordado con una entidad financiera. Inmediatamente después, CerTronic pretende acordar una fusión por absorción de su filial italiana Cir-Cerámica.

En último lugar, CerTronic prevé, una vez finalizada la operación de absorción de Cir-Cerámica, adoptar en la junta un acuerdo de traslado de su domicilio social a los Países Bajos. El objetivo mediato es realizar una fusión de CerTronic, con su domicilio social ya trasladado a Holanda, con la filial de Vulture denominada Nederlandse Giard-NV, en cuyos estatutos se prevén cláusulas de "lealtad" que atribuyen un voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad en la sociedad. Con ese objetivo, Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture.

## II. Introducción y metodología

El objeto de este trabajo de fin de máster consiste en la elaboración de dos informes jurídicos. El primero de ellos viene encargado por CerTronic, S.A., actuando en su representación el Consejo de Administración, cuyo objeto es detallar las distintas posibilidades que considere, bajo la perspectiva del ordenamiento jurídico español, sobre la incidencia del régimen en materia de autocartera de las distintas operaciones que tiene en consideración para adquirir la sociedad de responsabilidad limitada de nacionalidad italiana Cir-Cerámica y, en su caso, advertir sobre la necesidad de que deba existir algún informe de experto independiente. Adicionalmente, solicitan como parte de nuestro asesoramiento detallar sobre la posibilidad de que CerTronic 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 Castellón, donde está domiciliada CerTronic, emita algún tipo de documento previo a su traslado a aquél país.

Por otro lado, D<sup>a</sup> Amparo Fabra Llorens y D<sup>a</sup> Lidón Falomir Fabra, socias de CerTronic, S.A. solicitan un informe detallando la posibilidad de oponerse a la anterior operación, teniendo para ello que prestar nuestro asesoramiento acerca de las consecuencias de que D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón nunca llegaron a firmar el pacto de socios; la posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad; la posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en la que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajo e impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

La metodología utilizada en este informe se compone principalmente de una descripción de los preceptos legales, contrastados y analizados conjunto a jurisprudencia y doctrina aplicable al caso, que el ordenamiento jurídico dispone para la satisfacción de los encargos hechos por los clientes.

### **III. Informes jurídicos:**

#### **Informe jurídico I**

1) A continuación desarrollaremos la solicitud hecha por el Consejo de Administración sobre las distintas posibilidades que tiene en consideración para adquirir Cir-Cerámica. El informe viene acompañado de un calendario de operaciones mercantiles y societarias y los plazos correspondientes, que viene adjunto a este informe en la sección de anexos.

**1.1) 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.**

**1.1.A) Opción 1: Adquirir previamente de los socios de CerTronic un número suficiente de ellas 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.**

La autocartera es un tipo de operación que realizan las sociedades sobre sus propias acciones o participaciones con la finalidad de financiar su actividad sin tener que acudir a financiación externa para ello. Una de las razones que justifican un régimen limitativo para la autocartera es que la propiedad sobre los títulos representativos del capital social por parte de la misma sociedad puede generar una alternación de los principios de realidad y de conservación del capital y una disminución de la cifra de retención y garantías que el capital representa para los acreedores. Adicionalmente, el efecto que genera la adquisición de los títulos en autocartera es el reemplazo de un valor cierto, el valor del activo empleado en la compra, por uno incierto, el valor de las acciones o participaciones, que es un valor fluctuante.

Por estas razones, y por otras que se mencionarán más adelante en esta sección, la legislación impone límites a la posibilidad de mantener capital social en autocartera. A continuación, expondremos sobre las posibilidades que el ordenamiento jurídico prevé sobre las operaciones de autocartera, los límites y requisitos que la operación debe cumplir.

El artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) establece la regla general que deben seguir las sociedades de capital para ostentar en autocartera las acciones o participaciones sociales propias. El citado precepto ordena de forma tajante la prohibición de la adquisición originaria de las acciones propias, quedando vedada la adquisición de las acciones emitidas por la sociedad al momento de su constitución o en las operaciones de aumento de capital.

La razón de dicha restricción es expuesta sucintamente por el fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 <sup>(1)</sup> al establecer que:

*“...el sistema desconfía cuando la adquirente a título oneroso es la propia sociedad -desde la perspectiva dogmática se ha afirmado que las sociedades no pueden ser socias de sí mismas, ya que se trata de una situación contradictoria y que la sociedad carece de capacidad para adquirir sus acciones o participaciones- ante sus eventuales efectos indeseables habida cuenta de la posible incidencia negativa de la autocartera en la esfera económico-patrimonial de la compañía o aguamiento patrimonial, con su doble vertiente de vaciar la función de garantía del capital diluido y de disminuir su solvencia y la capacidad económica; el riesgo de que se utilice de forma desviada, como herramienta para modificar la correlación de poderes en la esfera la corporativo-interna mediante su uso por los administradores de forma discriminatoria y arbitraria para el apartamiento de los minoritarios díscolos y el reforzamiento de otros; la inadecuada publicidad de los recursos propios aportados por los socios; y, finalmente, el peligro de que influya en el valor de la sociedad en el mercado -especialmente en el caso de sociedades de capital disperso”.*

Por lo tanto, el principal problema que conlleva la adquisición originaria de las acciones propias es que ello puede dar lugar a un escenario de ausencia de realidad de las aportaciones sociales porque las acciones que la sociedad ostenta en autocartera, al no conllevar una aportación al capital social de dinero, bienes o derechos susceptibles de valoración económica, no tienen un contravalor real. Es decir, el primer problema que presenta la autocartera es que la sociedad estaría operando en el tráfico jurídico con una cifra de capital social sin desembolsar.

Como posible consecuencia derivada de la situación anterior, los inconvenientes de ostentar acciones en autocartera alcanzan su máxima expresión cuando la sociedad entra en estado de insolvencia, quedando obligada por imperativo legal a disolverse y a liquidar sus activos. Al momento de realizar sus activos y devolver los pasivos, las acciones ostentadas en autocartera no servirán para saldar las deudas de la sociedad dado que éstas, intrínsecamente, no valen nada al no haber un contravalor real aportado al capital social al momento de suscribir originariamente las acciones.

Por ello, la adquisición originaria de las acciones propias puede dar lugar a una situación donde se vea vulnerada la tutela prevista para los acreedores de la sociedad. Especialmente, se vulnera la protección dispensada a los acreedores de la sociedad por la doctrina del capital social como cifra de garantía o de retención, puesto que mantener acciones en autocartera puede constituir un obstáculo que impida liquidar por completo los activos de la sociedad con la finalidad de pagar los pasivos. Por lo tanto, en segundo lugar, presenta un problema para los acreedores de la sociedad.

Desde el punto de vista contable, las acciones en autocartera representan una unidad más en el activo, pero al momento de realizar su valor en metálico nos encontramos que, al haber sido suscritas por la sociedad sin haber desembolsado contraprestación alguna a cambio de las acciones, estas no tienen un valor realizable y la unidad positiva que aparece en el lado activo

---

<sup>1</sup> (EDJ 2012/30148)

del balance de la sociedad existe en términos contables, pero no existe en términos económicos dado que ese activo no es susceptible de ser cuantificado al no haber un contravalor aportado a la sociedad que respalde su valor real.

Ello da lugar a un tercer problema, si la sociedad tiene en su balance como activo acciones en autocartera, los administradores vienen encomendados a gestionar y administrar los activos sociales, entonces, en caso de no haber regulación sobre esta materia, el sentido del voto de esas acciones lo determinarían los administradores como parte de su labor de gestión de los activos sociales, cuestión que deriva en un mayor poder de los administradores que les permitiría influir en las decisiones de la sociedad sin ostentar la condición de socios y, por tanto, ello supone un problema para los socios.

Sin perjuicio de tener en cuenta los tres problemas que presenta la autocartera, la LSC en su artículo 144 permite la adquisición derivativa de las propias acciones bajo determinados supuestos <sup>(2)</sup>, dado que este tipo de operación societaria puede responder a finalidades legítimas como puede ser ostentar acciones propias para remunerar a los socios, a los administradores o a los trabajadores de la sociedad.

En añadidura a lo anterior, hemos de mencionar que el artículo 146.1 LSC permite la adquisición derivativa de las acciones propias, siempre que se dé el cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos previstos en la norma para proteger los riesgos patrimoniales que estas operaciones conllevan.

Dichos requisitos y condiciones son:

1) El límite cuantitativo: Se exige por la Ley que el valor nominal de las acciones adquiridas (sumando las acciones poseídas por la sociedad emisora -autocartera directa- y por sus filiales -autocartera indirecta- en los casos de grupos de sociedades) no exceda del 20% del capital social. Dicho límite se desprende del artículo 146.2 LSC y es aplicable a las sociedades anónimas no cotizadas.

2) El acuerdo de la Junta General: Conforme al artículo 146.1 A) LSC, es una condición necesaria para la autocartera la adopción de un acuerdo de la Junta General que autorice la adquisición de las acciones. Este acuerdo debe precisar los extremos más relevantes de la operación proyectada, como el número de máximo de acciones a adquirir, las modalidades de adquisición, las directrices para la enajenación o la reducción del capital en caso de tener que amortizar las acciones, el contravalor mínimo y máximo de la operación, el plazo que durará la autorización, el cual no puede exceder de cinco años. El acuerdo de la junta general también debe indicar expresamente si la entrega de las acciones a adquirir por los trabajadores o

---

<sup>2</sup> Para la sociedad anónima se considera lícita la adquisición de las acciones propias o las participaciones o acciones de su sociedad dominante cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad; cuando las participaciones o acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal; cuando las participaciones o las acciones que estén íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito; 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.

administradores de la sociedad es el cumplimiento de una política de remuneración de la sociedad o cuando la adquisición por dichos sujetos es consecuencia del ejercicio de un derecho de opción del que son titulares.

En relación a la convocatoria y constitución de la junta general, es necesario recalcar que conforme al artículo 249 bis letra J) LSC, es una facultad indelegable del consejo de administración la convocatoria de la junta general de accionistas, la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.

Adicionalmente, la LSC dispone en su artículo 193 que para la válida constitución de la junta general en las sociedades anónimas será necesario que, tras su convocatoria, estén presentes o representados los accionistas que posean, al menos, el veinticinco por ciento (25%) del capital social suscrito con derecho de voto.

Por tanto, llegados a este punto conviene hacer un breve inciso sobre la validez de los actos de un consejo de administración incompleto, particularmente, la validez de la convocatoria de la junta general por un consejo de administración incompleto, ya que, según los antecedentes de hecho, en CerTronic hay una vacante en el consejo de administración.

Este supuesto de hecho es resuelto por la resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, DGRN) de 14 de marzo de 2016 <sup>(3)</sup>, al reconocer la posibilidad de que un consejo de administración compuesto por un número de consejeros inferior al legalmente exigido puede adoptar acuerdos sobre las materias de su competencia, siempre que se cumpla con la condición de que el consejo se encuentre válidamente constituido.

Para sostener esta afirmación, la resolución cita el contenido de los artículos 247.2 y 171 LSC. Empezando por el artículo 247.2 LSC, la resolución manifiesta que dicho precepto establece que el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales. Dicha mayoría tendrá que ser acorde con el número de consejeros previstos en los estatutos sociales o los fijados por la junta general.

En relación al artículo 171 LSC, la resolución cita este precepto como argumento de refuerzo al interpretarlo *a contrario sensu*, concluyendo que la norma que permite que el consejo de administración pueda convocar a la junta general a los únicos efectos de nombrar los nuevos consejeros tiene restringida su aplicación a los casos en que la vacante sea de la mayoría de los consejeros <sup>(4)</sup>.

---

<sup>3</sup> Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 2016, publicado en el BOE del 6 de abril de 2016. <https://www.boe.es/boe/dias/2016/04/06/pdfs/BOE-A-2016-3311.pdf>

<sup>4</sup> Fundamento de derecho tercero de la resolución de 14 de marzo de 2016: “*Dispone el artículo 247.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que para la válida constitución del consejo de administración de una sociedad anónima es preciso que «concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales», y esta mayoría sólo puede estar referida, como resulta del precepto, al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento (artículo 242 del propio texto legal). Confirma esta interpretación el artículo 171 del mismo texto refundido que para el caso de «cese de la mayoría de miembros del consejo de administración» habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta, confirmando que el*

La misma resolución afirma que la conclusión alcanzada mantiene como idea fundamental el querer preservar, en la medida de lo posible, la capacidad de funcionamiento del consejo de administración de una forma ágil con el fin de evitar situaciones de paralización o bloqueo que puedan desembocar, en los supuestos más graves, en la existencia de causa de disolución.

Adicionalmente, cabe destacar que la interpretación anterior de los artículos 247.2 y 171 LSC expuesta en la resolución citada viene a ser refrendada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2019 <sup>(5)</sup> y añade que dicha conclusión tiene apoyo en el artículo 141 RRM.

Por lo tanto, en nuestro supuesto basta con que haya acudido la mayoría de vocales del consejo de administración de CerTronic a la reunión de constitución del órgano de administración y hayan aceptado el cargo designado para que dicho consejo quede válidamente constituido y pueda preparar el orden del día y convocar la junta general.

Volviendo con el análisis de este requisito, una vez convocados válidamente y reunidos los socios en la junta general, el acuerdo que autorice la adquisición de los socios de un número determinado de acciones para ostentarlas en autocartera deberá contar con el respaldo de la mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la Junta.

Es decir, se entiende adoptado el acuerdo de la Junta cuando tras la votación del mismo se hayan obtenido más votos a favor que en contra, conforme a lo previsto por el artículo 201.1 LSC.

Como parte del asesoramiento plasmado en este informe, cabe afirmar que la cláusula del Pacto Parasocial IV B) no aplica en este supuesto dado que está previsto para los casos en que mediante acuerdo de la junta general se realice una reestructuración societaria o una ampliación del capital social de CerTronic y la operación de autocartera no entra en ninguno de estos dos conceptos. Por lo tanto, no se requiere alcanzar una mayoría del 67% de los votos en junta

---

*consejo no puede constituirse válidamente (como demuestra la equiparación que hace el propio precepto a la imposibilidad de funcionamiento de las otras formas de organizar la administración)”*.

<sup>5</sup> (RJ 2019\149). Fundamento jurídico segundo: “La habilitación que el art. 171 LSC confiere a cualquiera de los administradores que permanecen en el cargo para convocar la junta general cuando se produce alguno de los cuatro supuestos especiales que prevé (muerte o de cese del administrador único; muerte o de cese de todos los administradores solidarios; muerte o de cese de alguno de los administradores mancomunados; y muerte o de cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración ) implica que, en el resto de casos, el consejo puede constituirse válidamente y adoptar todo tipo de acuerdos. Es decir, al no tratarse de un consejo deficitario, que queda paralizado por el cese de la mayoría de sus vocales, sino mayoritario, por aplicación de la regla de la mayoría consagrada en el citado art. 247.2 LSC, puede seguir en funcionamiento mientras se provee a la cobertura de la vacante.

*En consecuencia, si como es el caso, el consejo de administración se compone de tres miembros y puede quedar válidamente constituido con el acuerdo de dos de ellos, no se da el supuesto de hecho previsto en el art. 171 LSC. Por lo que el consejo así constituido tiene competencia plena para convocar la junta general y para fijar el orden del día. Esta interpretación de la DGRN, que refrendamos, también tiene apoyo en el art. 141 RRM (RCL 1996, 2112), del que se desprende que, en caso de nombramiento de un consejo de administración, basta que acepten la mayoría de los componentes designados para que el órgano quede válidamente constituido”*.

general para cumplir con lo establecido en el pacto parasocial al no tratarse de una reestructuración societaria ni una ampliación de capital.

3) El resultado no puede ser inferior al capital social más reservas indisponibles: El artículo 146.1 B) LSC exige que, para dar por válida la adquisición derivativa de las acciones propias, la operación no puede producir el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital más las reservas de carácter indisponible.

4) Se excluyen de la autocartera las acciones que no estén íntegramente desembolsadas o las que lleven aparejadas prestaciones accesorias, conforme al artículo 146.4 LSC <sup>(6)</sup>.

El artículo 147 LSC expone las consecuencias de infringir las condiciones anteriormente expuestas, remitiéndose, en caso de infracción, a la consecuencia jurídica prevista por del artículo 139 LSC.

Por lo anteriormente expuesto, conforme a una interpretación literal y sistemática del artículo 6.3 del Código Civil (en adelante CC) y los artículos 139 y 147 LSC, cabe concluir que el incumplimiento de las condiciones expuestas por el artículo 146 LSC, especialmente el incumplimiento de la condición en relación al límite del 20% impuesta por el artículo 146.2 LSC, no entraña la nulidad de las adquisiciones, aunque sean adquisiciones realizadas en contravención de una norma jurídica, pues la consecuencia jurídica prevista por el artículo 139.1 LSC obliga a la sociedad a enajenar las acciones indebidamente adquiridas en el plazo máximo de un año y, por ello, podemos afirmar que la contravención de este último precepto no genera de forma automática la nulidad de la adquisición, con la excepción del caso de adquirir en autocartera acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias o aquellas que no estén íntegramente desembolsadas.

Para reforzar la anterior conclusión, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2002 <sup>(7)</sup> dado que en su fundamento jurídico cuarto perfila el alcance interpretativo del artículo 6.3 CC en relación a la nulidad de los actos por la contravención de las normas jurídicas, exponiendo que:

*“Esta Sala tiene declarado, con relación al alcance del artículo 6.3 del Código Civil, que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que debe ser interpretado, no con criterio rígido, sino flexible, por lo que no cabe admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de*

---

<sup>6</sup> Atendiendo al supuesto de hecho, se menciona que en el pacto de socios se previó que la obligación de suscribir este pacto se incluyó mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad como prestación accesorias. El artículo 86.3 LSC, establece dos supuestos en los que se pueden establecer prestaciones accesorias, en primer lugar, distingue entre establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o, como segundo supuesto, establece que se podrá vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas. Dada la redacción del supuesto de hecho facilitado para la realización de este informe, sostenemos que nos encontramos en el primero de los supuestos, y por tanto, no hay acciones que lleven aparejada prestaciones accesorias que deban ser excluidas de la autocartera.

<sup>7</sup> (RJ 2002/5224).

*nulidad, y que el artículo 6.3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que ha lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos:*

*1) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio;*

*2) Actos contrarios a la Ley, en los que ésta ordene, a pesar de ello, su validez, la cual, en cuyo caso, se reconocerá a estos actos «contra legem»; y*

*3) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, respecto a los cuales el Juzgador debe extremar su prudencia, tras analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad si concurren transcendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público”.*

Por ello, al tener en cuenta la doctrina citada, cabe sostener que la nulidad de pleno derecho no aplica automáticamente a los actos que vulneren o contravengan las previsiones normativas del artículo 146 LSC.

Adicionalmente, el artículo 139.2 LSC establece que, a falta de enajenación, los administradores han de proceder a convocar la junta general con el fin de acordar la amortización de las acciones adquiridas en autocartera mediante la reducción del capital social, por consiguiente, es de aplicación el procedimiento legalmente establecido para la reducción de capital. El apartado 3 del mismo artículo establece que en caso de no haber reducido el capital social dentro de los dos meses siguientes tras la fecha de finalización del plazo para la enajenación, cualquier interesado podrá solicitar la reducción del capital al Letrado de la Administración de Justicia o al Registrador mercantil del lugar del domicilio social e, incluso, obliga a los administradores a solicitar la reducción judicial o registral del capital social en caso de que el acuerdo de reducción de capital no se hubiera conseguido.

En otras palabras, el artículo 139 LSC establece mecanismos para dar cumplimiento a la consecuencia jurídica prevista por él, efectuando la amortización de las acciones en autocartera con su correlativa reducción del capital social, en caso de que la sociedad obligada a enajenar no lo hiciera. Por ello, sostenemos que el incumplimiento de las condiciones expuestas por el artículo 146 LSC no entraña la nulidad de pleno derecho de la adquisición<sup>(8)</sup>, sino que conlleva la obligación de enajenarlas en el plazo máximo de un año o de acordar una reducción de capital en los términos y bajo los cauces anteriormente expuestos.

---

<sup>8</sup> Como argumento de refuerzo, cabe citar la sentencia de 1 de diciembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (JUR 2016\66421) pues su fundamento jurídico quinto manifiesta que: “...la norma contenida en el repetido art. 146 L.S.C. exige que la adquisición de las propias acciones por parte de la sociedad haya sido autorizada mediante acuerdo de la junta general (.), y la contravención de esta norma, de acuerdo con lo previsto en el art. 147, por remisión al 139, no es la nulidad del acto, sino la obligación de enajenación de las acciones en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición”.

En síntesis, la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico como consecuencia de la operación de autocartera afecta a las adquisiciones originarias por parte de una sociedad de responsabilidad limitada según disposición del artículo 135 LSC; a la adquisición derivativa por parte de una sociedad de responsabilidad limitada fuera de los casos permitidos por el artículo 140 LSC; y la adquisición derivativa por parte de una sociedad anónima vulnerando la prohibición del artículo 146.4 LSC, relativa a la adquisición de acciones parcialmente desembolsadas y las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias. Fuera de estos supuestos, la consecuencia es, como se mencionó con anterioridad, la obligación de enajenar las acciones en autocartera, y en su defecto, la reducción del capital.

Adicionalmente, el artículo 157 LSC establece un régimen sancionador que tipifica como infracción la vulneración de las prohibiciones, límites y condiciones establecidas en el Capítulo VI, relativo a los negocios sobre las propias participaciones y acciones, del Título IV LSC. Según el tercer apartado de este precepto, los administradores de las sociedades infractoras podrán incurrir en responsabilidad por dicha infracción y se considerarán como administradores no solo los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora.

Las infracciones de este precepto tendrán como sanción una multa que puede ascender hasta el valor nominal de las participaciones asumidas o acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía por la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera. En el específico caso sobre el incumplimiento de la obligación de enajenar o amortizar el artículo considera dicha infracción como una infracción independiente. Se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios de la misma, y a terceros para graduar la cuantía de la multa.

En cuanto a la autoridad competente, en el caso de la sociedad anónima, la competencia para la iniciación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores se atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Por otro lado, es relevante mencionar que mientras las acciones propias que se encuentren en poder de la sociedad, y con independencia de que su adquisición haya sido regular o no, quedan sometidas a un régimen especial previsto por el artículo 148 LSC que, en esencia, afecta al contenido de los derechos que las acciones entrañan.

En consecuencia, del precepto se desprende que quedará suspendido el ejercicio de los derechos de voto y los demás derechos de carácter político incorporados a estas acciones, con la finalidad de evitar su posible utilización por los administradores en las juntas de accionistas, y en cuanto a los derechos económicos, se atribuyen por regla general de forma proporcional al resto de las acciones. En relación al computo de mayorías, establece que las acciones propias se computan en el capital a efectos de calcular las mayorías para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.

Resulta relevante recalcar que el tercer aspecto del régimen especial del artículo 148 LSC exige establecer una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones ostentadas en autocartera y quedan obligados los administradores a dar cuenta detalladas de las adquisiciones

de las acciones propias en el informe de gestión. En relación a dicho informe de gestión, cabe mencionar que el artículo 262.2 LSC prevé que dicho documento informará igualmente sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquélla, las actividades en materia de investigación y desarrollo y, en los términos establecidos en esta ley, las adquisiciones de acciones propias.

