



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**DICTAMEN PARA LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO DE FIN  
DE MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA  
ESPECIALIDAD EMPRESA**

**Autor: Esperanza de Carlos Viguera**

**Tutor: Ignacio Hornedo Villalba**

**Madrid, enero 2021**

## ÍNDICE

DICTAMEN I.....	3
ANTECEDENTES DE HECHO .....	4
OBJETO DE LA CONSULTA .....	5
INTRODUCCIÓN .....	6
DICTAMEN.....	7
I. <i>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.....</i>	7
II. <i>Posibilidad de que la sociedad traslade su domicilio a los Países Bajos a pesar de no contar con actividad en ese país.....</i>	16
ANEXO I.....	21
ANEXO II.....	23
DICTAMEN II .....	30
ANTECEDENTES DE HECHO .....	31
OBJETO DE LA CONSULTA .....	32
INTRODUCCIÓN .....	33
DICTAMEN.....	34
I. <i>Consecuencias de que ellas dos nunca llegaran a firmar el pacto de socios. ....</i>	34
II. <i>Posibilidad de alegar incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.....</i>	39
III. <i>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.....</i>	46
IV. <i>Posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.....</i>	51

**DICTAMEN I**

**sobre**

**LA ADQUISICIÓN DE CIR – CERAMICA S.R.L. POR PARTE DE CERTRONIC**

**S.A.**

**Y**

**EL TRASLADO DEL DOMICLIO SOCIAL DE CERTRONIC S.A.**

emitido a solicitud de

**Don Vicente Badenes Vallés, Don José Badenes Vallés, Don Antonio Falomir Esteve y**

**Don Joaquín de Mendoza Avilés.**

Madrid, a 11 de enero de 2021

## ANTECEDENTES DE HECHO

- En el marco de su expansión por Europa, los socios de CerTronic S.A. (“CerTronic”) ven como una buena oportunidad de negocio la adquisición de la sociedad italiana Cir – Ceramica S.R.L. (“CirCeramica”) por la sociedad. Si bien CirCeramica carece de actividad económica, lo cierto es que su marca conserva un alto prestigio en Europa. Está formada por dos socios, D. Angelo Vattermoli y la sociedad de capital riesgo Il Piccolo Avvoltoio S.R.L., siendo ésta última filial de Vulture que a su vez tiene el 44% del capital social de CerTronic.
- Desde septiembre de 2020 tienen lugar las negociaciones, habiendo planteado el Consejo de Administración de CerTronic dos modos distintos de articular la operación. En la primera de las opciones, se plantea que los dos socios de CirCeramica aporten la marca a cambio de recibir acciones de CerTronic por el correspondiente valor. La segunda opción pasaría por comprar las participaciones a los dos socios de CirCeramica por medio de un préstamo solicitado a una entidad financiera, convirtiéndose así CerTronic en socio único de la sociedad italiana y acordando posteriormente una fusión por absorción de su filial en Italia.
- Tanto D. Angelo Vattermoli como los representantes de Il Piccolo Avvoltoio S.R.L. aceptan cualquiera de las opciones planteadas, estando a la espera de la decisión final que tomen desde CerTronic.
- Paralelamente, el Consejo de Administración prevé, una vez terminada la operación en Italia, trasladar el domicilio social de CerTronic a los Países Bajos con el objeto de llevar a cabo una fusión con la sociedad holandesa Nederlandse Gier – NV, todo ello también en el marco de su expansión por Europa.
- Con este fin en mente, desde el mes de octubre de 2020 los consejeros plantean la forma de llevar a cabo los planes para CerTronic, cuál es el cauce legal más apropiado y cuales los posibles imprevistos que pueden alterar sus objetivos.

## **OBJETO DE LA CONSULTA**

El presente Dictamen se emite a petición de Don Vicente Badenes Vallés, Don José Badenes Vallés, Don Antonio Falomir Esteve y Don Joaquín de Mendoza Avilés, y tiene por objeto:

1. Determinar el alcance de las opciones planteadas para la adquisición por CerTronic de CirCeramica, valorando la necesidad de que deba existir un informe de un experto independiente.
2. Valorar la posibilidad de que la sociedad traslade su domicilio social de España a los Países Bajos manteniendo la actividad económica en el primero, así como la documentación necesaria en caso de que el traslado sea posible.

## INTRODUCCIÓN

En el presente Dictamen procederemos en primer lugar al análisis de las distintas propuestas del Consejo de Administración de CerTronic para llevar a cabo la adquisición de la sociedad italiana CirCeramica. Posteriormente, analizaremos la posibilidad de trasladar al extranjero el domicilio social de CerTronic, manteniendo la actividad económica en España.

En relación con la primera cuestión y como veremos, de las tres las propuestas planteadas por CerTronic para llevar a cabo la adquisición de CirCeramica, debemos descartar aquella que implica la adquisición de acciones propias, al tener las acciones de CerTronic aparejada la prestación accesoria que obliga a los accionistas a cumplir con el pacto de socios y prohibir la normativa española la adquisición de acciones propias que lleven aparejadas prestaciones accesorias.

En consecuencia, profundizaremos en el análisis de las dos propuestas que sí podrían llevarse a cabo desde el punto de vista legal para la adquisición de CirCeramica, esto es, el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias y la adquisición de la totalidad de las participaciones de CirCeramica tras solicitar un crédito a una entidad financiera, acordando la posterior fusión con ésta. En este sentido, se defiende la validez de ambas opciones y se concretan las distintas implicaciones que conllevan, así como el procedimiento a seguir para llevarlas a cabo, adjuntando el correspondiente calendario de las mismas.

En relación con la segunda cuestión planteada y tras el correspondiente análisis, se concluye la validez del traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos manteniendo la actividad económica en España, al amparo del Derecho de la Unión Europea y la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, lo que no sería posible atendiendo a la normativa española, sí puede llevarse a cabo gracias al derecho al libre establecimiento y la interpretación que se hace del mismo en el Caso Polbud. Finalmente, se exponen los requisitos procedimentales que deben observarse para poder llevar a cabo el referido traslado al extranjero.

## DICTAMEN

### **I. 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.**

Existen diversas formas de llevar a cabo la operación planteada por el Consejo de Administración de CerTronic, siendo necesario el análisis de cada una para determinar su validez desde el punto de vista legal y concretar sus distintas implicaciones empresariales.

#### **i. Integrar a los dos socios de CirCeramica en el accionariado de CerTronic a cambio de que aporten la marca.**

El primero de los planteamientos para llevar a cabo la operación pasaría por entregar a los socios de CirCeramica acciones de CerTronic correspondientes al valor de la marca que, a su vez, éstos deben aportar. En este sentido, conforme a la información suministrada, entendemos que son los socios de CirCeramica los titulares de la marca. Pues bien, esto puede llevarse a cabo de dos formas posibles. Por una parte, CerTronic podría adquirir acciones de sus socios para tenerlas en autocartera y entregar de entre esas acciones las correspondientes al valor de la marca a los socios de CirCeramica, amortizando el excedente. Por otra parte, también podría llevar a cabo un aumento del capital con cargo a aportaciones no dinerarias, de forma que daría entrada a los dos socios de CirCeramica a cambio de que éstos aportasen a CerTronic la marca. Procede examinar en detalle ambos procedimientos para determinar cuál es mejor para CerTronic.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) regula en los artículos 144 y ss. la adquisición derivativa en las sociedades anónimas, esto es, la adquisición por la propia sociedad de acciones de las que son titulares sus socios. En este sentido, y para lo que aquí interesa, el artículo 146 LSC, que regula la adquisición de acciones a título oneroso, dispone en su apartado cuarto que “**será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias<sup>1</sup>**”.

---

<sup>1</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

Pues bien, de lo anterior se concluye necesariamente que la sociedad no podrá adquirir sus propias acciones si éstas tuvieran aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias, ni siquiera a título gratuito como sí se prevé para las acciones parcialmente desembolsadas. En consecuencia, puesto que las acciones de CerTronic llevan aparejadas la prestación accesorias que obliga al cumplimiento del pacto de socios, no podría llevarse a cabo la adquisición de la marca italiana por medio de este planteamiento. En efecto, en el presente caso la opción de la autocartera debe ser descartada por encontrarnos ante la citada prohibición.

Sin embargo, existe otra forma de llevar a cabo el planteamiento expuesto por el Consejo de Administración de CerTronic. En este sentido, en lugar de que CerTronic adquiera sus acciones para tenerlas en autocartera, podría llevar a cabo un aumento de su capital social mediante la emisión de nuevas acciones con cargo a aportaciones no dinerarias. Es decir, CerTronic aumentaría el capital social para dar entrada a los dos nuevos socios y éstos, a cambio, aportarían la marca de la sociedad italiana.

El aumento de capital social está regulado en el artículo 295 y ss. LSC, donde se establecen los pasos a seguir en las distintas modalidades que existen para llevarlo a cabo. Para lo que aquí interesa, de conformidad con el artículo 296 LSC, es necesario que la Junta General acuerde el aumento de capital social con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos. Éstos, regulados a su vez en el artículo 286 y ss. LSC, exigen que los administradores, o los socios que la han propuesto, redacten el texto íntegro de la modificación y en este caso, al ser CerTronic una sociedad anónima, lo acompañen con un informe escrito que justifique la ampliación de capital social. Con el anuncio de la convocatoria de la Junta General, deberá señalarse con la debida claridad la modificación propuesta y hacer constar a los socios su derecho de examinar en el domicilio social los dos textos referidos e incluso la posibilidad de enviarles una copia si así lo piden.

Por otra parte, el acuerdo de aumento de capital social exige las mayorías reforzadas de los artículos 194 y 201 LSC. Así, en primera convocatoria deberá estar presente el 50% del capital social y bastará mayoría absoluta para aprobar el acuerdo, mientras que en segunda convocatoria deberá estar presente el 25% pero será necesario para la aprobación del acuerdo el voto a favor de dos tercios del capital presente. Sin perjuicio de lo anterior, estas mayorías pueden elevarse en los estatutos sociales, como en principio parece suceder en el caso de CerTronic. En efecto, los estatutos sociales de la citada sociedad contienen como prestación accesorias la obligación de todos los socios de suscribir el pacto de socios, donde a su vez se requiere una mayoría del 67% para la adopción del acuerdo aumento de capital social. Por



tanto, si esta prestación es válida se necesitará la mayoría del 67% y, si no lo fuera, será necesario alcanzar alguna de las mayorías requeridas legalmente. Finalmente, el acuerdo adoptado se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, el cual a su vez remitirá de oficio y telemáticamente el acuerdo para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Sentado lo anterior, en cuanto a la adopción del acuerdo de aumento del capital social, compete éste a la Junta General al tratarse de aportaciones no dinerarias, no resultándole de aplicación lo dispuesto en el artículo 297.1.b) LSC por el que se otorga más peso al Consejo de Administración en los aumentos de capital. Si bien es cierto que la Junta General de CerTronic puede delegar en el Consejo la facultad para fijar la fecha en la que debe llevarse a cabo el aumento de capital ya acordado y fijar las condiciones que no hayan sido previstas por la Junta General, como nada se dice en el presente caso de la delegación de la facultad descrita, debemos entender que no existe y que todas las decisiones competen a la Junta General.

