



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Autor: Idoia Muñiz López de Goicoechea

Tutor: Fernando Igartua Arregui

Madrid

11 de enero de 2021

ÍNDICE

I. BREVE EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

II. INFORME SOLICITADO POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE CERTRONIC

A) Operación de adquisición de Cir-Cerámica

(i) Adquisición de acciones en régimen de autocartera y amortización del excedente

(ii) Adquisición de la marca Cir-Cerámica por aumento de capital

(iii) Fusión por absorción de su filial en Italia Cir-Cerámica

B) Traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos

ANEXO I: CALENDARIO DE OPERACIONES MERCANTILES Y SOCIETARIAS

III. INFORME SOLICITADO POR DÑA. AMPARO FABRA LLORENS Y DÑA. LIDÓN FALOMIR FABRA

A) Consecuencias de no firmar el pacto de socios

B) Posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad

C) Posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación de la junta

D) Posibilidad de impugnar el acuerdo por abusivo

I. BREVE EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

CerTronic, S.A. (en adelante, “**CerTronic**”) es una sociedad española, domiciliada en Alcora (Provincia de Castellón), que se dedica a la fabricación de componentes cerámicos aislantes, de amplia utilización en revestimientos e instalaciones eléctricas.

La administración de CerTronic está encomendada a un Consejo de Administración formado por 4 personas: D. Vicente y D. José Badenes Vallés, D. Antonio Falomir Esteve, y una última vacante no cubierta designada por Vulture Capital Corp, socio de CerTronic (en adelante, “**Vulture**”). A su vez, el capital social de esta compañía se encuentra dividido entre 5 socios: (i) Badenes, S.R.L con un 28% de participación en el capital social, dividido entre los hermanos D. Vicente y D. José Badenes Alcón; (ii) D. Antonio Falomir Esteve casado en régimen de sociedad de gananciales con Dña. Amparo Fabra Llorens con un 28% de participación en el capital social, que, en 2014, con la ruptura del matrimonio y la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales quedó dividida en un 20% respectivamente para cada una de las partes, ostentando el 8% restante su hija, D. Lidón Falomir Fabra, desde junio de 2012; el quinto y último socio se trata de (iii) un fondo de Capital Riesgo con sede en Luxemburgo, Vulture, titular del 44% del capital social.

Este último socio adquirió la condición de accionista de CerTronic en virtud de un contrato de refinanciación concluido con la sociedad en el año 2013, a causa de las graves dificultades económicas que atravesaba la compañía con ocasión de la crisis financiera de 2008. Este acuerdo de refinanciación recogía, entre otras cláusulas, la inclusión de la obligación de todos los accionistas de suscribir el pacto de socios en los estatutos de la sociedad como prestación accesorio. Asimismo, este pacto de socios incluía la obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración societaria o de aumento de capital se adoptara necesariamente con el voto favorable del 67% del capital social.

Expuesto, en términos generales, la organización societaria de CerTronic, lo que el Consejo de Administración de esta sociedad nos solicita es asesoramiento jurídico a cerca de la posibilidad de articular la operación de adquisición de Cir-Cerámica *società a responsabilità limitata* (en adelante “**Cir-Ceramica**”), sociedad italiana con domicilio social en Módena. Así como del traslado de su domicilio social a los Países Bajos, con el objetivo mediato de realizar una fusión de la nueva sociedad holandesa Cir-Cerámica con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV, en cuyos estatutos se prevén cláusulas de lealtad que atribuyen un voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad en la sociedad. En relación con esta operación, hemos de hacer especial hincapié en que Vulture se ha comprometido a retribuir con una prima a todos los miembros del consejo de administración que no sean empleados de Vulture por el éxito total de la operación.

Por otro lado, Dña. Amparo Fabra Llorens y Dña. Lidón Falomir Esteve, socias de CerTronic, solicitan la elaboración de un informe a cerca de la posibilidad de oponerse a la citada operación alegando: (i) las consecuencias de no firmar el pacto de socios; (ii) la posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus

deberes de lealtad; (iii) la posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación de la junta en la que se decide sobre el traslado del domicilio social al extranjero; y, por último, (iv) la posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo por abusivo.

II. INFORME SOLICITADO POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE CERTRONIC

1. Operación de adquisición de Cir-Cerámica

(i) *Adquisición de acciones en régimen de autocartera y amortización del excedente*

La primera de las alternativas que nos piden valorar a la hora de estudiar el objetivo de CerTronic de adquirir la marca de la compañía italiana Cir-Cerámica, es la adquisición por parte de CerTronic de sus acciones en autocartera por importe suficiente para luego acometer la compra de la marca mediante permuta.

Ahora bien, antes de comenzar con el análisis de ambas operaciones, y partiendo de la idea de que ninguno de los socios se opone a la operación de adquisición de la marca de Cir-Cerámica, lo que implica que todos estarían dispuestos a ceder proporcionalmente la participación en el capital social que corresponda para acometer la operación. De hecho, debería ser así para evitar posibles situaciones de discriminación. Con anterioridad a la adquisición de las acciones en autocartera recomendamos, a pesar de que desde el punto de vista legal no resulta preceptivo, proceder a la valoración mediante informe de experto independiente del activo objeto de adquisición, en nuestro caso, la marca, para así determinar el número necesario de acciones que se tiene que ceder para su consiguiente adquisición por parte de CerTronic en autocartera.

- *Adquisición de acciones en autocartera*

Comenzamos, ahora sí, nuestro análisis por la adquisición de acciones en autocartera. La transmisión de acciones es “*un principio básico de la sociedad anónima, orientada hacia premisas capitalistas, el de la libre transmisibilidad de las partes representativas del capital, por cuanto esta figura jurídica, a diferencia de las asociaciones personalistas, está regida por criterios del “intuitu pecuniae”*”¹. Ahora bien, cuando quien adquiere esas acciones es la propia sociedad encargada de su emisión, nos encontramos ante el supuesto que tratamos en esta primera sección, el supuesto de adquisición de acciones en autocartera. A este respecto, la pregunta que hemos de abordar es ¿si en este supuesto sigue siendo de aplicación el principio general de libre transmisibilidad de acciones?

Pues bien, lo cierto es que la adquisición de acciones en autocartera es una operación societaria sometida a un régimen limitativo de transmisibilidad. Un régimen especial con base en la alteración de los principios de realidad y conservación de capital, así como la alteración del principio de minoración de garantía patrimonial² del capital con respecto a los acreedores de la sociedad.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999.

² “Sociedad Anónima: Autocartera y adquisición derivativa” *Atutlawdo el derecho hecho ciencia* (disponible en <https://atutlawdo.wordpress.com/2014/09/29/sociedad-anonima-autocartera-y-adquisicion-derivativa/>).

Es así como la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) recoge en sus artículos 144 y 146 los límites y condiciones a la adquisición derivativa de acciones en autocartera, a título gratuito (artículo 144 LSC) o a título oneroso (artículo 146 LSC).

En el presente caso, la adquisición de acciones en autocartera sobre la cual Certronic nos pide asesoramiento, no encaja dentro de los supuestos de libre adquisición *ex* artículo 144 LSC, sino que se trata de una adquisición a título oneroso de las que recoge, tal y como hemos expuesto, el artículo 146 LSC. Veamos lo que dice este artículo.

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

a) que la adquisición haya sido autorizada mediante acuerdo de la junta general, que deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años. (...)

b) que la adquisición (...) no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles (...)”

El primero de los requisitos que recoge este precepto normativo para acometer la referida adquisición es que la operación sea autorizada mediante acuerdo de la junta general, lo que implica que el órgano de administración no podrá libremente acordarla.

Esta junta general es convocada por el órgano de administración tal y como recoge el artículo 166 LSC. Ahora bien, en nuestro caso, el órgano de administración no está completo, ya que en el mismo encontramos una vacante. No obstante, de conformidad con la Resolución de fecha 14 de marzo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, esta circunstancia no supondría impedimento alguno para que este convoque la junta y fije el correspondiente orden del día.

Esta convocatoria debe realizarse en cumplimiento de los requisitos que establece la LSC en sus artículos 173 a 176 relativos a las distintas formas en que debe llevarse a cabo la convocatoria, el contenido de la convocatoria, el orden del día, el lugar de celebración de la misma, así como el plazo que debe mediar entre la convocatoria de la junta y la fecha prevista para su celebración. Asimismo, otro de los puntos relevantes que debe tenerse en cuenta es que para que la junta quede válidamente constituida se requiere, de acuerdo con lo que recoge el artículo 193 LSC, en primera convocatoria que los accionistas presentes o representados ostenten el 25% del capital social y, en segunda convocatoria que ostenten también el 25% pero esta vez del capital concurrente a la misma, cualquiera que sea este.