Por lo tanto, una vez que CerTronic disponga en autocartera las acciones suficientes para transmitir las a cambio de la marca de Cir-Cerámica, la operación se concreta mediante un contrato que responde a la naturaleza jurídica de la permuta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1538 CC <sup>(9)</sup>.

### **Conclusión:**

Con base a lo anteriormente expuesto, hemos de advertir como parte nuestro asesoramiento jurídico solicitado por el órgano de administración de CerTronic que la primera de las opciones para adquirir la sociedad de responsabilidad limitada italiana Cir-Cerámica es una alternativa que tiene cabida bajo el derecho español, y dicha operación no requiere la emisión de un informe de experto independiente. Para llevar a cabo esta operación es crucial tener en cuenta que la operación de autocartera derivativa tiene una serie de condiciones expuestas por el artículo 146 LSC.

Por ello, se recomienda que el consejo de administración, en virtud de los artículos 146.1; 174 y 249 *bis* letra J) LSC, confeccione el orden del día para la junta general, de forma que el acuerdo social por el cual se aprueba la adquisición derivativa de las acciones propias exponga claramente los siguientes extremos:

- 1) La modalidad de adquisición. El modo de adquisición en este supuesto es la compra a prorrata de un número determinado de acciones pertenecientes a los socios de CerTronic, de forma que se adquiriera proporcionalmente una cantidad de acciones de parte de cada socio para que la cuantía ostentada en autocartera sea suficiente para transmitir la marca de Cir-Cerámica a cambio de dichas acciones.
- 2) El número máximo de acciones a adquirir por CerTronic. La operación debe cumplir con el límite cuantitativo de no ostentar más del 20% del capital social en autocartera, previsto por el artículo 146.2 LSC. Ante esta condición, es relevante que el órgano de administración de CerTronic tenga en cuenta el valor de la marca que Cir-Cerámica va a aportar a CerTronic a cambio de las acciones de esta última porque si el valor económico de la marca supera la cantidad que en euros representa el 20% del capital social, entonces, para completar correctamente la operación será necesario abonar a Cir-Cerámica la cantidad que excede de

---

<sup>9</sup> Atendiendo a su naturaleza jurídica, las características de este contrato se asemejan a la compraventa con la diferencia de que no existe precio, es por ello que el artículo 1541 CC establece que es de aplicación supletoriamente lo regulado para la compraventa. Por tanto, se trata de un contrato consensual, pues se perfecciona con el mero consentimiento que recae sobre los objetos a permutar; es recíproco, dado que nacen obligaciones para ambas partes; es oneroso, por la equivalencia de las prestaciones sin que se requiera la identidad de valor en las contraprestaciones; y traslativo, es decir, sirve de título para transmitir la propiedad y demás derechos reales, siempre que venga acompañada por el modo, es decir, la entrega de la cosa.

dicho 20% o, puede darse el supuesto contrario donde la valoración económica de la marca sea inferior al valor de los euros que representan las acciones ostentadas en autocartera y, por tanto, CerTronic se vea obligada a amortizar el excedente de las acciones en autocartera reduciendo capital para devolver, proporcionalmente, las acciones sobrantes a los socios de las que las adquirió.

#### A modo de ejemplo:

Simplificando el supuesto, supongamos que el capital social de CerTronic se constituye por la cifra de 100 €, ello significa que podrá ostentar en autocartera una cantidad de acciones equivalentes a 20€. Suponiendo también que la marca de Cir-Cerámica tiene un valor de 30€, ello hará que, tras haber sido entregada la marca a cambio de todas las acciones que CerTronic ostentaba en autocartera, queda pendiente de pago a Cir-Cerámica 10€ para completar la operación.

Es relevante mencionar que, en dicho supuesto, CerTronic puede decidir pagar la suma restante mediante dinero en metálico o adquiriendo más acciones de los socios en caso de acudir a esta vía para el pago de la cuantía restante.

Inversamente, puede ocurrir que la marca tenga un valor de 10€ y el órgano de administración de CerTronic haya decidido, al desconocer el valor concreto de la marca al carecer de un informe pericial que la valore, ostentar en autocartera el máximo del 20% del capital social, es decir, ostentar en autocartera la cantidad de acciones equivalentes a 20€. Bajo esta premisa, una vez concretada la transmisión de la marca, CerTronic mantendrá en autocartera el 10% de sus acciones, cuestión que somete dichas acciones al cumplimiento del régimen especial previsto por el artículo 148 LSC por el plazo que dure la autorización expuesto en el acuerdo social. En caso de exceder dicho plazo surge la obligación de enajenarlas en el plazo de 1 año conforme a los artículos 146, 147 y 139 LSC.

Por lo tanto, con la finalidad de evitar incurrir en mayores gastos derivados de operaciones societarias posteriores, consideramos aconsejable la emisión de un informe que valore económicamente la marca de Cir-Cerámica para conocer de antemano si con el 20% de las acciones que representan el capital social de CerTronic es suficiente para pagar la totalidad del precio de transmisión de la marca.

- 3) El contravalor que supone la adquisición. Es relevante mencionar que, tal y como se hizo mención en el apartado anterior, dicho valor tendrá que coincidir, aunque sea de forma aproximada, con el valor económico de la marca de Cir-Cerámica. Nuevamente, a raíz del asesoramiento solicitado por el consejo de administración de CerTronic y aunque la emisión de un informe que valore económicamente la marca que será transmitida a CerTronic no es preceptivo para la operación de autocartera, se recomienda la emisión de dicho informe con la finalidad de configurar la operación de la forma más precisa y adecuada posible, evitando incurrir en posteriores operaciones societarias prescindibles que generan costes a la sociedad, como lo es la amortización del excedente generado en caso de que el valor de la marca sea inferior a al valor de las acciones adquiridas por autocartera.

- 4) La duración de la autorización para ostentar las acciones en autocartera, sin exceder de cinco años.
- 5) Tras la adquisición de las acciones propias el patrimonio neto no resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

### **1.1.2) Opción 2: Llevar a cabo un aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.**

La segunda de las opciones que baraja el órgano de administración de CerTronic implica llevar a cabo un aumento del capital social a cambio de la aportación de la marca. El artículo 295 LSC prevé que el aumento de capital social puede realizarse por emisión de nuevas acciones o por la elevación del valor nominal de las ya existentes. El apartado segundo establece que en ambos casos el aumento del capital podrá realizarse con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social. Para nuestro supuesto, será necesario emitir nuevas acciones que equivalgan al valor de la marca aportada, de esta forma Cir-Cerámica obtendrá un lugar como socio de CerTronic y, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 304 LSC, no hay derecho de suscripción preferente que acompañe a los demás socios bajo esta modalidad de aumento al no ser un aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias.

Por su parte, el artículo 63 LSC dispone que en caso de aportarse un bien no dinerario bajo el marco de una operación de aumento de capital, deberán describirse los datos registrales de dicho bien, la valoración que en euros se le atribuye y el número de acciones que se emiten y se atribuyen como contravalor de la aportación.

En añadidura a lo anterior, el artículo 58.1 LSC establece que en las sociedades de capital únicamente podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. La marca que será aportada por Cir-Cerámica al capital social de CerTronic, a cambio de las acciones de esta, es un bien no dinerario susceptible de ser aportado al capital social dado que la marca, al ser derecho de propiedad industrial con valor en el tráfico mercantil, es susceptible ser valorada económicamente.

En consecuencia, es admisible bajo la perspectiva del derecho español acordar el aumento de capital social con cargo a la aportación de la marca de Cir-Ceramica como un bien no dinerario porque sea adecuada a la modalidad descrita por el artículo 300 LSC. Este precepto exige a los administradores poner a disposición de los socios, al tiempo de convocar la junta para deliberar sobre el aumento de capital, un informe describiendo las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que vayan a efectuarlas, el número y el valor nominal de acciones que hayan de emitirse, la cuantía del aumento del capital social y las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista.

Adicionalmente, cuando el contravalor del aumento del capital social está formado por aportaciones no dinerarias, el régimen aplicable a la sociedad anónima bajo esta modalidad exige que la aportación sea objeto de un informe pericial elaborado por uno o varios expertos independientes, de conformidad con lo expuesto por los artículos 67 y siguientes de la LSC.

El particular control previsto por el legislador para este tipo de aportaciones va encaminado a asegurar la efectividad de las aportaciones realizadas a cambio de las acciones recibidas porque la aportación se hace no sólo en interés de la sociedad para integrar su propio patrimonio, sino también en interés de los acreedores que tienen como garantía la cifra de capital social, el cual,

como fondo de responsabilidad que es, debe tener una correspondencia mínima con las aportaciones realmente hechas y que integran el patrimonio social <sup>(10)</sup>.

En consecuencia, conforme a los artículos 67 LSC y siguientes, es un requisito necesario para la validez y la consiguiente inscripción de la aportación no dineraria, que la misma sea evaluada económicamente mediante un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional y designado por el registrador mercantil del domicilio social. Ello viene refrendado por la resolución <sup>(11)</sup> de la DGRN de 8 de mayo de 1997 al afirmar que:

*“La exigencia de valoración por experto independiente de las aportaciones no dinerarias tiene la finalidad de asegurar la correcta composición cuantitativa del capital social, al evitar que sirvan de cobertura a éstas prestaciones ficticias o valoradas con exceso. Por ello, es indiscutible la aplicabilidad de dicha cautela a la aportación de un objeto como la empresa que, precisamente por su naturaleza, ha de ser sometida a un estricto control de valoración, en aras del principio de realidad e integridad del capital social”.*

En caso de que la valoración del bien no dinerario no se adecúe con su valor real y ello derive en un daño ocasionado por la falta de realidad de la aportación, el artículo 68 LSC establece un régimen de responsabilidad para el experto independiente que realiza el informe. Dicho régimen de responsabilidad hará que responda frente a la sociedad, frente a sus accionistas y frente a los acreedores por los daños causados a raíz de su valoración. Sin embargo, el mismo precepto prevé la exoneración de la responsabilidad del experto independiente si este acredita que ha actuado con la diligencia y los estándares propios de su profesión. Adicionalmente, es relevante conocer que la acción para exigir la responsabilidad del experto prescribe a los cuatro años.

Por otro lado, conviene añadir a lo anterior el contenido del artículo 133 RRM, el cual detalla los extremos que deben ser alcanzados para poder inscribir el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias. Este precepto hace referencia al informe del experto independiente previsto por el artículo 67 LSC, expresando que dicho informe deberá describir el bien o derecho objeto de aportación, el concepto de la aportación y el valor del bien o derecho aportado y que dicho informe será incorporado a la escritura de aumento de capital social, depositándose con un testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil.

También, dispone el artículo 133.2 RRM que en la inscripción del aumento de capital se hará constar el nombre del experto que elaboró el informe, las circunstancias tomadas en cuenta para su designación, la fecha de emisión del mismo y si existen diferencias entre el valor

---

<sup>10</sup> La resolución de 3 de abril de 1991 de la DGRN (EDD 1991/3430) nos recuerda que *“las cautelas legalmente previstas respecto de las aportaciones no dinerarias están especialmente encaminadas a conjurar el peligro que siempre encierran éstas de traducir en cifra de capital prestaciones ficticias o valoradas con exceso; por donde se descubre la posibilidad de que la sociedad nazca a la vida del derecho con un patrimonio de valor inferior al que indica la cifra del capital, con el consiguiente engaño para los acreedores y para los futuros accionistas”.*

<sup>11</sup> (RJ 1998/5235).

atribuido por el experto al bien objeto de aportación no dineraria y el valor atribuido por la escritura de aumento de capital.

En relación al valor atribuido a la aportación no dineraria, resulta interesante mencionar que el precepto citado permite la inscripción del aumento de capital cuando el valor atribuido al bien no dinerario no supere en más de un 20% del valor que el experto independiente le atribuyó en su informe.

En otras palabras, es relevante conocer que el RRM permite la inscripción de la aportación no dineraria incluso cuando exista una variación entre el valor otorgado al bien no dinerario en la escritura de aumento de capital y el valor que el experto independiente le atribuye al mismo bien en su informe, siempre y cuando la valoración establecida en la escritura de aumento de capital no sobrepase por más de un 20% al valor establecido en el informe del experto independiente. Por consiguiente, aunque el valor atribuido por el experto independiente a la marca aportada por Cir-Cerámica y el valor que, en definitiva, el órgano de administración de Cer-Tronic le atribuya a la aportación no dineraria en la escritura de ampliación de capital no sea el mismo, la norma permite la inscripción de la escritura de ampliación de capital en el Registro Mercantil siempre que dicha diferencia no supere el valor atribuido por el experto independiente en más de un 20%.

No obstante, lo anteriormente expuesto pierde relevancia al atender al artículo 67.3 LSC, el cual exige que el valor que se le dé a la aportación no dineraria en la escritura social no supere la valoración realizada por expertos. Con arreglo a la jerarquía normativa prevista en el artículo 9, tercer apartado, de la Constitución española y el artículo 1.2 CC, prima el contenido de la Ley sobre el Reglamento, por ello consideramos que lo previsto por el artículo 133.2 RRM contiene una opción interesante, pero queda desplazado en su aplicación por lo dispuesto por el artículo 67.3 LSC.

Retomando el estudio de lo que nos compete, la emisión de un informe de un experto que valore los bienes no dinerarios que van a entrar al capital social de CerTronic es prácticamente inevitable porque el régimen de las aportaciones no dinerarias está previsto y configurado para neutralizar el peligro que encierra la posibilidad de valorar con exceso las aportaciones de esta naturaleza al capital social. En consecuencia, las cautelas adoptadas por el ordenamiento jurídico para esta modalidad de aumento de capital social exigen dicho informe, como se desprende del artículo 67 LSC y siguientes <sup>(12)</sup>. Por lo tanto, hemos de advertir que este

---

<sup>12</sup> Incluso, en caso de concurrir las circunstancias para aplicar la excepción prevista por el artículo 69 d) LSC, será necesario emitirlo de igual manera para evaluar el proyecto de fusión conforme a los artículos 34, 35 y 49 de la LMESM. Esta excepción no se detalla en esta sección del informe porque esta prevista para los supuestos en que previamente se hubiera elaborado el informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión bajo el marco de una fusión por absorción, cuestión que necesariamente debe anteceder al aumento de capital en los términos planteados con el consejo de administración. Debido a que llevar a cabo con anterioridad a la ampliación de capital una fusión por absorción no se encuentra contemplado dentro de esta opción, no hacemos pronunciamiento acerca de esta excepción. Además, las particularidades de la fusión por absorción se detallarán más adelante en la siguiente sección de este informe, pero cabe adelantar que, dadas las particularidades del supuesto, las previsiones de la LMESM, específicamente el artículo 49.1. 4º, permiten llevar a cabo la fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada sin tener que aumentar el capital social de la absorbente.

documento es imprescindible para adquirir el control de la otra sociedad sea tanto por la vía del aumento de capital o por la operación de fusión posterior a una adquisición de una sociedad con endeudamiento de la adquirente.

### **Fase de ejecución del aumento de capital:**

Pasando a analizar la fase de ejecución del acuerdo de aumento de capital, debemos mencionar que existen una serie de formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico que han de cumplirse, en virtud de la protección a terceros de buena fe y en cumplimiento del principio de publicidad registral.

Por ello, hemos de indicar que la fase de ejecución del aumento de capital consiste en la verificación y calificación de los documentos y actos exigidos por la ley, como la suscripción y el desembolso mínimo de las nuevas acciones, por parte del Registrador competente para inscribir la operación en el Registro Mercantil. De conformidad con lo previsto por el artículo 315.1 LSC, como regla general, el acuerdo de aumento de capital y la ejecución del mismo deberán ser inscritos simultáneamente en el Registro Mercantil.

Dicha simultaneidad es prevista por la Ley con la finalidad de evitar dar los efectos de la publicidad registral a acuerdos tomados pero pendientes de ejecución, ya que con la publicidad registral adquiere plena eficacia el aumento y el consiguiente incremento de la cifra del capital social. Otra razón de dicha simultaneidad también se explica porque la LSC hace depender la entrega y transmisibilidad de las acciones a la inscripción del aumento, según dispone su artículo 34.

No obstante, el artículo 315.2 LSC, en sus letras A y B, prevé dos excepciones a la inscripción simultánea. Siendo la primera de ellas la que resulta de mayor interés para nuestro caso al contemplar la posibilidad de inscribir el acuerdo de aumento de capital cuando el mismo acuerdo expresamente prevea la suscripción incompleta (<sup>13</sup>). Por tanto, el consejo de administración puede acogerse a la excepción prevista por la letra A), expresando en el acuerdo de aumento de capital la posibilidad de una suscripción incompleta.

Por otro lado, y con el fin de garantizar la inscripción de los aumentos una vez ejecutados, el artículo 316.1 LSC reconoce el derecho de las personas que hayan suscrito la ampliación de capital a solicitar la resolución de su obligación y la restitución de las aportaciones realizadas en caso de que los documentos acreditativos de la ejecución no se presenten por la sociedad en el Registro Mercantil en los plazos legales.

Adicionalmente, es relevante tener presente el contenido del artículo 311 LSC ya que para los supuestos con características como el ahora analizado, donde al momento de redactar el acuerdo de aumento de capital social se parte del desconocimiento del valor que

---

<sup>13</sup> La segunda excepción es para el supuesto de las emisiones de acciones que sean autorizadas o verificadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La finalidad de esta última excepción responde las necesidades de agilidad en el tráfico que exige el Mercado de Valores para su efectividad dado que persigue agilizar la admisión a cotización en bolsa de las acciones de nueva emisión, permitiendo su negociabilidad inmediata y su liquidez una vez cerrado el periodo de suscripción.

aproximadamente representa en euros la marca aportada por Cir-Cerámica, por el margen de actuación que ello origina será útil establecer, al configurar las condiciones de la emisión, que el capital social solo quedará aumentado en la cuantía de las suscripciones efectuadas.

En otros términos, este precepto establece para las Sociedades Anónimas que el aumento quedará sin efecto, a menos que en el acuerdo de aumento se hubiera mencionado que el capital sólo aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas. Ello tiene utilidad al dar un margen de actuación al consejo de administración al momento de confeccionar el acuerdo de aumento de capital porque inicialmente no tiene conocimiento del valor real del bien aportado y, en vista de ello, la ley posibilita acordar el aumento por una cuantía mayor a la que efectivamente terminará siendo suscrita, quedando el capital social aumentado hasta la cuantía de las suscripciones efectuadas, siempre que dicha circunstancia se incluya en las condiciones de emisión de las acciones.

De esta manera es posible inscribir el acuerdo de aumento y ejecutarlo, sin necesidad de amortizar el excedente en caso de haber sobreestimado el bien no dinerario, ya que existe la posibilidad de establecer en el acuerdo de aumento que solamente quedará aumentado el capital social en lo efectivamente suscrito. Por tanto, aunque la marca se haya valorado por encima de su valor real en el acuerdo de aumento de capital y ello pueda generar un excedente, este no tendrá que ser amortizado si se prevé la posibilidad de una suscripción parcial en el acuerdo, conforme al artículo 311 LSC, porque gracias a esta posibilidad quedará aumentado el capital social únicamente en la cuantía por la cual se suscriban las acciones emitidas.

Es relevante mencionar que conforme a una interpretación literal cabe concluir que esta regla es de carácter dispositivo. Por ello, la sociedad puede decantarse libremente por el régimen que estime conveniente, dando la posibilidad de vincular la suerte del aumento a su íntegra colocación y desembolso, excluyendo la posibilidad de una suscripción parcial o, por el contrario, la sociedad puede elegir un régimen donde la ejecución y la efectividad de la ampliación queden salvaguardadas incluso cuando no sea enteramente cubierta.

### **Conclusión:**

En conclusión, la posibilidad prevista por el consejo de administración de CerTronic para adquirir la sociedad de responsabilidad limitada italiana Cir-Cerámica mediante su entrada en el accionariado a través del aumento de capital con cargo a la aportación de su marca comercial es una operación viable bajo la perspectiva del Derecho español.

En primer lugar, los artículos 58.1; 295 y 300 LSC establecen la validez de la aportación de bienes no dinerarios susceptibles de valoración económica al capital social, tanto al momento de constituir la sociedad de capital o durante los aumentos de capital, tal y como sucede en nuestro supuesto.

En segundo lugar, conforme al artículo 67 LSC la marca aportada por Cir-Cerámica al capital social de CerTronic deberá ser objeto de un informe realizado por un experto independiente, designado por el Registrador mercantil del domicilio social de CerTronic, que estime el valor económico del bien no dinerario. Esta exigencia encuentra su explicación en virtud del principio de realidad del capital social, que exige la correspondencia entre el número de

acciones o participaciones que constituyen la cifra de capital social con los bienes aportados por los socios al capital social sociedad.

Por tanto, la emisión del informe se exige por el régimen de control y responsabilidades descrito por los artículos 67 y siguientes de la LSC, cuestión que, en definitiva, consideramos como un requisito necesario para poder inscribir el acuerdo de aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias en el Registro Mercantil. Además, permite conocer de antemano la cuantía por la cual la sociedad tiene aumentar capital al valorar económicamente el bien no dinerario aportado.

En relación a los derechos de los socios, el artículo 300 LSC prevé la puesta a disposición, para el momento de deliberar sobre el acuerdo de aumento de capital social, de un informe hecho por los administradores donde se exponga detalladamente las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que van a aportar bienes o derechos al capital social, el número y el valor nominal de las acciones a emitirse y la cuantía en que será aumentado el capital social, con el fin de que los socios tengan la información adecuada para deliberar acerca de la conveniencia o no al interés social del aumento de capital. También, hemos de señalar que conforme al artículo 304 LSC, el derecho de suscripción preferente no tiene cabida en esta operación porque el precepto establece que cada socio podrá ejercer este derecho cuando el aumento se realice con cargo a aportaciones dinerarias.

**1.1.3) Opción 3: CerTronic compraría sus participaciones a los dos socios de Cir-Cerámica, pasando CerTronica a ser la socia única de esta. Para ello, CerTronic necesita solicitar un préstamo por el valor de la compraventa, ya acordado con una entidad financiera. Inmediatamente después pretende acordar una fusión por absorción de su filial italiana Cir-Cerámica.**

En primer lugar, debemos indicar que la materia de fusión transfronteriza intracomunitaria se encuentra armonizada entre los Estados miembros de la Unión Europea gracias a la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

A raíz de ello, a través de la LMESM se incorpora a la legislación española la Directiva 2005/56/CE, según expone el preámbulo de la citada Ley <sup>(14)</sup> y, en virtud de ello, ésta operación se encuentra regulada por el Título II de la LMESM, relativo a las fusiones.

En lo que respecta a la Ley aplicable a la operación de fusión, el artículo 27.2 LMESM establece que la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en sus respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II, sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias. Por consiguiente, los requisitos y exigencias legales para llevar a cabo la fusión que deben cumplimentarse por parte de CerTronic son los expuestos y regulados por la LMESM, mientras que los requisitos y previsiones normativas a cumplir por parte de Cir-Cerámica serán los que dictamine su ley personal, que presumiblemente será la normativa italiana.

Nuestra exposición debe tener como presupuesto el contenido de los artículos 35 y 49 LMESM, debido a que presenta el supuesto de hecho proyectado por el consejo de administración de CerTronic. En otros términos, dado que el supuesto descrito por estos preceptos es la absorción de una sociedad íntegramente participada, donde la sociedad absorbente es titular de forma directa de todas las participaciones sociales en que se divide el capital social de la sociedad absorbida (supuesto de hecho del artículo 49 LMESM) y la adquisición de la sociedad absorbida se realiza con endeudamiento de la adquirente (supuesto de hecho del artículo 35 LMESM), es necesario aplicar estos preceptos y perfilar la fusión a partir de las previsiones normativas que contienen estos artículos.

En consecuencia, partiendo del momento en que CerTronic adquiriera todas las participaciones sociales de Cir-Cerámica, se establece por parte del artículo 49 LMESM que la fusión podrá realizarse sin necesidad de que concurran una serie de requisitos que se transcriben a continuación.

---

<sup>14</sup> El preámbulo también indica que conjunto a la incorporación de la Directiva 2005/56/CE se incorpora también la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

En primer lugar, dispensa a los administradores de incluir en el proyecto de fusión las menciones 2ª y 6ª del artículo 31 LMESM. Es decir, cuando el consejo de administración de CerTronic elabore el Proyecto de fusión común no necesitará mencionar el tipo de canje de las acciones y participaciones, porque en este caso, al no tener la sociedad absorbida ningún otro socio más que la sociedad absorbente no se requiere relación de canje alguna, ello incluye el no mencionar la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto para el canje, ni el procedimiento de canje. Tampoco deberá hacer mención acerca de la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones de CerTronic tienen derecho a participar en las ganancias sociales ni mencionar las peculiaridades que acompañan a este derecho.

En cuanto al informe de expertos independientes sobre el proyecto de fusión se refiere, este precepto permite que se prescinda de él. No obstante, ello no es de aplicación en nuestro supuesto conforme a lo previsto por el artículo 35 LMESM, al establecer que para el supuesto de una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente será necesario el informe de los expertos independientes, incluso si el acuerdo de fusión se adopta con el voto de todos los socios de las dos sociedades en sus respectivas juntas generales.

Sostenemos la anterior conclusión porque el endeudamiento, en este particular supuesto esbozado por el consejo de administración, es un presupuesto necesario para que CerTronic pueda absorber a Cir-Cerámica estando íntegramente participada por la absorbente, por consiguiente, sostenemos que sin la financiación obtenida no nos pudiésemos encontrar en el supuesto del artículo 49 LMESM y, en consecuencia, prima el contenido del artículo 35 LMESM en este aspecto.

Siguiendo con las previsiones del artículo 49 LMESM, no será necesario que la sociedad absorbente, CerTronic, aumente su capital social ni tampoco se requiere que la junta general de la sociedad absorbida, Cir-Cerámica, apruebe la fusión. Sin embargo, en cuanto a la aprobación de la fusión por la junta de Cir-Cerámica, debemos mencionar que la LMESM prevé la excepción de este requisito partiendo de que las sociedades fusionadas tienen nacionalidad española. Por tanto, en cuanto a esta cuestión se refiere será necesario tener en cuenta lo que el ordenamiento jurídico italiano prevé en relación al acuerdo de la junta general, de la sociedad absorbida e íntegramente participada por la absorbente, que aprueba una fusión transfronteriza intracomunitaria.

Teniendo en cuenta lo precedente, hemos de continuar nuestro informe resaltando que el Capítulo II del Título II, de las fusiones transfronterizas intracomunitarias, inicia con el artículo 54 LMESM, definiendo el concepto de este tipo especial de fusión en el apartado primero del precepto, supuesto en el que sin lugar a dudas también nos encontramos y por ello, será aplicable esta sección a la operación. En el apartado segundo establece que las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en fusiones transfronterizas son las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. Por lo tanto, CerTronic, al ser una sociedad anónima no tiene impedimento alguno para intervenir en dicha operación como sociedad absorbente.

Continuando con la regulación de las fusiones transfronterizas intracomunitarias, el artículo 55 LMESM establece que serán aplicables a ella las disposiciones de este Capítulo y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general. Por ello, aquellos aspectos de la operación que no estén específicamente regulados en el Capítulo II están sujetos al régimen general previsto por el Capítulo I, del Título II.

Por tanto, podemos afirmar que nos encontramos ante un supuesto particular de fusión especial, siendo una combinación de lo previsto por los artículos 35, 49 y 54 LMESM, pudiéndose denominar la operación como una fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada, con endeudamiento de la sociedad absorbente para la adquisición de la sociedad absorbida que, a su vez, es transfronteriza intracomunitaria. Sin embargo, aunque el supuesto en que nos encontramos tiene una serie de particularidades, todas las posibles modalidades de fusiones comparten tres fases o etapas sucesivas, siendo común a todas la fase preparatoria de la fusión, la fase aprobatoria de la fusión y la fase ejecutiva de la fusión.

### **A) Fase preparatoria de la fusión:**

Empezando por la fase preparatoria de la fusión, tienen el protagonismo los Administradores de las sociedades intervinientes en la fusión, la principal labor encomendada a los mismos es la elaboración y redacción de una pluralidad de documentos necesarios para la operación. Por consiguiente, es evidente que esta fase preparatoria incumbe en un grado relevante al consejo de administración de CerTronic. Los documentos que requieren ser elaborados durante esta fase son el Proyecto común de fusión, el Informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, el Informe de expertos independientes sobre el proyecto de fusión y el Balance de fusión. A continuación, se expone la regulación aplicable en nuestro supuesto a cada uno de los documentos.

#### **A.1) La redacción de un proyecto común de fusión:**

Como se adelantó en párrafos anteriores al exponer las especialidades de los artículos 35 y 49 LMESM y según precisa el artículo 59.1 LMESM, este documento será redactado por los Administradores de cada una de las sociedades intervinientes en la operación.

Las menciones establecidas con carácter general para el proyecto común de fusión de sociedades al que hace referencia el apartado primero del artículo 59, es el contenido mínimo que ha de tener dicho proyecto de fusión y se encuentra expuesto en el artículo 31 LMESM. Y, en virtud del artículo 49 LMESM, el ordenamiento jurídico permite que el proyecto común de fusión omita los extremos mencionados con anterioridad (omisión a las menciones 2º y 6º del artículo 31 LMESM). Por su parte, el artículo 59.2 LMESM exige dos menciones específicas que deben incluirse en el proyecto de fusión <sup>(15)</sup>.

---

<sup>15</sup> **Artículo 59.2 LMESM:** “1) Las ventajas particulares atribuidas 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. 2) Si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se

Por exigencia expresa del artículo 35 LMESM al tratarse de un supuesto de fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, el proyecto común de fusión deberá indicar los recursos que dispondrá CerTronic tras la fusión y los plazos previstos para la satisfacción del crédito contraído con la Entidad Financiera para la adquisición de las participaciones de Cir-Cerámica.

Como último requisito a llevar a cabo para el proyecto común de fusión, el artículo 32 LMESM prevé el cumplimiento de un régimen de publicidad, obligando a los administradores a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión, pudiendo también, depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. La inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, la publicación del proyecto y la fecha de dicha publicación acreditarán su contenido mediante una certificación expedida por el Registro Mercantil. Dicha certificación debe publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil dentro de los siguientes cinco días a la recepción de la última certificación.

La publicación del proyecto común de fusión en la página web y en el Boletín Oficial del Registro Mercantil deberá efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para celebrar la junta general que haya de acordar la fusión. La ley prevé que debe mantenerse la publicación del proyecto de fusión en la página web hasta que finalice el plazo para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores, es decir, un mes desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo que aprueba la fusión o, en caso de haber comunicado por escrito e individualmente a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos, en virtud del apartado primero del artículo 44 LMESM.

## **A.2) Redacción del informe de los administradores sobre el proyecto de fusión.**

El artículo 33 LMESM dispone que los administradores de las sociedades intervinientes en la fusión elaborarán un informe que explique y justifique el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, haciendo referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, las especiales dificultades que pueda tener la valoración de dichas operaciones, así como las implicaciones que la fusión tendrá para los socios, los acreedores y los trabajadores. Sin embargo, al tratarse de una absorción de una sociedad íntegramente participada, el artículo 49 LMESM permite omitir la mención en el proyecto común de fusión acerca del tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, el procedimiento de canje, y la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones tendrán derecho a participar en las ganancias.

---

*determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de esta Ley”.*

Por tanto, si al redactar el proyecto de fusión común los administradores de las sociedades intervinientes deciden prescindir de hacer mención a los extremos expuestos, el informe de los administradores no tendrá que referirse al tipo de canje y al procedimiento a tener en cuenta para valorar dicha operación de canje.

Por su parte, el artículo 60 LMESM prevé que el informe de los administradores de las sociedades intervinientes en la fusión debe ser elaborado conforme a lo dispuesto en el artículo 33 LMESM y se pondrá a disposición de los socios y del representante de los trabajadores, o en caso de no tener representante se hará entrega a los propios trabajadores, en el plazo de un mes, como mínimo, antes de la fecha de la junta de socios que decidirá sobre la aprobación del proyecto común de fusión transfronteriza. En caso de que los administradores de CerTronic reciban a tiempo una opinión por parte del representante de los trabajadores en relación al informe, esta deberá ser adjuntada al mismo.

Por otro lado, hemos de reiterar el contenido del artículo 35 LMESM dado que exige que el informe de los administradores indique las razones que justifican la toma del control societario de Cir-Cerámica, es decir, se debe justificar en el informe de los administradores la compra de las participaciones de Cir-Cerámica mediante el préstamo solicitado y el informe deberá expresar las razones que llevan a ejecutar la operación de fusión entre CerTronic y Cir-Cerámica una vez adquirido el control de Cir-Cerámica. También, la norma exige que el informe haga mención de un plan económico y financiero, mencionando los recursos y los objetivos que se pretenden conseguir con la fusión.

### **A.3) Redacción del informe de expertos sobre el proyecto de fusión:**

El artículo 34.1 LMESM establece el deber de los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan, cuando alguna de las sociedades intervinientes sea anónima o comanditaria por acciones, de solicitar del Registrador mercantil correspondiente al domicilio social el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos para que emitan, por separado, un informe sobre el proyecto común de fusión. Adicionalmente, el artículo confiere a los administradores de todas las sociedades que se fusionan la posibilidad de pedir al Registrador mercantil la designación de uno o varios expertos independientes para que elaboren un único informe. Conforme al segundo apartado, los expertos nombrados podrán obtener todo tipo de información y documentos que crean útiles para la emisión del informe de expertos.

El apartado tercero del citado precepto establece la configuración que ha de tener el informe expresando que estará dividido en dos partes. La primera de ellas expondrá los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen, la valoración que exponga que los métodos utilizados son los adecuados y las posibles contingencias relativas a la dificultad de valoración que el método elegido por los Administradores presente.

La segunda parte se compondrá por opiniones del experto independiente sobre si el patrimonio aportado por la sociedad que se extingue (Cir-Cerámica) es igual o superior al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente (CerTronic). Asimismo, el apartado cuarto del mismo artículo permite que el informe de expertos sobre el proyecto de fusión se integre únicamente por la segunda parte cuando así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto de las sociedades intervinientes en la fusión.

Ahora bien, si los administradores de las sociedades intervinientes al redactar el proyecto común de fusión deciden omitir las menciones 2ª y 6ª del artículo 31 LMESM y deciden no realizar el aumento de capital de la sociedad absorbente, todo ello en virtud del artículo 49 LMESM, entonces el informe de expertos independientes no podrá hacer mención alguna sobre estos extremos al no estar incluidos en el proyecto común de fusión.

Llegados a este punto resulta relevante reiterar lo expuesto acerca del artículo 35 LMESM ya que ordena que el informe de expertos sobre el proyecto de fusión contenga un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones expuestas en dicho documento acerca de los recursos y plazos previstos para satisfacer las deudas contraídas con la Entidad Financiera y de las razones que justifican la adquisición del control de Cir-Cerámica, la posterior operación de fusión, el plan económico y financiero a seguir tras la fusión y los objetivos que se pretenden conseguir con la fusión. Adicionalmente, se exige que el informe de los expertos determine si existe asistencia financiera (<sup>16</sup>).

En relación a los negocios sobre las acciones propias y la asistencia financiera en la sociedad anónima debemos recalcar que, por un lado, el artículo 149.1 LSC permite a la sociedad anónima aceptar en prenda o en otra forma de garantías sus propias acciones, o las participaciones creadas o las acciones emitidas por la sociedad dominante, siempre que cumpla con los límites y requisitos aplicables para la adquisición de las mismas.

Por el otro lado, como uno de los negocios sobre las acciones propias regulados en la Ley, el artículo 150.1 LSC establece que la sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su dominante por un tercero. El precepto establece una prohibición para las sociedades anónimas de facilitar la adquisición de sus propias acciones a un tercero.

La finalidad que esta prohibición persigue es la preservación de la integridad del capital social, y conjunto a ello la preservación de los intereses de los accionistas minoritarios y terceros, mediante la neutralización de los peligros que la asistencia financiera comporta, como ocurre,

---

<sup>16</sup> En relación a la exigencia sobre la determinación de asistencia financiera prevista por este precepto, según Rojo, A. y Menéndez, A. (2018). “Lecciones de Derecho Mercantil” Volumen I, págs. 565-566, Cizur Menor, *“Este juicio debe interpretarse en su significado económico, en el sentido de determinar si la sociedad adquirente genera recursos suficientes para atender por sí sola a la deuda de adquisición o si esta va a terminar recayendo en todo o en parte sobre el patrimonio de la sociedad adquirida, pero no a los efectos de la prohibición general de los negocios de asistencia financiera (arts. 143.2 y 150 LSC)”*.

por ejemplo, en los supuestos en que el tercero adquirente de las acciones estaría financiando la adquisición con cargo al propio patrimonio social, ya que al prestar la sociedad garantías sobre la adquisición, gravando las acciones propias para ello, estaría brindando asistencia financiera al tercero para la adquisición de una parte del capital social, cuestión que resulta en un perjuicio para el patrimonio social porque en caso de que la sociedad ejecutase la garantía en caso de incumplimiento terminará adquiriendo sus propias acciones.

No obstante, el sentido de la expresión “determinando además si existe asistencia financiera” del artículo 35 LMESM ha de ser entendida como cualquier operación o negocio que implique la responsabilidad patrimonial de una sociedad por la deuda contraída por un tercero con motivo de su adquisición. Por consiguiente, debemos interpretar la mención a la asistencia financiera de este precepto como una orden dirigida a los expertos independientes al redactar el informe sobre el proyecto de fusión para que determinen si la operación que esta planificando CerTronic con la Entidad Financiera implica trasladar la responsabilidad patrimonial a Cir-Cerámica por la deuda contraída por CerTronic con motivo de su adquisición. Por lo tanto, el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe determinar si la sociedad adquirente genera los recursos suficientes para hacer frente al pago del endeudamiento, o si se pretende utilizar el patrimonio de la sociedad adquirida, en este caso Cir-Cerámica, para hacer frente a dicha deuda.

Dado que en nuestro supuesto Cir-Cerámica es una sociedad que carece de actividad económica al haber trasladado todos sus activos con excepción de su marca, que conserva valor en el mercado, consideramos que existe un grado alto de probabilidad que el informe del experto independiente determinará que no existe asistencia financiera en este sentido.

#### **A.4) Redacción del balance de fusión:**

La función que desempeña el balance de fusión es informativa, permite a los socios conocer la situación económica y financiera de la sociedad con la finalidad de valorar adecuadamente la justificación y fundamento de la relación de canje prevista en el informe de los administradores.

Conforme al artículo 36 LMESM, el último balance del ejercicio aprobado puede ser utilizado para cumplir con esta exigencia, siempre que hubiere cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. En caso contrario, la ley exige la elaboración de un nuevo balance, que siga los métodos y criterios de presentación del último balance anual.

El balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo debe ser sometido a una verificación por el auditor de cuentas cuando de la sociedad cuando esta tenga la obligación de auditar. También debe estar mencionado en el orden del día y ser aprobado por la junta general que resuelva sobre la fusión, en virtud del artículo 37 LMESM.

El artículo 38 LMESM prevé la posibilidad de impugnar el balance de fusión, a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, además de establecer que la impugnación del balance de fusión no podrá suspender por sí sola la ejecución de la

fusión. No obstante, como se ha expuesto en este informe, al tratarse de un supuesto especial de fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada, las menciones sobre el tipo de canje pueden verse excluidas del proyecto común de fusión y, por tanto, en caso de no establecerse relación de canje en el proyecto común de fusión este supuesto no será de aplicación en nuestro caso.

## **B) Fase aprobatoria de la fusión:**

Entrando a la fase aprobatoria, según el artículo 39 LMESM, antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que resolverán sobre la fusión, los administradores tienen el deber de insertar en la página web de la sociedad, con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, en caso de no tener página web, poner a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representante de los trabajadores, en el domicilio social una serie de documentos previstos en dicho precepto, entre los que se encuentra el proyecto común de fusión, informe de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión, el informe de los expertos independientes, el balance de fusión de cada una de las sociedades, entre otros documentos.

Por su parte, el artículo 61 LMESM prevé que la junta general de cada una de las sociedades que se fusionan podrá pronunciarse al respecto y condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, en relación a lo expuesto por el artículo 60 LMESM y lo mencionado *supra* A.2 sobre la redacción del informe de los administradores.

Entrando propiamente en la parte decisoria de esta fase, el artículo 40 LMESM establece que la fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta general de socios de cada una de las sociedades que participan en la fusión, ajustando el acuerdo de fusión a lo previsto por el proyecto común de fusión y la normativa aplicable al tipo societario de las sociedades que se fusionan. En caso de que una de las sociedades intervinientes en la operación modifique el proyecto común de fusión se entenderá que se rechaza la propuesta.

En relación a la publicación de la convocatoria de la junta general, o en caso de acudir al sistema de comunicación individual del anuncio de convocatoria a los socios, el artículo 40.2 LMESM prevé que la convocatoria habrá de realizarse con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la Junta. Adicionalmente, se establece que la convocatoria deberá incluir menciones mínimas al proyecto de fusión y deberá constar la fecha de inserción de los documentos previstos por el artículo 39 LMESM en la página web o dado el caso, deberá constar el derecho de todos los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores a examinar en el domicilio social una copia de dichos documentos, así como obtener la entrega o el envío gratuito de los mismos.

La anterior exigencia legal sobre la publicación de la información y los documentos relacionados a la fusión puede omitirse si la junta general de cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho a

voto, según expone el artículo 42 LMESM. En el segundo apartado de este precepto, se prevé que los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que la fusión pueda tener sobre el empleo, no podrá ser restringido por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal. Por lo tanto, cumplir con esta exigencia es algo que el consejo de administración de CerTronic debe tener en cuenta dado que, aunque existen probabilidades de que el acuerdo de fusión se adopte de forma unánime entre los socios de las sociedades intervinientes y ello permita adoptar el acuerdo de fusión sin necesidad de publicar previamente los documentos exigidos por la ley, ello no incluye omitir el derecho de información que tienen los representantes de los trabajadores sobre el contenido del proyecto de fusión.

Conforme al artículo 194 LSC, será necesario para que la junta general pueda adoptar válidamente el acuerdo de fusión que en primera convocatoria concurren accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital social suscrito con derecho a voto, y en caso de no alcanzarse dicho quórum, en segunda convocatoria será suficiente con la concurrencia del veinticinco por ciento del capital social suscrito con derecho a voto. Para este tipo de acuerdos, el artículo 201 LSC establece que de estar presente o representado más del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto será suficiente para adoptar el acuerdo una votación a favor por mayoría absoluta, pero hemos de recordar que conforme a la Estipulación IV B) del Pacto parasocial, se requerirá el voto favorable del 67% del capital social de CerTronic.

Una vez adoptado el acuerdo de fusión, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. No obstante, el apartado segundo del artículo 43 LMESM permite sustituir la publicación por una comunicación individual por escrito a todos los socios y acreedores, siempre que sea un medio que asegure la recepción de la comunicación.

Como último apartado de esta fase, conviene hacer un inciso sobre el derecho de oposición de los acreedores expuesto por el artículo 44 LMESM y el derecho de separación de los socios del artículo 62 LMESM.

Iniciando por el derecho de oposición de los acreedores al ser una contingencia que ha de tener en cuenta el consejo de administración dado que, en caso de no garantizarse suficientemente el derecho de crédito de los acreedores, la fusión no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente una garantía para asegurar el crédito del acreedor. El acreedor afectado por la vulneración de su derecho de oposición podrá solicitar al Registro Mercantil en que se inscribe la fusión que por nota marginal en la inscripción practicada se haga constar el ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición mediante comunicación fehaciente a la sociedad de la que es acreedor. Ello permitirá que el acreedor interponga una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil competente contra la sociedad absorbente, en la que su pretensión será la constitución de una garantía para el pago del crédito conforme a lo establecido por la LMESM.

En vista de ello, para evitar la interposición de futuras demandas por parte de los acreedores de la sociedad solicitando la prestación de una garantía de pago del crédito será necesario cumplir con lo dispuesto por el artículo 44 LMESM. Dicho precepto prevé que la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de optar por la comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, desde el envío de dicha comunicación al último de ellos. Es en este plazo de un mes que los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan, que tengan un crédito que hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o del depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y que se encuentre vigente en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen sus créditos. En caso de que el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.

Por lo anteriormente expuesto, clarificamos que el derecho de oposición de los acreedores no otorga a los mismos el derecho a “oponerse” en el sentido de paralizar la operación de fusión, sino que el contenido de este derecho consiste en obtener una garantía de aquellos créditos nacidos con anterioridad a la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web o depósito en el Registro Mercantil, o en caso de no haber optado por estos medios de publicación, antes de la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual del acuerdo de fusión al acreedor. Hemos de advertir que el resultado de vulnerar este derecho muy probablemente conlleve la interposición de una demanda en contra de la sociedad absorbente pretendiendo que se garantice suficientemente el crédito del acreedor.

Por su parte, el artículo 62 LMESM establece que el derecho de separación de los socios acompañará a aquellos socios que hubieran votado en contra del acuerdo de la fusión, siempre que la sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro. Este derecho se ejercitará conforme a lo dispuesto por el Título IX de la LSC. Dado que la operación proyectada por el consejo de administración de CerTronic hasta este punto culmina con la absorción de Cir-Cerámica sin variación del domicilio social de CerTronic, este derecho no será ejercitable por aquellos socios que hubieran votado en contra del acuerdo de fusión. La razón de que exista este tipo de derecho en el marco de estas operaciones se explica, como también se mencionará en la sección referente al traslado del domicilio social, al tener en cuenta las variaciones que supone en la esfera jurídica de los socios el cambio de la ley aplicable a la sociedad como consecuencia de que la sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro.

### **C) Fase ejecutiva de la fusión:**

El correcto cumplimiento de las exigencias previstas para esta fase es fundamental dado que, como detallaremos a continuación, la inscripción del acuerdo de fusión tiene eficacia constitutiva de la fusión y es el acto jurídico a partir del cual se despliegan los efectos jurídicos propios de la fusión en relación a la existencia de distintas sociedades porque con la inscripción

se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas, fusionándose los respectivos patrimonios y unificándose en una única sociedad, en este caso en la sociedad absorbente, los socios de cada una de ellas.

Conforme a los artículos 45 LMESM y al 95.1 RRM, el acuerdo de fusión adoptado tiene que ser elevado a escritura pública, incorporando a la misma el balance de fusión de las sociedades intervinientes y al ser una fusión por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número, clase y serie de las acciones o cuotas que hayan de ser atribuidas, en cada caso, a cada uno de los nuevos socios.

En relación a los efectos que produce la inscripción, el artículo 46 LMESM dispone que la eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente. Es por ello que, como afirmamos anteriormente, la inscripción tiene carácter constitutivo de la fusión porque tras la práctica de la misma la fusión despliega los efectos jurídicos propios de esta modificación estructural, quedando extinguida la sociedad absorbida una vez inscrita la fusión, a la vez que se fusionan los patrimonios societarios y se unifica el accionariado en una misma sociedad.

Por otro lado, dentro del régimen especial de las fusiones transfronterizas intracomunitarias, el artículo 64 LMESM prevé la certificación previa a la fusión por el Registrador mercantil del domicilio social. Esta certificación se hará teniendo en cuenta los datos obrantes en el registro y en la escritura pública de fusión, certificando la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión a las sociedades sujetas a la legislación española, como ocurre con CerTronic, y se entregará sin demora el correspondiente certificado.

El anterior certificado debemos relacionarlo con el control de legalidad que hará el Registrador Mercantil de la operación en su conjunto. El Registrador mercantil realiza un doble control, por una parte, controlará la legalidad del proceso de preparación de la fusión y de la adopción de los acuerdos sociales correspondientes, expidiendo el Registrador mercantil el certificado que declara la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión, conforme al artículo 64 LMESM. El segundo control tiene lugar en la fase de ejecución de la fusión, verificando la legalidad del procedimiento de fusión y la de las modificaciones acordadas por la sociedad absorbente; a los efectos de verificar la legalidad del proceso de fusión seguido por las sociedades extranjeras, dado que el Registrador mercantil español no puede extender su competencia para calificar el proceso seguido en el extranjero, se exige que estas remitan al Registrador mercantil español el certificado, antes mencionado, expedido por sus respectivas autoridades nacionales que certifique el correcto cumplimiento del proceso de preparación y de ejecución de la fusión, según dispone el artículo 65.1 LMESM.

### **Conclusión:**

El supuesto proyectado por el consejo de administración de CerTronic configura una fusión especial donde esta absorbe a una sociedad íntegramente participada, como expone el artículo

49 LMESM, adquiriendo dicho nivel de participación en el capital social de la absorbida mediante el endeudamiento de la sociedad absorbente, previsto por el artículo 35 LMESM y, también, configura un supuesto donde las dos sociedades intervinientes en la fusión están sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, estando sujeta una de ellas a la legislación española, es decir, la totalidad de la operación se lleva a cabo dentro del concepto de fusión transfronteriza intracomunitaria expuesto por el artículo 54 LMESM.

En vista de ello, el procedimiento para fusionar CerTronic y Cir-Cerámica tras la adquisición de la totalidad de la participación social de Cir-Cerámica gracias a la financiación que conseguirá con la Entidad Financiera deberá cumplir una serie de requisitos especialmente previstos para supuestos de ésta índole, siendo necesario que el proyecto de fusión indique los recursos y plazos previstos para el pago de la financiación concedida, que el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión indique las razones que justifican la adquisición del control de Cir-Cerámica y que ello justifique la operación de fusión y la confección de un plan económico y financiero, expresando los recursos disponibles y la descripción de los objetivos a conseguir mediante la fusión, y el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio de razonabilidad de las dos indicaciones anteriormente expuestas, determinando si es razonable prever que la sociedad absorbente, tras la fusión, será capaz de generar recursos suficientes para hacer frente al endeudamiento.

Sin perjuicio de poder articular la fusión en los términos expuestos en esta sección del informe, nuestro asesoramiento nos encamina a prevenir indicando que el préstamo que recibirá CerTronic de la Entidad Financiera viene condicionado por lo establecido por la Estipulación IV letra A) del pacto parasocial, que establece que cualquier crédito nuevo que solicite CerTronic debe ser en condiciones iguales o peores que las otorgadas por el crédito de Vulture. Por lo tanto, es una previsión a tener en cuenta para las partes del pacto parasocial.

No obstante, en caso de conseguir la financiación satisfaciendo las condiciones exigidas por el pacto parasocial, la operación de fusión debe cumplir con las distintas fases sucesivas expuestas en este informe, siendo de gran relevancia para el consejo de administración de CerTronic la fase preparatoria de la fusión debido al protagonismo que tiene el órgano de administración durante este estadio de la operación al venir obligado a redactar documentos imprescindibles como el proyecto común de fusión, el informe de los administradores sobre el proyecto común de fusión y el balance de fusión, además de recabar el informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión y de confeccionar el Acuerdo de Fusión e incluirlo en el orden del día de la convocatoria de la junta general para su deliberación y votación.

Una vez completada la fase preparatoria de la fusión empieza la fase aprobatoria, la cual exige la convocatoria de la junta general, para que delibere y vote a favor o en contra del acuerdo de fusión. Para evitar que los socios parte del pacto parasocial incumplan con la Estipulación IV letra B) del mismo, la aprobación requerirá el voto favorable del 67% del capital social suscrito con derecho a voto. Tras su adopción, será necesario publicarlo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio o, alternativamente, se puede omitir la publicación

acudiendo a una comunicación individual por escrito a todos los socios y a los acreedores, siempre que sea mediante un procedimiento que asegure la recepción de la comunicación.

Al mismo tiempo, durante esta fase es relevante atender el derecho de oposición de los acreedores, garantizando suficientemente aquellos créditos nacidos antes de la inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de su depósito en el Registro Mercantil y que no se encuentren vencidos para ese momento. De no haberse insertado el proyecto de fusión en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil, la fecha del nacimiento del crédito deberá ser anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual del acuerdo de fusión al acreedor. El otro derecho que entra en juego durante esta fase en las fusiones transfronterizas intracomunitarias es el derecho de separación de los socios, que ampara a los socios que hayan votado en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro. Debido a que este no es el supuesto enjuiciado, porque CerTronic es la absorbente y no cambiará su domicilio social como consecuencia de la fusión, los socios que voten en contra del acuerdo de fusión no tienen reconocido el derecho de separación.

En último lugar está la fase de ejecución de la fusión, la cual es fundamental para la finalidad de la operación al tener la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil carácter constitutivo de la fusión, ya que según dispone el artículo 46 LMESM, la eficacia de la fusión se producirá con la inscripción. Hemos de recordar que el Registrador mercantil tiene el deber de hacer un control de legalidad de la operación, verificando la legalidad de los actos y trámites anteriores a la fusión con la finalidad de emitir un certificado que acredite dicha legalidad, y antes de proceder a la inscripción, controlará también la legalidad del procedimiento relativo a la fusión y a las modificaciones que ella conlleva en la sociedad absorbente, así como la aprobación en los mismos términos del proyecto común a las sociedades que se fusionen. Dado que el Registrador mercantil español no puede extender su competencia calificador, será necesario que el órgano equivalente al Registro Mercantil en Italia emita un certificado que acredite el correcto cumplimiento de los actos y trámites anteriores a la fusión con la finalidad de cumplir con el control de legalidad previsto por el artículo 65 LMESM.

**1.2) 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.**

Conforme al Derecho español, el traslado del domicilio social al extranjero implica la adopción de una nacionalidad distinta y una modificación en la *lex societatis*, es decir, de la ley aplicable a la personalidad jurídica de la sociedad.

Con anterioridad a la situación vigente, salvo que un acuerdo internacional permitiese el traslado del domicilio social con el mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, la única opción que tenían los socios que querían trasladar el domicilio social al extranjero era disolver la sociedad y constituir una *ex novo* en el país de destino <sup>(17)</sup>.

Sin embargo, gracias a la evolución jurisprudencial y a su labor interpretativa del Derecho de la Unión, llevada a cabo mediante distintas Cuestiones Prejudiciales elevadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), la situación actual en el Derecho de la Unión presenta un mayor grado de flexibilidad a la hora de trasladar el domicilio social entre los Estados miembros, dado que, en virtud de distintas sentencias del TJUE, que serán expuestas más adelante en esta sección, interpretando el contenido de la libertad derivada del Derecho de Establecimiento en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), se presenta la posibilidad a los socios de llevar a cabo el traslado del domicilio social con el mantenimiento de la personalidad jurídica siempre que los dos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros involucrados en dicha operación prevean esta posibilidad y se cumplan con los requisitos exigidos por los mismos.

Conforme a la anterior premisa y en relación a nuestro caso concerniente al traslado del domicilio social de CerTronic, es necesario proceder a examinar el ordenamiento jurídico español, para conocer si consagra la posibilidad de trasladar el domicilio social a otro Estado y verificar si dicha operación requiere la emisión de un documento por parte del Registro Mercantil ubicado en su domicilio. Para ello, se procederá a exponer y analizar las normas que en Derecho español regulan la nacionalidad de las sociedades y el derecho aplicable a las mismas, a hacer una breve referencia a los dos modelos teóricos para la atribución de la *lex societatis* de las sociedades mercantiles, el ejercicio y los límites del Derecho de establecimiento, para concluir exponiendo el procedimiento previsto por la LMESM para el traslado del domicilio social.

---

<sup>17</sup> Con todas las implicaciones económicas y fiscales que la disolución de la sociedad en España conlleva, como, por ejemplo, el devengo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Operaciones Societarias. Además, en este caso en particular nos encontramos ante la necesidad de alcanzar un quórum determinado por los Estatutos Sociales de CerTronic para proceder de bajo esta alternativa, los cuales requieren que se alcance una mayoría reforzada del 85% para disolver la sociedad por la mera voluntad de los socios.

### **1.2.1) Ordenamiento jurídico español:**

El estudio de esta cuestión bajo la perspectiva del derecho español inicia con el artículo 9.11 CC y el artículo 8 LSC. El primero de los citados preceptos establece que la ley personal de las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad. El segundo de ellos, regula la nacionalidad de las sociedades bajo derecho español, determinando que la ley aplicable a las sociedades de capital es la LSC, que regulará la personalidad jurídica, estableciendo los derechos y las obligaciones tanto de los socios como de la sociedad.

El artículo 9 LSC establece que las sociedades deberán establecer su domicilio en el lugar del territorio español en que se halle el centro de efectiva administración y dirección o donde radique su establecimiento principal. Por su parte, el RRM en su artículo 120 <sup>(18)</sup> dispone que se consignará en los estatutos el domicilio de la sociedad, que habrá de radicar dentro del territorio español y prever dentro del mismo el centro de efectiva administración y dirección o su principal establecimiento o explotación. Por ende, la norma requiere para la constitución de la sociedad anónima que exista un punto de conexión que esté presente en el territorio español, siendo el centro de efectiva administración y dirección la sede real que articula dicho vínculo.

Conforme a lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que el criterio para conocer si una sociedad verá regida su personalidad jurídica por el ordenamiento jurídico español, principalmente por los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital, es que la sociedad de capital tenga su domicilio en territorio español, sin tener en cuenta el lugar de su constitución.

En vista del contenido de los preceptos citados, sostenemos que el ordenamiento jurídico español se inclina hacia el modelo de sede real, al considerar indispensable la existencia de vínculo objetivo que concede la nacionalidad a la sociedad y que justifica la aplicación de la ley española.

Por ende, lo anteriormente expuesto nos lleva a, que a título ilustrativo y de forma somera, se exponga a continuación sobre los conceptos y las consecuencias que implica seguir alguno de los dos modelos que teóricamente se han establecido para la atribución de la nacionalidad a las sociedades. Ello nos permitirá conocer de forma anticipada el grado de disposición que el país de destino del traslado, en este supuesto Holanda, va a tener para admitir el mantenimiento de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil española tras el traslado a su ordenamiento jurídico.

Por un lado, “el modelo de sede real” implica que la sociedad tiene la nacionalidad del país en que radique su domicilio social, por consiguiente, se aplican las normas de este país sin tener en consideración si la sociedad fue originariamente constituida en otro Estado. Por lo tanto, conforme a los artículos 8 y 9 LSC y el 120 RRM, cabe concluir que el ordenamiento jurídico español opta por el modelo de sede real al establecer que son españolas las sociedades que tengan su domicilio social ubicado en España, y vienen obligadas a fijar su domicilio en España

---

<sup>18</sup> Dicho artículo pertenece al Capítulo IV, de la inscripción de las sociedades anónimas.

si el lugar donde se halle el centro de su efectiva administración y dirección se encuentra dentro del territorio español.

En otras palabras, seguir ésta teoría exige la existencia de un vínculo de conexión objetivo, el lugar donde se encuentra el centro de intereses principales o la administración central, para otorgar la nacionalidad. Este sistema también es el seguido por países como Francia o Alemania.

Por el otro lado, se encuentra la “teoría del modelo de incorporación” (19), dicha teoría propugna como punto de conexión para atribuir la nacionalidad el lugar de constitución de la sociedad. Por consiguiente, bajo este paradigma la ley aplicable a las Sociedades será aquella ley del lugar donde fue constituida. La determinación de la ley aplicable será en última instancia una consecuencia de la autonomía de la voluntad de los socios, porque serán quienes decidirán bajo cual ordenamiento jurídico se va a constituir la sociedad. Ello decidirá la ley aplicable a la sociedad, sin tener en cuenta que la sociedad tenga o no su sede real y efectiva en ese mismo país.

Es importante para la finalidad de este informe, tener en cuenta que estos modelos no son aplicados por los Estados de forma pura y rigorista, por consiguiente, es posible que se dé la circunstancia que entre los distintos Estados que optan por un mismo modelo teórico existan variaciones o alteraciones del modelo a la hora de tener en cuenta el cumplimiento de distintos requisitos o puntos de conexión que deban concurrir para atribuir la nacionalidad a las sociedades (20).

### **1.2.2) Inciso sobre el Derecho de establecimiento:**

Lo anteriormente expuesto nos lleva realizar un breve inciso sobre el Derecho de establecimiento, debiendo compaginar lo declarado por la sentencia anteriormente citada con

---

<sup>19</sup> Dentro de esta teoría, se perfilan dos variantes. Una variante más laxa, que utiliza como criterio de conexión para la atribución de la nacionalidad la ley del país donde se constituyó por última vez la sociedad, siendo el domicilio estatutario actual el vínculo de conexión para otorgar la nacionalidad. Los Estados miembros que siguen este modelo son Italia u Holanda, por ejemplo. La variante estricta es aquella que tiene en cuenta como punto de conexión la ley del lugar donde originalmente fue constituida la Sociedad, y es la variante seguida por el Reino Unido e Irlanda.

<sup>20</sup> En afianzamiento de lo anteriormente expuesto, la sentencia del TJUE dictada en el Asunto 81/87 Daily Mail and General Trust manifiesta en su párrafo 20º que: *“Las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con vistas a la constitución de una sociedad, como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo de conexión. Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio social, sino también la sede real, es decir, la administración central de la sociedad, y, en consecuencia, el desplazamiento de la administración central fuera de ese territorio supone la disolución de la sociedad, con todas las consecuencias que dicha disolución origina en el plano del Derecho de sociedades y del Derecho fiscal. Otras legislaciones reconocen a las sociedades el derecho a trasladar su administración central al extranjero, pero algunas de éstas, como la del Reino Unido, someten ese derecho a determinadas restricciones, y las consecuencias jurídicas del traslado, en un plano fiscal especialmente, varían de un Estado miembro a otro”*.

el contenido del artículo 49 del TFUE, con la finalidad de desentrañar y exponer el régimen actual del traslado del domicilio social.

Los el contenido de este derecho se perfila en distintas sentencias del TJUE, siendo relevante el Asunto C-212/97 Centros <sup>(21)</sup>, donde la sentencia resuelve una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal remitente, declarando que la práctica de un Estado miembro consistente en denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social sin ejercer en él ninguna actividad comercial, cuando dicha sucursal está destinada a permitir que la sociedad ejerza toda su actividad en el Estado, evadiendo así normas sobre constitución de sociedades del Estado donde pretende inscribirse la sucursal, es una práctica que en última instancia impide que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación del Estado miembro de constitución ejerzan el derecho de establecimiento conferido por los artículo 52 y 58 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE). En consecuencia, una práctica de esta naturaleza es un obstáculo al ejercicio de las libertades expuestas por dichos preceptos.

Para alcanzar dicha conclusión, el TJUE nos recuerda que las disposiciones del Tratado relativas a al Derecho de establecimiento tienen como finalidad permitir a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de intereses principales se encuentre dentro de la Comunidad, ejercer actividades empresariales mediante una agencia, sucursal o filial en otro Estado miembro.

No obstante, el TJUE en el mismo asunto considera admisible que las autoridades del Estado miembro puedan adoptar medidas apropiadas para prevenir o sancionar fraudes consistentes en el uso abusivo de derechos o libertades otorgadas por el Derecho de la Unión.

Dicho uso abusivo del derecho puede materializarse, por ejemplo, en la constitución de una sociedad, bajo el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro, como ocurrió en el asunto Centros, donde la sociedad se constituyó bajo el derecho inglés, que no exige el desembolso de un capital social mínimo, con la finalidad de eludir obligaciones para con los acreedores privados o públicos del Estado miembro donde se pretende inscribir la sociedad o trasladar su actividad mediante la inscripción de una sucursal o agencia, en este caso Dinamarca, cuyo ordenamiento jurídico sí obliga al desembolso de un capital mínimo para poder operar

---

<sup>21</sup> En cuyo párrafo 19º de la sentencia menciona que “*el artículo 52 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea reconoce la libertad de establecimiento a los nacionales comunitarios y comprende para ellos el derecho a acceder a las actividades no asalariadas y a ejercerlas, así como a administrar y constituir empresas en las mismas condiciones que las definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales*”. Y, en relación al artículo 58 del mismo Tratado, establece que “*equipara a las personas físicas, nacionales de los Estados miembros, a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad. De ello se desprende directamente que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro estado miembro por medio de una agencia, sucursal o filial, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro*”.

empresarialmente en dicho Estado. Por tanto, de existir causas justificadas, como lo es la protección a los acreedores o el mantenimiento del orden público, es admisible limitar este derecho.

Un asunto relevante para perfilar los límites al derecho de establecimiento y que ilustra las implicaciones de seguir el modelo de sede real o el de constitución es el Asunto C-210/06 Castesio <sup>(22)</sup>.

El TJUE se pronunció en la sentencia del Asunto C-210/06 Cartesio concluyendo que, conforme al Derecho de la Unión vigente para entonces, la normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad, constituida conforme al ordenamiento jurídico de ese mismo Estado, trasladar su domicilio social a otro Estado miembro conservando su personalidad jurídica no conculca la libertad otorgada por el derecho de establecimiento, prevista por los artículos 43 y 48 del TCE (cuyos contenidos en la actualidad se encuentran en los artículos 49 y 54 TFUE).

En conclusión, podemos afirmar que bajo el ordenamiento vigente, el párrafo segundo del artículo 49 TFUE, que recoge el antiguo artículo 43 TCE, prevé el derecho de establecimiento para los ciudadanos de la Unión, cuyo contenido es el derecho de una persona, física o jurídica con nacionalidad perteneciente a algún Estado de miembro, a ejercer una actividad empresarial en un Estado miembro de la Unión distinto al de su origen y no recibir discriminación alguna respecto de los nacionales del país de traslado, gozando de los mismos derechos y aplicándoles las mismas restricciones que aplicaría a un nacional <sup>(23)</sup>.

En consecuencia, y recalcando la conclusión del Asunto Cartesio, el derecho a la libertad de establecimiento no incluye el derecho a trasladar el domicilio social a otro Estado miembro con el mantenimiento de la *lex societatis* a la que se somete la personalidad jurídica de la sociedad. Dicha posibilidad deberá estar permitida tanto por el ordenamiento jurídico de origen

---

<sup>22</sup> En este asunto, una sociedad húngara, *Castesio Oktató és Szolgáltató bt*, constituida bajo el derecho húngaro, pretende trasladar su domicilio real a Italia conservando su personalidad jurídica bajo el derecho húngaro, posibilidad no prevista por dicho ordenamiento jurídico. En otras palabras, pretendía trasladar su domicilio social a Italia y desarrollar sus actividades empresariales en Italia manteniendo como *lex societatis* el derecho húngaro, cuestión que, precisamente, el ordenamiento jurídico húngaro no permitía al optar por un modelo de sede real, donde si una sociedad traslada su centro de intereses principales o su administración central (su sede real) a otro Estado, no puede seguir manteniendo su condición de sociedad mercantil húngara, teniendo que llevar a cabo previamente la disolución de la sociedad bajo derecho húngaro, y una vez disuelta la sociedad, los socios pueden “trasladar” la sociedad constituyendo *ex novo* otra sociedad bajo el ordenamiento jurídico italiano y así “continuar” con su actividad empresarial en este Estado.

<sup>23</sup> Dicho derecho puede estar limitado por requisitos y condiciones exigidos por los Estado miembros siempre que dicha limitación se encuentre justificada, así lo expone el párrafo 34º del Asunto Centros al declarar que “*las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37)*”.

como por el ordenamiento jurídico de destino y, conforme a lo expuesto en el Asunto Centros, este último puede establecer limitaciones justificadas a dicho traslado sin que ello necesariamente vulnere el derecho de establecimiento.

La jurisprudencia que sustenta una interpretación que permite a las sociedades trasladar su domicilio social cumpliendo con los requisitos legales exigidos por el estado de origen y por el estado de destino, viene a ser confirmada por el Asunto C-106/16 Polbud que, en esencia, resuelve el caso señalando que el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, ampara a las sociedades constituidas de conformidad la legislación de un Estado miembro y con la administración central o centro de actividad principal dentro de la Unión de forma que pueden trasladar su domicilio social a otro Estado miembro <sup>(24)</sup>. También, declara que es contrario al Derecho de la Unión que la legislación del Estado miembro de origen obligue a la sociedad a disolverse <sup>(25)</sup>, ni que sea un requisito necesario para el traslado el que la sociedad tenga actividad en el Estado miembro de destino.

En relación de esta última cuestión, al ser una de las preguntas principales que plantea el consejo de administración para la elaboración de este informe, debemos afirmar que, conforme a la sentencia del TJUE citada, la posibilidad de llevar a cabo el traslado del domicilio social a un Estado donde la sociedad no cuente con actividad es refrendada por esta sentencia, cuestión que se dilucidó en un primer momento en el apartado 17º de la sentencia del Asunto C-212/97 <sup>(26)</sup>.

La sentencia, en sus apartados 33 y 40, expone que las sociedades amparadas por la libertad de establecimiento, en los términos anteriormente señalados, tienen el derecho a “transformarse en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro”, y que el hecho de que las sociedades elijan disfrutar de una legislación más ventajosa, como motivación para el traslado, no puede ser considerado un abuso en sí mismo.

Por lo tanto, con este reciente caso resuelto por el TJUE podemos concluir que de conformidad con lo expuesto por los artículos 49 y 54 TFUE, las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro tienen el derecho a trasladar su domicilio social a otro Estado miembro manteniendo su personalidad jurídica (cuestión que la sentencia denomina

---

<sup>24</sup> Según lo expuesto por el apartado 33 de la sentencia y por lo declarado en el fallo 1) de la misma.

<sup>25</sup> Según lo expuesto el apartado 51 de la sentencia y por lo declarado en el fallo 2) de la misma.

<sup>26</sup> En su párrafo 38º establece que: “*En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la libertad de establecimiento es aplicable a una situación en la que una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro en el que tiene su domicilio social desea crear una sucursal en otro Estado miembro aun cuando esa sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde ejercerá sus principales actividades económicas o incluso todas ellas (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, apartado 17). Del mismo modo, una situación en la que una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro desea transformarse en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado miembro, respetando el criterio adoptado por el segundo Estado miembro para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional, está comprendida en la libertad de establecimiento, aun cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el primer Estado miembro*”.

*transformarse* en una sociedad regida por la legislación/Derecho de otro Estado miembro), siempre que la normativa del Estado de origen y el de destino prevean esta posibilidad y la sociedad interesada cumpla con los requisitos impuestos por dicha normativas.

En consecuencia, dado que nuestro asesoramiento se circunscribe a lo previsto por el ordenamiento jurídico español, expondremos a continuación el régimen previsto por dicho ordenamiento en relación el traslado del domicilio social. No obstante, nuestro asesoramiento también nos lleva a advertir que será necesario verificar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico holandés con el fin de concretar todos los aspectos de la operación de traslado del domicilio social.

### **1.2.3) Procedimiento para el traslado del domicilio social bajo el ordenamiento jurídico español:**

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y ciñéndonos al supuesto estudiado, lo relativo a esta materia bajo la perspectiva del Derecho español se encuentra regulado por la LMESM. Aunque el traslado internacional del domicilio social no sea propiamente una modificación estructural, la Ley se ocupa de regular esta operación societaria por la trascendencia que conlleva el cambio del domicilio social sobre el ordenamiento o *lex societatis* aplicable a la sociedad y, por extensión, sobre la posición jurídica de sus socios y acreedores.

Conforme al artículo 92 LMESM el traslado internacional del domicilio social queda sometido a lo dispuesto en los Tratados o Convenios internacionales vigentes en España y a la propia Ley de Modificaciones Estructurales. El contenido del anterior precepto viene a resaltar que la operación de traslado al extranjero del domicilio social con el mantenimiento de la personalidad jurídica, en efecto, sólo es posible cuando la misma se permita tanto por el ordenamiento de origen como por el de destino.

En consecuencia, será preciso que el ordenamiento extranjero en cuestión autorice también este traslado, ya sea a efectos de acoger a la sociedad española que pretenda someterse al mismo o de permitir que una sociedad de su nacionalidad se traslade a España. Actualmente en la práctica, resulta suficiente con que el ordenamiento extranjero, en este caso el ordenamiento jurídico holandés, contemple operaciones societarias de igual naturaleza en su ordenamiento para poder realizarlas, haciendo innecesario que exista un tratado o convenio internacional que ofrezca la cobertura específica para dicha operación.

Siguiendo lo expuesto por el artículo 93.1 LMESM, deja claro que el traslado al extranjero del domicilio de una sociedad española sólo se permite si el ordenamiento jurídico del Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Conclusión que habíamos alcanzado y señalado con anterioridad en esta sección del informe.

Cuando la operación es a la inversa y una sociedad extranjera pretenda trasladar su domicilio social al territorio español, el artículo 94 LMESM distingue según se trate de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo o no, pues en el primer supuesto se permite, en todo caso, el traslado del domicilio social sin que ello

afecte o modifique la personalidad jurídica de la sociedad trasladada a España, conforme al artículo 94.1 LMESM, mientras que en el segundo se condiciona a que su ley personal lo permita, conforme al artículo 94.2 LMESM.

Desde el punto de vista del procedimiento aplicable al traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad española cabe afirmar que coincide en determinados aspectos con el de las demás modificaciones estructurales.

Por consiguiente, según dispone el artículo 95 LMESM, se exige la elaboración y suscripción de un proyecto de traslado por parte de los administradores, dicho proyecto será la base sobre la cual los socios decidirán y votarán acerca del traslado en el seno de la junta general. El mismo precepto, expone el contenido mínimo que ha de tener el proyecto de traslado y concierne a tres aspectos distintos que se exponen a continuación.

En primer lugar, los datos identificativos que permitirán identificar a la sociedad una vez haya ocurrido el traslado, por ello se requiere que el proyecto mencione la denominación, el domicilio social y los datos registrales. En segundo lugar, se ha de hacer mención a los cambios materiales resultantes del traslado de domicilio, por lo que se establece que el proyecto ha de presentar el nuevo domicilio social propuesto y el nuevo contenido de los estatutos sociales que devendrán eficaces y regularán la vida interna de la sociedad una vez se efectúe el traslado del domicilio. En tercer lugar, se requiere la mención acerca del calendario previsto para el traslado y en cuarto lugar el proyecto ha de tener un apartado donde exprese los derechos previstos para la protección de los socios, los acreedores y los trabajadores.

Paso seguido, los administradores deberán depositar el proyecto de traslado en el Registro Mercantil para su calificación y posterior publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Según el artículo 96 LMESM, los administradores deberán elaborar un informe que explique el proyecto de traslado y exponga las razones jurídicas y económicas que justifican el traslado del domicilio social.

En relación a la junta general mencionada, prevé el artículo 97 LMESM que el traslado necesariamente debe ser acordado por la Junta de socios, cumpliendo con los requisitos y formalidades mencionadas en estos apartados y, en relación a la convocatoria para esta junta general, el artículo 98 LMESM exige que se publique 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, con dos meses de antelación, como mínimo, a la fecha de celebración de la junta.

Adicionalmente, el apartado 2do del artículo 98 LMESM ha de relacionarse con el contenido mínimo del proyecto de traslado anteriormente expuesto por el artículo 95 LMESM, por lo que junto a la convocatoria de la junta general también deberán publicarse menciones relacionadas a:

a) El domicilio actual y el domicilio al cual se pretende trasladar en el extranjero.

- b) El derecho de los socios y acreedores a solicitar y examinar el proyecto de traslado y el informe de los administradores.
- c) El derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y las formas de su ejercicio.

Entrando al seno de la junta general, los socios deberán deliberar y pronunciarse acerca del proyecto de traslado y del informe de los administradores, decidiendo, tras conocer las implicaciones jurídicas que ello conlleva, si acuerdan o no el traslado del domicilio social. En caso de acordar el traslado del domicilio, ello implicará la redacción y aprobación de los nuevos estatutos sociales, acordes con la ley aplicable del país de destino y que regirán a la sociedad una vez llevado a cabo el traslado, con la finalidad de anticiparse a cumplir con los requisitos exigidos por la ley del país de destino para la inscripción de la sociedad en el órgano equivalente al Registro Mercantil español, cuestión que, tal y como se explicará más adelante, es fundamental para que el traslado del domicilio social devenga eficaz conforme al artículo 102 LMESM.

En virtud de lo precedente, recomendamos que, para agilizar esta operación societaria, conviene que dentro del orden del día de la junta general se prevea tanto la deliberación del acuerdo sobre el traslado del domicilio como la redacción y aprobación de nuevos Estatutos Sociales.

En lo que respecta a la adopción del acuerdo, el régimen de quóruns y mayorías requeridas dependerá del tipo societario y de las posibles previsiones estatutarias que establezcan una mayoría reforzada para alcanzar el acuerdo de traslado. Por ello, en lo que respecta al quórum necesario para el traslado del domicilio social en las Sociedades Anónimas será necesario en primera convocatoria la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto, y en segunda convocatoria será suficiente con la concurrencia del veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho a voto conforme al artículo 194.1 y 2 LSC.

En relación a la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo, artículo 201.2 LSC establece que bastará con alcanzar la mayoría absoluta en primera convocatoria, o dos tercios del capital del capital presente en segunda convocatoria si no se alcanza el cincuenta por ciento y concurra, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho a voto. Sin embargo, conforme al artículo 201.3 LSC y teniendo en cuenta la Estipulación IV B) del Pacto parasocial celebrado entre varios de los socios de CerTronic, al ser el traslado de domicilio social una operación de reestructuración societaria, se requerirá alcanzar una mayoría del 67% del capital con derecho a voto para la adopción del acuerdo para cumplir con las previsiones de dicho pacto.

Retomando lo anteriormente expuesto en relación a las exigencias previstas por artículos 95 y 98 LMESM y dado que es una cuestión que puede afectar el traslado del domicilio social, debemos hacer una breve mención sobre los derechos de los acreedores sociales, el derecho de separación de los socios y la protección dispensada a los trabajadores.

En relación al derecho de los acreedores sociales, siempre que el crédito al que tienen derecho haya nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio tienen la posibilidad de ejercitar el derecho de oposición en los mismos términos que en la fusión, reconocido por el contenido del artículo 100 LMESM.

Recordamos que, bajo el ordenamiento jurídico español, el derecho de oposición de los acreedores en estas operaciones no ha de entenderse como derecho a bloquear o paralizar el traslado del domicilio social, sino que ha de concebirse como el derecho que tienen los acreedores a exigir una garantía suficiente de sus créditos, dado que este es el contenido ordinario de este derecho en las operaciones de fusión y en determinados supuestos de reducción del capital social.

En consecuencia, al aplicar el régimen previsto por el artículo 44 LMESM para ejercer el derecho de oposición en el marco de una operación de traslado del domicilio social, será de gran importancia lo previsto en el apartado 3º de dicho precepto dado que establece que en los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse al traslado del domicilio social al extranjero, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad garantice de forma suficiente la deuda contraída con el acreedor que se opone.

Cabe resaltar que el artículo 44 LMESM prevé el plazo de un mes para el ejercicio del derecho de oposición, dicho mes empieza a contar desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se apruebe la fusión, por lo que analógicamente se ha de aplicar el mismo plazo para el supuesto del traslado del domicilio. No obstante, el Título V de la LMESM, relativo al traslado del domicilio social, no establece el deber de publicar el acuerdo de traslado. En vista de ello, la solución propuesta en el artículo “*Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales*”<sup>(27)</sup> es concluir que el artículo 43 LMESM también se aplica por analogía al régimen del traslado del domicilio social y, en consecuencia, una vez adoptado el acuerdo de traslado éste se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio social.

Por lo tanto, el derecho de oposición de los acreedores es una contingencia a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo el traslado del domicilio social al extranjero.

Por otro lado, en virtud del artículo 99 LMESM, el derecho de separación de los socios acompaña a aquellos los socios hayan votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social, al igual que resulta en las fusiones transfronterizas intracomunitarias cuando la sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro. El ejercicio de este derecho se realiza

---

<sup>27</sup> Goeneche, J. M. y Gracia, C. (2009). *Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales*. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 24-2009, págs. 16-24.

conforme a lo dispuesto en el Título IX de la LSC y su propósito queda expuesto al contemplar la incidencia que va a tener el cambio de ordenamiento jurídico aplicable en la posición jurídica de los socios, afectando tanto a sus derechos como a sus obligaciones.

Al mismo tiempo, el artículo 346.3 LSC, siendo el primero de los preceptos del Capítulo I del Título IX de la LSC, establece que el régimen de dicho derecho será en los términos que exponga la LMESM. Por lo tanto, tras una lectura sistemática de ambas leyes, al detectar que las dos hacen referencia la una a la otra para la regulación del derecho de separación y al observar que LSC dedica un capítulo entero, detallando el régimen aplicable, será este último el que han de tener en cuenta los socios que quieran ejercitar el derecho legal de separación.

Y en lo referente a la protección de los trabajadores, hemos de mencionar que la LMESM no dispone expresamente el derecho a obtener de forma gratuita un ejemplar del proyecto de traslado y del informe de administradores. No obstante, la disposición final primera establece que lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral, entonces, la protección a los trabajadores provendrá de los mecanismos establecidos en la legislación laboral.

En último lugar y entrando a dar una respuesta a la segunda pregunta planteada por el consejo de administración, resulta crucial mencionar que el artículo 101 LMESM prevé que el registrador mercantil del domicilio de la sociedad española debe expedir una certificación acreditando el correcto cumplimiento por ésta de los actos y trámites necesarios impuestos por la LMESM antes del traslado, en aras de permitir el acceso al Registro Mercantil del nuevo domicilio, que es el momento en que el traslado surtirá plenos efectos jurídicos, conforme a lo expuesto por el artículo 102 LMESM.

Para finalizar el proceso de traslado bajo el ordenamiento jurídico español, el artículo 103 LMESM dispone que la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil español tendrá lugar cuando se aporte un certificado emitido por el órgano equivalente al Registro Mercantil en el país de destino, el cual acredita la inscripción de la sociedad en su nuevo domicilio social tras el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico de destino. También, este precepto exige aportar una copia de los anuncios de dicha inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y una copia del anuncio hecho sobre el traslado en los diarios de mayor circulación de la provincia donde CerTronic tiene su domicilio social, siendo en este supuesto la Provincia de Castellón.

### **Conclusión:**

Una vez analizado el derecho de establecimiento, sus límites y matices, los modelos de atribución de la nacionalidad de las sociedades de sede real y de constitución y la regulación vigente en el Derecho español sobre esta operación societaria, cabe afirmar que para conocer definitivamente si el traslado del domicilio social se puede llevar a cabo manteniendo la personalidad jurídica de CerTronic será necesario el estudio de las normas jurídicas que regulan esta materia bajo el ordenamiento jurídico holandés, dado que es la última incógnita que queda

por aclarar. No obstante, la incógnita acerca de si CerTronic puede trasladar su domicilio a los Países Bajos a pesar de no contar con actividad en este país queda aclarada por la jurisprudencia del TJUE, al declarar en el Asunto Centros que esta posibilidad está incluida como parte del derecho de establecimiento y haber sido refrendada en el Asunto Polbud.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la respuesta es afirmativa, resultando admisible el traslado del domicilio social al extranjero. Ahora, si se persigue trasladar el domicilio social manteniendo la personalidad jurídica de CerTronic, cuestión que recomendamos como la alternativa más eficiente, será necesario que el Estado de destino (Holanda) también admita dicha posibilidad.

La otra alternativa para llevar a cabo el traslado del domicilio social, que se enunció al inicio de esta sección, es la disolución de CerTronic, conforme a la normativa española, y luego la constitución *ex novo* de una sociedad mercantil holandesa conforme a la normativa vigente en Holanda. Esta alternativa conlleva una serie de costes económicos y fiscales que han de ser tomados en cuenta por los socios y que hacen de esta alternativa una opción poco atractiva, ya que el artículo 19.1. 1º de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece como hecho imponible y como operación societaria sujeta al impuesto la disolución de las sociedades, es decir, este tipo de “traslado de domicilio” devenga un coste fiscal que grava la salida al extranjero. Adicionalmente, se suman los costes de constitución de la sociedad mercantil holandesa previstos por el ordenamiento jurídico holandés.

Por otro lado, resulta relevante mencionar que el lugar previsto para el traslado del domicilio social de CerTronic es Holanda, Estado perteneciente al Espacio Económico Europeo, cuyo ordenamiento jurídico opta por el modelo teórico de incorporación en su variante laxa, cuestión que facilita la posibilidad de que una sociedad con nacionalidad distinta a la holandesa traslade su domicilio social a Holanda, conservando el sometimiento al Derecho del país de constitución, incluso después del traslado. Las consecuencias de que Holanda adopte la variante laxa del modelo de incorporación implica que el nuevo domicilio de CerTronic en Holanda será tomado como punto de conexión para atribuir la nacionalidad a la sociedad, y en última instancia, la ley aplicable. Por lo tanto, tras el traslado del domicilio social la ley holandesa será la *lex societatis* de CerTronic.

También, nuestro asesoramiento ha consistido en indicar en esta sección el procedimiento a seguir para proceder al traslado del domicilio social y en advertir que será necesaria, antes de llevar a cabo el traslado, la emisión de la certificación prevista por el artículo 101 LMESM, la cual expone la verificación del cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos para la ejecución del traslado del domicilio social.

## Informe jurídico II

### 2) Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra acuden a otro despacho de abogados solicitando un informe sobre la posibilidad de oponerse a la citada operación alegando:

#### 2.1) Las consecuencias de que D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón nunca llegaron a firmar el pacto de socios.

Para iniciar el desarrollo de este informe, conviene hacer una breve referencia al concepto, la naturaleza jurídica y eficacia de los pactos parasociales para conocer las consecuencias que acarrea el hecho de que las socias nunca llegaron a firmar dicho pacto. Por consiguiente, en aras de perfilar el contenido de esta sección cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero del 2020 <sup>(28)</sup>, dado que expone la definición de los pactos parasociales que contempla la jurisprudencia:

*“Las sentencias de esta Sala 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de marzo, y más recientemente la sentencia 103/2016, de 25 febrero, definieron los pactos parasociales como aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, y afirmaron que "son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad". Esta consideración como negocios jurídicos válidos se ha sostenido reiteradamente en la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961, 10 de noviembre de 1.962, 28 de septiembre de 1.965, 24 de septiembre de 1.987, 26 de febrero de 1.991, 10 de febrero de 1.992, 18 de marzo de 2.002, 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008)”*

Por su lado, la DGRN en sus resoluciones <sup>(29)</sup> de 24 de marzo de 2010 y de 5 de junio de 2015 indican con claridad que los pactos parasociales:

*“Se fundamentan en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecerse vínculos obligatorios con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él [...]”*

Por tanto, cabe afirmar que la nota característica de los pactos de socios o pactos parasociales es que su contenido no va dirigido a ser integrado en el ordenamiento de la persona jurídica, sino que el mismo va dirigido a regular las relaciones obligatorias de quienes son parte del mismo. En otras palabras, los pactos parasociales tienen el propósito de regular los aspectos privados entre los socios en el marco de la vida societaria.

---

<sup>28</sup> (ROJ STS 507/2020; ID Cendoj 28079110012020100106).

<sup>29</sup> Resolución de 24 de marzo de 2010 (RJ 2010\1492) y de 5 de junio de 2015 (RJ 2015\3323).

En lo que respecta a la validez de este tipo de contrato, cabe sostener que no puede ser enjuiciada con el baremo de la imperatividad propia del Derecho de Sociedades, sino que la validez de los pactos parasociales debe ser enjuiciada a la luz de la imperatividad general del Derecho de Obligaciones. Ello implica que los pactos parasociales serán considerados inválidos cuando atenten contra los valores sustantivos del entero sistema jurídico <sup>(30)</sup> y no serán reputados inválidos por contravenir normas pertenecientes al ámbito del Derecho de Sociedades.

La anterior conclusión se encuentra reflejada en la jurisprudencia, traída a colación por la STS de 20 de febrero de 2020, anteriormente mencionada, al citar una anterior sentencia <sup>(31)</sup> del mismo tribunal, de fecha 23 de octubre de 2012, en relación a la validez de los pactos parasociales y afirmando que:

*“En concreto, la sentencia 616/2012, de 23 de octubre, precisó que estos pactos, en lo referente a su validez, "no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias -de ahí gran parte de su utilidad- sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil”.*

Por su parte, la LSC únicamente hace una referencia este tipo de pactos en su artículo 29, disponiendo que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad. Por consiguiente, como podemos observar, la Ley no se dedica a regular extensamente el contenido y características de este tipo de acuerdo, solamente establece una regla que cabe traducir a los siguientes términos.

Los pactos acordados entre los socios con la finalidad de regular sus relaciones internas en la sociedad tienen naturaleza contractual, por ende, tienen eficacia *inter partes*, en virtud del principio de relatividad de los contratos expuesto por el artículo 1091 CC y, conforme a los artículos 1257;1258 y 1278 CC, el contrato se perfecciona entre las partes y deviene obligatorio para ellas, obligatoriedad que se materializa en el principio general de Derecho *pacta sunt servanda*. En caso de contravención, el ordenamiento jurídico prevé como consecuencia jurídica la imposición de la responsabilidad contractual a la parte incumplidora, en virtud de los artículos 1101; 1124 y 1911 CC.

---

<sup>30</sup> Esta es la conclusión expuesta en la obra de Paz-Ares, C. (2003). *El enforcement de los pactos parasociales*. publicado en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, n.º 5, página 21 al manifestar que “...nuestra principal conclusión es que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse con el rasero de la imperatividad propia del derecho de sociedades (la que denominamos «imperatividad tipológica»); ha de enjuiciarse única y exclusivamente con el rasero de la imperatividad general del derecho de obligaciones (que denominamos «imperatividad sustantiva»). Esto significa que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario (por ej., la prohibición de unanimidad o de voto plural); solamente lo son si atentan contra valores sustantivos del entero sistema (por ej., prohibición de pactos leoninos o exigencias de la buena fe)”.

<sup>31</sup> (ROJ STS 6729/2012; ID Cendoj 28079110012012100599).

Conforme a lo precedente cabe afirmar que, como regla general, las relaciones jurídicas contractuales son inoponibles frente a terceros, lo que se traduce en nuestro caso en que la sociedad mercantil CerTronic, como sujeto de derecho con personalidad jurídica propia y autónoma, ha de ser considerada como un tercero ante los pactos parasociales celebrados entre una porción de los socios y no entre la totalidad de ellos, según lo dispuesto por el artículo 29 LSC, dado que el acuerdo se mantiene “reservado” entre los socios partes del contrato y porque la sociedad en dicha relación jurídica ocupa la posición de un tercero.

Llegados a este punto, debemos hacer un breve inciso sobre el concepto “reservado” expuesto en el artículo 29 LSC para conocer hasta qué punto el pacto parasocial es inoponible a la sociedad. Conforme a lo expuesto por Martínez Rosado, J. <sup>(32)</sup>, “[L]as cosas encajan si se parte de la base de que con el término “reservado” se alude a los pactos celebrados o suscritos al margen del contrato social <sup>(33)</sup>; pacto reservado quiere decir, pues, pacto extraño Derecho corporativo <sup>(34)</sup>, que el pacto (contrato) entre socios no surte efectos frente a la sociedad salvo en los casos en que dicho pacto sea necesario para el ejercicio de una determinada facultad o derecho <sup>(35)</sup>”.

Entonces, a diferencia de lo que ocurre con las escrituras sociales y los estatutos sociales, los socios que no formen parte del pacto parasocial podrán ignorar su contenido, ya que no les vincula en virtud de la eficacia *inter partes* de los contratos incluso aunque conozcan su existencia y contenido.

Supuesto distinto es cuando el pacto parasocial ha sido suscrito por todos los socios, es decir, cuando el pacto parasocial puede denominarse pacto “omnilateral”. En estos supuestos la fundamentación basada en el principio de relatividad de los contratos para sostener la inoponibilidad de los pactos reservados entre los socios frente la sociedad decae al coincidir las partes del pacto y las partes de la sociedad.

---

<sup>32</sup> Martínez Rosado, J. (2017). *Los pactos parasociales*. Página 167. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid.

<sup>33</sup> En el mismo sentido Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R. *Comentario al art. 7 LSA*, cita., pág. 115, quienes añaden que “lógicamente, la sociedad no puede ser considerada tercero respecto de unos pactos que constan en su propio acto fundacional”; Vaquerizo, A. *Comentario al art. 29 LSC*. cta., pág. 397, y Tapia, A. *Comentario al art. 7 LSA*. cit., pág. 252: la finalidad del antiguo artículo 7 LSA era impedir que los pactos no incorporados a la escritura produjeran efectos entre la sociedad y los socios.

<sup>34</sup> J. Garrigues y R. Uría, “*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*”, cit., pág. 156, en relación con el término “reservados” que utilizaba la antigua redacción del art. 119 del Código de Comercio y que entendemos que tiene el mismo significado que el empleado en el artículo 29 LSC en tanto pacto que no figura en la escritura ni en los estatutos. El art. 119 mencionado establecía que los socios “no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deben constar en la escritura social”.

<sup>35</sup> (RJ 2016/2455), fundamento jurídico cuarto.

En relación a esta cuestión Paz-Ares, C. <sup>(36)</sup> sostiene que el quebranto de la inoponibilidad de los pactos entre socios a la sociedad ha de fundamentarse conforme a dos condiciones que han de concurrir, debiendo existir tanto la relatividad subjetiva (cuando todas las partes del pacto parasocial y las partes del contrato de sociedad mercantil coinciden) como la relatividad objetiva (los compromisos asumidos bajo un determinado régimen jurídico, -el de los pactos parasociales- no pueden ser hechos efectivos más que bajo ese régimen). Por su parte, la relatividad objetiva, según el autor, tiene que ver con la consistencia de lo convenido, con la voluntad contractual plasmada en el pacto parasocial, de forma que nadie puede por la vía societaria obtener más de lo que puede conseguir por la vía obligacional o contractual, y es por ello que la relatividad objetiva quiebra la inoponibilidad de los pactos parasociales “*cuando los resultados que proporciona el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los que garantiza el ordenamiento contractual*” <sup>(37)</sup>.

Concluye el autor afirmando que “*cuando concurren las dos condiciones anteriormente vistas –coincidencia subjetiva de partes de los pactos parasociales y del contrato de sociedad y coincidencia objetiva de los resultados del derecho de obligaciones y del derecho de sociedades-, la regla de la oponibilidad queda privada de la base o finalidad que la justifica y, por tanto, deja expedita la vía para acudir al ámbito societario al objeto de hacer efectivos los pactos parasociales: cessante ratio legis, cesat lex ipsa*”<sup>(38)</sup>.

Por lo tanto, cabe sostener que mientras todas las personas que forma parte del contrato de sociedad mercantil no sean las mismas personas que forman parte del pacto parasocial, es decir, mientras no se dé la relatividad subjetiva, el pacto parasocial es inoponible frente la sociedad. Esto es lo que sucede en el supuesto valorado en este informe, dado que las socias D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón nunca otorgaron su consentimiento para formar parte del pacto parasocial al no otorgar su firma.

Una vez asentado, con el afianzamiento de las citas anteriormente expuestas, que los pactos parasociales encuentran su naturaleza jurídica dentro del ámbito del Derecho General de Obligaciones, siendo contratos cuyas normas jurídicas sustantivas son las propias del Derecho Civil de Obligaciones y Contratos, nos conlleva a afirmar que en relación al contrato de sociedad mercantil se encuentran en planos distintos, aunque están funcionalmente conectados.

Por consiguiente, hemos de concluir que la contravención a lo previsto por el pacto parasocial, mientras se mantenga como un pacto reservado entre los socios, acarrea a las partes del mismo las consecuencias previstas por la responsabilidad contractual y le son aplicables los remedios contractuales previstos por el ordenamiento jurídico, siendo de aplicación mecanismos tales como la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1101 CC y siguientes), la acción de

---

<sup>36</sup> Paz-Ares, C. (2003). *El enforcement de los pactos parasociales*. publicado en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, n.º 5, página 36.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 37.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 38.

cumplimiento (artículo 1096 CC y siguientes), la conminación al deudor para que cumpla su obligación de hacer personalísima (artículo 709 Ley de Enjuiciamiento Civil), entre otros <sup>(39)</sup>. Conforme a ello, y en virtud del principio de la relatividad de los contratos y de los requisitos esenciales de los contratos expuestos por el artículo 1261 CC, la contravención de las previsiones del pacto parasocial no puede acarrear consecuencias desde el punto de vista del Derecho de Obligaciones y Contratos para las socias D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón porque hasta que no otorguen su consentimiento, no forman parte del pacto parasocial.

En otro orden de cosas, y entrando a lo que nos incumbe, dado que se introdujo como prestación accesoria en los Estatutos Sociales de CerTronic la obligación de suscribir el pacto para social, hemos de hacer referencia a las implicaciones que tiene el incumplimiento de dicha prestación. Para desentrañar las posibles consecuencias que puede acarrear la contravención de las prestaciones accesorias, en el particular caso de la Sociedad Anónima, analizaremos la naturaleza jurídica de las mismas y las consecuencias que la Ley y los estatutos prevén para el caso de incumplimiento.

Iniciando por el concepto de las mismas, cabe definir las como aquellas obligaciones a cargo de todos o algunos de los socios que son distintas de la principal de realizar las aportaciones comprometidas por cada uno de ellos y, por tanto, no integran el capital social <sup>(40)</sup>.

Desde el punto de vista legal, el artículo 86 LSC establece el carácter estatutario de dichas obligaciones. El precepto declara que en las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias en los estatutos sociales, expresando su contenido concreto y determinando, si se realizan de forma gratuita o mediante retribución, así como la previsión de que los estatutos sociales han de presentar las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento. Por su parte, el artículo 127 del RRM dispone que los estatutos detallarán su régimen, debiendo la cláusula estatutaria que establece la prestación accesoria detallar su contenido, indicar el carácter o gratuito y determinar las acciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas, así como las consecuencias de su incumplimiento y las eventuales cláusulas penales aplicables en dicho caso.

Esta última cuestión resulta jurídicamente relevante para nuestro asesoramiento porque, como se explicará más adelante, si los Estatutos Sociales de una Sociedad Anónima que incorporan las prestaciones accesorias no establecen una cláusula penal para determinar las consecuencias del incumplimiento, el incumplimiento de las prestaciones accesorias quedará exento de las consecuencias previstas por el Derecho de Sociedades, dado que el régimen legal vigente no prevé como causa de exclusión del socio, para las Sociedades Anónimas, el incumplimiento de las prestaciones accesorias. No obstante, ello no impide que la sociedad intente exigir responsabilidad por daños y perjuicios provenientes del incumplimiento contractual, cuestión

---

<sup>39</sup> El desarrollo y la explicación sobre la aplicación de dichos remedios en el ámbito del incumplimiento de los pactos parasociales mediante un análisis detallado se encuentra en Paz-Ares, C. (2003). *El enforcement de los pactos parasociales*. Publicado en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, n.º 5, páginas 21-32.

<sup>40</sup> Rojo, A. y Menéndez, A. (2018). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen I, págs. 425-427, Cizur Menor.

que será de difícil articulación para la sociedad en nuestro caso porque la prestación accesoria precisamente consiste en la suscripción del pacto parasocial, y si los socios no forman parte del mismo, parece improbable que pueda ver estimada una pretensión de reclamación de daños y perjuicios con base al incumplimiento contractual.

Adicionalmente, debemos advertir que el apartado tercero de este precepto establece que los estatutos podrán vincular la titularidad de una o varias acciones determinadas a la obligación de realizar las prestaciones accesorias, circunstancia que, analizando los datos expuestos por el supuesto, no concurre en nuestro caso al no mencionar que los estatutos de CerTronic presentan previsión estatutaria que vincula la titularidad de las acciones a la realización de las prestaciones accesorias <sup>(41)</sup>.

La configuración que han de tener las prestaciones accesorias y los requisitos exigidos para la creación, modificación o extinción anticipada de las mismas, no solamente requerirá seguir los cauces de la modificación estatutaria, sino que también se necesita el consentimiento individual de quienes se verán obligados por las mismas <sup>(42)</sup>. En consecuencia resulta evidente que, conforme a lo dispuesto por los artículos 89.1 y 291 LSC, el consentimiento individual de quienes estarán obligados por prestaciones accesorias es un requisito fundamental que debe concurrir <sup>(43)</sup>.

En nuestro supuesto, dicho requisito falta al no haber sido otorgado el consentimiento de las socias a través de su firman, por tanto, la creación de la prestación accesoria no las puede vincular.

---

<sup>41</sup> En caso de obtener más información acerca de las previsiones estatutarias de CerTronic, de forma que podamos conocer si en efecto vincula la titularidad de las acciones al cumplimiento de la prestación accesoria, es una cuestión relevante a tener en cuenta, porque incumplir con la prestación accesoria bajo este supuesto sí acarrea como consecuencia el no poder acceder a o mantener la condición de socio.

<sup>42</sup> Dado que el enunciado facilitado para la elaboración de este informe indica que la obligación de suscribir el pacto parasocial fue incluido a los estatutos sociales, entendemos que se siguieron adecuadamente las previsiones normativas establecidas en el Título VIII de la LSC, relativa a las modificaciones estatutarias y, por tanto, dichos extremos no requieren ser valorados en este informe.

<sup>43</sup> Desde el punto de vista de la jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de julio de 2015 (JUR 2016\108834) en su fundamento jurídico tercero corrobora la anterior premisa al afirmar que: *“por su parte el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) permite que en los Estatutos Sociales se establezcan, con carácter obligatorio para todos o para algunos de los socios (que pueden ser determinados mediante la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente especificadas), prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando, entre otros extremos, su "contenido concreto y determinado". Se configuran, así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, por lo que su creación, modificación o extinción anticipada exige un acuerdo social adoptado con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos, si bien requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados (art. 89. 2 de la misma Ley)”*.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de las prestaciones accesorias, el artículo 350 LSC prevé para las Sociedades de Responsabilidad Limitada que el incumplimiento voluntario de las prestaciones accesorias es una causa legal de exclusión de los socios para este tipo societario, pero guarda silencio en relación a las Sociedades Anónimas. Por otro lado, en lo que se refiere a la causa de exclusión estatutaria de los socios, el artículo 351 LSC prevé que mediante el consentimiento de todos los socios puedan incorporarse determinadas causas de exclusión, o modificarse o suprimirse las ya existentes.

Por tanto, en relación al artículo 350 LSC cabe argumentar que la consecuencia jurídica de excluir a aquellos socios que incumplan voluntariamente las prestaciones accesorias no se extiende a las Sociedades Anónimas porque así lo ha decidido la voluntad del Legislador.

El argumento anterior se sostiene sobre la base de traer a colación el artículo 98 de la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, porque el contenido es exactamente igual al artículo 350 LSC. Sumado a lo anterior, cabe argumentar que el Legislador voluntariamente rechazó la posibilidad de extender dicha consecuencia jurídica a las Sociedades Anónimas porque tuvo la oportunidad de incluir esta previsión y así unificar el régimen de causas legales de exclusión para los tipos societarios al momento de elaborar el actual Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cuestión que en definitiva no hizo teniendo la oportunidad para ello (<sup>44</sup>).

También, se refuerza esta interpretación al atender al contenido del artículo 190.1 párrafo segundo LSC, dado que la prohibición de ejercitar el derecho de voto al socio incurso en un conflicto de interés en el supuesto de adoptar un acuerdo que tenga por objeto excluirle de la sociedad solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las

---

<sup>44</sup> Este argumento cobra mayor peso al tener en cuenta, por un lado, que el artículo 3.1 CC dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con su contexto, por tanto, al atender a una interpretación literal del artículo 350 LSC este solamente menciona a las sociedades de responsabilidad limitada y, por el otro, según los antecedentes históricos y legislativos, lo que nos lleva a mencionar que la regulación prevista en los artículos 22 a 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se extiende a las Sociedades Anónimas tras la entrada en vigor de la LSC, dado que Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas únicamente contenía dos preceptos aislados en esta materia, siendo los artículos 9 letra L) y 36.1 *in fine*, quedando unificado el régimen para los tipos societarios en el artículo 86 LSC. En el artículo 88.2 LSC se establece una diferencia entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, diferenciando el órgano competente para autorizar la transmisión de las acciones o participaciones con prestaciones accesorias, siendo la junta general para las Sociedades de Responsabilidad Limitada mientras que para la Sociedad Anónima es el órgano de administración, salvo disposición contraria en los Estatutos. También, se unifica el régimen en materia de modificación de la obligación de realizar prestaciones accesorias del artículo 89 LSC. Por lo tanto, el Legislador al unificar las regulaciones en esta materia y establecer diferenciaciones entre los tipos societarios dentro del mismo régimen unificado, demuestra su voluntad al mencionar explícitamente que el régimen del artículo 350 LSC únicamente está previsto para las Sociedades de Responsabilidad Limitada y no incluir a la Sociedad Anónima, pudiendo haber unificado el régimen de causas de exclusión legal para ambos tipos societarios, cuestión que decidió no hacer.

correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la exclusión. Por lo tanto, este precepto prevé como presupuesto para la exclusión de los socios en la Sociedad Anónima la necesidad de establecer una cláusula estatutaria para ello.

En relación al artículo 351 LSC, con la información que se dispone para la elaboración de este informe desconocemos si los Estatutos Sociales de CerTronic incluyen una cláusula estatutaria de exclusión de los socios por el incumplimiento de las prestaciones accesorias. En caso de respuesta afirmativa, el incumplimiento de las prestaciones accesorias permitirá instar el procedimiento previsto por el artículo 352 LSC para la exclusión de los socios. En caso de respuesta negativa, se mantiene la conclusión anterior, el incumplimiento de la prestación accesorias no acarrea consecuencias para las socias incumplidoras desde el punto de vista del Derecho de Sociedades.

### **Conclusión:**

Una vez asentado que los pactos para sociales son un contrato que se mantiene al margen de la sociedad, siendo inoponibles ante ella conforme al artículo 29 LSC, y siempre que no concurren los requisitos establecidos al comienzo de esta sección del informe (relatividad objetiva y relatividad subjetiva), su regulación y eficacia jurídica queda al margen de lo solicitado por las socias en este informe.

Lo que nos incumbe en esta sección es la regulación de las prestaciones accesorias, por tanto, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 89 y 291 LSC, cabe afirmar, por un lado, que la prestación accesorias prevista en los estatutos de CerTronic y que tiene por objeto de la prestación la suscripción del pacto parasocial, es una obligación suficientemente determinada que debe ser individualmente consentida y asumida por cada socio. Por consiguiente, para que Doña Amparo se encuentre vinculada por la prestación accesorias, debió ser individualmente consentida por su parte al momento de crearse e incorporarse al estatuto social. Para el caso de Doña Lidón, la prestación accesorias debió ser individualmente consentida por su parte al momento de aceptar adquirir la condición de socio.

Resulta relevante conocer con mayor detalle los estatutos sociales de CerTronic, con la finalidad de poder conocer si las acciones vienen vinculadas a la realización de la prestación accesorias, de forma que, en caso de ser así, la adquisición de la condición de socio queda condicionada a la realización de la prestación accesorias. En caso contrario, la condición de socio se adquiere con la titularidad de la acción.

Adicionalmente, es importante conocer si la cláusula estatutaria que incorpora las prestaciones accesorias establece una cláusula penal que prevea las consecuencias de su incumplimiento dado que desde el punto de vista legal del incumplimiento de la prestación accesorias, el artículo 350 LSC no incluye a las Sociedades Anónimas como parte de su regulación sobre las causas legales de exclusión, a diferencia de lo que sí ocurre en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde el incumplimiento voluntario de las prestaciones accesorias configura una causa legal de exclusión del socio. Por lo tanto, en virtud del artículo 351 LSC, será necesario

tener en cuenta si se han incluido causas estatutarias de exclusión de los socios que prevean como causa estatutaria de exclusión el incumplimiento de las prestaciones accesorias y, en caso de no existir dicha cláusula, el incumplimiento de las prestaciones accesorias no puede dar lugar a la exclusión de las socias.

En conclusión, partiendo de que los Estatutos Sociales de CerTronic no tienen incorporados una cláusula penal inherente al incumplimiento de las prestaciones accesorias que vincule a Doña Amparo y Doña Lidón, el incumplimiento de esta prestación accesorias no acarrea consecuencias jurídicas del Derecho de Sociedades para las socias dado que ni la Ley, para el caso de la Sociedad Anónima, ni los Estatutos prevén una consecuencia jurídica en caso de incumplimiento.

## **2.2) La posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.**

El cargo de administrador comporta la sujeción de quien lo ocupa a un conjunto de deberes, expuestos en los artículos 225 y 227 LSC. Éstos delimitan las pautas o criterios de actuación que han de cumplir los administradores en el desempeño de sus funciones y sirven, en caso de incumplimiento, para fundamentar su eventual responsabilidad.

Los mencionados deberes se reducen a dos deberes básicos, el deber de diligencia y el deber de lealtad. Debido a las exigencias del contenido del informe, en esta sección únicamente analizaremos la posibilidad de alegar el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores. Por tanto, hemos de iniciar nuestro análisis sobre el deber de lealtad partiendo del artículo 227 LSC, caracterizado por establecer el estándar base que servirá de guía para el administrador y dicho estándar se traduce en llevar a cabo el desempeño de sus funciones de administrador con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

La exigencia de ser un fiel representante o representante leal, es el criterio principal que orienta la actuación de los administradores bajo este deber, por ello, para alcanzar el cumplimiento de dicho estándar de actuación, el representante leal tiene el deber promover y defender los intereses de las personas a las que representa y le exige anteponer éstos intereses por encima de los suyos propios, en particular, cuando unos y otros entran en conflicto. El deber de diligencia se centra en la creación del valor y el deber de lealtad se ocupa del reparto o distribución de ese valor generado y, en consecuencia, el propósito de las normas surgidas de este deber persigue evitar que los administradores puedan ejercitar sus funciones con ánimo de beneficiarse personalmente en perjuicio de los accionistas <sup>(45)</sup>.

Conforme a lo precedente, el contenido del deber de lealtad ha de formularse de forma que sus principales manifestaciones han de distinguir entre el conjunto de obligaciones sustantivas de este deber, derivadas del artículo 228 LSC, siendo verdaderas prohibiciones absolutas e incondicionales, y el conjunto de obligaciones instrumentales referidas al concreto *deber de evitar situaciones de conflicto de interés* surgidas del artículo 228 letra E) y desarrolladas por el artículo 229 LSC y, al contrario de lo que ocurre con el primer conjunto de obligaciones, las instrumentales pueden ser objeto de dispensa en casos singulares, según establece el artículo 230.2 LSC.

Dentro de las obligaciones sustantivas, el artículo 228 LSC incluye en sus apartados: el deber general de no ejercitar las facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidos, el cual va dirigido a conjurar, entre otras cosas, los supuestos de abuso de facultades o de “desviación de poder”; el deber de secreto sobre las informaciones y datos a los que el administrador tenga acceso en el ejercicio de su cargo; el deber de abstenerse en la

---

<sup>45</sup> Rojo, A. y Menéndez, A. (2018). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen I, pág. 506, Cizur Menor.

deliberación y votación de los acuerdos o decisiones en los que tenga un conflicto de interés directo o indirecto, como ocurre en las operaciones con personas vinculadas; la obligación de desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Estas son las obligaciones básicas provenientes del deber de lealtad, cuyo régimen es inderogable e indispensable al configurarse como prohibiciones absolutas e incondicionadas.

En lo que respecta al conjunto de obligaciones instrumentales, surgidas a raíz del *deber de evitar situaciones de conflicto de interés*, éstas se encuentran desarrolladas por el artículo 229 LSC y se configuran mediante un régimen de prohibiciones relativas, pudiendo ser objeto de dispensa la actuación del administrador que contravenga las manifestaciones surgidas de este específico deber, pero no de una forma genérica dispensando cualquier futura actuación del administrador, sino que la dispensa se ha de otorgar siempre atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

En consecuencia, debemos advertir que una de las particularidades de este régimen regulador de los conflictos de interés entre el administrador y la sociedad es que las exigencias derivadas del conjunto de obligaciones instrumentales pueden ser eventualmente dispensadas por la junta general, por disposición del artículo 230 LSC. Específicamente, el artículo 230.2 LSC prevé que la situación de conflicto de interés del administrador en caso de recibir una ventaja o remuneración por un tercero puede ser dispensado por acuerdo de la junta general.

Con la finalidad de aportar claridad a los conceptos manejados en este informe, hemos de traer a colación la definición que ofrece el artículo doctrinal “*Deber de abstención del socio-administrador y del administrador en situaciones de conflicto de interés en relación con el deber de lealtad en las sociedades de capital*”<sup>(46)</sup> sobre los conflictos de interés directos e indirectos, exponiendo que:

*“Con carácter general, el conflicto de intereses directo se produce cuando un sujeto se encuentra en una situación en la que, por hallarse personalmente interesado en un determinado asunto, tiene dificultades para servir el interés ajeno al que se debe, por imposición de la ley o del contrato. Se habla de conflicto indirecto cuando tales dificultades se producen, por afectar a los intereses directos de otra persona, que se encuentra relacionada, a su vez, con el afectado”.*

Adicionalmente, hemos de afirmar que, en virtud del deber de lealtad, los administradores incurso en un conflicto de interés con el interés de la sociedad vienen obligados a comunicarlo

---

<sup>46</sup> Chamorro Domínguez, M<sup>a</sup> de la Concepción. (2018). *Deber de abstención del socio-administrador y del administrador en situaciones de conflicto de interés en relación con el deber de lealtad en las sociedades de capital*. LA LEY mercantil nº 53, diciembre 2018.

Recuperado de Smarteca en

[https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA12120\\_00000000\\_20181201000000530000?fileName=content%2FDT0000286798\\_20181218.HTML&location=pi-1402&anchor=I900TC0000040839&publicationDetailsItem=SystematicIndex](https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA12120_00000000_20181201000000530000?fileName=content%2FDT0000286798_20181218.HTML&location=pi-1402&anchor=I900TC0000040839&publicationDetailsItem=SystematicIndex)

a los restantes miembros del órgano de administración, y en su caso a la junta, sea tanto un conflicto de interés directo o indirecto y dicha circunstancia debe quedar reflejada en la memoria de las cuentas anuales, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 229.3 LSC.

Dentro del elenco expuesto por el artículo 229 LSC, resulta de gran relevancia para nuestro caso el apartado E, el cual prohíbe al administrador obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad asociadas al desempeño del cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. Esta prohibición aplica en nuestro supuesto porque Vulture, en aras de satisfacer su interés propio, ofrece una retribución con una prima a los miembros del consejo de administración de CerTronic que no sean empleados suyos, por el éxito de la operación de traslado de domicilio, que concluirá con una posterior fusión con su filial Nederlandse Gier-NV.

Al considerar que es contrario al interés social adoptar una decisión que impida a CerTronic seguir desarrollando el objeto social para el cual fue constituida, es decir, una decisión contraria a la causa del contrato de sociedad de CerTronic, como lo es el traslado de domicilio a Holanda porque no contará con actividad empresarial en dicho país, el ofrecimiento de Vulture genera un conflicto de interés en los consejeros ya que de proponer el acuerdo de traslado del domicilio social estarán desempeñando sus competencias como órgano de administración en función de su propio interés, obtener la prima como parte de su remuneración, y no en función de servir al interés de la sociedad, dado que la operación no reporta beneficio alguno para el interés social de CerTronic <sup>(47)</sup>.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a hacer un breve inciso sobre el régimen de retribución de los administradores para articular la argumentación sobre esta causa de conflicto de interés derivado del deber de lealtad del administrador por la retribución ofrecida por Vulture a los miembros del consejo de administración de CerTronic, de esta manera, podremos argumentar que debido a dicha oferta por parte de Vulture, los consejeros de CerTronic se encuentran en una situación de conflicto de interés que tienen el deber de evitar, y en caso de no conseguirlo, incumplirían con las exigencias del deber de lealtad.

---

<sup>47</sup> No obstante, como advertimos anteriormente, el artículo 230.2 LSC contempla la posibilidad de que mediante acuerdo de la junta general se pueda dispensar a los administradores que se encuentren bajo la situación de conflicto de interés de recibir una ventaja o remuneración por un tercero. Sin perjuicio de lo anterior, resulta relevante mencionar que bajo dichas circunstancias y de conformidad con el artículo 190.1 E) LSC, ni Vulture ni D. Antonio Falomir al ostentar la condición de socio-administrador no podrán emitir su voto en relación a dicho acuerdo de la junta general, al encontrarse en una situación de conflicto de interés como socio que pretende votar sobre un acuerdo que tiene como finalidad dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. En el hipotético caso de darse la situación de que CerTronic convoque una junta general para deliberar y votar sobre la dispensa del deber de lealtad de los administradores y Vulture y D. Antonio Falomir ejerciten su derecho a voto, el artículo 190.2 LSC establece que se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo los votos provenientes de las acciones del socio que se encuentre en alguna de las situaciones del conflicto de interés. Por tanto, los votos emitidos por estos socios serán considerados nulos, por disposición del artículo 6.3 CC, y sustraídos del cómputo por disposición del artículo 190.2 LSC.

Como regla general, el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando un sistema de remuneración, conforme a lo expuesto por el artículo 217.1 LSC. El segundo apartado de este precepto enumera a título enunciativo los distintos sistemas de remuneración que pueden ser contemplados, como puede ser una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable, entre otros posibles sistemas. En cuanto a la fijación de la cuantía de la retribución, se requiere la participación de los órganos sociales, por un lado, se requiere aprobación de la junta general sobre el importe máximo global de la remuneración anual del conjunto de los administradores, y dicha cuantía permanecerá vigente mientras la junta general no decida modificarlo. En lo que respecta a la distribución de la retribución, el reparto entre los distintos integrantes del órgano de administración corresponde en el caso del consejo de administración a los propios consejeros, atendiendo a estos efectos sus respectivas funciones y responsabilidad, salvo que la junta general disponga otra cosa, según dispone el artículo 217.3 LSC.

Adicionalmente, el artículo 217.4 LSC dispone que la remuneración de los administradores deberá guardar, en todo caso, una proporción razonable con la importancia de la sociedad y su situación económica y que el sistema de remuneración establecido esté orientado a promover la rentabilidad y la sostenibilidad de la sociedad a largo plazo.

Por otro lado, el artículo 249 *bis* letra i), establece que son facultades indelegables del consejo de administración las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.

Por lo tanto, podemos apreciar como la LSC remarca la relevancia del sistema de remuneración establecido bajo el marco estatutario, debiendo estar refrendado dicho sistema por la junta general, en aras de establecer de forma tajante que es la sociedad, para quien el administrador según disposición del artículo 227 LSC, desarrolla sus funciones como un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la misma, quien tiene que remunerar al administrador y el caso de que el administrador reciba un ofrecimiento de remuneración u obtención de ventajas por un tercero distinto de la sociedad, configura un supuesto de conflicto de interés que viene obligado a evitar.

Es por ello que, retomando lo expuesto por los artículos 228 E) y 229.1 E) y teniendo en cuenta el régimen de retribución de los administradores, el recibir una prima por el éxito de la operación se extralimita de lo que ha de entenderse por una atención de mera cortesía porque en el contexto de las operaciones mercantiles ello no se reputa como un acto de gentileza ni se puede considerar socialmente adecuado otorgar este tipo de remuneración entendida como un regalo o mera cortesía.

Por tanto, obtener una ventaja o una remuneración asociada al desempeño del cargo de administrador, como lo es el ofrecimiento de una prima por el éxito de la operación de traslado del domicilio social, por un tercero distinto de la sociedad, como lo es Vulture, y teniendo en cuenta que la LSC condiciona la remuneración de los administradores a que ello venga contemplado en los Estatutos Sociales, y en caso de existir un marco estatutario que así lo

prevea tiene que estar circunscrito a un concreto sistema de retribución y haber sido aprobado por acuerdo de la junta general, tanto el concreto sistema de remuneración como la cuantía máxima de la misma, configura una situación de conflicto de interés que debe ser evitada por los integrantes del consejo de administración para no incurrir en el quebrantamiento del deber de lealtad de los administradores.

En conclusión, basándonos en esta norma prohibitiva prevista por el artículo 229.1 E), cabe argumentar que los administradores se encuentran incurso en una situación de conflicto de interés que vienen obligados a evitar, dado que el ofrecimiento de la remuneración con una prima por el éxito de la operación del traslado por parte de Vulture es una remuneración por parte de un tercero distinto de la sociedad que va más allá de una atención de mera cortesía. Adicionalmente, adoptar dicho acuerdo de traslado choca frontalmente con el interés de CerTronic porque persigue trasladarla a un Estado donde no va a desarrollar su objeto social dado que no tiene actividad mercantil en Holanda y va a ser fusionada con una filial de Vulture, donde los Estatutos de dicha filial otorgan derechos de votos dobles a aquellos socios con más de dos años en la sociedad, cuestión que únicamente beneficia a Vulture al otorgarle un mayor control de CerTronic una vez fusionada con Nederlandse Gier-NV, porque ninguno de los socios de CerTronic podrán votar doblemente en virtud de dicha cláusula estatutaria, a excepción de Vulture que muy seguramente llevará más de dos años siendo socio de su filial. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo precedente, cabe alegar el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores de CerTronic si sucumben ante el ofrecimiento de Vulture.

### **Conclusión:**

Vulture, al ser un tercero distinto de la sociedad que ofrece una especial remuneración a los integrantes del consejo de administración a cambio de desempeñar su cargo a favor de su interés particular configura una situación de conflicto de interés para los consejeros D. Vicente Badenes, D. José Badenes, D. Antonio Falomir y para el mismo Vulture, quien tiene representación designada en el consejo de administración. En consecuencia, conforme a los artículos 227, 228 E) y 229.1 E) LSC los consejeros, como administradores de la sociedad que son, deben abstenerse de incurrir en dicha situación de conflicto de interés, ya que de lo contrario, no estarán desempeñando su cargo con la lealtad de un fiel representante al no actuar en el mejor interés de la sociedad, dado que el traslado a un país donde no podrá desarrollar su objeto social, entendido como parte integrante del fin común que constituye la causa del contrato de sociedad, no puede considerarse una decisión en beneficio del interés social, por tanto, los administradores estarían adoptando decisiones motivadas por el interés propio de recibir la remuneración ofrecida por Vulture, quebrantando en última instancia el deber de lealtad que tienen con CerTronic.

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

El artículo 190 LSC regula los conflictos de intereses en el seno de la junta general de las sociedades de capital. Sin embargo, dicho precepto no aporta definición alguna acerca del concepto del conflicto de interés, por ello, partiremos de la definición expuesta en la sección anterior del trabajo. El conflicto de interés bajo este contexto se caracteriza por ser una oposición o colisión entre los intereses de la sociedad y los intereses del socio, y se materializa cuando, con relación al contenido de un acuerdo social, el socio tiene un interés particular en contraposición al interés social, de tal forma que la satisfacción de uno conlleva el sacrificio del otro.

Cabe sostener que los cuatro primeros supuestos del artículo 190.1 LSC (letras A, B, C y D) el destinatario de la norma es cualquier socio, mientras que en el supuesto previsto por la letra E) compete al socio-administrador, dado que lógicamente el dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad es un supuesto que exclusivamente aplica al socio que a la vez sea administrador. Por ello, en caso de que producirse las situaciones de conflicto de interés previstas por el precepto, conforme a las exigencias de la buena fe, surge para el socio el deber de abstenerse de votar sobre los acuerdos que le generan un conflicto de interés entre su interés propio y el interés social. En caso de que el socio no obrara con buena fe o incurriera en un error excusable, cabe sostener que, tras una correcta apreciación de la existencia del conflicto, el presidente de la junta general tiene competencia para privar del derecho de voto al socio incurso en el conflicto de interés.

En el supuesto de que el socio incurso en alguno de los supuestos previstos por el artículo 190.1 LSC tendrá como consecuencia la nulidad del voto emitido, teniendo en cuenta que la emisión del voto se trata de un negocio jurídico de carácter unilateral y contrario a una ley imperativa, según expone el artículo 6.3 CC en relación con el artículo 190.1 LSC. No obstante, la nulidad del voto no implica automáticamente la nulidad del acuerdo de la junta general, tendrá que dilucidarse para ello si el voto emitido por el socio incurso en el conflicto de interés es determinante para la adopción del acuerdo, ya que, de serlo, no debe existir duda en cuanto a la nulidad del acuerdo.

Por lo tanto, el legislador establece una lista cerrada de situaciones en las que el socio no puede votar y al mismo tiempo, establece reconoce que pueden existir otras situaciones de conflicto, que no encuentran su acogimiento en la lista expuesta por el artículo, respecto a las cuales la norma permite al socio incurso en una situación de conflicto podrá participar en la votación.

Asimismo, tras analizar los distintos supuestos que enumera el artículo, únicamente el artículo 190.3 LSC resulta de aplicación a nuestro caso, por consiguiente, si uno algunos de los socios de CerTronic se encuentra incurso en una situación de conflicto de interés no prevista por los

supuestos del primer apartado, estos no se verán privados de ejercer su derecho de voto. A su vez, la norma establece que cuando el voto de aquellos socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo social, corresponderá en caso de impugnación del acuerdo social a la sociedad y a los socios afectados por el conflicto demostrar que el acuerdo se hace en virtud del interés social y, en contraposición, establece que aquellos socios que impugnen el acuerdo social deberán acreditar la existencia de dicho conflicto.

Por lo tanto, la norma anteriormente citada ofrece soluciones de dos tipos, una solución *a priori* que impide votar a los socios incurso en las situaciones previstas por el artículo 190.1 letras A a E LSC, y en caso de haber emitido los votos estando incurso en el conflicto de interés los sustrae del computo para alcanzar la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo, de conformidad con el artículo 190.2 LSC, y como solución *a posteriori* establece la posibilidad de impugnar el acuerdo adoptado cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo. Bajo esta segunda situación, establece la inversión de la carga de la prueba, cuestión que implica para el demandante (previsiblemente a las socias D<sup>a</sup> Amparo y D<sup>a</sup> Lidón) que le baste con probar el conflicto de interés y, por el contrario, la sociedad y los socios incurso en conflicto de interés deberán demostrar la conformidad del acuerdo con el interés social.

Por otro lado, atendiendo a la configuración del artículo 190.3 LSC cabe establecer una diferencia en relación al conflicto de interés previsto por los artículos 228 y 229 LSC, y es que los socios no desempeñan un cargo o función en interés de otra persona como un fiel representante, sino que los socios al votar ejercitan un derecho conferido por su participación social, cuestión que permite ejercitar el derecho de voto en función del interés propio, teniendo como límite el ejercer su derecho a costa de sacrificar o perjudicar el interés de la sociedad. Por tanto, la fidelidad del socio nace del marco contractual que los vincula, del contrato de sociedad mercantil, y en aras de dicho marco contractual, la buena fe contractual implica la consideración de los intereses de los demás socios y de la sociedad. Es por ello que la LSC no obliga a abstenerse de las situaciones de conflicto con la misma rigidez para los socios y para los administradores, dado que para los primeros prevé una enumeración cerrada de los supuestos en los que el socio no podrá ejercer su derecho de voto y para los segundos establece un mecanismo que los constriñe a abstenerse de incurrir en cualquier supuesto de conflicto de interés, sea directo o indirecto.

Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de febrero de 2017 <sup>(48)</sup> recalca que la ley prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del artículo 231 LSC (personas vinculadas a los administradores) como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del artículo 229.1 LSC. En relación a los socios, manifiesta que el artículo 190 LSC únicamente prohíbe el derecho de voto al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas al entender que el conflicto indirecto de intereses para los socios no viene incluido en la LSC. Ello refuerza lo anteriormente expuesto sobre la diferencia en

---

<sup>48</sup> (RJ 2017\396).

relación al conflicto de interés entre los administradores y los socios, dado que el ordenamiento jurídico será más rígido con el primero, al obrar desempeñando una función en interés de la sociedad como su fiel representante pudiendo existir conflicto de interés directo o indirecto, y menos estricto con el segundo ya que al votar está ejercitando un derecho que puede estar alineado con los intereses de la sociedad o no.

Así pues, fuera de los casos del artículo 190.1 LSC aplica el artículo 190.3 LSC, como ocurre en nuestro supuesto al no circunscribirse con ninguno de los expuestos en la lista cerrada del artículo 190.1 LSC. Por ello, por evidente y palpable que sea el interés propio que busca satisfacer Vulture a través del acuerdo de traslado del domicilio social para conseguir un mayor control de CerTronic al fusionarla con Nederlandse Gier-NV, Vulture en su condición de socio podrá votar, pero ello no impedirá la facultad que tienen los demás socios legitimados y de los administradores para impugnar los acuerdos que consideren contrarios al interés social.

### **Conclusión:**

Dado que el artículo 190 LSC establece una lista cerrada de los supuestos que configuran el conflicto de interés para los socios y debido a que ninguno de los supuestos expuestos en el precepto concurren en nuestro caso, debido a que el acuerdo que va a ser votado en junta general por los socios que potencialmente pueden incurrir en el conflicto de intereses no versa sobre la autorización de transmisión de las acciones sujetas a restricción legal o estatutaria, ni excluirles de la sociedad, ni librarles de una obligación o concederles un derecho, ni facilitarles algún tipo de asistencia financiera ni dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, no queda más alternativa que acudir a la regla de inversión de la carga de la prueba prevista por el artículo 190.3 LSC para impugnar dicho acuerdo y, por lo tanto, en caso de que los socios incurso en potenciales conflictos de intereses no decidan abstenerse de votar, al impugnar el acuerdo social, será CerTronic y los socios incurso en el conflicto de interés que hayan votado favorablemente quienes tendrán la carga de demostrar que el acuerdo persigue la consecución del interés social. No obstante, recae sobre Doña Amparo y Doña Lidón la tarea de acreditar el conflicto de interés de los socios que votaron a favor del acuerdo.

## **2.4) Impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.**

El precepto que las socias deben invocar en esta materia es el artículo 204.1 LSC, el cual en su primer párrafo establece, como categoría general, que los acuerdos impugnables son aquellos que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Por tanto, cabe impugnar los acuerdos que contravengan una regla de carácter imperativo prevista en la Ley, una norma estatutaria o cualquier otra norma jurídica que sea vinculante para la sociedad o que lesiones el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros <sup>(49)</sup>.

El segundo párrafo destaca, como subcategoría de la general, la posibilidad de impugnar aquellos acuerdos que se consideran contrarios al interés social por haber sido impuestos de manera abusiva por la mayoría, aun cuando estos acuerdos no causen daño al patrimonio social. Y se considera que el 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. Por tanto, de conformidad con la formulación que presenta el párrafo del artículo 204.1 LSC, puede producirse la lesión al interés social cuando el acuerdo, aun sin causar daño alguno al patrimonio social, se imponga de manera abusiva por la mayoría, y la imposición abusiva de la mayoría se presume por la ley cuando el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad y se adopte en interés propio y en detrimento injustificado de los restantes socios.

Esta causa de impugnación está orientada a impedir una actuación abusiva o desleal por parte de los socios mayoritarios. En otras palabras, una de las distintas finalidades de esta causa de impugnación es proteger a los socios minoritarios del uso del poder de voto de los socios mayoritarios para imponer acuerdos en su propio interés y en detrimento injustificado de los demás socios. Los supuestos más característicos de esta categoría de acuerdos impugnables son aquellos en que los socios mayoritarios se valen de sus votos en la junta para imponer de forma abusiva acuerdos que les benefician de forma directa o indirecta y que comportan un correlativo perjuicio para la sociedad y para los demás socios, como lo es el atesoramiento de beneficios

---

<sup>49</sup> Por otro lado, es importante tener en cuenta que la Ley excluye la posible impugnación de los acuerdos en distintos supuestos como consecuencia de los efectos que puede tener la impugnación desde el punto de vista de la estabilidad y la seguridad jurídica de los acuerdos sociales, cuestión que influye en la propia actuación de la sociedad en el tráfico y también para evitar posibles impugnaciones interesadas o innecesarias que no respondan a ningún fin ni interés legítimo. El apartado segundo del artículo 204 LSC es consecuente con lo anteriormente expuesto, dado que cuando sea un vicio meramente formal (v.gr., defectos en la convocatoria), no procederá la impugnación de un acuerdo cuando este haya sido ratificado o convalidado a través de otro posterior que, reiterando su contenido, corrija o evite el defecto inicial. En consecuencia, es posible que la impugnación sea declarada improcedente cuando los defectos que fundamentan la impugnación recaigan sobre requisitos procedimentales que no tengan un carácter relevante o se adopte un nuevo acuerdo que elimina o sustituye al acuerdo previo irregular.

al no repartir dividendos con la finalidad de forzar la salida del minoritario o ampliaciones de capital que no respondan a una necesidad real de financiación <sup>(50)</sup>.

Desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales, cabe citar el fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Granada, de 16 de febrero de 2015 <sup>(51)</sup> dado que enumera los requisitos que han de concurrir para pretender la estimación de esta causa de impugnación<sup>(52)</sup>:

- 1) Demostrar que el acuerdo no obedece a una necesidad razonable de la sociedad.
- 2) Existe una mayoría que adopta el acuerdo en interés propio y por tanto una minoría que discrepa.
- 3) Existe un detrimento injustificado de los demás socios <sup>(53)</sup>.

---

<sup>50</sup> Así lo enuncia como parte de los supuestos paradigmáticos el propio Comité de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (creada por el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013 y publicado por la Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo) que elaboró la propuesta de la que procede la reforma de la LSC, la cual en su página 29 menciona que “[L]a tercera —especialmente relevante— se basa en la ampliación del concepto de interés social. Con frecuencia, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, a la vista del tenor literal de la norma reguladora de las causas de impugnación, se han resistido a incluir dentro de las infracciones del patrimonio social aquellos casos en que los acuerdos, aun cuando no afectan negativamente al interés social, resultan injustificadamente lesivos para los accionistas minoritarios (aumentos de capital no necesarios para el desarrollo de la empresa y planificados única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes de no distribución de dividendos, etc.). Es cierto que, en algunas ocasiones, al problema se le ha encontrado remedio canalizando su tratamiento por la vía del abuso del derecho y configurándolo como abuso de mayoría. No obstante, el desarrollo de esta doctrina es aún muy incipiente. En opinión de esta comisión, resulta, por ello, oportuno eliminar los obstáculos formales o literales existentes en la normativa actual consagrando expresamente este supuesto como causa de impugnación, lo que facilitará —en línea con otras experiencias comparadas— la lucha contra prácticas societarias que constituyen abusos flagrantes”.

<sup>51</sup> (JUR 2015\61289).

<sup>52</sup> Por su parte, el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° de Madrid de 10 de octubre de 2019 (JUR 2019\295113) en su fundamento jurídico cuarto corrobora dicha enunciación al afirmar que los requisitos legalmente exigibles para esta causa de impugnación de acuerdos sociales los siguientes:

- 1) Que los acuerdos sociales impugnados fueron impuestos por la mayoría;
- 2) Que los acuerdos sociales impugnados fueron impuestos de forma abusiva ya que (a) responden exclusivamente al interés propio de Fininvest (accionistas mayoritarios en el caso juzgado); (b) se adoptaron en detrimento injustificado de VIVENDI (accionista minoritario en el caso juzgado) y con la clara finalidad de perjudicar sus legítimos intereses en tanto que accionista; y (c) los acuerdos sociales adoptados no responden a ninguna necesidad razonable de la sociedad.

<sup>53</sup> Añade la sentencia que: “Este detrimento no ha sido desarrollado por el legislador, pero se conecta con la lesión del interés social (aún sin carácter patrimonial) que a su vez produce un favorecimiento del interés propio de quienes lo adoptan con una minoría que discrepa y que ve lesionado su propio interés”.

En vista de los requisitos enunciados, al observar que son los iguales pero en diferente orden podemos conglomerarlos de forma que podamos canalizar nuestras pretensiones, adaptando lo expuesto por las resoluciones judiciales a nuestro supuesto, afirmando que el acuerdo se vulnera el interés social al haber sido impuesto por la mayoría abusivamente porque el traslado del domicilio social de CerTronic a Países Bajos no es una necesidad razonable, desde el punto de vista empresarial, que requiera ser satisfecha por CerTronic; porque Vulture lo acuerda en su propio interés por el mayor control sobre CerTronic que el traslado de domicilio y la posterior fusión con Nederlandse Gier-NV le supone; y porque en el hipotético caso de ser una necesidad razonable de CerTronic, al atender a los resultados globales de la operación, analizando las ventajas y los inconvenientes, las hipotéticas ventajas conseguidas para CerTronic no guardan proporción con el hipotético detrimento que supone para los demás socios, que es mucho mayor, cuestión que, en definitiva, hace que el acuerdo de traslado de domicilio social suponga detrimento injustificado para los demás socios.

De igual forma, el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° de Madrid anteriormente citado realiza tres relevantes precisiones que debemos tener en cuenta, siendo:

*“En primer lugar, la mayoría puede en principio adoptar los acuerdos que tenga por convenientes con dos límites fundamentales: (i) que el acuerdo no implique un intento de obtener el socio mayoritario ventajas particulares a costa del patrimonio social; y (ii) que el acuerdo no perjudique de forma especial a la minoría.*

*En segundo lugar, tras la reforma del régimen de impugnación de acuerdos sociales llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se consagra el abuso de la mayoría como causa de impugnación, sin que sea ya preciso acudir a la construcción doctrinal del abuso del derecho, ni sea ya preciso acreditar la lesión al patrimonio social.*

*En tercer lugar, la referencia a la "lesión del interés social" es insoslayable y constituye un eje fundamental de cualquier análisis. En este sentido, debe recordarse que la lesión al citado interés social puede ser tanto actual como potencial y así lo ha recalcado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias (v.gr., STS núm. 991/2012 de 17 de enero (RJ 2012/4981); STS núm. 400/2007 de 12 abril. RJ 2007\2410). Y hay lesión "potencial" cuando sin tener constancia materializada, pueda tener lugar un "daño potencial" conforme a una previsión o prognosis razonable”.*

Y, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre 2011 (<sup>54</sup>) expone en relación con los acuerdos impuestos por la mayoría de forma abusiva que:

*“Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés*

---

<sup>54</sup> (RJ 2012\3521).

*del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil ( LEG 1889, 27 ) , son contrarios a la ley” (55).*

Por lo tanto, la existencia de la lesión al interés social es fundamental para que la impugnación del acuerdo prospere. La lesión del interés social tiene lugar cuando los acuerdos son adoptados abusivamente por la mayoría y, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1997 (56) no se requiere que la lesión al interés social sea actual, al no ser necesario que el daño o la lesión efectivamente se produzca, y tenga constancia materializada, ya que es suficiente que exista peligro potencial de que se ocasione, cuestión que hace necesario que se aporten pruebas objetivas y suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, mediante un proceso lógico y racional, que se ocasionará el resultado negativo advertido y denunciado.

En consecuencia, para que el órgano jurisdiccional que vaya a juzgar sobre esta pretensión pueda estimar que el acuerdo lesiona el interés social por ser impuesto abusivamente por la mayoría, resultará primordial aportar aquellas pruebas que demuestren que el acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad; que la adopción del acuerdo social de traslado del domicilio social se acuerda en beneficio propio de Vulture y que las ventajas resultantes de la operación no son tan cuantiosas como las consecuencias perjudiciales para los demás socios, de forma que el detrimento en la posición de ellos se considere injustificado.

Lo anteriormente expuesto es una cuestión que se presenta como obstáculo dado que el concepto de necesidad razonable es un concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, difícilmente podrá establecerse una regla general porque lo que constituye necesidad razonable para la sociedad en unos supuestos, seguramente no lo será para otro supuesto con circunstancias distintas.

Es por ello que al ceñirnos la formulación del precepto cabe sostener dos afirmaciones. En primer lugar, el criterio determinante para considerar que el acuerdo lesiona el interés social es un concepto jurídico indeterminado, lo que nos constriñe a tener en cuenta las circunstancias concurrentes de cada caso. En segundo lugar, la mención del precepto “*aun no causando daño al patrimonio social*” permite argüir que la norma exige algo más que el daño patrimonial para

---

<sup>55</sup> En este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1992 (RJ 1136\2008) 10 de diciembre (RJ 2009\17) , y 770/2011 , de 10 de noviembre (RJ 2012\1372).

<sup>56</sup> (RJ 1997\5823).

configurar la lesión del interés social, siendo necesario verificar si existen razones objetivas que, desde el punto de vista del interés social, justifiquen la adopción del acuerdo social y el sacrificio de la minoría. Por lo tanto, de no existir razones objetivas vinculadas a la promoción, mejora y desarrollo del interés social que amparen la adopción del acuerdo social, cabe afirmar que el acuerdo se adopta con el objetivo de beneficiar a la mayoría, perjudicando a la minoría en el proceso.

Además, con la finalidad de argumentar sobre la concurrencia de los requisitos siguiendo la exposición presentada por la anteriormente citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Granada, y también por el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° de Madrid, aunque variando el orden de presentación de los requisitos, y con el propósito de dotar de claridad a los conceptos jurídicos indeterminados expuestos en el precepto que encierra la causa de impugnación, cabe afirmar lo siguiente.

En primer lugar, para interpretar qué ha de entenderse por necesidad razonable resulta esencial partir del artículo 3.1 CC, el cual prevé como uno de los criterios sobre la interpretación de las normas jurídicas, la interpretación según el sentido propio de sus palabras. La formulación del precepto emplea la palabra *necesidad*, dicho término según el Diccionario de la Real Academia Española presenta varias acepciones, pudiendo entenderse como “*carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida*” o “*aquello de lo que es imposible sustraerse*” o “*peligro o riesgo ante el cual se insta auxilio*”. Por lo tanto, podemos afirmar que la *necesidad* a la que se refiere el precepto se satisface cuando el acuerdo adoptado es requerido para la defensa y conservación del interés social a través del desarrollo del objeto social.

El término *necesidad* se encuentra incluido en la oración “sin que *responda* a una necesidad razonable”, por tanto, la norma no exige de forma aislada que el acuerdo adoptado venga requerido para la defensa y conservación del interés social, sino que la adopción del acuerdo sea una reacción ante la necesidad detectada. El término *razonable*, según el Diccionario de la Real Academia Española, podemos definirlo como algo “*adecuado, conforme a razón*” o “*proporcionado o no exagerado*”.

Al combinar los términos ahora analizados, afirmamos que, a los efectos de valorar si el acuerdo ha sido impuesto de forma abusiva, la frase expuesta en el precepto “*sin responder a una necesidad razonable*” ha de ser interpretada de forma que el acuerdo constituye una respuesta razonable, en el sentido de adecuada y proporcionada, para satisfacer la necesidad detectada por la sociedad (<sup>57</sup>).

---

<sup>57</sup> Sin perjuicio de que la formulación del párrafo segundo del artículo 204.1 utilice “razonable” como el adjetivo calificativo de “necesidad”, carece de sentido referirse a una necesidad “razonable” si por tal, siguiendo las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española, se entiende algo “adecuado o proporcionado”. Aunque podamos afirmar que las necesidades pueden ser reales, potenciales, específicas o concretas, es poco preciso referirse a una necesidad que es “razonable”. Por lo tanto, la formulación del precepto a nuestros efectos tiene mayor sentido si interpretamos que el acuerdo constituye una respuesta “razonable”, en el sentido de adecuada y proporcionada, para satisfacer la necesidad detectada de la sociedad.

En consecuencia, para conocer si el acuerdo adoptado constituye una respuesta razonable para satisfacer la necesidad detectada de la sociedad, será necesario valorar de forma global las consecuencias que se derivan del acuerdo en su conjunto, entendiendo que la respuesta ante la necesidad de la sociedad es razonable si las ventajas que reporta para la sociedad guardan proporción con el detrimento que supone para la minoría. Y, por el contrario, no se podrá considerar que el acuerdo es razonable si existiendo varias alternativas similares que producen una satisfacción en igual medida al interés social ante dicha carencia se opta por aquella que suponga un mayor detrimento para los demás socios, dado que al haber elegido esta alternativa el acuerdo deja de ser proporcionado, al característica inherente del término razonable, y por lo tanto, no responde a una necesidad razonable que justifique el detrimento de los demás socios.

Así pues, se requiere detectar la necesidad que motiva a CerTronic a adoptar un acuerdo de traslado del domicilio social, y en caso contrario, resultará evidente que el acuerdo no responde a una necesidad de la sociedad, sino que se impone de forma abusiva por la mayoría con el detrimento injustificado de los demás socios. Dado que carecemos de un conjunto de datos que nos permitan conocer las potenciales necesidades empresariales de CerTronic, como puede ser el proyecto de inversión de CerTronic, las operaciones empresariales que tiene previstas acometer, la situación de su concreto mercado en España y en Países Bajos o la situación financiera y económica de la empresa, no podemos descartar *a priori* que el acuerdo de traslado responde a una necesidad razonable de CerTronic. Por lo tanto, una vez que dispongamos de mayores datos sobre la actividad empresarial de CerTronic, podremos argumentar con mayor solidez que el traslado del domicilio social no responde a una necesidad razonable.

En segundo lugar, debemos argumentar que el acuerdo se adopta por la mayoría en interés propio, para ello podemos afirmar que el traslado responde únicamente al interés propio del socio mayoritario, Vulture, porque CerTronic no va a tener actividad empresarial en Holanda que permita desarrollar su objeto social en dicho Estado, en cambio, gracias al traslado Vulture podrá llevar a cabo una fusión con su filial Nederlandse Gier-NV, tomando así el control de los activos sociales y fondo de comercio de CerTronic para utilizarlos en beneficio propio porque, además de que CerTronic no va a realizar actividad alguna en Países Bajos, los estatutos sociales de Nederlandse Gier-NV prevén el derecho a un voto doble a los socios con una antigüedad superior a dos años, cuestión que beneficia únicamente a Vulture, dado que los demás socios de CerTronic no tienen una antigüedad de dos años en Nederlandse Gier-NV, y le permitirá obtener un mayor control de la sociedad resultante de la fusión. Ello se traduce en una sustancial pérdida de los derechos políticos de los demás socios como consecuencia del traslado y la consecuente fusión, a cambio de un mayor control político por parte de Vulture<sup>(58)</sup>.

---

<sup>58</sup> La sentencia de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991\1512) en relación con el interés propio que persigue satisfacer el mayoritario considera que “*el requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional: exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta; debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio*”.

Sumado a lo anterior, debemos demostrar que la lesión del interés social presenta un nexo causal con el beneficio obtenido por el socio mayoritario, cuestión que no debe presentar mayor dificultad dado que resulta evidente que el acuerdo de traslado del domicilio social es la causa que genera el beneficio para Vulture a costa del sacrificio del interés social.

En tercer lugar, debemos establecer que dicho acuerdo supone un detrimento injustificado para los demás socios, dado que en ausencia de una razón objetiva que justifique dicho detrimento, debe considerarse que el acuerdo se impuso por la mayoría abusivamente, lesionando así el interés social. Para ello, debemos hacer un juicio en términos de conveniencia preguntándonos si es conveniente para CerTronic realizar el traslado de domicilio y, en caso de serlo, debemos valorar si los resultados beneficiosos para la sociedad justifican el detrimento de los demás socios (<sup>59</sup>).

Por tanto, desde un punto de vista de la actividad empresarial que desarrolla CerTronic, el traslado del domicilio a Holanda no parece del todo conveniente dado que no tiene actividad en dicho país y, por consiguiente, no podrá seguir desarrollando su objeto social. También, podemos argumentar que desde el punto de vista de los derechos de los accionistas de CerTronic, bajo una prognosis razonable, existe una elevada probabilidad de que sus derechos sean vulnerados al prever los estatutos sociales de Nederlanse Gier-NV una cláusula de “lealtad” que atribuye votos dobles a los socios con más de dos años de antigüedad ya que, si tenemos en cuenta que estas clases de acciones de lealtad están diseñadas para blindar los intereses de Vulture una vez llevada a cabo el traslado y la subsiguiente fusión, no parecen existir razones objetivas que permitan afirmar que el traslado del domicilio conviene para CerTronic y que por ello el detrimento de los demás socios se encuentra justificado, más aún, si tenemos en cuenta que el artículo 96.2 LSC prohíbe la emisión de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto y que el artículo 97 LSC obliga a dar un trato igual a los socios que se encuentren en idénticas condiciones, siendo aplicable a esta valoración la doctrina de la lesión potencial del interés social.

Entrando en los aspectos procesales de la impugnación, hemos de advertir sobre el carácter esencial y determinante de los motivos de impugnación invocados por quien impugna el acuerdo social, ya que ello ha de ser resuelto como cuestión incidental de previo pronunciamiento una vez presentada la demanda, conforme al artículo 204.3 LSC. Adicionalmente, es necesario ostentar legitimación activa para la impugnación de los acuerdos sociales, reconocida a los distintos grupos de personas mencionados en el artículo 206.1 LSC. En vista de que las Socias ostentan más del uno por ciento del capital, no cabe duda que ostentan legitimación activa para impugnar el acuerdo social.

---

<sup>59</sup> Los juicios de necesidad y de conveniencia utilizados en este trabajo para la interpretación de la causa de impugnación de acuerdos sociales estudiada son elaboración de Gallego Córcoles, A. (2018). *Revista de Derecho Mercantil* núm. 308/2018. Editorial Civitas, S.A. Aranzadi., quien basa sus argumentos en la doctrina alemana de los años 70 y 80, consistentes en determinar si la lesión a la minoría es realmente *necesaria* o, de no serlo, si es adecuada o proporcionada en atención al interés social y al interés de los socios minoritarios.

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, el artículo 206.3 LSC dispone que las demandas sobre impugnación de los acuerdos sociales deben dirigirse contra la sociedad, y en relación al plazo de interposición de la demanda y el cauce para la interposición, el artículo 205.1 LSC sujeta la acción de impugnación a un plazo de caducidad de un año y los artículos 207.1 LSC y el 249.3º LEC disponen que ha de tramitarse conforme a las reglas del juicio ordinario.

La LEC prevé algunas medidas cautelares específicas para estos procesos, junto a la anotación preventiva de la demanda de impugnación en el registro mercantil (art. 727, núms. 5 y 6 LEC), cabe también solicitar la suspensión de los acuerdos impugnados cuando los demandantes representen el 1 o el 5 por 100 del capital social, según la sociedad demandada sea cotizada o no, art. 727.10º LEC.

Por lo tanto, teniendo en cuenta resoluciones como el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid de 10 de octubre citado en este informe, donde en un supuesto similar se estiman parcialmente la suspensión cautelar de todos los acuerdos sociales aprobados en la Junta General mediante la adopción de medidas cautelares, es factible para las socias, dado que conjuntamente representan el 18% del capital social de CerTronic, solicitar con carácter previo una medida cautelar de la misma naturaleza, para luego proceder a la impugnación del acuerdo social mediante la correspondiente interposición de demanda y esgrimiendo los argumentos expuestos en esta sección del informe.

### **Conclusión:**

La causa de impugnación de los acuerdos sociales presentada por el párrafo segundo del artículo 204.1 LSC se perfila como la última barrera a tener en cuenta para defender el interés social, dado que en caso de que los demás argumentos no sean suficientes para desarticular la operación de traslado del domicilio social queda acudir a los órganos jurisdiccionales solicitando como pretensión la anulación del acuerdo social por ser contrario o lesivo al interés social. Por ello, partiendo de la formulación que presenta el precepto que contiene esta causa de impugnación, para considerar la existencia de lesión del interés social será necesario que el acuerdo se adopte de forma abusiva por la mayoría, y legalmente se presume que ha sido adoptado de forma abusiva por la mayoría cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado para los demás socios.

Por consiguiente, será primordial demostrar al órgano jurisdiccional que el traslado del domicilio social no responde a una necesidad razonable de CerTronic, entendida como una razón objetiva que justifique la adopción del acuerdo en detrimento de los demás socios, porque al tener en cuenta que el fin común de CerTronic, como causa del contrato de sociedad, es el desarrollo de su objeto social (la fabricación de componentes cerámicos aislantes), trasladar el domicilio a un país donde no se ejercerá actividad empresarial alguna no parece una decisión razonable. Además, una vez que podamos obtener más datos acerca de los negocios y proyectos

empresariales que CerTronic tiene previsto llevar a cabo, podremos argüir más razones para demostrar la ausencia de necesidad razonable del traslado de domicilio.

Asimismo, el interés propio de Vulture como accionista mayoritario, consistente en adquirir el control de CerTronic y que busca satisfacer mediante el acuerdo de traslado de domicilio queda en evidencia al tener en cuenta que, una vez trasladada CerTronic y fusionada con Nederlandse Gier-NV, tiene preparado un sistema estatutario de acciones privilegiadas de lealtad que permite alterar las proporciones del derecho de voto, de forma que los intereses de Vulture quedarán blindados y los derechos políticos de los accionistas de CerTronic perjudicados. Ello permite sostener que, bajo un pronóstico razonable, existe una elevada probabilidad que los derechos de los demás socios están siendo potencialmente perjudicados, valoración que es compatible con la doctrina de la lesión potencial del interés social. De esta manera, el órgano jurisdiccional tendrá elementos para considerar potencialmente lesivo el acuerdo social.

## ANEXO

### *Anexo I. Calendario para la operación de autocartera.*

<b>Plazo</b>	<b>Actuación</b>
	1) Celebración de la reunión del consejo de administración para acordar la operación sin perjuicio de dar cumplimiento a la obligatoria autorización de la junta general, que será convocada a tal efecto.
	2) Orden para la publicación de la convocatoria de la junta general de accionistas y consiguiente publicación de la convocatoria.
	3) Celebración de la junta general de accionistas para acordar la autorización al consejo de administración de suscribir la operación de adquisición de autocartera y, firma, en su caso, de documento de ratificación.
	4) Negociaciones para la adquisición de la marca a cambio de las acciones ostentadas en auto cartera.

### *Anexo II. Calendario para la ampliación de capital con cargo a aportaciones no dinerarias.*

<b>Plazo</b>	<b>Actuaciones</b>
	1) Convocatoria y celebración del consejo de administración para redactar el informe describiendo las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que vayan a efectuarlas, el número y el valor nominal de acciones que hayan de emitirse, la cuantía del aumento del capital social y las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista.
<b>Un mes antes de la celebración</b>	2) Publicación de los anuncios obligatorios para la celebración de la junta general.
	3) Celebración de la junta general de CerTronic para la aprobación de la ampliación del capital sociedad.
	4) Elevación a público del acuerdo de ampliación de capital acompañado de una certificación que acredite los desembolsos efectuados.
	5) Presentación de la escritura en el Registro Mercantil.
	6) Inscripción de la ampliación de capital en el Registro Mercantil.

### *Anexo III. Calendario para la fusión transfronteriza intracomunitaria por absorción de sociedad íntegramente participada.*

<b>Plazo</b>	<b>Actuación</b>
	1) Cierre de los balances de conformidad con el artículo 36 LMESM para la fusión transfronteriza intracomunitaria.

	<p>2) Adopción de las decisiones del órgano de administración de la sociedad absorbente para adoptar los siguientes acuerdos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Elaboración del balance de fusión.</li> <li>-Formulación del proyecto común de fusión.</li> <li>-Redacción del informe de administradores sobre la fusión.</li> <li>-Solicitud al Registrador mercantil la designación de expertos independientes para la elaboración de su informe sobre el proyecto común de fusión.</li> </ul>
<p><b>Se requiere poner a disposición del representante de los trabajadores, o en defecto, de los propios trabajadores un mes antes de la junta de socios.</b></p>	<p>3) Puesta a disposición del informe de administradores de la fusión transfronteriza a los socios y representantes de los trabajadores, o en su defecto, de los propios trabajadores, de la sociedad de conformidad con los artículos 33, 39 y 60 LMESM.</p>
	<p>4) Presentación a depósito del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil de Castellón.</p>
<p><b>Publicación en la página web con un mes de antelación a la siguiente actuación.</b></p>	<p>5) Depósito en el Registro Mercantil de Castellón y publicación en el BORME del depósito del proyecto de fusión transfronteriza y publicación de dicho proyecto en la página web.</p> <p>La publicación en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores.</p>
<p><b>Cinco días siguientes a la recepción de la última certificación.</b></p>	<p>6) Publicación en el BORME de la certificación expedida por el Registro Mercantil sobre el proyecto de fusión.</p>
<p><b>Mínimo un mes antes de la celebración</b></p>	<p>7) Convocatoria de la junta general de la sociedad absorbente.</p>

	<p><b>8)</b> Puesta a disposición de los accionistas, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores en el domicilio social de los siguientes documentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Proyecto común de fusión.</li> <li>-Informe de los administradores.</li> <li>-Balances de fusión.</li> <li>-Estatutos sociales de la sociedad absorbente.</li> </ul>
	<p><b>9)</b> Reunión en junta general para adoptar los siguientes acuerdos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Aprobación del balance de fusión en caso de ser necesario de conformidad con el artículo 36 LMESM.</li> <li>-Aprobación del proyecto común de fusión transfronteriza.</li> <li>-Aprobación de la fusión transfronteriza de una sociedad íntegramente participada.</li> </ul>
<p><b>Un mes antes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se acuerda la fusión conformidad con el artículo 44 LMESM</b></p>	<p><b>10)</b> Publicación del acuerdo de la fusión transfronteriza en el BORME y en un periódico de gran circulación en la provincia donde tengan su domicilio la sociedad absorbente y comienzo del plazo de oposición de acreedores y del plazo para el ejercicio del derecho de separación.</p>
	<p><b>11)</b> Una vez transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores y el derecho de separación, tiene lugar el otorgamiento de la escritura pública de fusión transfronteriza por las sociedades involucradas.</p>
	<p><b>12)</b> Presentación de la escritura pública de fusión en el Registro Mercantil de Castellón.</p>
	<p><b>13)</b> El registrador practicará una anotación provisional de la escritura pública de fusión en el Registro Mercantil de Castellón. Es en este momento que obtendremos el certificado del Registro Mercantil de Castellón del cumplimiento de los actos y trámites previos de la fusión transfronteriza por parte de la sociedad absorbente (Control de legalidad del artículo 65 LMESM y certificado del artículo 64 LMESM).</p>

	<b>14)</b> Se requiere obtener una traducción jurada de la escritura pública de fusión transfronteriza con la finalidad de apostillarla conjunto a un testimonio de la escritura de fusión para su envío con el certificado.
	<b>14)</b> Envío del certificado del Registro Mercantil de Castellón de cumplimiento de todos los tramites y requisitos legales para la fusión transfronteriza a al registro mercantil competente en Italia. De esta forma, inician los tramites para la inscripción de la fusión transfronteriza en el correspondiente Registro italiano.
<b>De conformidad con el artículo 65 LMESM 6 meses a partir de la expedición del certificado</b>	<b>15)</b> Remisión del certificado del Registro Mercantil italiano de cumplimiento de trámites bajo derecho italiano de la fusión transfronteriza al Registro Mercantil de Castellón.
	<b>16)</b> Inscripción de la escritura pública de fusión por absorción en el Registro Mercantil de Castellón, remisión de notificaciones al Registrador Mercantil de Italia, para que proceda a la cancelación de la sociedad absorbida y publicación en el BORME.

*Anexo IV. Calendario para el traslado internacional del domicilio social.*

<b>Plazo</b>	<b>Actuación</b>
	<b>1)</b> Redacción y suscripción del proyecto de traslado.
	<b>2)</b> Formulación y suscripción del informe de traslado del domicilio social por los administradores.
	<b>3)</b> Elevación a público del proyecto de traslado y posterior presentación para su depósito en el Registro Mercantil de Castellón.
<b>Un mes antes de la fecha de celebración de la Junta General</b>	<b>4)</b> Depósito del proyecto de traslado de domicilio en el Registro Mercantil de Castellón, calificación del Registrador y publicación en el BORME, de conformidad con el artículo 98 LMESM.
<b>Como mínimo debe ser un mes de</b>	<b>5)</b> Convocatoria de la junta general.

<p><b>antelación a su celebración de conformidad con el artículo 40.2 LMESM</b></p>	
	<p><b>6)</b> Celebración de la junta general extraordinaria a los efectos de aprobar el acuerdo de traslado internacional del domicilio social a Holanda, así como de adecuación de los estatutos sociales a la normativa holandesa de aplicación.</p>
	<p><b>7)</b> Publicación del anuncio de traslado internacional de domicilio social en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia de Castellón. Empieza a contar el plazo para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores sociales y el ejercicio del derecho de separación.</p>
<p><b>Tras un mes desde la actuación anterior</b></p>	<p><b>8)</b> Fin del plazo de oposición y de ejercicio del derecho de separación.</p>
	<p><b>9)</b> Elevación a público de la de traslado internacional de domicilio social ante el Notario y posterior presentación de la escritura pública de traslado internacional del domicilio social ante el Registro Mercantil de Castellón.</p>
	<p><b>10)</b> Expedición por el Registro Mercantil de Castellón de la certificación de cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes de su traslado.</p>
	<p><b>11)</b> Ratificación ante Notario Público holandés de los acuerdos de traslado internacional de domicilio social y de adaptación de los estatutos sociales a lo dispuesto por la normativa holandesa de aplicación (debidamente traducidos y apostillados).</p>
	<p><b>12)</b> Inscripción de la escritura pública de traslado de domicilio en el correspondiente Registro Mercantil de Holanda.</p>
	<p><b>13)</b> Cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil de Castellón, mediante presentación de la certificación emitida por el correspondiente Registro Mercantil holandés que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio social y los anuncios de esa inscripción en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en Castellón.</p>