Como ya se ha expuesto, además del informe con el texto íntegro de la modificación, es preciso aportar un informe de los administradores justificando, en este caso concreto, el detalle de la marca que se aporta, su valoración, los socios de CirCeramica que la aportan, número y valor de las acciones que se van a emitir, cuantía del aumento del capital social y garantías adoptadas para la efectividad del aumento. A su vez, el artículo 63 LSC señala que deberá describirse la marca aportada con sus datos registrales si existieran, su valoración en euros y la numeración de las acciones atribuidas.

Asimismo, además de los dos informes ya citados, de acuerdo con el artículo 67 LSC es necesario contar con informe de experto independiente por tratarse de aportaciones no dinerarias *“cualesquiera que sea su naturaleza”*. Así, dispone que el experto o expertos serán designados por el Registrador Mercantil del domicilio social, en la forma prevista en el artículo 338 y ss. del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Continúa señalando que el informe *“contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida. 3. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.”*

La excepción al informe prevista en el artículo 69.b) LSC no aplica en el presente caso puesto que nada se dice sobre una valoración existente y reciente de la marca que se aporta, de forma que sí es necesario el informe de experto independiente. Además, deberá cumplirse con el requisito de publicidad exigido en el artículo 71 LSC, por lo que se deberá depositar una copia autenticada de este informe en el Registro Mercantil en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha efectiva de la aportación. Este informe deberá ser incorporado como anexo a la escritura de ejecución de aumento del capital social.

Señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 LSC, el experto o expertos que realizan el informe serán responsables de los daños causados por la valoración frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores, salvo si prueban que actuaron con la debida diligencia. Esta acción para exigir la responsabilidad del experto prescribe a los cuatro años de la fecha del informe.

Por otra parte, resulta evidente que en este tipo de aportaciones no existe derecho de preferencia para que los socios existentes suscriban las nuevas acciones, puesto que se trata de dar entrada en CerTronic a los nuevos socios que aportan la marca italiana.

Finalmente, los administradores deberán modificar los estatutos sociales en lo relativo a la nueva cifra del capital social, como establece el artículo 313 LSC. Además, deberá documentarse la ejecución del acuerdo de aumento de capital social y esa escritura de ejecución, que deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 314 LSC, será inscrita en el Registro Mercantil al mismo tiempo que el acuerdo del aumento, de conformidad con el artículo 315 LSC.

Descritos los pasos a seguir para llevar a cabo el aumento de capital social en CerTronic, lo cierto es que esta operación conlleva una serie de consecuencias para sus socios. En primer lugar, por medio del aumento se dará entrada a dos nuevos socios en la sociedad, uno de ellos filial de Vulture, lo cual supone una nueva composición del accionariado de CerTronic. Por otra parte, al no haber derecho de preferencia en estos aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias, todos los socios se verán diluidos, puesto que disminuirá su porcentaje de participación en la sociedad. En este punto, si bien es cierto que lo anterior afectará a todos los socios, también lo es que Vulture compensará parte de su dilución con la entrada en el accionariado de su filial, mientras que los socios restantes no se verán compensados de ninguna forma.

Ahora bien, a pesar de la dilución que supone para los socios, la operación descrita es perfectamente lícita desde el punto de vista legal e incluso, desde el punto de vista empresarial, puede ser que efectivamente la adquisición de la marca italiana reporte grandes beneficios a CerTronic.

**ii. Comprar las participaciones a los dos socios de CirCeramica por medio de un préstamo, convirtiéndose CerTronic en socio único y acordando una posterior fusión con su filial.**

Por último, existe una alternativa a la opción anteriormente planteada en el supuesto de que ésta no convenciese a los socios de CerTronic. Así, se tiene ya acordado con una entidad financiera la concesión de un préstamo a la sociedad con el que adquirir la totalidad de las participaciones de CirCeramica. Este préstamo, de acuerdo con el pacto de socios incluido como prestación accesoria en los estatutos, deberá tener iguales o peores condiciones que el crédito de Vulture. Como se dice que el préstamo ya está acordado, se entiende que se ha respetado esta previsión a la hora de acordarlo.

Pues bien, a diferencia de las opciones planteadas con anterioridad, en este supuesto no se da entrada a nuevos socios, de forma que el accionariado de CerTronic se mantiene igual y ninguno sufre una dilución. Así, por medio del préstamo se adquieren las participaciones de CirCeramica y, posteriormente, se lleva a cabo una fusión por absorción de la nueva filial, adquiriendo de esta forma CerTronic la marca italiana a la vez que presencia en este país.

En cuanto a la fusión, se considerará como fusión transfronteriza intracomunitaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME”). En este sentido, se trata de una fusión entre dos sociedades de capital constituidas ambas de conformidad con la legislación de dos estados parte del Espacio Económico Europeo, esto es España e Italia, donde también tienen su domicilio social y estando sujeta una de ellas a la legislación española. Como CerTronic es una sociedad anónima, puede participar en este tipo de fusiones.

El que sea considerada una fusión transfronteriza implica que, además de los requisitos generales establecidos para las fusiones nacionales, deberá cumplir con una serie de requisitos específicos, sin perjuicio de los que exija a su vez la legislación italiana. Así, el proyecto común de fusión que deben elaborar los administradores de ambas sociedades deberá incluir, además del contenido general del artículo 31 LME, “[...] 1.ª (l)as 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.ª Si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de esta Ley”, de acuerdo con el artículo 59 LME. Por otra parte, el informe del órgano de dirección o administración, elaborado de conformidad con el artículo 33 LME, deberá ser puesto a disposición de los socios y representantes de los trabajadores en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta de socios en que se decidirá sobre el proyecto común de fusión, de acuerdo con el artículo 60 LME. Si los administradores de CerTronic recibiesen a tiempo una opinión de los representantes de los trabajadores, deberán adjuntar la misma al citado informe.*

Al hilo de lo anterior, en este tipo de fusiones, la junta de socios de CerTronic y la propia CerTronic en su condición de socio único de CirCeramica, podrán condicionar la realización de la fusión a la “[...] ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 LME.

Asimismo, una vez presentada la escritura pública de fusión, será necesario que el Registrador del domicilio social de CerTronic emita un certificado en el que conste que ésta ha cumplido con todos los trámites exigidos. Este certificado deberá remitirse al Registrador Mercantil en el plazo de seis meses desde su expedición, junto con el proyecto común de fusión aprobado por la junta de socios, de acuerdo con el artículo 65 LME. El citado precepto regula el control de legalidad que llevará a cabo el Registrador Mercantil cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, debiendo éste comprobar que el procedimiento se ha llevado a cabo de conformidad con la normativa.

Por último, en lo relativo a la publicidad e inscripción de la fusión se estará a lo dispuesto para las fusiones con carácter general. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado segundo y tercero del artículo 66, por los cuales (i) habrá de publicarse una indicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil que contenga las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, en su caso, de los socios, junto con la dirección donde puedan obtener sin coste la información completa de las mismas, y (ii) el Registrador Mercantil que haya practicado la inscripción deberá notificar de inmediato al Registro italiano donde esté CirCeramica inscrita para que proceda a su cancelación.

Observados estos requisitos, en lo demás la fusión se regirá por lo dispuesto en los artículos 22 y ss. LME para las fusiones con carácter general. Ahora bien, en el caso que se nos presenta, donde CerTronic absorbe una sociedad íntegramente participada, el artículo 49 LME simplifica el procedimiento general. Así, no será necesario que el proyecto de fusión contenga el punto relativo al canje de las acciones ni el relativo a la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones tienen derecho a participar en las ganancias sociales. Tampoco será necesario el aumento de capital de la sociedad absorbente, en este caso CerTronic, ni la aprobación de la fusión por la Junta General de la sociedad absorbida, CirCeramica. Sí será necesario, por ser transfronteriza, el informe de administradores y expertos.

Precisamente en relación con el informe de experto independiente, en este caso debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 35 LME por ser la fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. En efecto, en el presente caso CerTronic ha contraído una deuda con la entidad financiera que le concede el crédito, se entiende que en los tres años inmediatamente anteriores a la fusión puesto que la operación se presenta a corto plazo, para adquirir el control de CirCeramica. En consecuencia, el citado precepto dispone que deben cumplirse las siguientes reglas:

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

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

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

*En estos supuestos **será necesario el informe de expertos**, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> El resaltado y subrayado es nuestro

De acuerdo con lo expuesto, será necesario contar con informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión con CirCeramica, una vez adquiridas sus participaciones. En este sentido, y de conformidad con el artículo 34 LME, podrán solicitar informes distintos por cada una de las sociedades o un único informe realizado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil del domicilio social de la absorbente, esto es CerTronic, o del domicilio social de la sociedad resultante que figure en el proyecto común de fusión.

En cuanto al contenido del informe, el artículo 34.3 LME dispone que *“estará dividido en dos partes: en la primera, deberá exponer 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, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado; y en la segunda, deberá manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente”*.

Asimismo, podrá simplificarse el informe, limitando el contenido únicamente a la segunda parte, si así lo acordasen todos los socios con derecho a voto de CerTronic y CirCeramica, además de las personas que por ley o estatutos sociales fueran titulares de ese derecho. Si bien para ello sería necesario contar con el voto favorable de Dña. Amparo y Dña. Lidón, que no parecen muy favorables a ninguna de las operaciones planteadas. Finalmente, a este contenido habrá que sumarle lo dispuesto en el artículo 35.3º, esto es, *“[...] un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera”*.

Precisamente en relación con esto último, han sido varias las críticas a la exigencia de que sea el experto independiente quien se pronuncie sobre la posible existencia de asistencia financiera. En este sentido, se cuestiona que el experto independiente deba pronunciarse sobre una cuestión puramente jurídica. Asimismo, destacan la ausencia de límites definidos en la normativa, de forma que el experto no tuviera que entrar en valoraciones y simplemente se limitase a comprobar si se sitúan dentro de esos márgenes. Por otra parte, enfatizan que el hecho de que ese informe sea revisable en sede judicial si se impugna la operación crea gran inseguridad jurídica<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sánchez – Calero, J. y Fernández Torres, I. *Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)*. Documentos de trabajo del departamento de Derecho Mercantil, 2011, p. 22-25. En el mismo sentido, véase Palomero Benazerraf, A. y Sanz Bayón, P.

Expuesto lo anterior, la última de las opciones también plantea serios inconvenientes desde el punto de vista empresarial. En efecto, no puede olvidarse el hecho de que la concesión del crédito por la entidad financiera supone un nuevo endeudamiento para CerTronic, que, sumado al que ya tiene con Vulture, puede generar una serie de problemas económicos para la sociedad. En este sentido, está previsto que si no se cumple con el pago en las fechas pactadas con Vulture, éste puede imponer una reestructuración a la que todos los socios están obligados a votar positivamente. Con la aceptación del nuevo crédito, se están generando nuevas obligaciones para CerTronic que pueden conllevar a la imposibilidad de hacer frente a todas, lo cual tendría graves consecuencias como derivar en una situación de concurso.