Una vez convocada la junta, el acuerdo de la junta general de adquisición de acciones en autocartera deberá adoptarse, tal y como recoge el artículo 201.1 LSC, por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados. Ahora bien, el

pacto de socios recoge, entre otras, “*la obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital*”. Por lo que, en principio, entendiendo esta operación como la parte inicial de una operación combinada que termina con la fusión de la nueva sociedad holandesa Cir-Cerámica con la filial de Vulture Nederlandse Gier-NV, cabe considerar que se trata de una operación de reestructuración societaria sujeta también a la mayoría del 67%.

Ahora bien, en el caso de no alcanzar en junta general esta mayoría, como expondremos con mayor detalle en el siguiente apartado, el acuerdo seguiría siendo válido siempre y cuando se cumplan con las mayorías ya enunciadas del artículo 201.1 LSC.

A este respecto, hemos de hacer hincapié en que el artículo 146.3 LSC recoge el deber de los administradores de controlar específicamente que en la tramitación de cualquier adquisición autorizada se respeten las condiciones fijadas en el presente artículo.

Ahora bien, a la hora de analizar esta adquisición de acciones en autocartera, hemos de tener en cuenta que, en el acuerdo de refinanciación concluido con el fondo de Capital Riesgo con sede en Luxemburgo, Vulture, el cual supuso el salvamento de la empresa castellanense inmersa en graves dificultades a causa de la crisis financiera de 2008, se impuso a los accionistas la obligación de suscribir el pacto de socios. Obligación incluida en los estatutos sociales como prestación accesorias.

En esta operación, CerTronic estaría adquiriendo, en consecuencia, acciones que llevan asociadas el cumplimiento de una prestación accesorias de suscripción por parte del conjunto total de los accionistas del citado pacto de socios.

Pues bien, en este sentido, el artículo 146.4 LSC es tajante al contemplar que “*será nula la adquisición por la sociedad de acciones (...) que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias*”.

Por lo que, a simple vista, de la aplicación de este precepto normativo, parece que la operación de adquisición que se desea realizar sería calificada como negocio jurídico nulo de pleno derecho al contener las acciones adquiridas por la sociedad la prestación accesorias consistente en la obligación de cumplir el pacto de socios.

Ahora bien ¿es válida esta prestación accesorias?

La jurisprudencia, así como la doctrina recogen lo que se conoce como el *enforcement* de los pactos parasociales en relación con la sociedad y, en este sentido, reconocen que no parece discutible la legitimidad de introducir una cláusula estatutaria que obligue a los futuros socios a la suscripción y cumplimiento de los pactos sociales³.

El único inconveniente que parece plantear este mecanismo es el que deviene del principio de determinación que establece que “*los estatutos deben recoger de manera <concreta y determinada> el contenido de la obligación (artículo 22.1 LSRL in fine, que*

³ Paz-Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, *Uria.com* (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>)

*en última instancia es tributario del artículo 1273 CC)*⁴. Ahora bien, este principio “no obliga, en rigor, a reproducir en los estatutos-directamente o como anexo- el contenido de los pactos parasociales”, sino que lo que busca, en última instancia, es que el socio tenga conocimiento realmente del deber que tiene de firmar el pacto, y de que puede acceder al contenido del mismo que figura en los estatutos de la sociedad o en documento aparte.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que en el caso que ahora analizamos la prestación accesoria de suscripción del pacto de socios no supedita simplemente la adquisición de nuevas acciones, sino que obliga, en términos generales, a todos los accionistas -presentes y futuros- a suscribir el citado pacto de socios.

¿Sigue siendo entonces válida esta prestación accesoria?

Para ello, nos remitimos a la Resolución de 26 de junio de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que recoge en materia de cumplimiento del protocolo familiar mediante prestación accesoria, cuestión ciertamente controvertida hasta hace unos años, la posibilidad de incluir “*en los estatutos sociales de una empresa familiar la prestación accesoria consistente en la obligación de cumplir con las disposiciones establecidas en el protocolo familiar*”.

Esta Resolución analiza el supuesto de la inscripción en los estatutos sociales de una prestación accesoria consistente en el cumplimiento del protocolo familiar por parte de todos los miembros de la empresa familiar, incluidos aquellos que no eran parte del pacto.

La doctrina se ha pronunciado a este respecto y ha establecido que “*la Dirección General en ningún momento condiciona su decisión a que el pacto sea omnilateral*” y que “*por tanto, la hipótesis de que existieran socios ajenos o extraños al pacto así como la posición de eventuales adquirentes de las acciones han de tomarse en consideración a la hora de valorar tanto la determinación del contenido de la prestación de cumplimiento del protocolo como los efectos que provoca su inclusión en los estatutos*”⁵

Fernando Calbacho y J. Ignacio López de Haro exponen, asimismo, que “*la DGRN establece que la prestación accesoria es identificable por los socios actuales y por los socios futuros que, al adquirir acciones de la sociedad, quedan obligados por la prestación accesoria establecida en los estatutos*”.

Ahora bien, entendemos que la Dirección General de los Registros y del Notariado no supedita su decisión al carácter reservado de los pactos parasociales, contenido en el artículo 29 LSC, sino que supedita la inscripción de la referida cláusula a su conocimiento por parte de todos los socios y a la determinación y concreción del contenido de la misma,

⁴ Paz-Ares, C., *ob cit.*, p.23.

⁵ Pérez-Millán, D., “La inscripción de la prestación accesoria de cumplimiento de un protocolo familiar. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018 (RJ 2018, 3648)” *Thomson Reuters Aranzadi Insignis*, 2019, p.7.

con base en que la prestación accesoria fue incluida en la sociedad por unanimidad de todos los socios en junta general.

En nuestro caso, si bien no tenemos conocimiento acerca de si D. Antonio Falomir Esteve y Dña. Lidón Falomir Fabra votaron a favor o en contra de la inclusión de esta obligación como prestación accesoria en los estatutos de la sociedad, lo cierto es que ninguno de ellos impugnó el acuerdo adoptado en junta general, ni ejercitó su derecho de separación de la sociedad, ex artículo 127.1.d) LSC. Por lo que entendemos que, de conformidad con lo que ocurre en el caso analizado *ex supra*, el núcleo sobre el que debe recaer la controversia a cerca de la validez o no de esta prestación accesoria es sobre la determinación y concreción de la misma. Que, a pesar de no tener más datos en el caso, entendemos que se cumple.

Todo lo expuesto, nos lleva a la conclusión que ya adelantábamos en párrafos anteriores, la nulidad del negocio jurídico de adquisición de acciones en autocartera por parte de la sociedad al conllevar estas la prestación accesoria de suscripción del pacto de socios.

¿Existe alguna forma de salvar esta situación?

La única alternativa para articular de forma válida esta operación de adquisición de acciones en autocartera sería la supresión de la prestación accesoria. El artículo 89 LSC recoge, en este sentido, que “(...) *la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos*” requiriendo, asimismo, “*el consentimiento individual del obligado*”. Ahora bien, el artículo 346 LSC recoge el derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor, entre otros, del acuerdo de “(...) *extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria en los estatutos*”.

La competencia para la modificación de los estatutos de la sociedad recae sobre la junta general de accionistas⁶, para la que se exige el quorum de constitución reforzado, ex artículo 194 LSC, “*en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto*” y “*en segunda convocatoria (...) la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital*”.

Convocada válidamente la junta en cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, la extinción de la prestación accesoria “*requerirá el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social*”⁷.

⁶ Artículo 194 de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷ Artículo 199 de la Ley de Sociedades de Capital.

- Compra mediante permuta

En el hipotético caso de que efectivamente se procediese a la supresión de la prestación accesoria de suscripción del pacto de socios, el siguiente y último paso para culminar esta operación consistiría en la permuta de acciones a cambio de la marca Cir-Cerámica. Para ello, se debe otorgar escritura pública ante notario en presencia de los representantes legales de cada una de las sociedades. El resultado de dicha permuta puede ser, o bien que las acciones cuadren con el valor de la marca, o bien que se produzca un descuadre por exceso de acciones en autocartera o porque el valor de la marca supere el valor de las acciones propias adquiridas.

En el supuesto de que el valor de la marca exceda del valor del conjunto de las acciones adquiridas en autocartera, el propietario estaría obligado a aportar la diferencia en efectivo. Ahora bien, cuando el descuadre provenga del exceso de acciones en autocartera habrá que proceder o bien a su amortización mediante la correspondiente reducción de capital o bien a su venta.

La operación sobre la que CerTronic nos pide asesoramiento articula la operación de permuta mediante la amortización de las acciones excedentarias por reducción de capital. Para ello, lo primero sería convocar Junta General de accionistas en la que se fije como orden del día el acuerdo de reducción de capital de las acciones que CerTronic dispone en autocartera.

Ahora bien, para su válida constitución, a diferencia de lo establecido con anterioridad, la convocatoria de la junta en la que se acuerde la reducción del capital de la sociedad requiere, de conformidad con el artículo 194 LSC: a) en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50% del capital suscrito con derecho de voto; y, b) en segunda convocatoria, la concurrencia del 25% de dicho capital. Y, para la adopción del acuerdo, con base en el artículo 201.2 LSC: a) si el capital presente o representado supera el 50%, que el acuerdo se adopte con mayoría absoluta; mientras que b) se requerirá el voto favorable de 2/3 del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho a voto sin alcanzar el 50%.

Finalizada la operación de adquisición de acciones en autocartera y consiguiente permuta de las mismas a cambio de la marca de Cir-Cerámica, esta pasaría a formar parte de CerTronic, así como la sociedad italiana parte del accionariado de esta última sociedad.

(ii) Adquisición de la marca Cir-Cerámica por aumento de capital

La segunda de las alternativas que nos piden valorar a la hora de estudiar la adquisición por parte de CerTronic de la sociedad italiana Cir-Cerámica, es el aumento de capital a cambio de la aportación de la marca.

El aumento de capital es una operación societaria que consiste en el incremento del importe del capital social de la sociedad, bien por emisión de nuevas acciones, bien por elevación del importe del valor nominal de las mismas, siendo la contrapartida de este aumento la entrega al capital social de aportaciones dinerarias o no dinerarias.

Esta operación viene regulada en los artículos 295 y ss. LSC que establece como condición necesaria su acuerdo por junta general extraordinaria, en cumplimiento de los requisitos fijados tanto por la normativa aplicable, como por los estatutos de la sociedad que procede a realizar la ampliación.

En el caso objeto de estudio, CerTronic llevaría a cabo la operación societaria de aumento de capital mediante aportaciones no dinerarias, es decir, mediante la entrega de la marca de Cir-Cerámica. El procedimiento para la formalización de este aumento de capital implicaría: (i) informe de experto independiente; (ii) convocatoria de Junta General Extraordinaria; (iii) acuerdo de aumento de capital; y, (iv) por último, inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil.

En primer lugar, en cuanto a la necesidad de informe de experto independiente, el artículo 67 LSC recoge que:

“en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine”

Con base en lo dispuesto en este precepto normativo, es requisito indispensable para la entrega de aportaciones no dinerarias en el ámbito de sociedades anónimas, la valoración previa por parte de un experto independiente del bien o derecho que se procede a su entrega. Si bien este experto independiente es designado por el registrador mercantil del domicilio social, corresponde a los administradores solicitar su nombramiento⁸.

El plazo del que dispone este experto para la elaboración del informe es de un mes, siendo posible su ampliación en situaciones excepcionales. Este informe debe realizarse claramente con anterioridad al otorgamiento de la correspondiente escritura de ampliación de capital, puesto que lo que se busca en última instancia es que lo que se aporte a la sociedad corresponda con el valor nominal y, en su caso, la prima de emisión entregada al nuevo socio aportante, en nuestro caso, Cir-Cerámica. En este sentido, el valor que se dé a la aportación no dineraria mediante escritura social no podrá superar nunca el valor dado por el experto independiente en su informe.

Por último, en cuanto a la responsabilidad que recae sobre el experto independiente con base en el informe formulado, el artículo 68 LSC establece que el experto responderá frente a la sociedad, a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por la valoración, quedando exonerado si acredita la aplicación de la diligencia y de los estándares propios de la actuación que le ha sido encomendada.

El siguiente de los puntos a analizar es la convocatoria y celebración de la junta general extraordinaria.

De conformidad con lo expuesto al inicio del análisis de esta segunda alternativa, el acuerdo de aumento de capital ha de llevarse a cabo mediante la convocatoria y

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 septiembre de 2007.

celebración de la correspondiente junta general extraordinaria. Ahora bien, con anterioridad a la convocatoria y celebración de la misma, con base en el artículo 300 LSC, se requiere que se ponga a disposición de los socios un informe del Consejo de Administración en el que se describan con detalle, entre otros aspectos adicionales, las aportaciones proyectadas, su valoración y las personas que van a efectuarlas. Asimismo, se establece la obligación de que dicho informe se entregue a los socios en el domicilio social, o bien gratuitamente.

En términos generales, podemos decir que la entrega de este informe como requisito previo al acuerdo de aumento de capital mediante aportaciones no dinerarias, supone que los administradores acuerden con anterioridad a la junta general las condiciones en las que debe articularse la ampliación. A este respecto, en determinadas ocasiones, con anterioridad a la junta general extraordinaria se convoca lo que se conoce como junta preparatoria en la que se estudia y analiza la futura ampliación.

Por último, en cuanto a las mayorías necesarias para la válida constitución de la correspondiente junta general extraordinaria, de conformidad con el artículo 194 LSC, se requiere un quórum de constitución de carácter reforzado.

Abordada la convocatoria y celebración de la junta general extraordinaria, analizamos ahora el procedimiento para la adopción del acuerdo de aumento de capital.

En este sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 201 LSC, en las sociedades anónimas los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando se obtengan más votos a favor que en contra del capital social presente y representado. Ahora bien, este mismo precepto normativo dispone en su último apartado que *“los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores”*.

Pues bien, en el caso que ahora analizamos, el pacto de socios recoge diversas cláusulas entre las que se encuentra *“la obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital”*. Hemos de tener en cuenta que esta cláusula no se trata de una cláusula estatutaria, sino de una cláusula contenida en un pacto parasocial. Ahora bien, señalábamos antes que este pacto parasocial fija mediante prestación accesoria en los estatutos de la sociedad la obligación de los accionistas de suscribirlo.

Lo que cabe cuestionarse, en este sentido, es si la inscripción de esta prestación accesoria eleva a rango estatutario el pacto de socios, lo que implicaría el requisito esencial de alcanzar una mayoría del 67% para la adopción de cualquier acuerdo de ampliación de capital o reestructuración societaria.

Pues bien, entendemos que el hecho de que la firma del pacto de socios sea una prestación accesoria no es suficiente para construir que, por ello, el pacto de socios se eleva a rango estatutario.

Por todo lo expuesto, consideramos que, en principio, aunque no se llegara a ese 67%, el acuerdo seguiría siendo válido si se adoptase con la mayoría simple exigida por la normativa para la adopción de este tipo de acuerdos, más votos a favor que en contra.

Acordado válidamente el aumento de capital, este se realizará conforme al valor dispuesto en el informe de experto independiente, tal y como recoge el artículo 67 LSC. De esta forma, la compañía italiana Cir-Cerámica pasaría a formar parte del capital social de CerTronic.

Finalizada la junta, se firma el acta de la reunión por todos los socios presentes y los representantes de los ausentes y, posteriormente, el secretario del Consejo de Administración procede a formalizar, con el visto bueno del presidente, la certificación de la junta en la que se recoge el conjunto de acuerdos a adoptar. En nuestro caso, el acuerdo de aumento de capital.

A continuación, el secretario del Consejo de Administración, junto con el presidente, comparecen ante notario con la finalidad de elevar a público la certificación de aumento de capital mediante la correspondiente escritura notarial. Esta certificación debe contener una descripción completa del acuerdo, así como la modificación del artículo de los estatutos sociales que hará referencia al nuevo capital social. Junto a la certificación, se entregará también al notario el informe de experto independiente, así como el informe emitido por el Consejo de Administración.

El último de los pasos previos a la inscripción, otorgada la escritura de aumento de capital, consiste en la liquidación del impuesto de operaciones societarias, con la consiguiente presentación para su inscripción de la escritura en el Registro Mercantil de la provincia en la que se ubique el domicilio social de CerTronic, Castellón.

Tramitada la inscripción en el correspondiente registro, los administradores incluyen a los nuevos accionistas en el libro registro, haciendo referencia a determinados datos, tales como el número y la clase de acciones, así como el título en virtud del cual se conceden las mismas.

(iii) Fusión por absorción de su filial en Italia Cir-Cerámica

Por último, CerTronic solicita asesoramiento a cerca de la posibilidad de comprar las participaciones a los dos socios de Cir-Cerámica y realizar, inmediatamente después, una fusión por absorción de su filial ubicada en Italia.

La operación de fusión por absorción de sociedades es aquella operación de concentración societaria en virtud de la cual el patrimonio de una o más sociedades (sociedades absorbidas) se extingue y pasa a formar parte del capital de otra sociedad ya existente (sociedad absorbente) o del capital de una sociedad de nueva creación.

Pues bien, en el presente caso procedemos a estudiar la operación de fusión por absorción de Cir-Cerámica, como sociedad absorbida, y CerTronic, como sociedad absorbente, integrándose en el patrimonio de esta última el capital de la sociedad absorbida.