En suma, únicamente se podrían considerar los planteamientos relativos al aumento de capital y a la adquisición de las participaciones de CirCeramica con la posterior fusión, habiendo de escoger uno valorando las distintas implicaciones empresariales que conllevan. Así, habrá que valorar si se asume el riesgo de contraer nuevas obligaciones a cambio de mantener inalterada la composición accionarial de CerTronic o si los socios prefieren perder peso en el capital social a cambio de apostar por esta oportunidad de negocio. Todo queda en cuántos riesgos, y cuáles, están dispuestos a asumir los socios de CerTronic.

En cualquier caso, el informe de experto independiente será necesario en los dos planteamientos descritos, esto es, tanto para el supuesto del aumento de capital como para el de la adquisición de las participaciones de CirCeramica y su posterior fusión. Finalmente, se adjunta como **Anexo I** el calendario de operaciones mercantiles y societarias para ambas opciones.

---

*Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas.* Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil, núm. 3/2013 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor 2013, p. 15.

**II. Posibilidad de que la sociedad traslade su domicilio a los Países Bajos a pesar de no contar con actividad en ese país.**

Tras un primer análisis de la legislación española aplicable, se concluye que no existe posibilidad alguna de que la sociedad CerTronic traslade su domicilio social de España a los Países Bajos manteniendo la actividad económica en el primero. En este sentido se pronuncia el artículo 9.2 LSC cuando dispone que

*Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.<sup>4</sup>*

El citado precepto resulta de aplicación por cuanto CerTronic goza de nacionalidad española, siendo ésta su ley personal de acuerdo con el artículo 9.11 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “CC”) que dice que la “*ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad [...]*”. La nacionalidad española de CerTronic es clara puesto que cumple tanto con el requisito del domicilio exigido por el artículo 8 LSC como con el requisito de ser constituida conforme a la normativa española relativa a las personas jurídicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 CC.

Si bien el artículo 93.1 LME permite el traslado del domicilio social al extranjero exigiendo como único requisito el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en el estado de acogida, sigue siendo un obstáculo a las intenciones de CerTronic el referido artículo 9.2 LSC.

Al hilo de lo anterior, de acuerdo con normativa expuesta, resulta difícil plantear el traslado del domicilio social a los Países Bajos mientras se mantiene la actividad en España. Más aún, de no ser ambos países miembros de la Unión Europea, no cabría posibilidad alguna. Sin embargo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”) es claro a la hora de regular el derecho a la libertad de establecimiento. En este sentido, dispone en su artículo 49 lo siguiente:

*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.*

---

<sup>4</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.



*Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.*

**La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.**<sup>5</sup>

El citado artículo 54 TFUE define en su párrafo segundo el concepto de sociedad en la forma que sigue:

*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 Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.*

**Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.**<sup>6</sup>

De lo expuesto parece claro que CerTronic, sociedad mercantil a los efectos del artículo 54 TFUE, tiene derecho a la libertad de establecimiento de acuerdo con el artículo 49 TFUE. Ahora bien, este derecho ha sido objeto de distintas interpretaciones a lo largo de los años por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, “TJUE”), siendo especialmente significativas las sentencias de los casos Daily Mail, Cartesio y Polbud. En este sentido, los casos citados reflejan la evolución de la interpretación de este derecho por parte del TJUE, partiendo de una situación en la que este derecho no amparaba el traslado de la sede real a un Estado Miembro distinto de donde figurase el domicilio social, hasta la situación actual, en la que en virtud del derecho mencionado se puede incluso mantener la actividad económica en un Estado Miembro y el domicilio social en otro distinto.

Al hilo de lo anterior, conforme a la jurisprudencia señalada en el **Anexo II**, el TJUE negaba en un primer momento en el Caso Daily Mail que la libertad de establecimiento implicase la

---

<sup>5</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

<sup>6</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

posibilidad de que una sociedad trasladase su sede real a otro Estado miembro manteniendo el domicilio social en el primero. La razón residía en que el Derecho comunitario no decía nada al respecto así como tampoco resolvía sobre la disparidad de criterios existentes entre las legislaciones nacionales.

Dos décadas más tarde, en el Caso Cartesio, el TJUE reconocía que aún no se había puesto fin a la disparidad entre las legislaciones nacionales. Sin embargo, esta sentencia sienta un gran avance con respecto al Caso Daily Mail, al distinguir entre la sociedad que cambia su domicilio social pero quiere mantener la nacionalidad del estado de origen y aquella que pretende un cambio tanto en el domicilio como en su ley personal. Es decir, el TJUE considera que el derecho a la libertad de establecimiento sí ampara a la sociedad que pretende el traslado de su domicilio social a otro Estado miembro distinto del de su constitución, si bien no puede pretender el mantenimiento de la nacionalidad y debe regirse por la del estado de acogida.

Pero es el reciente Caso Polbud el que más interesa, por presentar unas características muy similares a las que plantea CerTronic en el presente caso. Pues bien, en el citado Caso Polbud, el dilema surge cuando una sociedad polaca que pretende el traslado de su domicilio social a Luxemburgo desea continuar manteniendo su actividad económica en Polonia. En concreto, el problema residía en que la legislación polaca, al igual que la española, exige conexión entre el domicilio social y la sede real. Por el contrario, Luxemburgo, al igual que los Países Bajos<sup>7</sup>, no exige este requisito.

Pues bien, por medio del Caso Polbud el TJUE dispone que el derecho al libre establecimiento sí ampara el traslado del domicilio social manteniendo la sede real en el estado de origen siempre que la legislación del estado de acogida lo permita. Como en el presente caso la legislación holandesa no exige conexión entre el domicilio social y la sede real, CerTronic podrá trasladar su domicilio social a los Países Bajos, cambiando con ello su nacionalidad y derecho aplicable, a la vez que mantiene su actividad económica en España.

Por otra parte, el hecho de que España no lo permita en su legislación no impide que CerTronic pueda trasladar su domicilio social a los Países Bajos puesto que así está previsto por el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, el artículo 4bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone en su apartado primero que “*los Jueces y*

---

<sup>7</sup> Castañeda, M.L. y Segismundo, A. *El traslado internacional del domicilio social y la posibilidad de elegir la “Lex Societatis”*: el Caso Polbud. Asociación Española de Asesores Fiscales. Sección de Derecho Mercantil – Civil. 2017.

*Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*". Por medio del Caso Polbud, el TJUE interpreta los artículos 49 y 54 del TFUE, que además es parte de nuestro ordenamiento interno de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución. Así se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en su sentencia 232/2015, de 5 de noviembre, cuando señala *"como recuerda la STC 58/2014 primeramente citada, "No cabe duda de que, conforme al art. 96 de nuestra Constitución, el Tratado de la Comunidad Europea [...] forma parte del Ordenamiento interno"*. En consecuencia, si de acuerdo con el TJUE la interpretación de los artículos 49 y 54 del TFUE ampara el traslado del domicilio social sin necesidad de trasladar la sede real, nada impide que CerTronic pueda llevar a cabo sus planes.

Visto que es posible el traslado del domicilio social, se expone a continuación el trámite a seguir para llevarlo a cabo. El artículo 95.1 LME exige que los administradores de la sociedad redacten y suscriban un proyecto de traslado, que debe tener un contenido mínimo. En el supuesto en que alguno de los administradores no firmase el proyecto, deberá indicarse el motivo. Un ejemplar de este proyecto de traslado debe ser depositado en el Registro Mercantil que corresponda, en este caso el de Madrid, de acuerdo con el artículo 95.3 LME. Efectuada la calificación del Registrador, el hecho del depósito y la fecha en la que tuvo lugar serán comunicados por el Registro Mercantil de Madrid al Registro Mercantil Central para su publicación inmediata en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Es importante tener en cuenta que no podrá publicarse la convocatoria de la junta de socios que decidirá el traslado hasta que no haya quedado efectuado el depósito.

Los administradores deberán elaborar un informe detallado en el que se explique y justifique el proyecto de traslado, de acuerdo con el artículo 96 LME. En el citado informe se expondrán las consecuencias jurídicas y económicas que el traslado conlleva. El traslado del domicilio social al extranjero, en este caso a los Países Bajos, deberá ser aprobado por la Junta General de CerTronic como dispone el artículo 97 LME. A su vez, los artículos 98, 99 y 100 LME regulan respectivamente la convocatoria de la junta y el derecho de información, el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición de los acreedores.

Respecto del citado derecho de separación, señalar que para gozar del mismo los socios deben haber votado en contra del acuerdo, de conformidad con lo previsto en los artículos 99 LME y 346.3 LSC.

Aprobado el traslado social por la junta, el artículo 101 LME dispone que el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad, *"a la vista de los datos obrantes en el Registro*

*Mercantil y en la escritura pública de traslado presentada*”, certificará que se ha cumplido con todos los trámites necesarios para el traslado de la sociedad. Asimismo, en el citado precepto se dispone que *“una vez expedida esa certificación quedará cerrado el Registro para nuevas inscripciones”*. En consecuencia, es necesario que el Registrador emita esa certificación para poder cerrar el Registro para nuevas inscripciones y para ello habrá de cumplirse con todos los pasos anteriormente descritos.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 102 LME, *“el traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio”*. Es decir, el traslado del domicilio social y la modificación de los estatutos de CerTronic surtirán efectos en la fecha en que ésta haya sido inscrita en el Registro correspondiente en los Países Bajos. Por último, y de conformidad con el artículo 103 LME, para cancelar la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil, deberán aportarse tanto (i) el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio como (ii) los anuncios relativos a la misma en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia donde hubiera tenido su domicilio social, esto es, Madrid.

En conclusión, será necesario que el Registrador emita una certificación, donde conste que se han cumplido con todos los requisitos exigidos por la norma, para cerrar el Registro de cara a nuevas inscripciones. Además, para poder cancelar la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil de Madrid será necesario contar con una certificación acreditando la inscripción emitida por el Registro del nuevo domicilio social en los Países Bajos.

## ANEXO I

### Calendario de operaciones mercantiles y societarias

AUMENTO DE CAPITAL	
X – 93 días	Acuerdo del Consejo de Administración para solicitar el informe de experto independiente
X – 92 días	Solicitud del nombramiento de experto independiente al Registro Mercantil del domicilio social de CerTronic
X – 35 días	Emisión del informe del experto independiente
X – 32 días	Acuerdos del Consejo de Administración por los que se (i) aprueba el informe de los administradores y se (ii) acuerda la convocatoria la Junta General
X – 32 días	Convocatoria de la Junta General
X	Celebración de la Junta General
X + 1 día	Elevación a público del acuerdo de aumento de capital aprobado en Junta General
X + 2 días	Presentación de la escritura en el Registro Mercantil para su inscripción

FUSIÓN CIRCERAMICA - CERTRONIC	
X – 93 días	Redacción y suscripción del proyecto común de fusión (incluye balances) y depósito en el Registro Mercantil (si no tuviera web). Acuerdo del Consejo de Administración para solicitar el informe de experto independiente.
X – 92 días	Solicitud del nombramiento de experto independiente al Registro Mercantil del domicilio social de CerTronic
X – 88 días	Publicación del proyecto común en el BORME
X – 37 días	Emisión del informe del experto independiente
X – 34 días	Acuerdos del Consejo de Administración por los que se (i) aprueba el informe de los administradores y se (ii) acuerda la convocatoria la Junta General
X – 33 días	Publicación en la web de los documentos enumerados en el artículo 39 LME (entre otros, proyecto común de fusión, informe administradores e informe de experto independiente)
X – 32 días	Convocatoria de la Junta General
X	Celebración de la Junta General
X + 1 día	Publicación del acuerdo de fusión
X + 32 días	Plazo para que los acreedores ejerzan su derecho de oposición
X + 33 días	Elevación a público del acuerdo de fusión aprobado en Junta General
X + 34 días	Presentación de la escritura pública de fusión en el Registro Mercantil para obtener certificación del artículo 64 LME
X + 34 días	Remitir el certificado y el proyecto común de fusión aprobado al Registrador Mercantil de acuerdo con el artículo 65 LME
X + 50 días	Inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil

## ANEXO II

El derecho a la libertad de establecimiento ha sido objeto de estudio e interpretación por el TJUE a lo largo de los años, siendo los casos más relevantes los ya citados Daily Mail, Cartesio y Polbud. A continuación, destacamos lo más relevante de estas sentencias para lo que aquí interesa.