Ahora bien, antes de entrar en mayor detalle, es preciso tener en cuenta que la fusión que CerTronic desea realizar implica a dos sociedades sometidas a regímenes jurídicos dispares: (i) CerTronic, sociedad española domiciliada en Alcoa (Provincia de Castellón), sometida a la legislación española; y, (ii) Cir-Cerámica, sociedad italiana con domicilio social en Módena (Italia), sometida a la legislación italiana. Es por ello que nos encontramos ante un supuesto de fusión transfronteriza de carácter intracomunitario, es decir, ante una fusión entre sociedades sometidas a distintas leyes nacionales, al estar ubicadas las mismas en países distintos, siendo ambos estados parte del Espacio Económico Europeo.

Partiendo de la calificación de la fusión a analizar como fusión transfronteriza intracomunitaria, resulta de aplicación el artículo 55 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME”) que recoge que a este tipo de fusiones les es de aplicación el mismo régimen que a las fusiones nacionales, es decir, la LME, así como, de manera supletoria, las disposiciones que rigen las operaciones de fusión en términos generales.

La segunda de las características que hemos de analizar a cerca de la fusión sobre la que se nos solicita asesoramiento jurídico es el hecho de que para articular la correspondiente compra de participaciones de Cir-Cerámica y, posterior, fusión por absorción de su filial ubicada en Italia, CerTronic necesitaría pedir un préstamo por el valor de la compraventa. Préstamo ya acordado con una entidad financiera.

Esto nos sitúa en el régimen de la prohibición de asistencia financiera contenido en el artículo 150 LSC. Precepto normativo que recoge lo siguiente:

“la sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero”.

Pero ¿nos encontramos realmente ante un supuesto de asistencia financiera?

De la dicción literal de este precepto normativo, en principio, cabría entender que sí, puesto que con la fusión por absorción de la filial de Cir-Cerámica ubicada en Italia por parte de CerTronic, operación que se pretende articular con la solicitud de un préstamo bancario, CerTronic obligaría a esta filial a soportar una deuda que no tenía antes, por lo que esta última estaría asistiendo financieramente a un tercero (CerTronic) en la adquisición de sus propias acciones.

Ahora bien, ¿se trata de una asistencia financiera de carácter relevante que implique su prohibición?

Para ello, hemos de analizar el artículo 35 LME que regula el régimen de una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. Este precepto normativo recoge que: *“en caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión (...)”* para que la fusión se repute válida es necesario que se cumplan de forma acumulativa 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.”

El último apartado del artículo 35 LME introduce con respecto a esta fusión la obligación de que el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión contenga un juicio de valor sobre la razonabilidad de las indicaciones referidas en los primeros puntos, determinando, asimismo, si existe o no asistencia financiera.

Pues bien, este último punto es el que tenemos que valorar para poder asesorar correctamente a cerca de la posibilidad de CerTronic de realizar con éxito esta operación de fusión. Valorar realmente si los expertos independientes considerarán del análisis de la fusión que se desea realizar si acontece o no un supuesto relevante de asistencia financiera cuya prohibición procede. Todo ello teniendo en cuenta que la fusión se quiere realizar de forma inmediata, sin esperar los 3 años legales, a partir de los cuales, la fusión no requeriría el cumplimiento de los mencionados requisitos.

Para ello, hemos de tener en cuenta que el régimen de prohibición de asistencia financiera recogido en la LSC lo que busca, por encima de todo, es proteger a los acreedores de la sociedad absorbida, Cir-Cerámica, sociedad que antes de la fusión no contaba con ninguna deuda a sus espaldas, pero que con la ejecución de la operación se ve absorbida por CerTronic soportando la deuda financiera solicitada por esta última sociedad.

Si bien es cierto que Cir-Cerámica pasa de no tener deuda alguna a garantizar una deuda de considerable importancia, hemos de tener en cuenta que, con anterioridad a la fusión, esta sociedad carecía de actividad económica, al haber trasladado sus activos en virtud de una escisión a otra sociedad, siendo, en consecuencia, su único activo la marca. Marca que tampoco valía nada y que, si vale algo ahora, esto se debe a la fusión alcanzada con CerTronic.

Por lo que, teniendo en cuenta esto, entendemos que realmente no se trata de una fusión tramposa, ni de una fusión que perjudique a la sociedad absorbida, puesto que la sociedad resultante de la fusión va a cubrir la deuda contraída mayoritariamente con los flujos provenientes del antiguo patrimonio de CerTronic, no sirviéndose de la marca, y, si se sirve de ella será gracias a la fusión que la puso en valor, ya que en Cir-Cerámica no valía nada.

Con base en esto último, entendemos que la fusión es completamente viable, siempre y cuando se cumplan con los dos primeros requisitos que contiene el artículo 35

LME, entendiendo que, en cuanto al último, referido al informe de los expertos independientes, el mismo recogerá previsiblemente que no se trata de un supuesto de asistencia financiera relevante por cuanto los flujos de los activos que tenía antes CerTronic bastan para cubrir y afrontar la deuda financiera contraída para adquirir y absorber con posterioridad la filial italiana.

Por último, hemos de señalar que cabría analizar, asimismo, el régimen de asistencia financiera que contiene Italia, ya que en el supuesto de que la fusión fuese calificada de asistencia financiera, si la misma estuviera prohibida también en Italia, no sólo podrían oponerse a la operación los socios españoles, sino también los italianos.

Al igual que las operaciones previamente analizadas, hacer hincapié en que para la adopción del acuerdo de fusión en junta general se requiere, en principio, la mayoría del 67% exigida por el pacto de socios, al formar parte esta operación de una operación a mayor escala que supone efectivamente la reestructuración de la sociedad.

2. El traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos

La segunda de las cuestiones para la que se nos solicita asesoramiento legal es para analizar la posibilidad de CerTronic de proceder al traslado de su domicilio social al extranjero a pesar de no contar con actividad económica en dicho país. Para ello, abordaremos en primera instancia los requisitos legales que recoge la normativa aplicable para el traslado del domicilio social de una sociedad al extranjero, con el consiguiente estudio de las posibles complicaciones que pudieran surgir dada la falta de actividad en el país de destino. A continuación, expondremos el procedimiento de traslado del domicilio social.

En cuanto a los requisitos legales que recoge la normativa en materia de traslado del domicilio social de una sociedad al extranjero, resulta de aplicación la LME que en su artículo 93 recoge el alcance de esta operación, así como el artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”) que expone el principio de libertad de establecimiento y las interpretaciones que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”) sobre este artículo.

El artículo 93 LME recoge que:

“1. El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.

2. No podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores.”

Como podemos observar, este precepto normativo fija, para la validez del traslado del domicilio social al extranjero, la condición necesaria de que el país de destino permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la entidad. En nuestro caso, el país de destino es los Países Bajos. Por tanto, como país que sigue el criterio de *lex societatis* y

que, en consecuencia, permite que las sociedades que trasladen su domicilio social a este país mantengan su personalidad jurídica, entendemos que, para el traslado de su domicilio social, esta condición no implicaría mayor problema para CerTronic.

En cuanto al TFUE, el mismo recoge en su artículo 54, tal y como hemos adelantado, el principio de libertad de establecimiento. Dicho principio, de la mano del principio de libre prestación de servicios, garantiza la movilidad de empresas y profesionales en toda la Unión Europea.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TJUE en su sentencia C-106/2016 de 25 de octubre de 2017, el caso Polbud, en la que concluye que con base en el principio de libertad de establecimiento se permite a una sociedad con domicilio social en Polonia, trasladar el mismo a Luxemburgo sin modificar el lugar en el que la sociedad desarrolla efectivamente su actividad económica.

Abordados los requisitos legales que recoge la normativa, y expuesto el principio de libertad de establecimiento, damos por resueltas las cuestiones que pudieran surgir por razón de la falta de actividad de la sociedad en los Países Bajos.

Analizamos a continuación el procedimiento legal de traslado del domicilio social de CerTronic al extranjero. Este proceso comienza con la elaboración por parte de los miembros del Consejo de Administración del proyecto de traslado del domicilio social de conformidad con lo establecido en el artículo 95.1 LME, con el contenido obligatorio que recoge este mismo precepto normativo en su apartado segundo. Concretamente: (i) la denominación y domicilio de la sociedad, así como los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil; (ii) el nuevo domicilio social propuesto; (iii) la referencia en los estatutos a la sociedad producido el traslado, incluida, en su caso, su nueva denominación social; (iv) el calendario de plazos previsto para el traslado; y, por último, (v) los derechos previstos para la protección de los socios, acreedores y trabajadores.

En este sentido, se han de tener en cuenta, asimismo, los requisitos legales que pudiera exigir los Países Bajos como país de destino.

Una vez elaborado el proyecto de traslado del domicilio social al extranjero, el siguiente paso sería su depósito en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, el Registro Mercantil de Alcora, para su posterior calificación por el registrador. Efectuada la misma, el registrador traslada esta información al Registro Mercantil Central para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en adelante, “BORME”).