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988. The Queen contra H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC. Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice, Queen's Bench Division – Reino Unido. Asunto 81/87.

*“ (14) La Comisión destaca en primer lugar que, en el estado actual del Derecho comunitario, los requisitos para que una sociedad pueda trasladar su sede de dirección de un Estado miembro a otro siguen estando regidos por el Derecho nacional del Estado en el que aquélla fue constituida y por el Derecho del Estado de acogida. A este respecto, la Comisión observa la disparidad de las legislaciones nacionales en materia de Derecho de sociedades.*

[...]

*(15) Ante estas opiniones divergentes, debe recordarse ante todo que, como el Tribunal de Justicia ha declarado en múltiples ocasiones, la libertad de establecimiento constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad, y que las disposiciones del Tratado que garantizan dicha libertad tienen efecto directo desde la finalización del período transitorio. Esas disposiciones aseguran el derecho de establecimiento en otro Estado miembro no sólo a los nacionales comunitarios sino asimismo a las sociedades contempladas en el artículo 58.*

*(16) Si bien dichas disposiciones, según su texto literal, se proponen en especial asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, las mismas se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, y que responda por lo demás a la definición del artículo 58. Como la Comisión ha observado con razón, los derechos garantizados por el artículo 52 y los siguientes quedarían vacíos de contenido si el Estado de*

origen pudiera prohibir que las empresas dejen el país con miras a establecerse en otro Estado miembro.

[...]

(20) Como la Comisión ha resaltado, 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.

[...]

(23) Procede pues concluir que el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que sin embargo no han llegado a término.

[...]

(25) Procede pues responder a la primera parte de la primera cuestión que los artículos 52 y 58 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que, en el estado actual del Derecho comunitario, no confieren a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tiene en éste su



*domicilio social, derecho alguno a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro.*<sup>8</sup>

2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008. Cartesio Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. Petición de decisión prejudicial: Szegedi Ítéltábla. Asunto C-210/06.

*“(110) En consecuencia, un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.*

*(111) No obstante, semejante caso de traslado del domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio del Derecho por el que se rige debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho nacional aplicable, transformándose la sociedad en una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado miembro al que se traslada.*

*(112) En efecto, en este último caso, la facultad a que se ha aludido en el apartado 110 de la presente sentencia, lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y de disolución de sociedades a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita.*

---

<sup>8</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

(113) Semejante obstáculo a la transformación efectiva de tal sociedad sin disolución y liquidación previas en una sociedad de Derecho nacional del Estado miembro al que ésta desea trasladarse restringiría la libertad de establecimiento de la sociedad interesada de manera que, salvo si la restricción estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general, estaría prohibida en virtud del artículo 43 CE (véase, en este sentido, en particular, la sentencia *CaixaBank France*, antes citada, apartados 11 y 17).

(114) Además, debe observarse que, desde las citadas sentencias *Daily Mail and General Trust* y *Überseering*, los trabajos legislativos y convencionales en el ámbito del Derecho de sociedades previstos en los artículos 44 CE, apartado 2, letra g), y 293 CE, respectivamente, hasta la fecha no se han centrado sobre la disparidad de las legislaciones nacionales puesta de relieve en dichas sentencias y, por lo tanto, aún no han puesto fin a tal disparidad.

[...]

(124) Teniendo en cuenta lo que precede, debe responderse a la cuarta cuestión planteada que, en el estado actual del Derecho comunitario, los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fue constituida.<sup>9</sup>

3. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017. En el asunto C-106/16, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo de Polonia, mediante resolución de 22 de octubre de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de febrero de 2016, en el procedimiento iniciado por *Polbud – Wykonawstwo sp. Z o.o.*, en liquidación.

“ (32) En efecto, procede señalar que el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, reconoce la libertad de establecimiento a las sociedades

---

<sup>9</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

**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 Unión Europea. Por tanto, una sociedad como Polbud, que ha sido constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, en este caso la normativa polaca, puede, en principio, invocar esta libertad.**

(33) Con arreglo al artículo 49 TFUE, párrafo segundo, en relación con el artículo 54 TFUE, la libertad de establecimiento para las sociedades mencionadas en este último artículo comprende, en particular, la constitución y la gestión de dichas sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propias sociedades. **Comprende también el derecho de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro a transformarse en una sociedad sometida a la legislación de otro Estado miembro** (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, apartado 17), **siempre que cumpla los requisitos establecidos por la legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio adoptado por éste para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional.**

(34) A este respecto, **es preciso recordar que, a falta de uniformización en el Derecho de la Unión, la definición del criterio de conexión que determina el Derecho nacional aplicable a una sociedad es, conforme al artículo 54 TFUE, competencia de cada Estado miembro,** ya que el mencionado artículo hizo equivalentes el domicilio social, la administración central y el centro de actividad principal de una sociedad como vínculo de esa conexión (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, apartados 19 a 21).

(35) **De ello resulta, en el presente asunto, que la libertad de establecimiento otorga a Polbud, sociedad sometida al Derecho polaco, el derecho a transformarse en una sociedad regida por el Derecho luxemburgués siempre que cumpla los requisitos para la constitución fijados por la legislación luxemburguesa y, en particular, el criterio adoptado por Luxemburgo para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional.**

[...]

(37) *En primer lugar, el argumento del Gobierno austríaco relativo a la falta de actividad económica efectiva de Polbud en el Estado miembro de acogida no puede prosperar.*

(38) *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.*

[...]

(41) *De ello se desprende que, en el asunto principal, el hecho de que se haya decidido trasladar a Luxemburgo el domicilio social de Polbud, sin que ese traslado afecte al domicilio real de la sociedad no puede, por sí mismo, tener como consecuencia que ese traslado no esté comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.*

(42) *En segundo lugar, en lo que respecta a las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456), y de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), de ellas no resulta, contrariamente a lo alegado por el Gobierno polaco, que el traslado del domicilio social de una sociedad deba acompañarse necesariamente del traslado de su domicilio real para estar amparado por la libertad de establecimiento.*

(43) *Por el contrario, se desprende de estas sentencias y de la sentencia de 12 de julio de 2012, VALE Építési (C-378/10, EU:C:2012:440), que, en el estado actual*

del Derecho de la Unión, cada Estado miembro tiene la facultad de definir el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida con arreglo a su legislación nacional. En el supuesto de que una sociedad que se rige por el Derecho de un Estado miembro se transforme en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado miembro cumpliendo los requisitos impuestos por la legislación de éste para existir en su ordenamiento jurídico, dicha facultad, lejos de implicar ningún tipo de inmunidad de la legislación del Estado miembro de origen en materia de constitución o de disolución de sociedades a la luz de las normas relativas a la libertad de establecimiento, **no puede justificar que el Estado miembro de constitución, en particular, imponiendo a dicha transformación transfronteriza requisitos más restrictivos que los que rigen la transformación de una sociedad en el interior de dicho Estado miembro, impida o disuada a la sociedad afectada de llevar a cabo esa transformación transfronteriza** (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, apartados 19 a 21; de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06, EU:C:2008:723, apartados 109 a 112, y de 12 de julio de 2012, *VALE Építési*, C-378/10, EU:C:2012:440, apartado 32).

(44) A la vista de lo anterior, procede responder a la tercer cuestión prejudicial que los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la legislación de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, sin que se desplace el domicilio real de la mencionada sociedad.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

**DICTAMEN II**

**sobre**

**EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE CERTRONIC S.A. A LOS PAÍSES  
BAJOS Y SU POSTERIOR FUSIÓN CON NEDERLANDSE GIER - NV**

emitido a solicitud de

**Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra**

Madrid, a 11 de enero de 2021

## ANTECEDENTES DE HECHO

- El Consejo de Administración de CerTronic valora llevar a cabo una serie de operaciones en el marco de una posible expansión por Europa. Con tal objeto, se plantea la adquisición de la sociedad italiana Cir – Cerámica, el traslado del domicilio social a los Países Bajos y la fusión con la sociedad holandesa Nederlandse Gier – NV.
  
- Las socias, Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra, que no forman parte del Consejo de Administración de CerTronic, tienen dudas sobre el traslado social a los Países Bajos y la posterior fusión con una sociedad holandesa, planteando sus reservas a los demás socios en la reunión mantenida el 22 de septiembre de 2020.
  
- En la citada reunión, ambas socias exponen que no sólo no consideran una oportunidad de negocio la expansión en Europa diseñada por el Consejo de Administración, sino que además creen que esta expansión únicamente reportará beneficios a Vulture, el accionista con mayor peso en la sociedad.
  
- En continuación con lo anterior, ambas socias se enteran el 21 de octubre de 2020 que Vulture ha prometido retribuir con una prima por el éxito total de la operación a todos los miembros del Consejo de Administración que no sean empleados suyos, lo cual confirma sus sospechas sobre lo beneficioso de la operación planteada para este accionista.

## **OBJETO DE LA CONSULTA**

El presente Dictamen se emite a petición de Doña Amparo Fabra Llorens y Doña Lidón Falomir Fabra, y tiene por objeto:

1. Determinar las consecuencias de que ambas no llegasen nunca a firmar el pacto de socios de CerTronic.
2. Valorar la posibilidad de alegar el incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de CerTronic.
3. Valorar la posibilidad de exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación de la junta en que deben decidir sobre el traslado social a los Países Bajos.
4. Valorar la posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo que aprueba el traslado social por abusivo.



## INTRODUCCIÓN

El presente Dictamen consta de cuatro partes, exponiéndose en primer lugar las consecuencias de que Dña. Amparo y Dña. Lidón no firmen el pacto de socios. En este sentido, el citado pacto se incluye como prestación accesoria en los estatutos de CerTronic, de forma que no suscribir el mismo implicaría no cumplir con la prestación a que están obligadas. Sin embargo, como veremos, para llegar a esa conclusión debe comprobarse primero que ambas accionistas consintieron expresamente en ser obligadas por la citada prestación y, en caso de que así fuera, si esa prestación accesoria es válida. Así, de no haber prestado su consentimiento o de no ser válida la prestación, ninguna estaría obligada a su cumplimiento y por tanto la no suscripción del pacto de socios no tendría mayores consecuencias.