Con la publicación del proyecto de traslado se pone fin al proceso de traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos, pudiendo, en consecuencia, el Consejo de Administración convocar, en el plazo de 2 meses desde la publicación, la correspondiente junta de socios por la que se apruebe el traslado del domicilio social al extranjero, tal y como recoge el artículo 98.1 LME.

Tramitada la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero, de acuerdo con el artículo 96 LME, corresponde la elaboración por parte de

los administradores de un informe explicando y justificando detalladamente los aspectos jurídicos y económicos del proyecto, así como sus consecuencias para socios, acreedores y trabajadores.

Este informe lo que busca en última instancia es dar luz y claridad a un procedimiento tan complejo como es el procedimiento de traslado del domicilio social de una entidad al extranjero. Algunos de los puntos más controvertidos y cuyo análisis en profundidad corresponde al Consejo de Administración en la elaboración de dicho informe son: (i) el punto de conexión de la *lex societatis* de los países que intervienen en el traslado; (ii) las consecuencias desde el punto de vista fiscal tanto para CerTronic como para sus socios; (iii) las consecuencias desde el punto de vista de los acreedores; así como (iv) desde el punto de vista de los empleados de la sociedad.

Por último, se ha de tener en cuenta que son destinatarios del informe los socios y los acreedores, pudiendo estos examinar el informe y el proyecto de traslado en el domicilio social, o bien solicitar una copia de forma gratuita.

El acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero debe tramitarse de manera obligatoria por medio de la junta general de accionistas. Pues bien, en este sentido, se ha de tener en cuenta los requisitos que establezca CerTronic para el desarrollo del procedimiento, así como los requisitos formales que recoge la normativa tanto para la convocatoria de la junta, como para la constitución y la adopción final del acuerdo.

Empezando por la convocatoria de la junta, el artículo 98.1 LME exige la publicación de la convocatoria en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia del domicilio social en el que se encuentre la sociedad. En nuestro caso, Castellón. Entre la publicación de la convocatoria y la celebración de la misma se fija como mínimo el plazo obligatorio de dos meses.

Publicada la convocatoria de la junta, respetando los plazos y requisitos establecidos, corresponde atender para su válida constitución a los requisitos formales y legales que fija el artículo 194 LSC que recoge que en primera convocatoria deben concurrir a la junta como mínimo el 50% del capital suscrito con derecho a voto, y en segunda convocatoria, el 25% de dicho capital.

Para la adopción del acuerdo se ha de atender, de conformidad con lo que exponíamos para la operación de aumento de capital de CerTronic, a la cláusula contenida en el pacto de socios que recoge “*la obligación de que cualquier acuerdo de reestructuración o de aumento de capital se adoptase con el voto favorable del 67% del capital*”. En este sentido, la operación de traslado del domicilio social de una sociedad al extranjero debe entenderse, ya sea por sí mismo, o como parte integrante de la operación combinada que termina con la fusión de la nueva sociedad holandesa Cir-Cerámica con la filial de Vulture Nederlandse Gier-NV, efectivamente como una operación de reestructuración societaria.

La mayoría del 67% será la que, en principio, cabría exigir para la adopción del acuerdo de traslado del domicilio social. Ahora bien, tal y como hemos explicado, su

incumplimiento no impediría su validez, siempre y cuando se cumpla con las mayorías exigidas por el artículo 201.2 LSC:

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

Adoptado el acuerdo por la junta, el siguiente y último paso sería su inscripción en el registro. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que previa a la inscripción, la LME otorga a los socios que hubieran votado en contra del acuerdo la posibilidad de ejercer un derecho de separación, así como a los acreedores que ostenten un crédito frente a la sociedad la posibilidad de ejercer un derecho de oposición a la fecha de publicación del proyecto de traslado.

Empezando por el derecho de separación de los socios, la LME recoge en su artículo 99 la posibilidad de que *“los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad”*. Asimismo, la LSC regula en su artículo 346 esta misma posibilidad, aunque con un régimen ciertamente más laxo, permitiendo la separación no solo a los socios que hubieran votado en contra, tal y como recoge la LME, sino directamente a los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo.

En cuanto al derecho de oposición de los acreedores, el mismo se recoge en el artículo 100 LME:

“Los acreedores de la sociedad cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión”

Este derecho surge con la finalidad de proteger los créditos de los acreedores de la sociedad frente a las posibles consecuencias negativas que el proyecto de traslado del domicilio social al extranjero pudiera implicar.

Los acreedores de la sociedad podrán ejercer su derecho de oposición en condiciones similares a lo previsto por la normativa para el supuesto de fusión. Es por ello que resulta de aplicación el artículo 44 LME que fija como requisito indispensable la comunicación o publicación del acuerdo, así como el plazo de un mes para que los acreedores ejerzan su derecho de oposición una vez publicado o comunicado dicho acuerdo.

Por último, tal y como hemos adelantado, correspondería la inscripción del acuerdo de traslado del domicilio social a los Países Bajos en el Registro Mercantil de Alcora lo que daría por formalizado el traslado. Este trámite comienza con la presentación en el registro de la escritura pública del acuerdo de traslado. El registrador expide una certificación en la que da por cumplimentados los trámites necesarios para formalizar el traslado de la sociedad a los Países Bajos.

Efectuado este trámite ante el Registro Mercantil de Alcora, corresponde la inscripción de la sociedad en los Países Bajos, como país de destino. Para ello, se ha de tener en cuenta que la normativa de aplicación será la holandesa. A continuación, procede su publicación en el BORME, así como en un diario de gran circulación de la provincia de Castellón.

En última instancia, se presenta en el Registro Mercantil de Alcora la correspondiente certificación de la inscripción en el registro extranjero y se procede a la cancelación de la inscripción de CerTronic en el Registro Mercantil de Alcora.⁹

⁹ Goenechea, J.M.; Gracia, C., “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales”, Uria.com (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2374/documento/articuloUM.pdf>).

ANEXO I: CALENDARIO DE OPERACIONES MERCANTILES Y SOCIETARIAS

1. Adquisición en régimen de autocartera

En principio, tal y como desarrollamos en el informe, a falta de extinción de la prestación accesoria consistente en la suscripción por todos los accionistas del citado pacto de socios, la adquisición de acciones en régimen de autocartera sería nula de pleno derecho.

En el supuesto de modificación estatutaria por extinción de la referida cláusula, la adquisición en régimen de autocartera atendería los siguientes plazos:

- El plazo de 1 mes entre la convocatoria y la celebración de la Junta General de accionistas por la que se aprueba la adquisición de la marca de Cir-Cerámica en régimen de autocartera.
- El plazo de 1 mes entre la convocatoria y la celebración de la Junta General de accionistas por la que se aprueba, en el supuesto de amortización del excedente de acciones en autocartera, la reducción del capital social.

2. Adquisición de la marca Cir-Cerámica por aumento de capital

El plazo estimado para la ejecución de la operación de adquisición de la marca Cir-Cerámica por aumento de capital será de tres meses:

- El plazo de 1 mes entre la convocatoria y la celebración de la Junta General de accionistas por la que se adopte al acuerdo.
- El plazo de 1 mes para la emisión por parte del experto independiente de su informe.
- El plazo de 1 mes entre la convocatoria y la celebración de la Junta General de accionistas por la que se apruebe el informe del experto independiente y se adopta el acuerdo de ampliación de capital.

3. Fusión por absorción de su filial en Italia Cir-Cerámica

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

El plazo de 1 mes a contar desde la publicación en la página web de las sociedades implicadas del proyecto de fusión y la convocatoria de la Junta General de accionistas por la que se adopta el acuerdo de fusión.

El plazo de 1 mes para la emisión del informe por parte del experto independiente.

El plazo de 1 mes entre la convocatoria y la celebración de la Junta General por la que se aprueba el proyecto de fusión.

El plazo de 1 mes desde la publicación del acuerdo de fusión en el BORME para impugnar el acuerdo.

Por último, se otorga escritura pública con su consiguiente inscripción en el Registro Mercantil.

4. Traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos

La operación de traslado del domicilio social de una sociedad al extranjero comienza con la elaboración por parte del Consejo de Administración del proyecto de traslado. En este sentido, la normativa no fija ningún plazo legal al respecto. No obstante, nuestra recomendación es comenzar con su tramitación lo antes posible.

La normativa tampoco recoge, asimismo, plazo alguno en relación con la calificación del Registrador Mercantil del domicilio social, ni del Registrador Mercantil Central.

En cuanto a la publicación del anuncio del acuerdo de traslado del domicilio social en el BORME, la normativa fija el plazo legal de 2 meses.

En relación con la preparación por parte del Consejo de Administración del informe de traslado en justificación del proyecto, no consta, tampoco, plazo normativo alguno. No obstante, nuestra recomendación es, tal y como decíamos, no dilatar su elaboración en el tiempo.

Entre la publicación de la convocatoria de la Junta General por la que se adopta el acuerdo de traslado y su celebración deberá transcurrir el plazo de 2 meses.