En segundo lugar, se analiza el posible incumplimiento del deber de lealtad por parte de los consejeros de CerTronic, concluyéndose que hay una base jurídica sólida para emprender acciones contra ellos. En efecto, al aceptar la prima prometida por Vulture se alejan de la independencia y libertad exigida a los administradores de las sociedades de capital, además de incumplir la prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad. Más aún, con su actuación los administradores de CerTronic estarían cometiendo un delito societario tipificado en el Código Penal, con las consecuencias que esto conlleva y que se exponen a continuación.

En relación con la tercera cuestión, no parece que Dña. Amparo y Dña. Lidón puedan exigir a los demás socios que se abstengan durante la votación del acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos. Ahora bien, esto no obsta para que ambas accionistas impugnen el citado acuerdo, debiendo únicamente probar que Vulture y D. Antonio, cuyos votos son decisivos, presentaban un conflicto de interés. También pueden probarlo en el caso de Badenes, si bien es más complicado por las razones expuestas más adelante.

Finalmente, el presente Dictamen concluye con el análisis sobre la posibilidad de impugnar el acuerdo de traslado por abusivo. Para ello, la normativa exige el cumplimiento de una serie de requisitos que no parecen concurrir en el presente caso, o al menos no todos ellos. Así, si bien podría intentarse la impugnación, resulta difícil defender que el acuerdo ha sido adoptado en detrimento injustificado de Dña. Amparo y Dña. Lidón puesto que todos los socios se van a ver afectados por igual.

## DICTAMEN

### I. Consecuencias de que ellas dos nunca llegaran a firmar el pacto de socios.

En el pacto de socios de CerTronic se contienen diversas cláusulas del acuerdo de refinanciación suscrito con Vulture, de forma que la principal consecuencia de no firmarlo será que no estarán obligadas al cumplimiento de esas cláusulas del acuerdo de refinanciación. Ahora bien, la cuestión es más compleja, puesto que la obligación de suscribir el pacto de socios figura como prestación accesoria en los estatutos sociales. En consecuencia, en principio, de no firmar el pacto Dña. Amparo y Dña. Lidón estarían incumpliendo una de las obligaciones que tienen como socias.

Por tanto, el primer punto que procede estudiar es la prestación accesoria que contiene la obligación de firmar el pacto de socios y si verdaderamente están obligadas ambas a cumplir con ella. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, “LSC”) dispone en su artículo 86.1 que *“(e)n los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.”* Seguidamente, en el apartado tercero del citado precepto se regula la posibilidad de establecer las prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o para algunos de los socios.

De lo anterior se concluye necesariamente que si la prestación accesoria fue incluida en los estatutos como obligatoria, Dña. Amparo y Dña. Lidón tienen que firmar el pacto de socios para no incurrir en incumplimiento de sus obligaciones como socio. No obstante, el artículo 89 LSC dispone que *“(l)a creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, **el consentimiento individual de los obligados.**”*<sup>11</sup> Así, no es suficiente la aprobación de la prestación accesoria por las mayorías exigidas para la modificación de los estatutos, sino que además se exige el consentimiento individual de los afectados por su inclusión.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia núm. 460/2015, de 22 de julio, cuando dispone que *“la exigencia del consentimiento del socio se*

---

<sup>11</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

*justifica porque la prestación accesoria es el resultado de un contrato entre socio y sociedad, que cuenta con el consentimiento de la sociedad (por existir un acuerdo mayoritario y modificación estatutaria) y con el consentimiento del socio obligado por la prestación accesoria. Por ello, la necesidad de consentimiento del socio para la creación, modificación y extinción anticipada de realizar prestaciones accesorias (además del acuerdo de la Junta General) como contrapartida y reflejo de esa relación contractual [...]” y sigue “la adopción de un acuerdo que afecte a los derechos individuales, contando únicamente con la mayoría reforzada de los socios pero sin su consentimiento, supondría una vulneración de los derechos individuales de los socios que hubieran votado en contra”<sup>12</sup>. Asimismo, cita las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 21 de mayo de 1999 y de 22 de octubre de 2013, donde se hace especial énfasis en la necesidad de contar con el consentimiento individual de los socios para que éstos se vean obligados por las prestaciones accesorias, puesto que no puede únicamente tomarse en consideración los acuerdos mayoritarios de la junta cuando están en juego derechos de los socios.*

Misma interpretación del artículo 89 LSC hace la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia núm. 371/2016, de 4 de noviembre, cuando define las prestaciones accesorias como un contrato entre el socio y la sociedad y cita la misma resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1999 para enfatizar la importancia que tiene el consentimiento individual de los socios en lo que respecta a los derechos que le conciernen.

De la normativa y jurisprudencia expuestas resulta claro que si Dña. Amparo y Dña. Lidón no han consentido expresamente a esa prestación accesoria, no pueden quedar obligadas por ella. En ese caso, ninguna estaría obligada a suscribir el pacto de socios, sin que pudiera derivarse de esto consecuencia alguna.

Ahora bien, en el supuesto contrario en que ambas socias hubieran consentido en la citada prestación accesoria, habría que determinar si esa prestación es válida. Esto es, si la cláusula que contiene la prestación accesoria obligando a los socios a suscribir el pacto de socios y con ello, el acuerdo de refinanciación de la sociedad con Vulture, reúne los requisitos necesarios para su validez.

Las prestaciones accesorias, de conformidad con el ya citado artículo 86.1 LSC, deben tener un contenido concreto y determinado, especificar si se realizan gratuitamente o mediante retribución y qué cláusulas penales aplican en caso de incumplimiento. La importancia que

---

<sup>12</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

tiene la determinación de su contenido para su validez es notoria en tanto que ha sido objeto de estudio por jurisprudencia y doctrina. En este sentido se cita en la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de noviembre de 2016, a Jesús Alfaro en sus Lecciones de Derecho Mercantil cuando dice que las prestaciones accesorias “*han de figurar en los estatutos sociales y descritas de modo suficiente para poder considerarlas determinadas o determinables*”.

En continuación con lo anterior, son varias las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado las que estudian si son lícitas las prestaciones accesorias contenidas en los estatutos sociales puesto que sólo así son inscribibles en el registro. Más concretamente, la resolución de 26 de junio de 2018 se pronuncia sobre un caso similar al que se nos presenta. En ese caso se discutía sobre la validez de la cláusula que contenía una prestación accesoria que obligaba a los socios que fueran miembros de la familia a cumplir con el pacto parasocial correspondiente. La semejanza es clara, por cuanto aquí se pretende estudiar la validez y correcta inscripción de una prestación accesoria que obliga al cumplimiento de todos los socios de un pacto parasocial.

Pues bien, en el referido supuesto, la Dirección General de Registros y del Notariado, citando su anterior resolución de 25 de septiembre de 2014, dispone lo siguiente

*[...]El artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, tras permitir que en los Estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, configurándolas así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatuario, **exige que consten en los propios Estatutos los rasgos básicos de las mismas y, en primer lugar, que se exprese su “contenido concreto y determinado”**.*

***De ello se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación de ese contenido.** Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tan exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar*

*sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación. Ciertamente que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. **Con ello resulta admisible no sólo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse,** criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas[...]*<sup>13</sup>

Concluye la resolución estimando la validez de la cláusula, considerando que es inscribible en tanto que “[...]la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extra estatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable [...]”<sup>14</sup>.

En suma, si bien no es necesario que el contenido esté determinado de forma absoluta, sí lo es que la prestación esté perfectamente identificada, requisito que parece no cumplirse en el presente caso. Así, la prestación accesoria contenida en los estatutos de CerTronic se limita a disponer que todos los socios están obligados a suscribir un pacto parasocial que no está elevado a público, de forma que no es cognoscible por los futuros socios. En este sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de fecha 24 de septiembre de 2015 cuando dispone que “(i)ndudablemente, los socios pueden concertar determinadas obligaciones, pero las que integren el contenido de las prestaciones accesorias necesariamente deben trasladarse a los estatutos”.

En consecuencia, de considerar que la prestación accesoria no es válida, ninguno de los socios estaría obligado a su cumplimiento. En el supuesto que se expone, ninguno de los socios, tampoco Dña. Amparo y Dña. Lidón, tendría obligación de firmar el pacto parasocial que a su vez contiene la obligación de suscribir el acuerdo de refinanciación y las condiciones pactadas con Vulture.

---

<sup>13</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

<sup>14</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

Finalmente, si ambas socias consienten en la prestación accesoria y ésta se considerase válida, algo que realmente se pone en duda por lo ya expuesto, sí quedarían obligadas a firmar el pacto de socios. Si en estas circunstancias decidieran no suscribir el citado pacto, estarían incumpliendo la prestación accesoria y si bien no es causa legal de exclusión del socio de conformidad con la LSC (sí lo es si fuera una sociedad de responsabilidad limitada), puede serlo si así se prevé en los estatutos de CerTronic. Como se decía anteriormente, citando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de julio de 2015, “*la prestación accesoria es el resultado de un contrato entre socio y sociedad*”, de forma que no cumplir con ella supondría el incumplimiento contractual por parte de las socias.

## **II. Posibilidad de alegar incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad.**

El Consejo de Administración de la sociedad CerTronic está formado por D. Antonio Falomir, los hermanos D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Joaquín de Mendoza Avilés, el cual ha sido designado por el accionista Vulture, y una vacante no cubierta. Todos ellos, en calidad de administradores, están sometidos al deber de lealtad regulado en el artículo 227 LSC conforme al cual se les impone la obligación de “*desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*” so pena de incurrir en responsabilidad si actúan de contrario.

En el caso que nos ocupa, se estudia un posible incumplimiento del referido deber por parte de los administradores de CerTronic. Como breve recordatorio de los hechos, la sociedad ha llevado a cabo una primera adquisición de una sociedad italiana que, a su vez, tiene como socio una filial de Vulture. Con posterioridad, se ha acordado el traslado del domicilio social al extranjero para la fusión de la sociedad con una filial holandesa también de Vulture. Finalmente, Vulture ha prometido una prima por el éxito total de esta última operación a todos los consejeros que no sean empleados suyos.

Al hilo de lo anterior, procede estudiar primero la actuación de D. Antonio Falomir y los dos hermanos, D. Vicente y D. José Badenes, por ser similar. Ninguno de estos tres consejeros tendría, en principio, un interés en concluir con éxito las operaciones planteadas. A diferencia de Vulture, ninguno tiene acciones de las citadas sociedades italiana y holandesa, de forma que si votan a favor de las operaciones se entiende que es porque lo consideran beneficioso para CerTronic. Sin embargo, esta situación cambiaría radicalmente si se toma en consideración la prima prometida por Vulture por el éxito de la operación. Si bien entendemos que este accionista se refiere únicamente a la operación holandesa, esto es, traslado del domicilio social y posterior fusión con su filial, también puede referirse a la operación en su conjunto, incluyendo la adquisición de la sociedad en Italia. En cualquier caso, esta promesa ya plantea de por sí un dilema para los consejeros.

En efecto, el artículo 228 LSC concreta las obligaciones que impone el deber de lealtad a los administradores, señalando que estos deben:

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

- b) *Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.*
- c) **Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.** *Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.*
- d) **Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.**
- e) **Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.**<sup>15</sup>

Asimismo, el artículo 229 LSC, para lo que aquí interesa, dispone que “*el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de [...]*”

**e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.**

2. *Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.*

3. *En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al Consejo de Administración, o, tratándose de un administrador único, a la Junta General cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.*

*Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.*<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

<sup>16</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.



Pues bien, en lo que concierne a la actuación de los tres consejeros que ahora se analiza, el actuar bajo la promesa de una prima por el éxito de la operación supondría alejarse de la “libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”, incumpliendo lo dispuesto en la letra d) del artículo 228 LSC. Pero es que además no estarían adoptando las medidas necesarias a que se refiere la letra e) del artículo 228 LSC, puesto que al aceptar la prima estarían también incumpliendo lo dispuesto en la letra e) del artículo 229 LSC en tanto que estarían obteniendo una ventaja por el desempeño de su cargo por parte de un tercero distinto de la sociedad.

En este sentido se pronuncia Paz - Ares cuando dice que “*el administrador que realmente quiera evitar verse incurso en una situación de conflicto de interés o de conflicto de deberes no debe aceptar ningún beneficio de terceros asociado —directa o indirectamente— al cumplimiento de su cargo*”<sup>17</sup> y continúa afirmando que “*el hecho mismo de recibir una ventaja es idóneo —desde el punto de vista de la coordinación de expectativas sociales- para debilitar la posición de autonomía y la libertad o independencia de juicio del consejero*”<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, los consejeros no estarían únicamente incumpliendo el deber de lealtad con su actuación, sino que incluso habrían incurrido en un delito societario tipificado por el Código Penal en su artículo 286 bis. Este artículo dispone en su apartado primero que “**1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja**”<sup>19</sup>. Este precepto, en relación con el artículo 297 CP, entiende por sociedad a las “sociedades mercantiles”, de forma que resulta de clara aplicación en el presente caso. Además, si el beneficio o ventaja, en nuestro caso la prima, tuviese un valor especialmente elevado, se considerará que reviste de especial gravedad y se impondrá la referida pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, de acuerdo con el artículo 286 quater CP.

---

<sup>17</sup> Paz-Ares, J.C. *La anomalía de la retribución externa de los administradores*. Revista derecho mercantil, 2013, p. 8

<sup>18</sup> *La anomalía de la retribución externa de los administradores*. Op. cit. P.9

<sup>19</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

Así lo dispone el ya citado Paz – Ares cuando señala que “*la regla en cuestión, no hace falta decirlo, no se circunscribe a las ventajas patrimoniales ilícitas (sobornos o dádivas para lograr un determinado resultado), que obviamente no necesitan de un razonamiento especial para su proscripción, incluso ahora están tipificadas en el Código Penal*”. La prima prometida por Vulture a los administradores que voten a favor de un acuerdo en que presenta un conflicto de interés como socio no puede ya entenderse como una simple remuneración por el desempeño de su cargo y sí como un soborno a cambio de que actúen en su interés. Si observamos el mencionado artículo del Código Penal, no es ni siquiera necesario que los administradores reciban finalmente esa prima, siendo suficiente que acepten esa promesa de obtenerlo. En este sentido se pronuncia el Juzgado Central de Instrucción en su auto de 17 de junio de 2015 cuando dice “*este delito es un delito de resultado cortado o de mera actividad, que se integra con la simple promesa, ofrecimiento o concesión (en la corrupción activa), o con la recepción, solicitud o aceptación (en la corrupción pasiva), de un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, con la finalidad de conseguir un trato de favor para sí o para un tercero frente a otros (o favorecerlo, en el caso de la corrupción pasiva)*”<sup>20</sup>.

Volviendo al incumplimiento del deber de lealtad por parte de los consejeros, el artículo 229.3 LSC impone a los administradores la obligación de comunicar al Consejo de Administración cualquier conflicto de interés en que incurran. Ninguno de los consejeros de CerTronic ha comunicado el conflicto de interés en que incurren, incumpliendo también este precepto. Sin embargo, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, en su Sentencia de 30 de octubre de 2013, dispensa de esta obligación en el caso que el resto de consejeros conozcan de esta situación. En concreto, dispone lo siguiente:

*Procesalmente, si no hace falta comunicar, no hay necesidad de protección jurídica, por lo que la acción meramente declarativa es improsperable. Sustantivamente, al que sabe y consiente no se le hace injusticia ni se le engaña ( nulla iniuria est, que in volentem fiat [ULPIANO, Dig. 47,10,1,5]). Como un Legislador racional no pide actos vanos, la premisa implícita del deber de comunicar es el desconocimiento de la situación por los demás consejeros. «Resulta evidente que a los demandados no se les puede imputar consecuencias de no haber comunicado al Consejo de Administración la realidad del conflicto, ya que el mismo era conocido por los miembros de dicho órgano, como resultado directo del acuerdo de participación accionarial de [...] y de su ejecución reiterada en el tiempo» ( STS 1ª 793/2011, 17.11*

---

<sup>20</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

*(RJ 2012, 1498) , Mazda Motor España, S.A. ; en el mismo sentido, eximiendo expresamente del deber de comunicar el interés en una operación o acuerdo existente cuando los demás consejeros ya lo conocen o deben razonablemente conocerlo, art. 182[6][b] Companies Act 2006).*<sup>21</sup>

Pues bien, en tanto que en el caso que se nos presenta el consejo está formado por cuatro miembros, si el consejero restante conocía de la situación, los otros están dispensados del deber de comunicarle la situación. Esto no quiere decir, por supuesto, que no hayan incurrido en una infracción del deber de lealtad, sino simplemente que no han incurrido en otro incumplimiento por no haber informado de la situación que se les presentaba.

Finalmente, el artículo 230 LSC regula la posibilidad de que los administradores obtengan una dispensa para la obtención de una ventaja o beneficio de tercero por el desempeño de su cargo, de manera que no pueda considerarse que han infringido el deber de lealtad. Sin embargo, como se señala en el apartado segundo del citado precepto, *“la autorización deberá ser necesariamente acordada por la Junta General cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros [...]”*. En el presente caso, ninguno de los tres consejeros ha obtenido tal dispensa por la Junta General para percibir la prima ofrecida por Vulture.

En suma, es más que evidente que la denuncia contra los tres consejeros por incumplimiento del deber de lealtad exigido a los administradores de una sociedad mercantil puede prosperar con éxito, además de poderse presentar también una querrela por el delito societario en que han incurrido al haber aceptado la prima prometida por uno de los accionistas. Al final, D. Antonio, D. Vicente y D. José están aceptando un soborno, bajo el nombre de “prima por el éxito de la operación”, para actuar conforme a las directrices de uno de los accionistas de la sociedad que administran.

Analizadas las implicaciones que la conducta de tres de los consejeros tiene respecto a su deber de lealtad como administradores, únicamente queda por examinar la conducta del cuarto miembro del consejo de CerTronic, D. Joaquín de Mendoza Avilés. Éste ha sido designado por Vulture y es considerado, por tanto, consejero dominical. Nada se sabe, sin embargo, sobre si es empleado o no de Vulture, por lo que habrá que exponer las consecuencias para ambas posibilidades.

---

<sup>21</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

En primer lugar, el consejero dominical es aquel que ha sido nombrado por el sistema de representación proporcional, no siendo relevante entrar en más detalle sobre el funcionamiento de este sistema para lo que aquí interesa. Lo que sí es importante es tener en cuenta que este consejero, a diferencia de la persona nombrada como representante física de una persona jurídica, tiene un deber de independencia absoluto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1969 cuando dice que *“una vez nombrado, pasa a ser órgano al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombraron”*<sup>22</sup>.

Como señalábamos con anterioridad, Vulture presenta diversos intereses en las operaciones que aquí se estudian. En primer lugar, su filial es socio al 50% de la sociedad italiana objeto de la adquisición, lo que implica que de forma indirecta Vulture controla esta última. Pero es que además la sociedad holandesa con la que se pretende la fusión también es filial de Vulture. El conflicto de interés que se le plantea como socio, estudiado en otro apartado, es evidente. Sin embargo, al no ser Vulture administrador de CerTronic no puede incurrir en incumplimiento de deber de lealtad puesto que no se le exige tal deber.

Ahora bien, no se puede olvidar en este punto el hecho de que Vulture prometiese a todos los consejeros que no fueran empleados suyos una prima por el éxito total de la operación. La importancia de esta prima ya ha sido analizada en el caso de los tres consejeros, D. Antonio, D. José y D. Vicente, y ahora procede hacer lo mismo con el consejero dominical designado por Vulture.

En continuación con lo anterior, si el consejero es empleado de Vulture no percibiría la citada retribución. No obstante, esto no le favorecería tampoco de cara al deber de lealtad que debe cumplir, puesto que se pondría en duda su libertad de criterio e independencia a la hora de aceptar un acuerdo que favorece en tantos aspectos a su empleador. Además, resulta cuanto menos sorprendente que Vulture esté dispuesto a pagar una prima sólo a los consejeros que no sean empleados, dando a entender que el que sí es empleado siempre actuará bajo sus directrices sin necesidad de incentivos económicos.

Por otra parte, si el consejero no es empleado de Vulture, estaría en la misma situación que los consejeros restantes, puesto que actuaría en contra de lo dispuesto en las letras d) y e) del artículo 228 LSC y en la letra e) del 229 LSC. A su vez, como ocurría con los demás consejeros, podría haber cometido un delito societario de acuerdo con el artículo 286 bis CP.

---

<sup>22</sup> *La anomalía de la retribución externa de los administradores*. Op. cit. P. 9.

En suma, podría entenderse que el cuarto consejero incumple su deber de lealtad como administrador sea o no empleado de Vulture. Es cierto que si no es empleado, es más sencillo probar que incumplió el citado deber puesto que habría recibido la misma promesa de prima por el éxito de la operación que los demás consejeros. Sin embargo, como ya se ha expuesto, también podría probarse que incumplió este deber si fuera empleado de Vulture, por entender que actúa bajo sus directrices.

Sin perjuicio de lo anterior, sería más fácil probar que el consejero dominical incumplió su deber de lealtad si Vulture fuese persona vinculada a éste. Así, de acuerdo con el artículo 229.2 LSC, se entiende que un administrador incurre en conflicto de interés cuando quien se beneficia de sus actos es una persona vinculada a él. También incumpliría, en el caso de que fuesen personas vinculadas, lo dispuesto en el apartado c) del artículo 228 LSC, puesto que no se habría abstenido en la deliberación y votación del acuerdo en el que Vulture presentaba un conflicto de interés. No obstante, no puede considerarse que ambos sean personas vinculadas puesto que no se encuentran entre los supuestos enumerados por el artículo 231.1 LSC. Artículo que es considerado por la doctrina como una lista cerrada y no susceptible de aplicación por analogía<sup>23</sup>.

En conclusión, la actuación de los consejeros sí parece contraria al deber de lealtad que todos ellos tienen en calidad de administradores de CerTronic, siendo alta la probabilidad de condena de todos. Más aún, como se ha expuesto, podrían incluso ser considerados culpables de un delito societario por haber aceptado una prima para actuar en beneficio de uno de los accionistas de CerTronic.

---

<sup>23</sup> Iraculis, N. *Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas: formulación del conflicto "relevante" en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz*. Aranzadi. BIB 2019\6812.

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

En una sociedad de capital los socios tienen como mínimo derecho de asistencia a la Junta General y de voto en ésta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.c) LSC. Así, en el apartado segundo del artículo 179 LSC se dice que los socios de una sociedad anónima, como es el caso de CerTronic, tienen derecho a asistir a las juntas generales, si bien los estatutos de la sociedad pueden requerir estar en posesión de un número mínimo de acciones para gozar del mismo. Como en el caso de CerTronic los estatutos no dicen nada al respecto, se entiende que sus cinco socios tienen este derecho de asistencia.

El derecho de voto también está regulado en el artículo 188 LSC, donde se prohíbe la creación de acciones que *“de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto”*, prohibición que opera sólo para las sociedades anónimas. Asimismo, también sólo para las sociedades anónimas, se podrá fijar en los estatutos un límite en el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista. Nuevamente, los estatutos de CerTronic nada dicen que haga sospechar de una posible alteración en el derecho de voto y tampoco fijan un número máximo de votos por accionista.

En consecuencia, en el caso que se nos presenta, cada socio de CerTronic tendrá derecho a asistir y votar en las juntas generales. En este punto es preciso tener en cuenta que, de los cinco socios, tres son personas físicas, D. Antonio Falomir Fabra Llorens, Dña. Amparo Fabra Llorens y Dña. Lidón Falomir Fabra, y dos personas jurídicas, la sociedad de capital riesgo Vulture y la mercantil Badenes, S.R.L., por lo que estas dos últimas designarán un representante persona física para ejercer sus derechos como accionistas, de acuerdo con el artículo 184.1 LSC.

Pues bien, de lo anterior se concluye que el derecho de voto del que gozan todos los socios de CerTronic, es, por su profusa regulación, uno de los derechos más importantes, de forma que únicamente se puede exigir su no ejercicio ante situaciones excepcionales que prevé la propia normativa. En este sentido, el artículo 190 LSC, bajo el título de “conflicto de intereses” dice lo siguiente:

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

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

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

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

**3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social.**<sup>24</sup>

En el caso que nos ocupa, parece claro que ninguno de los socios incurre en el supuesto del artículo 190.1 LSC, puesto que el acuerdo que se vota en la Junta General es de traslado de domicilio social. Este tipo de acuerdos no suponen en general la privación de voto para ningún socio y tampoco para este caso en particular. Ahora bien, el hecho de que no estemos

---

<sup>24</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

ante uno de los supuestos enumerados en el apartado primero del referido precepto no implica que no podamos estarlo ante el supuesto recogido en el artículo 190.3 LSC.

Dice el apartado citado que podrán impugnarse los acuerdos que hayan sido aprobados con el voto de socios incurso en conflicto, siempre que sus votos fueran decisivos. Para ello, el socio que impugne únicamente deberá probar la existencia de conflicto, recayendo sobre estos últimos la tarea de probar que el acuerdo era favorable al interés social. Pues bien, de acuerdo con lo anterior, correspondería a Dña. Amparo y Dña. Lidón impugnar el acuerdo de traslado de domicilio social a Países Bajos, debiendo demostrar que Vulture, Badenes o D. Antonio, o todos ellos, estaban incurso en conflicto.

Como primer requisito a tener en cuenta, es necesario que el voto del socio incurso en conflicto sea decisivo. Para ello, es preciso partir del análisis de los artículos 194 y 201 LSC, referentes al quórum reforzado y mayorías necesarias para la válida adopción de un acuerdo de traslado del domicilio al extranjero, como es el caso. Así, el artículo 194 LSC dispone que será necesaria la presencia en la Junta General de accionistas que representen al menos el 50% del capital social para la válida adopción del acuerdo. Esta cifra es menor en segunda convocatoria, cuando sólo hace falta que esté presente o representado el 25% del capital social. Además, el artículo 201 LSC establece que bastará para la adopción del acuerdo la aprobación por mayoría absoluta en primera convocatoria y, en segunda, de 2/3 del capital presente o representado.

En el caso que se nos presenta, los supuestos pueden ser varios. Ahora bien, por ser concisos, y partiendo de que ambas socias votan en contra (en conjunto suman un 18% del capital social), Badenes por sí solo nunca podrá aprobar el acuerdo (tiene el 28%). Siempre necesitará del voto de Vulture o de D. Antonio para conseguir sacar adelante el acuerdo, de forma que el voto de estos dos debe calificarse de decisivo.

En el epígrafe anterior se afirma que los votos de Vulture y D. Antonio siempre van a considerarse como decisivos, o al menos el que vote de los dos para aprobar el acuerdo junto con Badenes. El hecho de que se les pueda considerar como decisivos supone una gran ventaja para las socias, puesto que en ambos el conflicto de intereses en el que están inmersos resulta más sencillo de probar que en el caso de Badenes. No obstante, como se expondrá más adelante, también podría llegar a probarse un conflicto de interés por parte de esta última.

En efecto, decimos que el conflicto de intereses es más sencillo de probar en Vulture por el hecho de que el fin último del traslado del domicilio social es una fusión inmediata con



Nederlandse Gier-NV, filial de Vulture en los Países Bajos. Resulta evidente que el conflicto de interés existe, debiendo Vulture probar que el acuerdo es beneficioso para el interés de la sociedad y no sólo para el suyo propio.

Tampoco resulta complicado probar la concurrencia de conflicto en el caso de D. Antonio, que, como administrador de la sociedad además de socio, se ha puesto a sí mismo en una situación de conflicto al aceptar la remuneración de Vulture a cambio de votar a favor del acuerdo. En efecto, el artículo 229.1.e) LSC prohíbe a los administradores “*obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía*”. Para hacerlo, deberán contar con la dispensa de la Junta General, de acuerdo con el artículo 230.2 LSC, dispensa que D. Antonio no ha solicitado y, desde luego, no le ha sido dada. También él deberá probar que su voto favorable fue emitido velando por el interés social y no por el suyo propio.

Finalmente, la situación de Badenes es más compleja que las descritas anteriormente. Sin embargo, esto no quiere decir que las socias no tengan posibilidad alguna de demostrar la existencia del mismo. En este sentido, son los socios de Badenes, los hermanos D. Vicente y D. José Badenes Alcón, quienes han percibido una remuneración de Vulture a cambio de que la sociedad que ellos controlan (poseen entre ambos el 100% del capital social) votase a favor del acuerdo de traslado del domicilio social. Así, en principio, la sociedad Badenes, socio de CerTronic, no estaría incurriendo en conflicto. Sin embargo, no parece razonable que esto sea así cuando es evidente que quienes controlan la misma sí tienen un conflicto evidente, al no tener la dispensa requerida por el 230.2 LSC para percibir remuneraciones por su actuación como administradores. Su situación es prácticamente idéntica a la de D. Antonio, exceptuando el hecho de que ellos se protegen por medio de la sociedad Badenes.

Si bien es una figura aplicada de forma muy restrictiva, no hay duda de que las dos socias pueden intentar pedir el levantamiento del velo para perseguir el conflicto de intereses en el que están inmersos los únicos socios de Badenes. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de junio de 2011, cuando dispone que “**la jurisprudencia justifica la técnica y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude** (art. 6.4 CC) *admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio*

*antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)*<sup>25</sup>. Y sigue en su Sentencia de 30 de mayo de 2012 diciendo que “*el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que “excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias –son clásicos los supuestos de infra capitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso – sea procedente el “levantamiento del velo” a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e interese de terceros (en citación de la Sentencia 718/2011, de 13 de octubre)*”.

Asimismo, recuerda el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 30 de mayo de 2012 que no existe un *numerus clausus* de circunstancias en las que resulte de aplicación el levantamiento del velo, si bien también enfatiza su marcado carácter excepcional. No es fácil, en consecuencia, conseguir que se aplique el levantamiento del velo de la sociedad Badenes a fin de llegar a los socios que están detrás y que son los que verdaderamente presentan conflicto. Sin embargo, ello no obsta para que las dos socias lo intenten, ya que los hermanos sí están utilizando la sociedad como un medio para perseguir su propio interés personal, esto es, obtener la remuneración de Vulture, al mismo tiempo que les sirve de protección para no incurrir en conflicto y que no les sea de aplicación el artículo 190.3 LSC.

Expuesto lo anterior, la conclusión clara que se deduce es el hecho de que ni Dña. Amparo ni Dña. Lidón pueden exigir a los socios restantes de CerTronic que se abstengan en la votación de traslado de domicilio social. Ahora bien, ello no obsta para que puedan impugnar el acuerdo social, probando únicamente la concurrencia de conflicto de interés en todos o alguno de ellos. Como se ha analizado, las probabilidades de que ambas socias demuestren la existencia de este conflicto de interés son muy elevadas en los casos de Vulture y D. Antonio y algo más complicadas en el caso de Badenes, si bien también podrían intentarlo con éxito.

---

<sup>25</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

#### IV. Posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

En primer lugar, el artículo 204.1 LSC regula las causas que permiten la impugnación de los acuerdos sociales, señalando que “(s)on impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende 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.”

26

Pues bien, de lo expuesto se concluye que sólo serán impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la Junta General o lesionen el interés social en beneficio de socios o terceros. Por ser la que interesa al presente caso, nos centraremos en la última de las causas citadas. En este sentido, la LSC señala que la imposición de un acuerdo por la mayoría de forma abusiva supone también lesionar el interés social, aun cuando no se cause daño al patrimonio social. Los requisitos que deben darse para considerar que el acuerdo ha sido impuesto por la mayoría serán (i) que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad, (ii) que sea adoptado por la mayoría en interés propio y (iii) en detrimento injustificado de los demás socios.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 206.1 LSC, ambas accionistas estarían legitimadas para impugnar el acuerdo social debatido en tanto que las dos ostentaban tal condición antes de la adopción del acuerdo y representan tanto individual como conjuntamente más del uno por ciento del capital social. Si proceden con la impugnación, deberán dirigirse contra la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206.3 LSC. Finalmente, para evitar que caduque la acción, deben impugnarlo en el plazo de un año desde la fecha de adopción o, si ya está inscrito, en el plazo de un año desde la fecha de oponibilidad de la inscripción, de conformidad con el artículo 205 LSC.

Visto lo anterior, debe procederse ahora a analizar si prosperaría con éxito la impugnación del acuerdo de conformidad con los requisitos exigidos por la normativa citada. En primer lugar, señalábamos que el acuerdo social podrá ser impugnado cuando lesione el interés social por imponerse, en este caso, de forma abusiva. El concepto de interés social ha sido largamente

---

<sup>26</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

debatido por la doctrina y la jurisprudencia durante años, como expone, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de junio de 2019:

[...]18. Respecto del interés social recordábamos en nuestra Sentencia de 7 de diciembre de 2011 reiterada en la de 17 de abril de 2019, las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales:

**"6. Como afirma la STS de 7 de diciembre de 2011 "...no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991 , según la que "[e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una "institución-corporación", en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social", [...].**

**9. "Como recuerda la STS de 7 de diciembre de 2011 , antes citada, " los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios 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, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre , y 770/2011, de 10 de noviembre.**<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

Sin entrar a valorar las distintas interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia hacen del interés social, la Sentencia citada es clara cuando dispone que un acuerdo será contrario al interés social cuando no atienda a los intereses de los accionistas y demás instituciones de la sociedad y cuando perjudique a los minoritarios.

Con el objeto de determinar si este acuerdo social lesiona el interés social de CerTronic, deben analizarse detenidamente los requisitos que califican un acuerdo como abusivo. Como decíamos, estos requisitos deben ser que el acuerdo (i) no responda a una necesidad razonable de la sociedad, (ii) haya sido adoptado por la mayoría en interés propio y (iii) en detrimento injustificado de los demás socios. Son estos los criterios que siguen los Tribunales para determinar si un acuerdo es abusivo, sirviendo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de febrero de 2020, y no los generales del abuso de derecho regulado en el artículo 7 del Código Civil.

**i. El acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad.**

En este sentido, el acuerdo de traslado del domicilio social a los Países Bajos y la posterior fusión con una sociedad holandesa debe responder a una necesidad razonable de la sociedad. Habrá que estarse, por tanto, a las circunstancias concretas de esta operación para determinar si responde a esa necesidad. Ante todo, lo que no cabe poner en duda es la legalidad de la citada operación. Así, si bien es cierto que la sociedad holandesa con la que se pretende la fusión es filial de Vulture, ninguna norma en nuestro ordenamiento prohíbe las fusiones entre sociedades porque una de ellas sea filial de un accionista de la primera. Asimismo, también puede llevarse a cabo el traslado del domicilio social al extranjero manteniendo la actividad económica en España, gracias a la reciente jurisprudencia del TJUE en este sentido y concretamente al Caso Polbud.

Partiendo por tanto de que la operación es perfectamente legal, la principal razón que esgrimen los demás accionistas favorables al acuerdo es que éste responde a una oportunidad única de negocio para CerTronic. En este sentido, defienden que el traslado del domicilio social a los Países Bajos es un simple paso intermedio que facilita la fusión con la sociedad holandesa, fusión que sin duda convertirá a CerTronic en una de las sociedades más importantes en el sector de la cerámica en Europa. Los resultados de la sociedad difícilmente pueden mejorarse en España y si efectivamente se busca seguir creciendo, no hay duda de que la expansión en el mercado europeo es una buena oportunidad para esta sociedad.

Además, señalan estos accionistas que el escoger los Países Bajos no es una casualidad, puesto que es un país que está apostando por este sector y desde ahí es más fácil acceder a los países del norte del continente, toda vez que CerTronic cuenta con mayor presencia en el sur, especialmente en España e Italia. Por otra parte, la sociedad holandesa con la que se pretende la fusión está muy bien posicionada en el país, contando con un gran prestigio. El que sea filial de Vulture sólo facilita la fusión, eliminando gastos innecesarios y ahorrando un tiempo que es fundamental.

De lo anterior resulta que el acuerdo podría responder una necesidad razonable de CerTronic. Los accionistas estarían apostando por una oportunidad de negocio para la sociedad, promoviendo su crecimiento y expansión en nuevos mercados al mismo tiempo que se aseguran de contar con una sociedad con experiencia en esta nueva andadura empresarial.

Ahora bien, son varios los inconvenientes que tiene la operación expuesta. En primer lugar, el traslado del domicilio social a los Países Bajos supone el cambio de nacionalidad de CerTronic, perdiendo la española y convirtiéndose en sociedad holandesa a todos los efectos. Este cambio de nacionalidad supondría además un cambio en la *Lex Societatis* o ley personal de la sociedad. En este sentido, el artículo 9.11 CC es claro cuando dispone que “*la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción*”. Por tanto, la consecuencia directa del cambio de nacionalidad sería que CerTronic dejaría de regirse por la normativa española para regirse por la holandesa. Esto, como es evidente, conllevaría importantes implicaciones para los accionistas, que pasarán a convertirse en accionistas de una sociedad holandesa sin conocimiento alguno sobre la legislación de este país.

El acuerdo adoptado también supondría cambios de gran importancia en relación con la competencia de los Tribunales españoles. Para empezar, de acuerdo con el artículo 22.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”), los Tribunales españoles dejarían de ser competentes con carácter exclusivo “*en todo caso y con preferencia de cualquier otro*” para conocer de temas tan importantes como la “*constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas [...] así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos*” por no tener CerTronic su domicilio en territorio español.

Es cierto que, de conformidad con el apartado primero del artículo 22 bis LOPJ, “*(e)n aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido*

*expresa o tácitamente a ellos*". Sin embargo, también de conformidad con el citado precepto, no surtirán efecto los acuerdos de las partes cuando sean contrarios a lo establecido en "los artículos 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies, 22 septies [...]". En concreto, el 22 septies señala que los procedimientos en materia concursal y de insolvencia se registrarán por lo dispuesto en su legislación reguladora, de forma que en el caso de CerTronic habría que estar a lo dispuesto en la legislación holandesa para ver si ésta permite a las partes atribuir la competencia a los Tribunales españoles en esta materia. Si no fuera así, esto supondría que los accionistas de CerTronic se verían obligados a lidiar con las dificultades de un procedimiento concursal en un país donde únicamente se encuentra el domicilio social, puesto que la sede real seguiría estando en España.

Ningún cambio se producirá, por el contrario, en relación con el domicilio fiscal de CerTronic. En efecto, como se pretende mantener el centro de efectiva explotación en España, el traslado del domicilio social no supondrá cambio alguno en el domicilio fiscal, que se entenderá fijado donde se encuentre la sede real de la persona jurídica. Así lo dispone el artículo 48.2.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria cuando dice "*para las personas jurídicas, su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección. Cuando no pueda determinarse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado*"<sup>28</sup>. En el presente caso, como la sede real continuará en España, el traslado del domicilio social no conllevará cambios en el domicilio fiscal.

Finalmente, si bien es cierto que el traslado del domicilio social sin trasladar a su vez la sede real de la sociedad puede llevarse a cabo desde un punto de vista legal de acuerdo con la reciente jurisprudencia del TJUE, también lo es que supone una novedad el hecho de que CerTronic pase a ser una sociedad holandesa pero mantenga toda su actividad en España. Si esto es posible es gracias al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, y en concreto gracias al Caso Polbud, ya que hasta ahora era considerado contrario al ordenamiento español. Sin embargo, la consecuencia evidente es que aun siendo legal, comporta una gran inseguridad jurídica para los accionistas de CerTronic por lo novedoso del caso.

En consecuencia, las implicaciones jurídicas que conlleva el acuerdo social debatido son varias y de gran importancia. Si bien puede defenderse que el acuerdo responde a una

---

<sup>28</sup> El resaltado y subrayado es nuestro.

oportunidad de negocio para CerTronic, también puede esgrimirse en contra de éste que podría llevarse a cabo desde España, sin traslado del domicilio social, de forma que la sociedad no cambie de nacionalidad y la legislación española continúe siendo la que resulta de aplicación. En este sentido, si lo que verdaderamente se pretende es la expansión de CerTronic en Europa, perfectamente puede llevarse a cabo sin trasladar el domicilio social, tal y como se ha hecho con la sociedad italiana en una operación anterior.

En efecto, no parece que trasladar el domicilio social a los Países Bajos responda a una necesidad razonable de la sociedad, teniendo en cuenta las implicaciones que conlleva para la propia CerTronic y sus accionistas. Sí puede ser que la fusión responda a esa oportunidad de negocio, pero en ese caso la fusión puede llevarse a cabo sin el traslado social, como ocurrió en la operación italiana.

Podría defenderse, por tanto, que el acuerdo debatido efectivamente no responde a una necesidad razonable de la sociedad. Es un concepto complicado, en el que deberán ponderarse los distintos argumentos expuestos y en todo caso defender que el objeto de ese traslado social, que es la fusión posterior, perfectamente podría llevarse a cabo sin conllevar cambios tan importantes para CerTronic.

**ii. El acuerdo debe haber sido adoptado por la mayoría en su interés propio.**

En este punto, habría que señalar que los demás accionistas han recibido promesa de incentivos económicos por parte de Vulture para votar a favor del acuerdo. Por no señalar que el propio Vulture presenta un conflicto de interés al ser filial suya la sociedad holandesa, si bien puede salvar este conflicto si prueba que el acuerdo es favorable al interés social. En cualquier caso, el que los demás accionistas estén movidos también por su propio interés hace que este criterio sea más fácil de probar.

Efectivamente, pueden defender que el acuerdo se presenta como una oportunidad de negocio para CerTronic y que, de tener éxito, conllevará enormes beneficios de los que serán partícipes todos los accionistas y demás instituciones de la sociedad. Sin embargo, el hecho de que también vayan a percibir una remuneración por operación pone en duda que verdaderamente velen por el interés social o, por lo menos, que además de tener en consideración este interés, velen por el suyo propio.

Como decíamos, este criterio es sin duda el más fácil de probar en este caso, puesto que los demás accionistas se han puesto en una situación complicada al aceptar la prima ofrecida por



Vulture y el propio Vulture debe demostrar que efectivamente velaba por el interés social a la hora de votar a favor del acuerdo.

**iii. El acuerdo debe haber sido adoptado en detrimento injustificado de los demás socios.**

A diferencia del anterior punto, resulta más difícil probar que el acuerdo fue adoptado en detrimento injustificado de las únicas dos accionistas que no están a favor del acuerdo. En efecto, de tener éxito la operación expuesta, todos los accionistas se beneficiarán de ella, no sólo los que votaron a favor. Además, las implicaciones negativas que el traslado social conlleva afectan a la totalidad del accionariado de CerTronic, no sólo a ellas dos.

En cuanto a las alegaciones sobre una posible dilución en el capital social tras la fusión, tampoco puede decirse más sin saber la ecuación de canje, sobre la que no tenemos información alguna. Por otra parte, el hecho de que los estatutos de la sociedad holandesa prevean cláusulas de lealtad que atribuyan doble voto a los socios con mayor antigüedad, tampoco puede decirse nada mientras éstos no se mantengan tras la fusión, porque pueden cambiarse.

**iv. Conclusión**

De lo expuesto cabe concluir que ambas accionistas están legitimadas para impugnar el acuerdo por abusivo, si bien no es del todo claro que el acuerdo cumpla con los requisitos que la normativa exige para que se considere en contra del interés social. Así, si bien puede defenderse que aun siendo una oportunidad de negocio para CerTronic se podría llevar a cabo sin el traslado del domicilio social, por las implicaciones negativas que conlleva, además de que los accionistas votaron a favor movidos en parte por su propio interés, no parece cumplirse con el último de los requisitos exigidos. En efecto, difícilmente puede entenderse que el acuerdo haya sido adoptado en detrimento injustificado de los demás socios cuando las consecuencias que conlleva resultan de igual aplicación a todos.