Por último, el plazo de 1 mes a contar desde la publicación del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero en el BORME para que los accionistas ejerzan sus derechos de separación y oposición.

III. INFORME SOLICITADO POR DÑA. AMPARO FABRA LLORENS Y DÑA. LIDÓN FALOMIR FABRA

A) Consecuencias de no firmar el pacto de socios

Los pactos de socios, conocidos asimismo como pactos parasociales, son acuerdos adoptados por los socios de una sociedad con la finalidad de concretar o modificar sus relaciones internas, así como ejercer de manera conjunta y a su favor acciones en la Junta General.

Estos pactos, de conformidad con lo que recoge la LSC en su artículo 29, “*los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”, no serán efectivamente oponibles frente a la sociedad, es decir, no tendrán efectos frente a ella, salvo que la sociedad los hubiese suscrito. Lo que implica, por tanto, que tendrán efectos y serán de aplicación únicamente entre los socios parte del acuerdo.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia 589/2014 de 3 de noviembre en la que recoge:

“los llamados pactos parasociales o pactos reservados son acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento u operativa de la sociedad

(...)

la eficacia de los pactos reservados, propia de todo contrato, son vinculantes y afectan a quienes lo suscribieron, pero no a las personas ajenas a los mismos, entre ellas, la sociedad, para quien dichos pactos son «res inter alios acta» y no puede quedar afectada por los mismos”

Teniendo en cuenta lo expuesto, podríamos considerar que las consecuencias de no firmar el pacto de socios serían nulas, ya que al no haber suscrito el pacto ni Dña. Amparo Fabra Llorens, ni Dña. Lidón Falomir Fabra, el mismo no sería de aplicación al estar vedada su eficacia a las partes firmantes.

Ahora bien, el pacto de socios que analizamos en el presente caso es un pacto de socios que recoge, a fin de reforzar el cumplimiento del mismo, así como de fortalecer de manera férrea la relación existente entre los socios y la sociedad, una cláusula por la que se fija la obligación de todos los accionistas de suscribir el citado pacto. Obligación que se incluye en los estatutos mediante la figura de la prestación accesoría.

Que Dña. Amparo y Dña. Lindón no firmaran el pacto de socios, implica el incumplimiento de madre e hija de la prestación accesoría contenida en los estatutos de la sociedad con las consecuencias asociadas a dicho incumplimiento.

En sede de sociedades de responsabilidad limitada, el incumplimiento de la prestación accesoría brinda a la sociedad, *ex* artículo 350 LSC, la posibilidad de excluir al socio incumplidor. No obstante, en el caso de sociedades anónimas, como es el supuesto que ahora analizamos, no parece que este mecanismo actúe de forma análoga ya que para ello es necesario que los accionistas de forma unánime incluyan, además de la

prestación accesoria de suscripción del pacto social, la exclusión del socio incumplidor como consecuencia asociada a su incumplimiento,¹⁰.

No parece, por tanto, que en el presente caso las consecuencias de no firmar el pacto de socios sean de elevada importancia, ya que los estatutos no contienen nada al respecto.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que Dña. Amparo y Dña. Lidón, al no firmar el correspondiente pacto de socios, no podrán tampoco beneficiarse de su contenido y, en este sentido, oponerse a la operación de traslado del domicilio social al extranjero alegando que no se ha alcanzado la mayoría del 67% exigida para la adopción de cualquier acuerdo de reestructuración societaria.

B) Posibilidad de alegar el incumplimiento por los administradores de la sociedad de sus deberes de lealtad

– Incumplimiento del deber de lealtad

El artículo 227.1 LSC recoge el deber de los administradores de “*desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”.

Este precepto normativo que define el concepto del deber de lealtad se encuadra como la pieza angular en torno a la cual la normativa articula una serie de obligaciones básicas¹¹, entre las que se encuentran: la obligación de (i) no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas; (ii) guardar secreto sobre informaciones, datos, informes o antecedentes a los que hayan tenido acceso en el desempeño de su cargo. Incluso cuando hayan cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera; (iii) abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en los tengan conflicto de intereses. A excepción de las que le afecten en su condición de administrador; (iv) desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y, por último, (v) adoptar las medidas necesarias para evitar que sus intereses puedan incurrir en conflicto con el interés social y con sus deberes sociales.

Pues bien, en cuanto a esta última obligación, el deber de evitar situaciones en conflicto de interés, el artículo 229 LSC recoge que este deber consiste en la obligación del administrador de abstenerse, entre otros, de “*e) obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía*”¹².

¹⁰ Artículo 351 de la Ley de Sociedades de Capital.

¹¹ Artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital.

¹² Artículo 229.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital.

Es por ello que el incumplimiento susceptible de ser alegado por parte de Dña. Lindón y Dña. Amparo de los administradores de su deber de lealtad se basa en el voto favorable de estos con la finalidad de obtener la prima ofrecida por Vulture por el éxito de la operación. Y es que Vulture con el objetivo de culminar la operación de absorción de Cir-Cerámica y posterior traslado del domicilio social de la sociedad a los Países Bajos, para la fusión de la nueva sociedad holandesa con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV, se comprometió a retribuir con una prima a todos los miembros del consejo de administración que no fuesen empleados de Vulture.

Este acuerdo suscita un conflicto de interés para los consejeros, ya que, en vez de promover el interés social, lo que busca en última instancia y, por encima de todo, es satisfacer su propio beneficio económico. Por lo que, ante esta situación, los administradores deberían abstenerse en la votación para evitar la infracción de estos deberes de lealtad.

Ahora bien, en este sentido, cabe hacer referencia a que la LSC recoge un régimen de imperatividad y dispensa¹³ que permite a la sociedad dispensar, entre otros acuerdos, la obtención de una ventaja o remuneración económica por parte de un tercero. Aunque de la dicción literal de este precepto normativo se puede entender que quedarían salvadas situaciones como la que analizamos en el presente supuesto, esta dispensa debe ser interpretada, por el contrario, estrictamente en el sentido de salvar aquellas situaciones en las que, por ejemplo, un consejero percibe un sueldo adicional a causa del puesto que ocupa en la sociedad, pero de ninguna manera, como la dispensa por parte de la sociedad de la percepción de un beneficio económico a cambio de la emisión de un voto en un sentido u otro.

A la hora de analizar el incumplimiento por parte de los administradores de su deber de lealtad, hemos de tener en cuenta, asimismo, que el Consejo de Administración de CerTronic está formado por 4 personas, de las cuales el cuarto consejero es designado por Vulture y recordar, tal y como hemos expuesto, que la finalidad última de la operación de traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos es realizar una fusión de la nueva sociedad holandesa Cir-Cerámica con otra filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV en cuyos estatutos se prevé una cláusula de lealtad que atribuye a los socios con más de dos años de antigüedad un voto doble.

Esta cláusula de lealtad sitúa a Vulture en una situación de conflicto de interés con la sociedad, de acuerdo con el artículo 190.1.c) que recoge que los socios estarán privados de su voto cuando el acuerdo que se vaya a adoptar tenga por objeto “*liberarle de una obligación o concederle un derecho*”. El derecho que podría defenderse que se concede en el presente caso es el derecho de Vulture de obtener un doble voto si la operación prospera.

¹³ Artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien ¿de qué manera afecta el conflicto de interés de Vulture al administrador de CerTronic designado por él? ¿Existe algún tipo de vinculación entre ambos que obligue a este último a abstenerse?

Para dar respuesta a estas preguntas, nos remitimos como hasta el momento a la LSC que en su artículo 229.1 recoge el deber del administrador de evitar situaciones en conflicto de interés, enumerando de la a) a la f) algunas de las obligaciones derivadas de este deber. Y, en su apartado 2 su “*aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador*”. Entendiéndose por persona vinculada las que recoge el artículo 231 LSC.

Pues bien, lo que hemos de analizar ahora es si la vinculación que existe entre Vulture y el administrador designado por este encaja dentro de los supuestos que contiene este último precepto normativo, lo que implicaría el deber de abstención de este cuarto administrador en cumplimiento del, ya mencionado, artículo 229.2 LSC, ya que, si bien la obligación que contiene el artículo 228 LSC relativa a la obligación de los administradores de evitar cualquier conflicto de interés desarrollada por el artículo 229.1 LSC, enumera 6 situaciones en las que el administrador debe abstenerse por encontrarse en conflicto con la sociedad, la jurisprudencia entiende que estas no son exhaustivas manteniendo el artículo 227 LSC su valor de cláusula general. Por lo que el conflicto de interés que recae sobre Vulture derivado del artículo 190.1.c) entraría también dentro de este marco situacional.

“Dado el sistema de cláusula general con varias subcláusulas ejemplificativas que utiliza la Ley de Sociedades de Capital para regular el deber de lealtad de los administradores sociales, el administrador social habrá vulnerado el deber de lealtad también en supuestos en los que su conducta determine una situación de conflicto de interés que no se ajuste necesariamente a alguno de los supuestos previstos en los distintos apartados del art. 229.1 LSC¹⁴”

Para el análisis de la vinculación existente entre ambas partes en los términos del artículo 231 LSC nos remitimos, ahora sí, a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020¹⁵.

En este supuesto el Tribunal Supremo analiza el posible conflicto de interés existente entre dos administradores designados por un socio minoritario (en cumplimiento de los estatutos de la sociedad) y la sociedad, a causa del verdadero conflicto de interés entre el socio minoritario y esta última. El problema deviene de la interpretación del artículo 231 LSC que en términos literales como *numerus clausus* excluye de la consideración de personas vinculadas al administrador, aquellas a las que el artículo no hace referencia, entre las que se encuentra, el supuesto del administrador designado por un socio en conflicto de interés con la sociedad.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020.

¹⁵ Sentencia núm. 613/2020.

A este respecto, el Tribunal Supremo se inclina en su pronunciamiento por considerar que, a pesar de que la vinculación existente entre los administradores designados y el socio minoritario de la sociedad no encaja en ninguno de los supuestos que recoge el artículo 231 LSC para el tratamiento del socio minoritario como persona vinculada al administrador, lo cierto es que:

“El art. 228.e) LSC, del que es desarrollo el art. 229 LSC, establece como una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, la de “[a]doptar 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”. La proyección de esta previsión sobre el supuesto del art. 229.1.a) LSC estriba en que el conflicto aparece también (y debe ser evitado) aun cuando el administrador realice las transacciones con la sociedad en interés ajeno y no propio (con independencia de que lo haga también en nombre ajeno). En estas circunstancias, colisionan los intereses de dos “principales” y los deberes de lealtad del administrador respecto de cada uno de esos dos “principales”, por lo que surge el riesgo de que los intereses de la sociedad administrada queden postergados.”

Y, asimismo, establece que:

“se trataba de dos administradores designados por el sistema de representación proporcional por un socio minoritario, que debían votar acuerdos del consejo de administración en los que existía un conflicto entre la sociedad y el socio que les había designado administradores y en el que ostentaban importantes cargos directivos, conflicto relativo a la liquidación de las relaciones contractuales mantenidas entre la sociedad (EIA XXI) y el socio (Duro Felguera) y la fijación de las deudas de este con aquella. Los administradores cesados debían optar por actuar en interés de la sociedad de la que eran administradores, EIA XXI, respecto de la que tenían un deber de lealtad (art. 227 LSC), o hacerlo en interés de la sociedad que les designó administradores por el sistema de representación proporcional y de la que eran también administradores o altos cargos directivos. La vinculación que esos administradores tenían con Duro Felguera, la persona jurídica en conflicto con la sociedad EIA XXI, era susceptible de interferir en la posición o decisión que un administrador deba tomar en el marco de sus funciones”.

Por lo que, el Alto Tribunal, a pesar de considerar que la vinculación existente entre los administradores designados y el socio minoritario no encaja dentro del artículo 231 LSC, *numerus clausus*, entiende infringido el artículo 228 LSC que obliga a los administradores a evitar el conflicto de interés, bien por cuenta propia o ajena, deviniendo el conflicto en este supuesto, por cuenta del socio minoritario encargado de su elección.

Teniendo en cuenta lo expuesto, de la aplicación al presente caso de la sentencia que hemos analizado podemos concluir que otra de las vías susceptible de ser utilizada por Dña. Lindón y Dña. Amparo para oponerse a la citada operación sería alegar el incumplimiento por parte de este cuarto administrador de su deber de lealtad en el caso de votar a favor de la operación de traslado del domicilio social de la compañía al extranjero, ya que si bien no se encuentra vinculado a Vulture en los términos del artículo 231 LSC, del artículo 228 LSC se desprende su deber de no actuar en conflicto de interés ni a título propio, ni ajeno, por lo que en caso de no abstenerse en la votación estaría infringiendo su deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Ante el problema que suscita el artículo 231 LSC dada sus limitaciones a la hora de determinar lo que se considera como persona vinculada, dejando fuera muchos supuestos como el que analizamos en el presente caso, el texto del Proyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en estos momentos en tramitación parlamentaria, amplía este concepto al administrador persona física para incluir un supuesto muy habitual en la práctica como es el del conflicto de interés indirecto.

– Remedios frente al incumplimiento del deber de lealtad

Ante este incumplimiento del deber de evitar situaciones en conflicto de interés y expuesto en términos generales el deber de lealtad, así como las obligaciones derivadas del mismo, procede analizar los distintos remedios que nos proporciona la normativa ante efectivas infracciones del deber de lealtad por parte de los administradores. En este sentido, cabe hacer referencia a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital articulada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la reforma del gobierno corporativo¹⁶.

Este nuevo texto normativo introduce, junto a otras novedades, en el plano de la determinación de las consecuencias de la infracción de la obligación del deber de lealtad, consecuencias adicionales a la exigencia de responsabilidad contenida en los artículos 226 y ss. LSC. Y es que la exigencia de responsabilidad no es el único remedio del que disponemos para hacer frente a posibles actuaciones desleales por parte de los administradores. En este sentido, la reforma de la ley introduce el artículo 232 LSC que dice así: “*el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los arts. 236 y ss. no obsta al ejercicio de la acción de impugnación, cesación, remoción de efectos, y en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de sus deberes de lealtad*”. Artículo que se completa con el 227.2 LSC, con arreglo al cual: “*la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*”.

Teniendo en cuenta las novedades introducidas por la reforma de la LSC, así como las acciones de exigencia de responsabilidad ya contenidas en la normativa anterior, podemos decir que existe actualmente la posibilidad de alegar el incumplimiento por parte de los administradores de la sociedad de su deber de lealtad a través de las siguientes acciones: (i) acciones de responsabilidad; (ii) acción societaria de impugnación de los acuerdos de la junta general y el consejo de administración; (iii) acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores; (iv) acción de cesación o

¹⁶ García-Villarrubia, M., “La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad” *Uria.com* (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6158-la-legitimacion-activa-en-la-exigencia-del-deber-de-lealtad>)

remoción; y, por último, (v) acción de indemnización de daños y perjuicios y de devolución del enriquecimiento injusto.

Centrando nuestro análisis en las acciones de exigencia de responsabilidad, esto es, en la acción social y la acción individual de responsabilidad contenidas respectivamente en los artículos 238 y 241 LSC, cabe establecer la distinción existente entre ambas, con la finalidad de asesorar a Dña. Amparo y Dña. Lindón en cuanto a la acción que correspondería ejercitar en su caso.

Pues bien, la acción social de responsabilidad tiene como finalidad resarcir el daño causado por el administrador a la sociedad, es decir, restablecer el patrimonio social, mientras que la acción individual de responsabilidad lo que busca es restablecer el daño contra el patrimonio individual de socios o terceros. La legitimación para ejercer la acción social la ostentan, de conformidad con los artículos 238, 239 y 240 LSC, la sociedad, previa convocatoria de la Junta General, así como los socios que dispongan de un mínimo del 5% del capital social, y los acreedores, ambos de manera subsidiaria. Por su lado, tienen legitimidad para ejercitar la acción individual de responsabilidad únicamente los socios o terceros que sufrieron un daño directo en su patrimonio a consecuencia de la falta de lealtad de los administradores.

Si bien, desde esta perspectiva podríamos pensar que la acción que deberían ejercitar Dña. Amparo y Dña. Lindón es una acción claramente individual de responsabilidad reclamando los perjuicios sufridos en nombre propio y no en nombre de la sociedad, lo cierto es que en atención a jurisprudencia reciente del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao que en Sentencia de 26 de febrero de 2019 recoge que *“la infracción del deber de lealtad no puede fundamentar una acción individual de responsabilidad, sino una acción social causado al patrimonio social”*, la única vía, en el marco de la responsabilidad, susceptible de ser utilizada por Dña. Amparo y Dña. Lindón es la vía de la acción social de responsabilidad con la finalidad de impugnar el daño causado al patrimonio social.

Sobre esta acción se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo. Ejemplo de ello es su Sentencia de 16 de abril de 2018 en la que recoge los requisitos principales que deben concurrir para que la acción social de responsabilidad pueda prosperar. Estos requisitos son: (i) la existencia de un comportamiento activo o pasivo de los administradores; (ii) que este comportamiento sea imputable a dichos administradores; (iii) que la conducta cuestionada tenga la calificación de antijurídica; (iv) que la sociedad haya sufrido efectivamente un daño; y, por último, que (v) exista una relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño finalmente acometido.

Por último, una vez ejercitada la acción social de responsabilidad en cumplimiento de los requisitos legales fijados tanto por la normativa, como por la jurisprudencia, la consecuencia asociada a la misma consiste en la destitución de los administradores, siendo esta automática desde su adopción.

C) Posibilidad de exigir a los demás socios su abstención en la votación de la junta

El acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero es acordado, de conformidad con el artículo 97 LME, necesariamente por los socios en junta general.

Si bien el acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos, en principio, no genera ningún tipo de conflicto de interés, lo cierto es que el objetivo mediato de realizar una fusión de la nueva sociedad Cir-Cerámica holandesa con la filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV, cuyos estatutos contienen una cláusula de lealtad que atribuye el voto doble a los socios con más de dos años de antigüedad. Todo ello ligado a la promesa de Vulture de retribuir a los miembros del consejo de administración con una prima por el éxito total de la operación, sitúa tanto a los miembros del consejo de administración, como a Vulture, como socio de CerTronic, en conflicto de interés frente a la sociedad de conformidad con el régimen del artículo 190 LSC que recoge la obligación del socio de no ejercitar su derecho de voto en determinadas situaciones, así como del artículo 229 LSC cuando en una misma persona coexiste la condición de socio y administrador. Este conflicto de interés es el que va a permitir exigir a los socios su abstención en la votación de la junta.

Comenzando con el análisis del artículo 190 LSC sobre el conflicto de interés de los socios, el mismo recoge en su apartado 1.c) la prohibición del socio de ejercitar su derecho de voto cuando el acuerdo que se trate de adoptar tenga por objeto “*liberarle de una obligación o concederle un derecho*”. Esta prohibición podría afectar a Vulture si en junta general vota a favor del traslado del domicilio social de CerTronic a los Países Bajos y no se abstiene, ya que el éxito total de la operación le concedería un derecho de voto doble.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que, si bien la concesión de un derecho de voto doble puede ser entendida como la concesión de un derecho, la doctrina hace una interpretación restrictiva del artículo 190.1.c), por lo que, en defecto de aplicación, cabría pedir la abstención con base en el apartado número 3 de este mismo precepto normativo que recoge que “*en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social*”. El conflicto de interés que abordamos ahora es el conflicto de interés de los socios en los que concurre la condición de administrador, *ex* artículo 229 LSC. Uno de ellos analizado en detalle en el apartado anterior consistente en la percepción de una remuneración económica por parte de un tercero (la prima por el éxito total de la operación).

Teniendo en cuenta el análisis expuesto, Dña. Lindón y Dña. Amparo podrían exigir a Vulture su abstención en la votación de la junta, ya que de lo contrario el mismo estaría infringiendo el artículo 190.1.c) LSC con las consecuencias derivadas de su

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

D) Posibilidad de impugnar el acuerdo por abusivo

En este último apartado lo que vamos a analizar es la posible impugnación del acuerdo de traslado del domicilio social de CerTronic al extranjero con base en el abuso de la mayoría. Y, es que este acuerdo, si bien analizado de forma aislada no genera conflicto alguno, como segundo eslabón de la operación combinada que conlleva a la fusión de la nueva sociedad Cir-Cerámica holandesa con la filial de Vulture, Nederlandse Gier-NV, con los conflictos que de ella se derivan, tal y como exponemos a continuación supone efectivamente la adopción de un acuerdo abusivo.

La LSC recoge en su artículo 204.1 la legitimidad de impugnar los acuerdos que *“lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”*. En este sentido, la Ley 31/2014, de 31 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (**“Ley 31/2014”**) introduce una novedad en la materia basada en la incorporación, asimismo, como acuerdo contrario al interés social los denominados acuerdos abusivos. Es así como este precepto normativo recoge en su párrafo segundo lo siguiente:

“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 un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

Ahora bien, en materia de impugnación, se ha de tener en cuenta el artículo 204.3 LSC que fija una serie de motivos de cuestión meramente procedimental que excluyen la impugnación del acuerdo en el que concurren los mismos. No obstante, el acuerdo cuya impugnación suscitamos no encaja dentro de ninguno de los motivos a los que hace referencia este artículo, por lo que procede efectivamente su impugnación, al contradecir, tal y como desarrollamos a continuación, el artículo 204.1 LSC en relación con los artículos 190.1.c), 190.3, 228.e) y 229.1.e) LSC.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, como hemos adelantado, no existía en nuestro Derecho la impugnación de acuerdos por abusivos, sino que la misma se articulaba, o bien a través del perjuicio al interés social, o bien, en el supuesto de ausencia de lesión del interés social, a través de la prohibición del abuso de derecho del artículo 7.2 Cc. No obstante, con la entrada en vigor de esta Ley, la vía de impugnación que corresponde a los socios es el artículo 204.1 LSC y la consideración de que el acuerdo abusivo es contrario al interés social¹⁷.

Pues bien, centrando nuestra argumentación en la infracción del artículo 204.1 LSC, por tratarse el acuerdo de traslado del domicilio social a los Países Bajos de un

¹⁷ García-Villarrubia, M., “Los grupos de casos de acuerdos abusivos”, *Uria.com* (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos>)

acuerdo abusivo, procedemos a continuación a explicar los requisitos que deben concurrir, así como a analizar su aplicabilidad al acuerdo que analizamos.

El artículo 204.1 LSC recoge, tal y como hemos expuesto *ex supra*, que “*un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*”. Son, por tanto, acuerdos abusivos aquellos que, como es lógico, se acuerdan en beneficio de la mayoría y detrimento de la minoría, pero que no responden a una necesidad razonable de la sociedad. Siendo esta última exigencia fundamental, que no respondan a una “necesidad razonable” que justifique su adopción.

Cuando este precepto normativo introduce la exigencia de una “necesidad razonable” se refiere básicamente a que para excluir la consideración de un acuerdo como abusivo, no basta con que el mismo no perjudique al patrimonio social, sino que se necesita algo más. “*Y ese algo más se sitúa en la existencia de una razón objetiva que, desde la perspectiva del interés social, justifique la adopción del acuerdo y el consiguiente sacrificio de la minoría*”¹⁸. Es decir, si bien el acuerdo no debe ser imprescindible para el desarrollo de la compañía, el mismo debe responder a una razón que justifique el sacrificio de la minoría y que en una balanza incline la misma hacia la adopción de este acuerdo que visto a grandes rasgos beneficia, por una razón concreta, a la sociedad.

Pues bien, en el presente caso, del análisis expuesto en apartados anteriores, parece claro que el acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero responde al único objetivo de fusionar la nueva sociedad Cir-Cerámica holandesa con *Nederlandse Gier-NV*, filial de *Vulture*, lo que sitúa a los administradores y socios de *CerTronic* ante dos importantes conflictos de interés: (i) por el lado de los administradores, la promesa de *Vulture* de retribuir a los consejeros con una prima por el éxito total de la operación; (ii) por el lado de *Vulture*, la cláusula de lealtad de los estatutos de *Nederlandse Gier-NV* que confiere un doble voto a los socios con más de dos años de antigüedad en la sociedad; y, por último, (iii) en el supuesto concreto del administrador designado por *Vulture* en conflicto con la sociedad a causa de su actuación por cuenta de *Vulture* en situación de conflicto de interés.

Es por ello que concluimos que el acuerdo de traslado no responde a ninguna necesidad razonable ni en términos societarios, ni en términos económicos que justifique su adopción, por lo que la misma se entiende acordada en abuso de la mayoría con el consiguiente detrimento de los socios que ostentan una participación minoritaria en el capital. En este sentido, la Audiencia Provincial de Baleares establecía en su Sentencia nº 195/2015 el carácter abusivo de un acuerdo de traslado del domicilio social al no justificar su conveniencia o necesidad, siendo el mismo articulado en conveniencia de algunos socios y no en favor de la sociedad.

Por último, abordando en términos generales el procedimiento para la impugnación de acuerdos sociales, comenzando con la legitimación para interponer la referida demanda, la misma la ostentan los administradores, los socios que hubiesen adquirido dicha condición con anterioridad a la adopción del acuerdo, siempre y cuando

¹⁸ García-Villarrubia, M., *ob cit.*

representen de forma individual o conjunta como mínimo el 1% del capital social, así como interés legítimo¹⁹. Es por ello que, tanto D^a. Lidón Falomir Fabra, como D^a. Amparo Fabra Llorens ostentan la correspondiente legitimidad. Esta demanda debe interponerse contra CerTronic en el plazo de un año desde la fecha de adopción del acuerdo²⁰, o bien desde la fecha de oponibilidad de la inscripción si el acuerdo hubiese sido inscrito.

Finalmente, la sentencia que decida sobre el acuerdo objeto de impugnación surtirá efectos para todos los considerados accionistas, pero no para terceros de buena fe que hubieren adquirido derechos a consecuencia del acuerdo impugnado. En el supuesto de que la sentencia declare la nulidad del acuerdo, la misma se inscribirá en el Registro Mercantil, procediendo la cancelación de los asientos registrales contradictorios con ella.

¹⁹ Artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

²⁰ Artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital.