



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA
ABOGACÍA
ESPECIALIDAD DERECHO DE EMPRESA (MUAA)**

CASO PRÁCTICO PARA TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Autor: Lucía Francisco Franco

Tutor: Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez

Madrid

Diciembre, 2022

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
RESUMEN	5
CUESTIONES A RESPONDER	6
1. ¿Puede <i>ABC</i> adquirir participaciones en una sociedad española y, en su caso, que requisitos/formalismos deberá cumplir? En relación con las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. ¿Qué formalidades deberán cumplir <i>ABZ</i> , <i>XYZ</i> y <i>HP</i> ?.....	6
2. A los efectos de poder comparecer ante notario en España para otorgar la compraventa, ambos Socios han otorgado un poder especial en sus respectivos domicilios. ¿Qué formalidades deberán cumplir dichos poderes para ser admitidos por el notario autorizante de la operación?.....	10
3. ¿Existe alguna formalidad adicional que debemos tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición o alguna acción a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la compraventa?	14
4. ¿Deberían valorar <i>ABC</i> y <i>XYZ</i> la posibilidad de suscribir un pacto de socios y, en su caso, que acuerdos debería recoger en dicho pacto teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital (asesoramos a ambas entidades, con lo que nuestras recomendaciones deberían ser equilibradas)?	17
5. En caso de haber respondido afirmativamente a la respuesta anterior ¿es recomendable que trasladen a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados en dicho pacto de socios y por qué? ¿Cómo deberían, en su caso, estructurar el derecho que cada uno tiene a nombrar determinados administradores para que el mismo pueda acceder al registro?	23
6. Durante la fase de auditoría legal y fiscal de <i>HP</i> , el asesor fiscal ha identificado una contingencia fiscal relevante por IVA. Durante las negociaciones del contrato, el asesor <i>IESA</i> ha propuesto cubrirlo vía “manifestaciones y garantías”. ¿En qué consiste a grandes rasgos la cobertura que nos ofrecen? ¿Funcionaría en este caso para proteger los intereses de los Socios teniendo en cuenta que <i>EISA</i> no dispone de más activos en balance aparte de <i>HP</i> ? ¿Qué alternativas podrían proponerse?	28
7. En principio <i>ABC</i> y <i>XYZ</i> disponen de fondo suficientes para adquirir <i>IESA</i> , pero dado que esta última tiene 500 millones de euros disponibles en caja, están valorando la posibilidad de utilizar la totalidad o parte de esos 500 millones para pagar el precio de compra (<i>HP</i> no acepta distribuir dicho importe como dividendo con carácter previo a la compra por motivos fiscales). ¿Es posible realizar dicha operación y que la Sociedad o bien pague por cuenta de los mismos, que formalidades deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deben llevarlas a cabo?.....	31
8. En unidad de acto con la adquisición, está previsto que, entre otras cuestiones, <i>HP</i> traslade su domicilio social a Madrid y se revoquen los actuales poderes generales vigentes, otorgándose unos nuevos. ¿Qué órganos serán los encargados de la adopción de dichos acuerdos? ¿Cómo deberán documentarse los mismos, que formalidades deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deberán llevarlas a cabo?.....	34

9. Tan pronto adquiriera el capital social de HP, la intención de ABC y XYZ (dado la excelente relación que ABC tiene con un sindicato bancario alemán) es refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente (tanto la Deuda con Bancos como la Deuda con Socios). ¿Sería posible realizar esta operación y, en su caso, cómo?36

10. De igual modo, tras la venta está previsto que HP resuelva el contrato de O&M que actualmente mantiene suscrito y lo sustituya por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo ABC. Las condiciones de dicho contrato son ligeramente más onerosas que las del contrato originalmente en vigor, pero no llegan a ser consideradas fuera de mercado. ¿Es posible sustituir el O&M y, en caso afirmativo, que órgano(s) debería(n) aprobar la suscripción del nuevo contrato y con que requisitos? ¿Identificas algún riesgo en relación con dicha resolución?38

***BIBLIOGRAFÍA* 40**

ABREVIATURAS

- Art.- Artículo
- Pág. - Página
- Núm. - Número
- Op. Cit. - *Opus citatum* (Obra citada)
- Ídem. - Misma obra, misma página.
- LSC. - Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)
- SA.- Sociedad Anónima
- SL. - Sociedad Limitada
- RM. - Registro Mercantil
- IS.- Impuesto de Sociedades
- IVA. - Impuesto sobre el Valor Añadido
- IAE. - Impuesto sobre Actividades Económicas
- CP.- Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)
- RD. - Real Decreto
- CC.- Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil)
- GAFI. - Grupo de Acción Financiera Internacional

RESUMEN

El presente dictamen consiste en un informe en Derecho, que tiene por finalidad dar respuesta a las consultas formuladas por las sociedades *ABC*, *XYZ* y *HP* sobre la operación de compraventa mercantil que va a ejecutarse.

Tal y como se desprende del supuesto de hecho, la sociedad *ABC* ha llegado a un acuerdo con la sociedad española *XYZ* para adquirir conjuntamente el 100% del capital social de la sociedad *HP*. Sobre la base de este escenario fáctico se plantean cuestiones de toda índole jurídica, entre otras las siguientes: sobre el régimen jurídico de los contratos mercantiles, el derecho notarial y registral, el derecho internacional privado, la fiscalidad del contrato mercantil, el derecho de seguros y el sistema del derecho del mercado financiero.

A lo largo del texto se analizan las diferentes cuestiones que plantean los clientes, estudiando en profundidad las particularidades que cada supuesto presenta, valorando las posibles alternativas dentro de cada escenario, estudiando las posibles coyunturas que y finalmente dispensando la respuesta jurídicamente más correcta.

CUESTIONES A RESPONDER

1. ¿Puede ABC adquirir participaciones en una sociedad española y, en su caso, que requisitos/formalismos deberá cumplir? En relación con las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. ¿Qué formalidades deberán cumplir ABZ, XYZ y HP?

En virtud del supuesto de hecho planteado, nos encontramos ante el negocio jurídico por el cual una sociedad adquiere acciones o participaciones sociales de otra sociedad que las transmite.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley de Sociedades de Capital¹ (“LSC” en adelante) “*la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley*”. Las sociedades se rigen por sus propios estatutos y por la ley, de modo que la transmisión de las participaciones sociales en la operación de compraventa del 100% del capital social de *Hidro Power S.L.* (“HP” en adelante) se realizará de conformidad con lo dispuesto en sus estatutos y en defecto de una regulación específica, se seguirán las previsiones de la ley (en particular los arts. 107 a 112 de la LSC)

Bien pues el artículo 106 de la LSC establece la obligatoriedad de que la operación de compraventa se haga constar en documento público, como mecanismo para reconocer validez a los negocios jurídicos privados.

Nótese que, a día de hoy, la ley no contempla la exigencia de inscribir el documento público en el Registro Mercantil. En su virtud, salvo que los estatutos sociales de *HP* incorporen esta exigencia, no será una formalidad que debamos tomar en consideración, la inscripción del documento en el que se formalice la operación en el Registro Mercantil.

Producida la transmisión y como consecuencia del cambio de titularidad de la empresa se deberán atender las siguientes obligaciones: actualización del Libro Registro de Socios; declaración censal de inicio de actividad a través del modelo 036 y otorgamiento de escritura de pérdida de unipersonalidad.

Respecto a la primera, la LSC en el art. 104 establece que “*la sociedad limitada llevará un Libro registro de socios, en el que se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas*”

El libro registro consiste en un registro de participaciones sociales, por lo que su sentido no es otro que dar certeza sobre la titularidad de cada una de las participaciones sociales.

¹ Real decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («BOE» núm. 161, de 03/07/2010)

En cuanto a su eficacia legitimadora, la doctrina mayoritaria considera que en materia de legitimación del socio frente a la sociedad, el libro registro tiene eficacia constitutiva – y no meramente declarativa- de forma que solo se reputara socio quien este inscrito como tal en el Libro Registro².

Además, en atención a las obligaciones fiscales que operan, se deberá realizar la declaración censal de inicio de actividad a través del modelo 036. Éste produce efectos respecto al Impuesto sobre Sociedades (en adelante “IS”), al Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante “IVA”), y al Impuesto de Actividades Económicas (en adelante “IAE”) para los sujetos pasivos. Además, esta declaración fiscal permite a la sociedad la obtención del Número de Identificación Fiscal (NIF), ya que constituye documentación necesaria para ello.

En este caso, la sociedad *HP* como vendedora del total de sus participaciones sociales, se constituía como una sociedad unipersonal, siendo el socio único la sociedad Inversiones Españolas S.A. (“*IESA*”), por lo que resultan vinculantes las exigencias de publicidad de esta unipersonalidad previstas en la ley.

A este respecto, el art. 13.1 LSC dispone que *“la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones o todas las acciones, se harán constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil”*.

En este mismo sentido el Reglamento del Registro Mercantil, *ex. art. 174.1* establece lo siguiente:

“La declaración de haberse producido la adquisición o la pérdida del carácter unipersonal de la sociedad, así como el cambio de socio único, se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil.”

Así la pérdida del carácter unipersonal por parte de *HP*, impone la exigencia de otorgamiento ante notario de escritura de pérdida de unipersonalidad de la sociedad, por quien tenga la facultad de elevar a público los acuerdos sociales. Esta escritura se inscribirá en el Registro Mercantil, expresando necesariamente la identidad del socio único, así como la fecha y naturaleza del negocio por el que se hubiese producido.

En todo caso, la no inscripción de la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal, habiendo transcurrido seis meses desde esta circunstancia, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad, *ex art. 14 LSC*.

² Alfaro, J., *“El libro registro de socios o acciones nominativas”*, *Almacén de Derecho*, 2017, Disponible en <https://almacendederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas>; fecha de última consulta 15/10/2022)

A continuación, se da respuesta a la última pregunta planteada en esta cuestión. Aun así, antes de entrar a analizar los requerimientos respecto al blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que deberán cumplir las dos sociedades protagonistas de la operación de compraventa, conviene delinear estas figuras jurídicas.

La creciente preocupación de la comunidad internacional ante la amenaza que supone el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo ha llevado a la mayoría de los países a establecer una doble línea de acción para luchar contra estos fenómenos:

- La vía penal, dirigida a tipificar como delito el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (art. 301.1 del Código penal, en adelante “CP”³)
- La vía preventiva, dirigida a dificultar o impedir dichas actividades delictivas mediante el establecimiento de una serie de obligaciones a personas o entidades que operan en el sector financiero o en otros sectores de actividad utilizados por los blanqueadores o terroristas.

Desde el punto de vista preventivo, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención de Blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁴, su Reglamento aprobado por el RD 304/2014⁵ y la reciente modificación instaurada por el RD-Ley7/2021⁶, establecen una serie de obligaciones dirigidas a determinadas personas físicas y jurídicas, cuya actividad es susceptible de ser utilizada para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

La normativa española en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo se dirige a unas personas o entidades concretas (art. 2 Ley 10/2010) que por razón de su sector de actividad podrían ser utilizadas para realizar o colaborar con el blanqueo o la financiación del terrorismo.

Así, las sociedades deberán adoptar, medidas de control y comunicación que respondan al principio de rapidez, seguridad, eficacia y coordinación en la transmisión de información como en el análisis y comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC, por sus siglas) de cualquier hecho susceptible de estar relacionado con el blanqueo de capitales.

³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. («BOE» núm. 281, de 24/11/1995)

⁴ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo («BOE» núm. 103, de 29/04/2010)

⁵ Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. («BOE» núm. 110, de 06/05/2014)

⁶ Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de consumidores.

En un primer lugar, y en cumplimiento del principio Conoce a Tu Cliente (también conocido por sus siglas en inglés KYC, *Know Your Customer*), piedra angular de todo el ordenamiento internacional en materia de blanqueo de capitales, con carácter previo a la ejecución de la operación, las sociedades adquirentes deben identificar la titularidad real de la adquirida *ex. art. 4 de Ley 10/2010*; es decir, a la persona física que ostenta el interés o beneficio último sobre la transacción patrimonial que se pretende.

Bien pues esta identificación y comprobación de la identidad del titular real de la entidad podrá realizarse mediante firma de declaración responsable (también conocido por su término en inglés, *disclaimer*) al respecto; nota del Registro Mercantil; acta notarial de titularidad real; impuesto de sociedades donde quede reflejada la participación accionarial (modelo 200 AEAT), así como cualquier u otro documento donde quede reflejada la titularidad real en su texto (por ejemplo, escritura de ampliación de capital), *ex. art. 9 RD 304/2014*.

Así se realizara una labor de recopilación de información acerca de la actividad de la sociedad y en caso de que presente un riesgo superior al promedio, procurará verificar la naturaleza de la actividad profesional solicitando una serie de documentación, que a modo de ejemplo podrá ser la siguiente: comprobar si es propiedad de una persona con responsabilidades públicas; tipo de actividad que desarrolla; antigüedad de la actividad; Código de Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE); número de empleados; comprobar si la actividad real de la empresa se corresponde con su objeto social; identificar al titular real.

Como paso previo a perfeccionar la relación, tanto el artículo 5 de la Ley 10/2010 como el artículo 10 del Reglamento de Prevención de Blanqueo de Capitales, impone a los sujetos obligados la responsabilidad de recabar información sobre la actividad económica y empresarial de sus clientes, con el fin de comprobar si la prestación ofrecida se ajusta a la actividad declarada por el cliente.

Finalmente, se impone la medida de diligencia de seguimiento continuo, pues una vez iniciada la relación de negocios, se busca garantizar que las operaciones que se realicen sean acordes a los datos recopilados del cliente: identidad, titular real, actividad económica, actividad mercantil, perfil empresarial, riesgo, etc.

En última instancia hacer referencia a la previsión que contempla la ley de existencia de relaciones de negocio y operaciones que presentan un riesgo más elevado de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, para las cuales no bastan las medidas de diligencia normal sino que serán precisas medidas reforzadas de diligencia debida.

Así, el Reglamento de prevención del blanqueo de capitales dispone que para determinar si existe un riesgo más elevado se tendrán en consideración, entre otros, los siguientes factores:

a) Características del cliente:

- 1.º Clientes no residentes en España.*
- 2.º Sociedades cuya estructura accionarial y de control no sea transparente o resulte inusual o excesivamente compleja.*
- 3.º Sociedades de mera tenencia de activos.*

b) Características de la operación, relación de negocios o canal de distribución:

- 1.º Relaciones de negocio y operaciones en circunstancias inusuales.*
- 2.º Relaciones de negocio y operaciones con clientes que empleen habitualmente medios de pago al portador.*
- 3.º Relaciones de negocio y operaciones ejecutadas a través de intermediarios.*

A este respecto, resulta objeto de análisis la sociedad ABC al tener como jurisdicción imperante la de Luxemburgo. Este país puede ser considerado como un territorio de baja tributación, que a pesar de acatar las recomendaciones y directivas de la Unión Europea, su normativa fiscal actual presenta peculiaridades que, siendo consideradas válidas por los organismos internacionales, permiten a este país seguir siendo atractivo para los capitales extranjeros.

Bien pues, a pesar de no ser un país de los contemplados en la lista del Grupo de Acción Financiera Internacional, en sus siglas GAFI (lista de jurisdicciones de alto riesgo que presentan carencias en términos de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo elaborada por El Grupo de Acción Financiera Internacional) ni tener la consideración de país de alto riesgo al amparo del Reglamento delegado (UE) 2016/1675 de la Comisión⁷, es una sociedad constituida en una jurisdicción extranjera (es decir aquella sociedad constituida en un país distinto al que va a ejercer su actividad) y que presentando un riesgo superior, serán de aplicación medidas de diligencia reforzada. Luxemburgo constituye un paraíso fiscal toda vez que permite desarrollar actividades tanto de evasión fiscal como de elusión. Así se tratará de conocer el origen de los fondos recabando el soporte documental que ayude a esclarecer la licitud de los mismos.

2. A los efectos de poder comparecer ante notario en España para otorgar la compraventa, ambos Socios han otorgado un poder especial en sus respectivos domicilios. ¿Qué formalidades deberán cumplir dichos poderes para ser admitidos por el notario autorizante de la operación?

El supuesto práctico objeto de análisis se encuadra en el marco internacional en que se desenvuelven la economía española y sus empresas, fruto de la internacionalización de

⁷ Reglamento Delegado (UE) 2016/1675 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo identificando los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas (Diario Oficial de la Unión Europea)

las relaciones económicas. Opera como herramienta que facilita el intercambio de bienes y recursos patrimoniales, permitiendo una auténtica vida de las personas en el contexto internacional⁸. En particular se plantea una adquisición del 100% del capital social de una sociedad española (*Hidro Power S.L.*) por parte de una sociedad luxemburguesa (*ABC*) y una sociedad española (*XYZ*), conjuntamente.

Entre los trámites a llevar a cabo para la referida operación, resulta de interés en este punto el trámite de otorgamiento de escritura ante notario, requisito preceptivo para ejecutar la compraventa. Toda vez que el poder especial lo otorgan los Socios en sus respectivos domicilios, la sociedad *ABC* lo hará en Luxemburgo; la sociedad *XYZ* lo hará en España y la sociedad *HP* lo hará igualmente en España. Aquí, lo determinante es garantizar que los poderes otorgados en el extranjero se ajusten a lo establecido en la ley española, salvaguardando la validez del documento.

La validez del poder en cuanto al fondo se rige por la ley elegida por el poderdante de modo expreso y a falta de tal elección, por la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas, que es la Ley Española, pues el poder se ejercita en España (art. 10.11 Código Civil, “CC” en adelante).

Es el legislador nacional el que fija las condiciones del propio sistema de seguridad jurídico preventivo que garantice el buen funcionamiento del sistema del Registro Mercantil y de legalidad y seguridad jurídica. Así, el título representativo en virtud del que se comparece ante el notario español ha de ser equivalente al documento público español como requisito exigido por nuestro ordenamiento y dicha circunstancia debe ser acreditada de conformidad con las exigencias de nuestro ordenamiento⁹.

Bien pues, para el otorgamiento de poderes en España es necesario el otorgamiento de documento público, debiendo éste reunir ciertos caracteres para poder ser calificado como “documento público” en el sentido exigido por los arts. 98 de la Ley 24/2001 y el art. 1280.5 CC: el poder otorgado ante notario extranjero deberá presentar los mismos elementos estructurales propios de un poder otorgado en España¹⁰.

De este modo, un poder otorgado en un país extranjero deberá responder a un juicio de equivalencia de funciones en cuya virtud se exija la concurrencia de una serie de elementos estructurales que den fuerza y validez al documento en territorio español, y sin las cuales no pueda considerarse apto para modificar el contenido del Registro.

⁸ Calvo Caravaca A.-L. y Carrascosa González J., “*Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España*”, Vol. 12, Núm. 1, 2020, pág.9 y 10

⁹ Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Mijas nº 3 a inscribir una escritura de compraventa. («BOE» núm. 24, de 28 de enero de 2019, páginas 7635 a 7651).

¹⁰ Calvo Caravaca A.-L. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, pág. 12.

El documento público extranjero de apoderamiento deberá ser equivalente, formal y sustancialmente o bien susceptible de ser adecuado al ordenamiento español, y solo de esta forma producirá en España el efecto pretendido. A tales efectos, no será tanto en el contenido del documento, sino en el estatuto y la actuación de la autoridad extranjera donde se ha de centrar la aplicación de la llamada regla de equivalencia de funciones, que supera y deja atrás la regla de equivalencia de formas, y que significa que un documento otorgado en el extranjero será válido *prima facie* para las exigencias del derecho español si la autoridad extranjera autorizante cumple unas funciones equivalentes a las de una autoridad española¹¹. Es por ello que el notario extranjero debe haber desarrollado funciones legales “equivalentes” a las que en España desarrolla un notario cuando autoriza una escritura de poder (denominado teoría de la “equivalencia de funciones”)¹².

Dicho lo anterior, será preceptiva la concurrencia de cuatro requisitos para aceptar la equivalencia de funciones entre notario extranjero que autoriza un poder y notario español. Desde un enfoque objetivo, se sintetizan estos “requisitos de equivalencia” previstos en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de jurisdicción voluntaria¹³ con los enunciados por algunos autores¹⁴ (la RDGRN de 11 de junio de 1999 recoge estos mismos requisitos¹⁵):

- a. *“Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado”, es decir que el notario extranjero debe ser "titular de una función pública, nombrado para el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos"*
- b. *“Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”, lo que en otras palabras supone que el notario extranjero debe haber desarrollado las funciones equivalentes a las propias del notario español, en concreto como "la identificación del otorgante (juicio de identidad)”*.
- c. *“Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”, exigiendo la “comprobación de la capacidad del otorgante en relación con el acto o negocio jurídico del que se trate (juicio de capacidad)”*

¹¹ Resolución de 18 de diciembre de 2018, *Op. Cit.*

¹² Calvo Caravaca A.-L. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, pág. 12.

¹³ Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 03/07/2015)

¹⁴ Calvo Caravaca A.-L. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, pág. 30 y 31.

¹⁵ Resolución de 11 de junio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Torroella de Montgrí, don Leopoldo de Urquía y Gómez contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Bisbal d'Empordá, doña Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente. «BOE» núm. 166, de 13 de julio de 1999, páginas 26415 a 26417 (3 págs.)

- d. *Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español, lo que significa que los poderes "produzcan en su país de origen efectos equivalentes a los que deba producir conforme a la ley española"*¹⁶

Ahora bien, en lo relativo a la forma, el poder deberá constar en la forma prevista en cualquiera de las leyes designadas por el art. 11 CC. La Dirección General de Registros y del Notariado realiza un análisis de la equivalencia de forma de un poder otorgado en país extranjero en España, y extrae una conclusión que formula en un doble sentido, positivo y negativo¹⁷:

- i. *“En sentido positivo, afirma que el poder extranjero es equivalente al español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: a) que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y b) que el autorizante de fe de la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga. Desde una perspectiva formal la apostilla constituye el requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional”.*
- ii. *“En sentido negativo, entiende que la regla de la equivalencia de funciones excluye únicamente los documentos generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función fedataria. Ese limitado rechazo abre el paso a aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos”.*

Así las cosas, ante notario se verificará la identidad del otorgante, así como su capacidad para llevar a cabo dicho otorgamiento y una vez otorgado, resultará preceptivo legalizar el documento en el país de origen mediante la conocida “apostilla”, instrumento jurídico aprobado por la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961 de La Haya.

Siendo Luxemburgo un país firmante del Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961, los documentos emitidos por un notario de este país que hayan sido certificados por una Apostilla serán reconocidos en cualquier otro país firmante del convenio sin necesidad de otro tipo de autenticación.

Es decir, si el poder contiene apostilla, esa valoración notarial será suficiente para considerar a los apoderados legitimados para otorgar el poder, sin que sea preciso ni que hagan constar cuando y como fueron nombrados para sus cargos o les fue conferido el apoderamiento. Estas exigencias, derivadas del Decreto 2 de junio de 1944 por el que se

¹⁶ Caravaca, A.-L. C., & González, J. C., *Op. Cit.*, págs. 30 y 31.

¹⁷ Resolución de 18 de diciembre de 2018., *Op. Cit*

aprueba el Reglamento de la organización y régimen del notariado (arts. 164 y 166) no pueden requerirse a un poder otorgado en el extranjero con apostilla.

Así bastaría con demostrar que el poder fue otorgado por notario luxemburgués conforme a los requisitos y exigencias legales de dicho país, habiendo apreciado el notario la capacidad, legitimación y facultades representativas de los otorgantes del poder, y rechazado la negación de dichas facultades. No obstante, en caso de que el país de origen no haya suscrito el Convenio de La Haya, será necesario legalizar el documento en la embajada española ubicada en el país de origen.

En lo relativo a la inscripción del meritado poder tenemos que acudir al art. 60 de la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en material civil reza:

“Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”

Pues bien, tanto la legislación mercantil como la hipotecaria permiten la inscripción de documentos extranjeros en nuestro registro mercantil. En todo caso, si el registrador deniega la inscripción de un poder extranjero, procederá realizar un juicio de equivalencia. Entonces un notario español otorgará documento público en el que pone de manifiesto que en el otorgamiento del poder en el extranjero se han cumplido unas exigencias que resultan equivalentes a las que se deben cumplir en España.

3. ¿Existe alguna formalidad adicional que debemos tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición o alguna acción a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la compraventa?

Al contrario de lo que sucede en una sociedad anónima, tipo societario marcado por su carácter abierto, en las sociedades de responsabilidad limitada como lo son *ABC*, *XYZ* y *HP*, impera un carácter mucho más cerrado, el cual se pone de manifiesto en la necesaria existencia, ya sea por vía estatutaria o mediante la aplicación supletoria de las previsiones legales, de un régimen restrictivo de la transmisión de participaciones sociales.

Aún más, la LSC impide expresamente la conversión de la sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad absolutamente abierta a nuevos socios *ex art. 108*. A su vez *ex art. 107* el legislador afirma que, salvo pacto en contra en los estatutos de la sociedad, la transmisión voluntaria será libre en una serie de supuestos y que estos, en todo caso, deberán respetar las reglas establecidas en los estatutos y las enumeradas en el art. 107.2 LSC.

La configuración de la sociedad limitada como un tipo intermedio se debe a que el régimen de la transmisión de la condición de socio se sitúa en una posición intermedia entre la rigidez de la transmisión de las sociedades personalistas y la total flexibilidad del régimen de transmisión de las sociedades anónimas. Así, podemos hablar de sociedades “*en las que existe una absoluta libertad de ingreso y salida de socios mediante negocios traslativos de sus posiciones jurídicas*”¹⁸

Este régimen de transmisibilidad queda recogido en los arts. 107 y 108 LSC, de forma que no se permite que la transmisión sea libre y se prohíben expresamente las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión de participaciones por actos inter vivos. En todo caso el art. 123.14 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil establece lo siguiente: “*Podrán inscribirse en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las acciones durante un período de tiempo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad*”. En efecto, los socios de una sociedad de responsabilidad limitada como lo es *HP*, que deseen vender sus participaciones sociales deberán tener en cuenta las restricciones y limitaciones que en su caso operan.

A la par, la DGRN en su Resolución de 9 de enero de 1995 defiende la necesidad de establecimiento de las cláusulas restrictivas a la libre transmisión de acciones en aras del interés de la sociedad:

*“El interés del accionista en realizar el valor patrimonial de su participación mediante la libre transmisión de sus acciones puede hallarse en contraposición con el interés social que exija el establecimiento de restricciones al ius disponendi sobre aquéllas cuando convenga a este interés, no sólo impedir la injerencia de personas extrañas no deseadas, sino también mantener cierto equilibrio o conformación de poder social que haya podido ser determinante a la hora de fundar la empresa....La satisfacción de este interés justifica la admisibilidad de cláusulas estatutarias como la ahora cuestionada que, aun comportando la introducción de elementos personalistas, no se opone a las leyes ni contradice los principios configuradores de la sociedad anónima”*¹⁹

Así habrá que estar a lo dispuesto dentro y fuera de los estatutos de la sociedad *HP* para la adquisición de su capital social por *ABC* y por *XYZ*. En todo caso contemplar la posible existencia de cláusulas que supongan una restricción a la libre transmisión de participaciones como son las cláusulas de autorización o consentimiento; las de preferencia o tanteo; las de bloqueo o también conocidas en inglés de *lock-up*; las de

¹⁸ Alonso Espinosa, F.J., “*Régimen de las participaciones sociales*”, *Tecnos*, Madrid, 2009, p. 381 y ss.

¹⁹ Resolución de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Lucas Aranzamendi Ruiz, en nombre de «Ingemar, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil de Guipúzcoa a inscribir una escritura de cese y nombramiento de Consejeros y modificación de Estatutos sociales. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero de 1995, páginas 5602 a 5604 (3 págs.).

arrastre o también conocidas como *drag-alone* y las de acompañamiento o también *tag-alone*.

En primer lugar, cabe hacer referencia a las cláusulas de autorización o consentimiento entendiendo por tales aquellas que condicionan la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de cualquier participación o acción perteneciente a un socio personalmente obligado a realizar prestaciones accesorias a la autorización por parte de la sociedad.

Las primeras suponen que la transmisión de acciones quede condicionada a la autorización de la sociedad (*ex. art. 88 RLSC*). De esta forma se le atribuye la competencia de autorizar o denegar la operación a la junta general, en términos de una sociedad de responsabilidad limitada.

La concreción de las causas que permitan a la junta denegar la transmisión de acciones de la sociedad deberá recogerse en sus estatutos sociales, por lo que en este punto debemos acudir a los estatutos de *HP* para conocer las posibles causas de denegación que pueden operar en la compraventa del 100% de su capital social por *ABC* y *XYZ*.

La finalidad pretendida por la ley no es otra que dar seguridad al accionista que podrá conocer ante qué supuestos le puede ser denegada la transmisión, así como lograr evitar decisiones arbitrarias en la transmisión del capital social.

En segundo lugar, habrá que dar observancia a las cláusulas de preferencia también denominadas cláusulas de adquisición preferente. Estas cláusulas si bien no imposibilitan la transmisión, sí la restringen reconociendo a un sujeto como preferente a la hora de adquirir acciones frente al resto.

El derecho de suscripción preferente en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, es un derecho esencial que permite a sus socios mantener su porcentaje de participación y así evitar su dilución para el supuesto de que se acometa un aumento de capital. Sin perjuicio de lo anterior, y realizando un análisis de posibles restricciones que las sociedades compradoras se puedan encontrar en la operación de compra del 100% del capital de *HP*, la posible existencia de este derecho no repercute en la operación de compraventa, toda vez que no se trata de una ampliación de capital de *HP*.

A continuación, debemos abordar la posible existencia en los estatutos sociales de *HP* de una cláusula de bloqueo o *lock-up*, las cuales impiden a los socios emprendedores vender sus participaciones a terceros durante un lapso temporal concreto, el cual en ningún caso puede ser indefinido.

El legislador español las contempla ante una posible transmisión de participaciones en un momento inicial de la constitución de la sociedad, fundamentado en el interés que pueden tener los socios fundadores en mantener la composición de la sociedad en una primera etapa.

En virtud de lo dicho, habrá que atender a los estatutos de *HP* y constatar que efectivamente no existe ninguna cláusula de bloqueo que restrinja la posibilidad de transmisión sobre las participaciones sociales.

En última instancia en lo relativo a las posibles estipulaciones sociales de *HP* que restrinjan la libre transmisibilidad de sus participaciones resulta necesario abordar las cláusulas de arrastre o *drag alone* y las cláusulas de acompañamiento o *tag-alone*.

Bien pues las cláusulas de araste constituyen un mecanismo de protección de los socios mayoritarios, que les permite negociar la venta de la totalidad de la sociedad, garantizando que ningún accionista minoritario pueda oponerse y obstaculizar la operación. Por contraparte las cláusulas de acompañamiento constituyen un mecanismo de protección de los socios minoritarios, por cuanto les otorga la facultad de exigir la venta de sus propias acciones de forma conjunta con el socio mayoritario en las mismas condiciones de este

Como sucedía con la cláusula de bloqueo, puesto que *HP* antes de la operación objeto de análisis es una sociedad unipersonalista, no hay un desnivel en la titularidad de las participaciones que diera cabida a ejecutar este tipo de cláusulas: el capital social de *HP* asciende a 1.000.000€ dividido en 1.000.000 de participaciones sociales, todas ellas titularidad de *IESA*.

Aún más, con independencia de que este tipo de cláusulas estén previstas estatutariamente por *HP*, las sociedades compradoras pueden tener la certeza de que esta operación no se va a ver frustrada por el posible bloqueo de socios minoritarios ya que no existen, ni tampoco va a darse la situación que da sentido a la cláusula *tag along* puesto que se compra la totalidad de la sociedad.

4. ¿Deberían valorar ABC y XYZ la posibilidad de suscribir un pacto de socios y, en su caso, que acuerdos debería recoger en dicho pacto teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital (asesoramos a ambas entidades, con lo que nuestras recomendaciones deberían ser equilibradas)?

El Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de octubre de 2012 señala que los “*pactos parasociales, que regulan las relaciones internas de los socios, no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, sino a los límites previstos en el artículo 1.255 CC*”²⁰

Bien pues, al amparo del principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige en la esfera contractual (*ex art. 1255 del Código Civil*) dimana el pacto de socios entendido

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 616/2012, de 23 de octubre de 2012. (repertorio de jurisprudencia Aranzadi RJ 2012\10123). Fecha de la última consulta: 6 de octubre de 2022.

como aquel convenio que regula múltiples aspectos de las interrelaciones de los socios con la propia sociedad. En este sentido la LSC indica en su art. 28: “*En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”

Si bien la definición de estos pactos no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico como tal, han sido numerosos los autores que han tratado de alcanzar una. Entre otros, Martínez Rosado los definió como *aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios entre sí, o entre todos o algunos socios y terceros, con el fin de integrar, completar o modificar algunos aspectos de la vida social al margen de lo dispuesto en el contrato fundacional*²¹. Siguiendo esta línea, Paz-Ares Rodríguez refiere que *son convenios celebrados entre alguno o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen*²².

Martínez Rosado afirma que, *con carácter general, quienes los suscriben persiguen con ellos influir decisivamente en la vida de la sociedad al margen de los estatutos, ya sea modulando aspectos básicos de las relaciones jurídico-sociales, ya sea manteniendo un determinado statu quo en la sociedad*²³

En el presente supuesto, el propósito de estos pactos resulta apropiado y oportuno. El posible desequilibrio que puede tener lugar en el resultado de esta operación societaria no se corrige adecuadamente a través de la producción normativa de carácter legal o judicial, sino a través de la reglamentación privada, tanto la contratación estatutaria como la contratación extraestatutaria o parasocial. Así los socios decidirán la combinatoria contractual de pactos estatutarios y extraestatutarios que mejor optimice sus relaciones internas²⁴.

Bien pues a pesar de que el pacto parasocial como contrato privado obliga a las partes firmantes, quedando sus efectos reducidos a las relaciones obligatorias entre los que lo suscriben, con respecto a los pactos omnilaterales, existe una postura flexible de la doctrina que defiende la eficacia societaria de los mismos: la inoponibilidad frente a la sociedad pierde su razón de ser cuando hablamos de pactos que han sido convenidos por la totalidad de los socios. El sector mayoritario de la doctrina flexibiliza la tesis clásica del principio de inoponibilidad consagrado en el art. 29 LSC y admite que un pacto omnilateral es oponible a la sociedad, en el sentido de que es admisible alegar como causa de impugnación de un acuerdo social la infracción de los pactos.

²¹ Martínez Rosado, J., “*Los pactos parasociales*”, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 26.

²² Paz-Ares Rodríguez, C., *El enforcement de los pactos parasociales*, Uría Menéndez, 2013, pág. 19

²³ Martínez Rosado, J., *Los pactos parasociales*, ob cit., pág. 27

²⁴ Sáez Lacave, M. I., “*Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*”, Indret, 2009, pág.7.

Por lo anterior, tienen plena eficacia societaria para gobernar la vida de la sociedad, toda vez que resulta vital ajustar la realidad jurídica a la realidad social, y de esta forma evitar que el ordenamiento societario se ciña exclusivamente a los estatutos sociales.

Nótese que los pactos parasociales cumplen una función equivalente a la que tienen encomendada los deberes fiduciarios, que no es otra que combatir el oportunismo en el seno de las sociedades. En algunos supuestos los pactos tienen el objeto de desarrollar o concretar tales deberes, pero fundamentalmente suministran reglas de actuación en situaciones que la experiencia atestigua como potencialmente conflictivas, con el propósito de evitar -o al menos minimizar- los costes que los conflictos de intereses pudieran acarrear a la vida social²⁵.

Ante el ya mencionado desequilibrio de capital social entre los dos socios adquirentes, la respuesta a la necesidad de los socios de XYZ de velar por sus intereses económicos y políticos en la sociedad, quienes temen que no puedan ser bien atendidos en la regulación legal o estatutaria, es la regulación de determinadas materias mediante pactos extra estatutarios.

Entre las funciones perseguidas por estos pactos parasociales encontramos la de instrumento de protección del inversor y/o socio minoritario, como es la significativa en esta operación. Aquí, la distribución 90/10 del capital social, pone en peligro a XYZ como socio minoritario, en dos sentidos:

- i. Dificultad de influir eficazmente en las decisiones de la sociedad en las que se integran como socios minoritarios.
- ii. Imposibilidad legal o estatutaria de evitar los acuerdos contrarios a sus intereses que se toman por mayoría dentro de la sociedad.²⁶

En resumen, el riesgo al que se ve expuesto el socio minoritario no es otro que quedar a expensas de la mayoría.

Como ya se ha comentado, una de las relaciones más intensas dentro de las sociedades cerradas es la que existe entre el socio mayoritario y el socio minoritario. El problema que esta situación plantea es el riesgo que existe de que el socio mayoritario ejerza el control casi absoluto de la sociedad con el objeto de favorecer exclusivamente su interés y por lo tanto, el interno de la minoría resulte ignorado o no sea plenamente reconocido²⁷.

En vista de la existencia de un socio mayoritario o controlante que sería ABC, y ante la amplia disparidad en la cuota de participación por parte de las sociedades adquirentes,

²⁵ Sáez Lacave, M. I., *Op. Cit.* pág. 6

²⁷ Molano, R. “El Veto: Un mecanismo de protección de los minoritarios”, *Portafolio Blogs, Derecho de los emprendedores*, 2021 (disponible en <https://blogs.portafolio.co/derecho-de-los-emprendedores/el-veto-un-mecanismo-de-proteccion-de-los-minoritarios/>; última consulta 4/12/2022).

una de las estipulaciones más importantes y de mayor interés que deben regularse en un pacto parasocial es el derecho de veto de XYZ, como socio minoritario. Así, este derecho no consiste en otra cosa que en un mecanismo de protección de los socios minoritarios frente al posible comportamiento discrecional que el socio mayoritario pueda ejercer en la sociedad, hasta el extremo de que fomente exclusivamente su interés individual por encima del interés social imperante en toda sociedad²⁸.

El derecho de veto consiste en una garantía para el socio minoritario, que podrá ejercer en el proceso de aprobación de determinadas propuestas, de forma que se requiera inexorablemente la participación de ese socio minoritario, de suerte que éste último tendrá la facultad de decidir -en determinadas materias como la aprobación de CCAA, contratos con los Socios, etc- que el acuerdo propuesto y sometido a votación no sea llevado a cabo. En consecuencia, la presencia en las reuniones así como el voto favorable de XYZ se hacen indispensables para que la sociedad pueda adoptar determinadas decisiones y de esta forma el accionista se asegura su participación en el proceso decisorio de la sociedad²⁹.

Este derecho va a permitir ajustar las relaciones entre unos y otros socios con el fin de evitar el abuso de los socios mayoritarios con su poder de decisión, configurándose como un mecanismo muy poderoso para crear confianza en la toma de decisiones de la sociedad. Resulta pertinente que se acuerde en un pacto parasocial un derecho de veto a favor del socio minoritario XYZ, y en relación a las propuestas que quiera implementar el socio mayoritario, ya que éstas solo serán aprobadas y podrán ser implementadas, con la participación y voto favorable del minoritario.

Siguiendo esta línea de protección de la minoría, que busca equilibrar el gobierno de la sociedad evitando que el socio minoritario queje sujeto al oportunismo del socio mayoritario, tiene todo el sentido incluir como pacto parasocial la cláusula de acompañamiento o *tag-alone*.

Esta cláusula ya ha sido analizada en la pregunta anterior, por lo que ahora simplemente procede mencionar que constituye una garantía para los socios minoritarios otorgándoles el derecho de adherirse a la venta que pueda realizar de sus participaciones otro socio a un tercero. En todo caso, y dado que el *tag along* es un derecho y no una obligación de los socios, no es habitual establecer parámetros para su ejercicio, a diferencia del *drag along*.

En este sentido el pacto de tag-alone podría quedar redactado de la siguiente manera:

“La sociedad XYZ goza de un derecho de acompañar a la sociedad ABC en cualquier venta de su participación en la sociedad, autorizándole a vender al

²⁸ Alfaro, J., “*Interés social y derecho de suscripción preferente*”, Civitas, Madrid, 1995.

²⁹ Molano, R. *Op. Cit.*

mismo adquirente un porcentaje de sus participaciones en la sociedad equivalente al porcentaje de sus participaciones vendido por el socio ABC, en los mismos términos y condiciones”³⁰.

Continuando con la configuración de los pactos parasociales, en cualquier pacto de socios la contrapartida al derecho de acompañamiento será lógicamente el derecho de arrastre o *drag alone*.

El desequilibrio del capital social ostentado por los socios (90/10) también tiene repercusiones para el socio mayoritario, ya que, ante una posible compraventa de la sociedad, puede darse la situación en la que el socio minoritario se muestre reticente a la venta de sus participaciones, de forma que la operación no se llevaría a cabo.

Este derecho de arrastre opera como mecanismo jurídico para evitar la oposición del socio minoritario frente a una posible compraventa de la totalidad de la sociedad. De esta forma la sociedad *ABC* que ostenta el 90% del capital social de *HP* podrá obligar al socio minoritario *XYZ* a vender su porcentaje de participación en la sociedad una vez recibida la propuesta de compra por parte del comprador.

En todo caso para hacer mas atractiva la inclusión de este tipo de cláusulas para el socio minoritario se pueden establecer ciertas limitaciones a la misma, como periodos concretos para su ejercicio o un precio mínimo de venta.

En virtud de lo expuesto, queda constada la importancia de recoger las anteriores tres estipulaciones en un pacto parasocial de todos los socios, visto el desequilibrio existente en la participación de los socios en la sociedad. Ello unido a que se trata de una sociedad cerrada, nos enfrentamos a una situación que pudiera dar pie al oportunismo y a los comportamientos estratégicos y desleales y que únicamente bajo el paraguas estatutario (resulta deficiente) pudiera revertir de apariencia de corrección y de legalidad. Así estos pactos constituyen una autentica garantía de control de la sociedad, combatiendo los conflictos mayoría-minoría.

Por otro lado, sería apropiado incluir en un pacto parasocial la cláusula relativa al régimen del órgano de administración de la sociedad, siendo los estatutos insuficientes para establecer las normas que fijen el régimen interno del mismo.

En primer lugar, se recogerá la composición del órgano de administración de la sociedad, si va a estar compuesto de varios administradores así cómo el método de nombramiento de estos miembros. Así, el consejo de administración de *HP* estará formado por tres miembros consejeros (número mínimo de miembros del consejo de administración *ex art. 242 LSC*) los cuales serán nombrados del siguiente método: dos de los tres miembros

³⁰ Sáez Lacave, M.I. y Bermejo Gutiérrez, N. “*Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad*”, Indret, 2007, pág. 3.

serán nombrados por el socio *ABC* y el restante será nombrado por el socio *XYZ*. Generalmente el consejo de administración elegirá en su seno a un presidente y a un secretario y, en su caso, a un vicepresidente o vicesecretario.

Además, en lo relativo a las facultades de los miembros del consejo de administración, el art. 233.2. de la LSC, atribuye el poder de representación al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, vía pacto parasocial, puede estipularse la atribución del poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

La convocatoria del consejo, las reuniones a distancia, el *quorum* de asistencia, el régimen de adopción de acuerdos, la forma de cálculo de retribución de los cargos serán otras previsiones que quedarán contempladas en el pacto.

Para concluir, cabe referir otras cláusulas que, no respondiendo estrictamente al desequilibrio del capital social de *HP* (90/10), su inclusión en el acuerdo parasocial de los socios resulta pertinente en aras de proteger a *ABC* y *XYZ* como socios más antiguos, garantizándoles la no dilución de su porcentaje de participación.

Se incluirá una disposición de materias reservadas a la Junta General de Socios, en cuya virtud la resolución sobre determinadas materias requerirá el voto favorable de todo el capital social. Entre estas materias se podrían incluir las siguientes: aprobación de operaciones societarias consideradas estructurales; cualquier acuerdo de ampliación o reducción de capital; la modificación del régimen de administración y en especial la modificación del número de miembros del consejo; la exclusión, total o parcial, del derecho de asunción preferente; la suscripción de pactos parasociales o extraestatutarios, entre otras.

Además, se podrá incluir una estipulación que prevea la posible concurrencia de una situación de bloqueo. En caso de que las partes no alcancen un acuerdo en relación con las materias que son objeto de aprobación por la Junta para ejecutarse, y dicha falta de acuerdo fuera susceptible de provocar una situación de bloqueo societario, se podrá designar a un representante al fin de iniciar una negociación al respecto y tratar de encontrar una solución. Si en un tiempo pactado no se alcanzara una solución se someterá al Centro de Mediación Empresarial de la Cámara de Comercio.

En última instancia incluiría como pacto fuera de los estatutos sociales de *HP*, una cláusula que incorpore el derecho de suscripción preferente (primera vuelta) que tienen reconocidos los socios por ley *ex arts.* 304 y 503 LSC, así como un periodo de adjudicación adicional (segunda vuelta).

El primero de ellos se articula como un derecho instrumental que, tiene por finalidad permitir a los accionistas mantener inalterada su participación en el capital social a pesar

de los sucesivos aumentos de capital que pueda realizar la sociedad³¹. Entendemos que el aumento de capital que se pueda acometer va destinado con carácter preferente a los titulares de los derechos de suscripción preferente correspondientes a las participaciones de la sociedad en proporción a su participación en el capital social de la Sociedad.

Ahora bien, en el supuesto de que una vez finalizado el periodo de suscripción preferente hubiera acciones sobrantes, se abrirá un proceso de adjudicación de las mismas dirigida a los socios y adquirentes de derechos preferentes de suscripción que hubieren suscrito participaciones en uso de su derecho de suscripción preferente, para que si lo desean, puedan suscribir libremente las participaciones no suscritas en la primera vuelta.

Con todo ello, la inclusión de estas cláusulas en los pactos extraestatutarios resulta indispensable para completar la redacción estatutaria, por cuanto se ocupan de articular la fórmula mas productiva para ejercitar el control de la sociedad.

Así los pactos parasociales constituyen una autentica manifestación de la tendencia a la progresiva liberalización de la imperatividad normativa en el diseño de las organizaciones sociales. Su puesta en práctica indica que la estructura societaria corporativa esta siendo de manera creciente una cuestión contractual, lo que significa una mayor delegación a los sujetos directamente implicados (socios y administradores) de la responsabilidad de diseñar sus relaciones intra societarias³².

5. En caso de hacer respondido afirmativamente a la respuesta anterior ¿es recomendable que trasladen a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados en dicho pacto de socios y por qué? ¿Cómo deberían, en su caso, estructurar el derecho que cada uno tiene a nombrar determinados administradores para que el mismo pueda acceder al registro?

Tal y como hemos visto hasta ahora, podemos definir los estatutos sociales como la norma constitucional de la sociedad, aquella norma primaria que rige su funcionamiento interno. A la par, según la práctica habitual y racional en la vida societaria, operan unas normas secundarias que concretamente suponen acuerdos contractuales entre los socios destinados a influir en el funcionamiento societario, tomando en consideración el interés común de la sociedad.

La elaboración de los pactos parasociales al final se inserta en el poder de disposición de los socios al amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito contractual *ex. art. 1255 CC* y cuya regulación se somete al Derecho de obligaciones y

³¹ Flores Segura, M., “*El derecho de suscripción preferente. Exclusión, inexistencia y configuración estatutaria, Cizur Menor*”, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pág.327.

³² Sáez Lacave, M. I., *Op. Cit.* pág. 11.

contratos, al contrario de los estatutos sociales que se someten a las reglas imperativas del derecho de sociedades³³.

Bien pues la finalidad de los acuerdos extraestatutarios no es otra que la de completar, concretar o modificar las relaciones internas de los socios y las relaciones legales y estatutarias que rigen en la sociedad. Se persigue lograr una regulación adaptada a las necesidades e intereses de los socios, mediante la articulación de un modelo normativo eficiente e idóneo para la sociedad que enlace con la normativa legal, así como con los acuerdos estatutarios.

Ahora bien, el legislador a través del artículo 29 LSC ha señalado cuál es el régimen de dichos pactos a día de hoy: “*Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”. En virtud de la naturaleza contractual de estos pactos de socios, rige el principio de inoponibilidad de forma que sólo serán vinculantes inter partes en virtud del principio *pacta sunt servanda* (ex. art. 1091 CC), de forma que no tendrán eficacia *ad extra* ni serán oponibles frente a terceros en virtud del principio de relatividad de los contratos (ex. art. 1257 CC)³⁴.

Sin haber un criterio jurisprudencial claro, a día de hoy el Tribunal Supremo ha decidido, ahora sí, mantener una posición firme posicionándose a favor de la voluntad del legislador, al declarar como norma general la inoponibilidad de los pactos parasociales³⁵.

En vista de lo anterior, lo más adecuado para que sean oponibles a la sociedad es que dejen de ser reservados y por ende incluirlos en los estatutos sociales, tal y como sostiene la doctrina moderna quien ha intentado combatir este principio de inoponibilidad a través de diversas teorías³⁶.

Así las cosas, la oponibilidad de los pactos parasociales se presenta como una cuestión altamente controvertida por lo que deberá ser estudiado cada caso de manera individualizada. Existen limitaciones a la trasposición de pactos entre los socios a los estatutos, y por ello no es posible solventar todas las contingencias y particularidades que presente una sociedad a través de reglas estatutarias. Dado respuesta a la pregunta que se plantea, y en atención a los pactos de socios que procedería negociar en *HP*, a continuación, se analizará la posibilidad o no de ser inscritos en los estatutos sociales de la sociedad.

³³ Bonmatí Martínez, J., “*Los pactos parasociales*”, Dialnet, 2011.

³⁴ Solans Chamorro, L., “*Contratos entre socios y startups. Aspectos prácticos*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2019, pág. 51-52 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6670/documento/art03.pdf?id=8954&forceDownload=true> ; fecha de última consulta 5/12/2022).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 131/2009, de 5 de marzo de 2009, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 138/2009, de 6 de marzo de 2009 y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1136/2008, de 10 de diciembre de 2008.

³⁶ Giménez-Salinas Abogados, “*La eficacia de los pactos de socios*”, 2019, pág.2. (disponible en <https://gimenez-salinas.es/wp-content/uploads/2019/12/Art%C3%ADculo-pactos-parasociales-2.pdf> ; última consulta día 5/12/2022)

El pacto sobre derecho de veto de XYZ como socio minoritario resulta conveniente trasponerlo a los estatutos en aras de que el mismo no se vea frustrado y pueda desplegar sus efectos: adopción de determinados acuerdos en Junta. En este supuesto el derecho de veto no contempla materias sobre las que no se pueden establecer mayorías distintas de las estipuladas por ley, por lo que si es posible su inclusión en estatutos. Consecuentemente, será incluido en los estatutos sociales de HP.

El derecho de acompañamiento en contraposición al derecho de arrastre es un derecho como tal, reconocido al socio minoritario quien tiene la posibilidad de adherirse o no a la oferta de compra.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 188.1 del RRM:

“Serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos.”

Bien pues en este punto resulta imprescindible atender al momento en el que se incluyen este tipo de derechos en los estatutos, ya que la inclusión de esta cláusulas en el momento de constitución de la sociedad no conllevaría inconveniente ya que los estatutos sociales son expresamente aceptos en ese momento por todos los socios tanto mayoritarios como minoritarios. En virtud de lo anterior si procedería la inclusión del derecho de acompañamiento o clausula de tag alone en los estatutos sociales de HP.

Siguiendo esta misma línea, el derecho de arrastre en una sociedad limitada puede vehicularse tanto privadamente a través de un pacto parasocial como incluirse como una clausula estatutaria, inscribible en el Registro Mercantil. Por ello, puesto que en la medida de lo posible es recomendable reflejar los acuerdos del pacto de socios en los Estatutos Sociales, la cláusula de drag alone será regulada en los propios estatutos de HP. En todo caso, en lo referente al momento de inclusión de la cláusula en los estatutos, la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 4 de febrero de 2017 se pronunció en el siguiente sentido:

“En el presente caso, la «cláusula de arrastre» –próxima a la «clausola di trascinamento» como se la conoce en Derecho italiano o en la denominación inglesa de «drag-along»– tanto se considere que es un supuesto de imposición de obligaciones a los socios a que se refiere el artículo 291 de la Ley de Sociedades de Capital, como una causa estatutaria de exclusión del socio (artículo 351 de la misma ley), exige en su configuración estatutaria el consentimiento unánime de los socios, sin que pueda suplirse, dicho consentimiento unánime, atribuyendo un derecho de separación al socio que no hubiere votado a favor, por no ser una

mera cláusula de restricción de transmisión de participaciones sociales (cfr. artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital)”

A continuación, se analizará la posibilidad de regular en estatutos la cláusula por la que se regula el órgano de administración de la sociedad. *A priori* pactar el sistema de nombramiento a través de un sistema de representación proporcional en una Sociedad Limitada está prohibido expresamente por el artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil:

“Los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por acuerdo de la junta General con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional”

No obstante, con posterioridad el Tribunal Supremo falla en otro sentido, admitiendo el acuerdo entre los socios por el cual los mismos establecían dicho sistema. En concreto, en su sentencia 941/2009, de 6 de marzo, Sala de lo Civil, Sección Primera, establece que *“la rotundidad del artículo 191 RRM no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa[...]. Además, dicha norma es interpretada por la Dirección General de los Registros y del Notariado como meramente excluyente de la aplicación supletoria del régimen de representación proporcional propio de las sociedades de responsabilidad anónimas – Resoluciones de 17 de marzo de 1995 y 11 de octubre de 2008”*

Por ello cabe concluir que la cláusula estatutaria por la cual los socios de una sociedad limitada establecen un sistema de representación proporcional en el Consejo de Administración podría ser válida e incorporarse a los estatutos.

Por su parte el derecho de suscripción preferente, recogido en el pacto de socios como una cláusula restrictiva de la transmisión de participaciones sociales, resulta racional a la luz de que nos encontramos ante una sociedad de tipo cerrado como lo es la sociedad limitada. Por esta razón resulta conveniente que sea incluida en los estatutos de la sociedad y no solo en un pacto parasocial, pues solo así será oponible a la sociedad y a terceros.

La LSC en su artículo 308 en su apartado 2 establece una serie de requisitos que deberán concurrir para tener por válido este derecho de preferencia al que deberá sumarse el interés social (en virtud del apartado primero del mismo artículo). Podrá regularse estatutariamente este derecho siempre atendiendo a la regulación establecida en la LSC y sin que quepa en ningún caso una exclusión genérica del derecho.

En última instancia, procede dar respuesta a la estructuración del derecho que cada socio tiene a nombrar a los administradores de tal manera que sea susceptible de inclusión en los estatutos sociales e inscribible en el Registro Mercantil.

El derecho que se reconoce a *ABC* y *XYZ* de nombrar a determinados administradores, no es otra cosa que un derecho, a través del cual los socios se comprometen, entre sí o frente a terceros, a elegir en un determinado sentido a los miembros del órgano de administración. Esta previsión tiene por finalidad asegurar y facilitar la gestión de la sociedad, logrando una mayor presencia e influencia de los minoritarios por el riesgo de dilución que tienen en la toma de decisiones de la sociedad. Así se busca garantizar un efectivo reconocimiento de los derechos políticos de los socios

En este caso, la forma más óptima de estructurar este derecho sería reconociendo un derecho de voto plural o múltiple al socio minoritario *XYZ*, exclusivamente para la toma de decisiones en relación al nombramiento de los consejeros que conforman el órgano de administración y de forma complementaria, articular un sistema de representación proporcional para el nombramiento de los consejeros.

En primer lugar, el derecho de voto plural responde a la necesidad de nuestros clientes (*ABC* nombrará a dos de los consejeros y *XYZ* nombrará al restante) toda vez que es aquel que implica la quiebra del principio de proporcionalidad entre el capital que esa participación representa y el derecho de voto que se le atribuye. Constituye un privilegio para las posiciones minoritarias en el capital social ya que permite un derecho de voto superior al que le correspondería de acuerdo al valor nominal que esa participación representa.

En segundo lugar, y complementando a lo anterior se incluirá una cláusula estatutaria relativa al sistema de representación proporcional en el consejo de administración, lo que permite a los socios que *se agrupen hasta constituir una cifra de capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de miembros del consejo con la facultad de designar el número de ellos que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción*³⁷.

La posibilidad de articular este sistema tiene lugar a la luz del principio de autonomía de las partes y del principio de flexibilidad que rodea a las sociedades limitadas, siendo posible gracias a su reconocimiento por la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe Pública en su resolución de 28 de marzo de 2022.

³⁷ Resolución de 28 de marzo de 2002, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la Junta general de una sociedad («BOE» núm. 93, de 19 de abril de 2022, páginas 53437 a 53447 (11 págs.))

6. Durante la fase de auditoría legal y fiscal de HP, el asesor fiscal a identificado una contingencia fiscal relevante por IVA. Durante las negociaciones del contrato, el asesor IESA ha propuesto cubrirlo vía “manifestaciones y garantías”. ¿En qué consiste a grandes rasgos la cobertura que nos ofrecen? ¿Funcionaría en este caso para proteger los intereses de los Socios teniendo en cuenta que EISA no dispone de más activos en balance aparte de HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse?

Las operaciones de compraventa de sociedades, comúnmente conocidas por sus siglas en inglés *M&A (mergers and acquisitions)* a menudo llevan aparejadas particularidades que pueden presentar dificultades en la aplicación de los remedios generales previstos en los ordenamientos jurídicos para los casos de incumplimiento contractual. Esta coyuntura ha propiciado que en los últimos años se haya disparado la inclusión de la cláusula manifestaciones y garantías en las negociaciones de las operaciones de compraventa de empresas, las cuales operan como herramientas de negociación excepcionalmente valiosas³⁸.

El contrato de compraventa mercantil se configura como el contrato base del tráfico comercial en el que dos empresarios se obligan “*a entregar a otro una cosa determinada y éste a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente*” (ex. art. 1445 CC, ya que el Código de Comercio no lo define). Constituye la regla general que, desde la perfección del contrato (art. 1450 CC), la responsabilidad derivada del contrato es asumida por el comprador, no obstante, esto no puede derivar en una exoneración al vendedor de toda responsabilidad frente al comprador desde ese momento: el vendedor responderá de los incumplimientos pactados en el contrato así como de la falta de veracidad y exactitud de las manifestaciones y garantías que otorga en favor de la contraparte.

Sinceramente resulta creíble pensar que la parte vendedora tratará de restringir lo máximo posible su responsabilidad frente al comprador, y éste por su parte se esforzará en que toda posible contingencia que pueda materializarse después de la operación sea satisfecha por el vendedor³⁹.

Ante este escenario, resulta procedente que las partes acuerden la inclusión de una cláusula de manifestaciones y garantías en el contrato de compraventa, la cual cumple una finalidad de protección del comprador, garantizando que la información compartida

³⁸ Allmendiger, C., “*Pitfalls in the use of warranty and indemnity insurance*”, *Financier Worldwide*, 2019 (disponible en <https://www.financierworldwide.com/pitfalls-in-the-use-of-warranty-indemnity-insurance#.Y49kNy0ryqC> ; última consulta 28/10/2022).

³⁹ Villanueva Vielba, R., y Lasa, J., “*¿Qué es un seguro de manifestaciones y garantías en una operación de “M&A”*”, *El Economista*, 2022 (disponible en <https://revistas.economista.es/pais-vasco/2022/mayo/que-es-un-seguro-de-manifestaciones-y-garantias-en-una-operacion-de-ma-HC11208681> ; última consulta 3/12/2022).

durante el proceso de diligencia debida, más comúnmente conocido por su término en inglés *due diligence*, sea cierta⁴⁰.

En el presente supuesto, *IESA* prevé un incumplimiento en la declaración o liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en la sociedad *HP*, que es susceptible de producir un riesgo negativo sobre la empresa adquirente, ya que se prevé que tenga lugar en un momento posterior a la operación de compraventa.

En suma la cobertura que el asesor de *IESA* nos ofrece con la inclusión de un pacto de manifestaciones y garantías consiste en el reparto de riesgos entre comprador y vendedor en la operación. En su virtud, protege al comprador de tener que cargar con el coste que le suponga una posible contingencia futura sobre la que éste no tenga ninguna responsabilidad.

En todo caso, resulta oportuna la inclusión de esta cláusula de manifestaciones y garantías ya que se prevé un incumplimiento de las obligaciones fiscales de *HP* que no siendo responsables *ABC* y *XYZ*, éstas serán los sujetos contra los que se dirija la Agencia Tributaria. En este caso además se deberá tener en cuenta que *IESA* no dispone de más activos en balance a parte de *HP* por lo que, procedería atribuir la responsabilidad por contingencia futura a las personas físicas del órgano de administración de *IESA* o bien a un tercero, que deberá responder de la obligación no cumplida.

Esta cláusula constituye una obligación asumida por el vendedor, de manera que en caso de ser incumplida, se considerará que el vendedor ha incumplido el contrato y por tanto se generará responsabilidad. Por esta razón se propone como alternativa que ofrezca una mayor protección, que *IESA* contrate un seguro de manifestaciones y garantías. Ésta alternativa consiste en la solución que ofrecen las compañías aseguradoras que permite transferir a un tercero solvente (empresa aseguradora) la responsabilidad por determinados riesgos generados por una falta de veracidad y exactitud de las manifestaciones y garantías otorgadas por el vendedor en el momento de la contratación, indemnizando al comprador.

Bien pues esta solución son los seguros de manifestaciones y garantías o también denominados en inglés *W&I Insurance*, los cuales en esencia consisten en un seguro de riesgo derivado de un contrato transaccional subyacente, en nuestro caso un contrato de compraventa de empresa, en el que la parte transmitente vertió una serie de

⁴⁰ Gili Saldaña, M., “Sentencia de 3 de septiembre de 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del comprador en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo”, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 86, 2010, pág. 1088

manifestaciones y garantías. Así las cosas, estas manifestaciones y garantías incorporadas al contrato de compraventa se erigen como el objeto del aseguramiento⁴¹.

Si bien estos seguros pueden ser contratados indistintamente por el comprador o por el vendedor de la operación, la mayoría de ellos son contratados por el primero, los cuales también son conocidos como pólizas de comprador (en inglés, *buyer-side*). De manera análoga al funcionamiento de la cláusula contractual, ante la concurrencia de las contingencias en él contenidas (un incumplimiento de las obligaciones pactadas), la parte compradora (en nuestro caso, *ABC* y *XYZ*) reclamará directamente contra la aseguradora de la vendedora (aseguradora de *IESA*) bajo la cobertura de la póliza para recuperar la pérdida económica derivada de la contingencia.

Dentro de la tipología de los seguros de manifestaciones y garantías, el presente constituiría un seguro específico de riesgo fiscal, conocido en inglés como *Tax Insurance*, siendo aquella variedad que cubre riesgos específicos carácter fiscal identificados en una operación de compraventa. De esta forma, brinda cobertura a los riesgos legales relacionados con el tratamiento fiscal de circunstancias específicas en una transacción.

Atendiendo a la clasificación de las pólizas en función del conocimiento del riesgo que se cubre, el seguro que suscriben las sociedades en esta operación responde a riesgos conocidos por las partes, habida cuenta de que identificar el riesgo por el comprador no impide su adhesión al seguro de manifestaciones y garantías, siempre que exista incertidumbre respecto de su materialización.

El seguro de manifestaciones y garantías que se suscribiría equivale a un seguro de daños, considerando que es un seguro que suscribe el comprador y que tiene por finalidad cubrir los daños o pérdida patrimonial que sufre el comprador derivada del incumplimiento por parte del vendedor de las manifestaciones y garantías del contrato⁴². En nuestro supuesto concretamente tiene por finalidad cubrir los posibles daños o pérdidas patrimoniales que sufran los Socios de *HP* ante una posible contingencia fiscal. Esto es los daños o pérdida patrimonial, derivados de la notificación por parte de la Agencia Tributaria de una sanción por el valor del 100% del impuesto impagado o incorrectamente liquidado, aquí el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

⁴¹ Pérez Carrillo, E., “Aproximación al aseguramiento de las manifestaciones y garantías contractuales vertidas en la compraventa de empresas. El seguro R&W.” en Veiga, A. (dir.) *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 260

⁴² Reyna Santos, C., De Biase, P., y Núñez de Aysa, F., “La Nueva Era de los Seguros de Manifestaciones y Garantías en Operaciones de M&A”, *Revista Española de Capital Riesgo*, no 3, 2016, pág. 20 (disponible en <https://www.perezllorca.com/actualidad/articulo/la-nueva-era-de-los-seguros-de-manifestaciones-y-garantias-en-operaciones-de-ma/> ; última consulta 28/10/2022).

7. En principio ABC y XYZ disponen de fondo suficientes para adquirir IESA, pero dado que esta última tiene 500 millones de euros disponibles en caja, están valorando la posibilidad de utilizar la totalidad o parte de esos 500 millones para pagar el precio de compra (HP no acepta distribuir dicho importe como dividendo con carácter previo a la compra por motivos fiscales). ¿Es posible realizar dicha operación y que la Sociedad o bien pague por cuenta de los mismos, que formalidades deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deben llevarlas a cabo?

En este punto se plantea la posibilidad de que la sociedad vendedora *HP*, pueda conceder fondos propios, en este caso 500 millones de euros disponibles en caja, a través de un préstamo a las sociedades compradoras, lo que la postre, conduce a una operación de transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad que se va a comprar.

La legislación mercantil en esta materia regula los negocios que se producen sobre las acciones y así, *ex. art. 143 TRLSC* se tipifican determinadas transacciones que comprometen la integridad del capital social de las sociedades de responsabilidad limitada, en detrimento de los intereses de los socios y acreedores. El referido artículo dispone:

“La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”

A pesar de que el concepto de “asistencia financiera” no ha sido definido expresamente por el legislador español, desde un punto de vista societario se definiría como aquella situación en la que la sociedad hace uso de sus propias acciones y participaciones con una finalidad prohibida por la ley, en concreto para dar como garantía sus propias acciones o participaciones precisamente para que otro las adquiera⁴³. García de Enterría definía la asistencia financiera en general como *“cualquier operación o negocio de atribución patrimonial, por el que se proporcione al tercero una ventaja o beneficio de naturaleza económica”*

La ley es categórica a este respecto, y declara que las sociedades de responsabilidad limitada tienen absolutamente prohibida la asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones, siendo sus posibilidades en este campo incluso menores que las que tiene una sociedad anónima. Esta prohibición queda enmarcada en la regulación de los negocios sobre las propias acciones.

⁴³ Faus, M. “Asistencia financiera en una sociedad limitada”, Revista Jurídica VLex (disponible en <https://app.vlex.com/#WW/vid/44378585> ; ultima consulta el día 12 de diciembre)

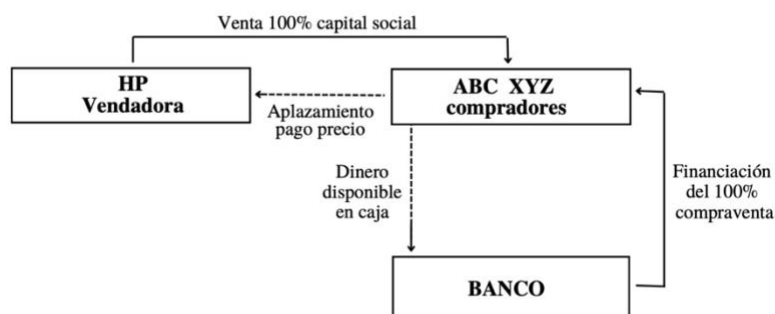
La finalidad que persigue la ley con la prohibición de asistencia financiera es doble. En primer lugar evitar que las sociedades vean disminuido su patrimonio social como consecuencia de servir ellas mismas de respaldo y apoyo en su propia adquisición por parte de un tercero⁴⁴. Al final la operación supone el endeudamiento de la sociedad que sufre una disminución de tesorería, hecho que implica un potencial quebranto patrimonial y riesgo de concurso y liquidación de la sociedad. Y en segundo lugar busca proteger los intereses de los terceros acreedores ya que la sociedad está otorgando un crédito con carácter previo a la operación, por lo que asistirán a un alto endeudamiento para la compra de dichas acciones (el adquirente financia su adquisición con cargo al patrimonio de la sociedad adquirida).

Esta prohibición al final busca proteger a los acreedores por cuanto la solvencia de la sociedad queda mermada al destinarse una parte de sus fondos a una finalidad desligada de su objeto social y materializada en un activo que el legislador juzga como ficticio⁴⁵. Acontece una despatrimonialización de la sociedad que, lejos de velar por el beneficio social, es una acción que podría suponer una lesión al interés social.

Así las cosas, la prohibición de asistencia financiera se justifica en el riesgo que se genera cuando la responsabilidad de repago de estas operaciones recae sobre el capital social o patrimonio de la sociedad que va a ser adquirida. No obstante, existen alternativas que salvan esta amenaza y no vulneran esta prohibición.

Se propone como alternativa la ejecución de una compra apalancada de la sociedad, también conocida en inglés como *leveraged buy-out*. La compraventa apalancada consiste en aquella operación de adquisición del capital social de una sociedad mediante el recurso de un alto nivel de endeudamiento en el que incurre el adquirente que en última instancia repagará con los recursos y patrimonio de la propia sociedad adquirida⁴⁶.

47



⁴⁴ Carretero Pires, A., “Prohibición de asistencia financiera: concepto y aplicación a operaciones de adquisición apalancadas”, *Anuario Facultad de derecho Universidad de Alcalá*, 2008, p. 412.

⁴⁵ Sanz Bayón, P., “Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas”, *Aranzadi Revista doctrinal* nº3, vol.2, 2013, pág. 9.

⁴⁶ Gimeno Ribes, M., “Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades. Contribución al estudio de la fusión apalancada”, 2015, Madrid.

⁴⁷ Figura 1. Operación de adquisición apalancada (elaboración propia).

No es otra cosa que la compra de una sociedad en la que la parte sustancial del precio de la operación es financiada con recursos ajenos, en parte garantizados por los propios activos de la empresa adquirida, así como con recursos propios. En todo caso la característica fundamental de una adquisición de esta naturaleza es el altísimo nivel de endeudamiento en el que incurre el adquirente.

La problemática que surge a la hora de compatibilizar esta operación con la prohibición de asistencia financiera y que cuestiona su adecuación, es el traslado del coste financiero de adquisición de la sociedad sobre el patrimonio de ésta última. A este respecto, la doctrina se divide en una parte minoritaria que rechaza cualquier tipo de adquisición apalancada por vulnerar la prohibición de asistencia financiera y en una parte mayoritaria que acoge la licitud de este tipo de operaciones en consonancia con la asistencia financiera toda vez que la ley ya prevé sus propias protecciones para acreedores y socios. En este punto resulta oportuno referir la postura de la Audiencia Provincial de Logroño en su sentencia de 17 de octubre de 2008⁴⁸:

“Los LBO no están prohibidos "per se" en nuestra legislación, pero deben estructurarse de forma que no atenten contra la integridad del capital social de la Sociedad Objetivo y, en consecuencia, se garantice debidamente la protección de los intereses de socios y terceros acreedores, debiéndose determinar su licitud en cada caso concreto”

Con la nueva regulación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles, y en virtud del artículo 35 parece que la figura de la fusión apalancada no atenta contra la prohibición de no asistencia financiera. Sin perjuicio de lo anterior, resulta un aspecto trascendental en esta operación realizar una correcta justificación financiera de la operación y del plan de devolución de la deuda.

En virtud de lo anterior la capacidad de las sociedades compradoras *ABC* y *XYZ* para atender a sus obligaciones derivadas de la financiación no podrá depender en absoluto de la operación de compraventa de *HP*, de esta forma deberá articularse de tal forma que no se aprecie que la totalidad del patrimonio de *HP* quede vinculado a la financiación de la adquisición de su capital social.

La operación no puede estar garantizada exclusivamente por los activos de *HP*, sino que se deberán otorgar más garantías a la entidad bancaria prestataria. Las compradoras deberán garantizar el préstamo al banco bien con garantías reales, así como con garantías hipotecarias, que camuflen los activos de *HP* que se otorgan en garantía. En todo caso se propone como garantía más rentable económicamente para las prestatarias la fianza.

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 288/2008, de 17 de octubre de 2008.

Además, se podrá solicitar un periodo de carencia del préstamo que le permita al prestatario disponer del capital de caja de la sociedad adquirida.

En definitiva, una vez que las sociedades compradoras *ABC* y *XYZ* pasen a ser propietarias de *HP* sobre la base de un apalancamiento de la operación de adquisición del capital social de ésta última, amortizarán el préstamo que les ha permitido el aplazamiento del pago del precio con el dinero disponible en la caja de *HP*. Tal y como se ha planteado, podemos afirmar que no se incurre en la prohibición de asistencia financiera y que por ende sería una alternativa factible.

8. En unidad de acto con la adquisición, está previsto que, entre otras cuestiones, HP traslade su domicilio social a Madrid y se revoquen los actuales poderes generales vigentes, otorgándose unos nuevos. ¿Qué órganos serán los encargados de la adopción de dichos acuerdos? ¿Cómo deberán documentarse los mismos, que formalidades deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deberán llevarlas a cabo?

En el contexto de globalización de nuestros días no cabe dudar de la relevancia de una sólida regulación del traslado del domicilio social de las personas jurídicas, que facilite la operación y al mismo tiempo garantice los derechos de socios y terceros.

Al amparo del principio de territorialidad, entendiendo por tal la libertad de elección del domicilio en territorio nacional, las sociedades únicamente verán limitada esta libertad a la exigencia contenida en el art. 9 de la LSC: el domicilio se deberá fijar en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en el que radique su principal establecimiento o explotación.

De esta forma, el traslado del domicilio social dentro del territorio nacional, como sucede en el presente supuesto, entraña el traslado de la sede real de la empresa, del centro de administración y dirección efectivas o del principal establecimiento o explotación, respondiendo al principio de veracidad que vela por la seguridad del tráfico y la protección de los intereses de orden público.

Sentado lo anterior, y entendiendo que va tener lugar un traslado del domicilio tanto social como real por parte de la sociedad *HP* de Málaga a Madrid, es preciso determinar el régimen jurídico de este acuerdo y las exigencias que son requeridas.

Siendo la determinación del domicilio de las personas jurídicas una cuestión esencial del contenido de los estatutos sociales de una sociedad (art. 23 TRLSC), la modificación del mismo dentro del territorio nacional si bien constituye una modificación estatutaria, tiene la siguiente singularidad: a pesar de ser una modificación estatutaria - que requeriría acuerdo de la junta general- es competencia del órgano de administración salvo disposición contraria de los estatutos *ex. art. 285.2 LSC*. A la luz de este artículo el órgano

de administración será el competente para el cambio de domicilio social dentro del territorio nacional, por lo que no será necesario convocar Junta de Socios y los Administradores podrán directamente aprobar el cambio de domicilio social y modificar los estatutos.

Así las cosas, será competencia exclusiva y excluyente del órgano de administración, por lo que no será necesario convocar Junta de Socios, de forma que los Administradores podrán directamente aprobar el cambio de domicilio social y realizar la consecuente modificación de los estatutos.

Esto evidencia que la LSC hace este otorgamiento de competencia orgánica con la finalidad de evitar que los socios interfieran en la decisión adoptada por el órgano de administración⁴⁹. A pesar de lo anterior, no podemos olvidar que los socios, son en última instancia, quienes van a decidir si esa competencia la tiene la junta o el órgano de administración, adoptando la solución estatutaria que prefieran⁵⁰.

Una vez alcanzado el acuerdo de modificación del domicilio social de la sociedad a Madrid en nuestro caso, se deberá elevar a público ante notario y posteriormente inscribir en el Registro Mercantil.

En cuanto a las formalidades fiscales a la que debe atender la sociedad en esta operación, cabe referir que deberá cumplimentar y presentar el modelo 036, comunicando de esta forma a la Agencia Tributaria el cambio de domicilio social de la sociedad *HP*, dentro del territorio nacional pero fuera de la comunidad autónoma.

Cabe referir que desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre las operaciones de cambio de domicilio social, a pesar de estar sujetas (art. 19.2.2º del Real Decreto legislativo por el que se aprueba la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados⁵¹), quedan exentas de tributación por el Impuesto de Operaciones societarias (OS), la modalidad del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), en virtud del art. 45.I. A) apartado 11. Ahora bien, deberá cumplimentar el modelo 600, indicando que la operación está exenta de este tributo.

⁴⁹ Marín de la Bárcena, F., “¿Qué deben tener en cuenta las sociedades para hacer efectivo su traslado de domicilio social fuera de su lugar de origen?”, 2017, (disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/que-deben-tener-en-cuenta-las-sociedades-para-hacer-efectivo-su-traslado-de-domicilio-social-fuera-de-su-lugar-de-origen-2.pdf> ; fecha de la última consulta 31/11/2022)

⁵⁰ Sánchez-Calero Guilarte, J., “El traslado del domicilio social en la LSC una crónica de los cambios legislativos”, 2018, Universidad Complutense de Madrid (disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/49124/1/Calero-Cambio%20de%20%20domicilio.pdf> ; última consulta el 31/11/2022).

⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, «BOE» núm. 251, de 20/10/1993

9. Tan pronto adquiera el capital social de HP, la intención de ABC y XYZ (dado la excelente relación que ABC tiene con un sindicato bancario alemán) es refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente (tanto la Deuda con Bancos como la Deuda con Socios). ¿Sería posible realizar esta operación y, en su caso, cómo?

La refinanciación y reestructuración de deuda empresarial es un instrumento necesario tanto para la gestión de las entidades de crédito como para contribuir a la estabilidad del sistema financiero y al desarrollo de la economía. El alto nivel de endeudamiento de esta sociedad genera situaciones de falta de liquidez a corto o medio plazo que dificultan de sobremanera su capacidad de poder atender el servicio de la deuda con normalidad.

En virtud de la refinanciación se modificarán las condiciones financieras del endeudamiento de la sociedad y la entidad financiadora (en este caso el sindicato bancario alemán) exigirá el otorgamiento de nuevas garantías, el refuerzo de las existentes y su extensión a otros instrumentos de deuda antes no garantizados.

El resultado de la refinanciar la compañía no será otro que obtener una mayor liquidez, así como mejorar sus condiciones actuales, estableciendo nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras más acordes con la situación del mercado y de la compañía afectada.

El proceso de negociación de una refinanciación comienza a partir de un plan de negocio viable presentado por la compañía endeudada a las entidades financieras, que garantice lo más que pueda la viabilidad a corto medio plazo de la compañía.

Se evaluarán las fórmulas más adecuadas que subsanen la falta de tesorería, se revisará el plan de negocio de la compañía y se detectaran las necesidades a corto y medio plazo, así como se identificarán los posibles activos libres susceptibles de ser aportados en garantía⁵².

En esta propuesta de refinanciación se incluirá un análisis de la deuda y la elaboración de un calendario de amortización, todo ello buscando un equilibrio entre los intereses del deudor y de los acreedores.

Definitivamente a lo largo de este proceso, existe un potencial riesgo de impago por falta de liquidez que podría frustrar las expectativas de alcanzar un acuerdo satisfactorio de refinanciación. Como consecuencia de lo anterior en este momento inicial igualmente comienza un periodo denominado *Stand Still*, en el que las entidades acreedoras convengan con el deudor una espera de los pagos o las posibles acciones contractuales

⁵² Sáenz de Santa María S., y Sotomayor B., “Refinanciación de empresas en crisis”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2009 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2194/documento/articuloUM.pdf?id=3098> ; última consulta 20 de noviembre de 2022)

por incumplimiento. De esta manera, el deudor y los acreedores pactan un acuerdo *standstill* por el cual el deudor se obliga a no presentar concurso de acreedores y los acreedores se obligan a no emprender acciones legales o requerir pagos al deudor hasta la finalización del proceso de negociación y reestructuración de la deuda.

Bien pues una vez alcanzado un cierto grado de conocimiento de la situación financiera de la sociedad es aconsejable designar un conjunto reducido de entidades que representen las distintas sensibilidades de la deuda a reestructurar y que actúen como coordinadoras de la negociación, denominado *Steering Committee*.

Posteriormente, los acreedores deberán decidir la firma o no del proceso de refinanciación para lo cual tendrán a su disposición toda la información de la compañía, en particular los siguientes documentos:

- i. El plan de negocio elaborado por el deudor, junto a toda la información financiera y estudios de mercado que soporten las asunciones y valoraciones incorporadas a él.
- ii. La descripción de los activos libres que puedan ser objeto de garantía, su valoración y cualesquiera cargas que los graven.
- iii. Los análisis e informes elaborados por los asesores financiero y legal sobre los diferentes aspectos de la propuesta de refinanciación y su estructura jurídica
- iv. Los informes sobre la composición de la deuda financiera del deudor y la situación jurídica y regulatoria del negocio del deudor y sus activos⁵³.

Más adelante se elabora una hoja de términos y condiciones (*Term Sheet*), documento que sentará las bases de los términos fundamentales de la refinanciación. Constituye un borrador del contrato de refinanciación en el que deben figurar entre otros aspectos los siguientes: estructura de la financiación; garantías de la operación; causas de vencimiento anticipado; pactos sobre los activos disponibles; ratios de ajuste de márgenes; estructura de comisión; obligaciones de la compañía; acuerdos complementarios e instrumentales⁵⁴.

Una vez culminada la elaboración de este documento, se iniciará la redacción y negociación del contrato de refinanciación y reestructuración definitivo propiamente dicha sobre la base del *term sheet*. Al final la finalidad no es otra que la suscripción por todos los acreedores involucrados y el deudor de unos contratos de refinanciación que recojan los nuevos términos y condiciones de la deuda.

⁵³ Sáenz de Santa María S., y Sotomayor B., “*Refinanciación de empresas en crisis*”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2009 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2194/documento/articuloUM.pdf?id=3098> ; última consulta 20 de noviembre de 2022)

⁵⁴ Calvo Martín, J.A., “*Cómo afrontar una refinanciación y reestructuración de deuda en la pyme*”, Cinco días, El País, 2014, (disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/10/29/guias_pyme/1414582975_194325.html ; última consulta 20 noviembre de 2022).

Si bien los nuevos socios de *HP* podrán cumplir su voluntad de refinanciar la compañía, deberán atender al contenido del préstamo bancario firmado, tanto el contrato de financiación con Banco Español S.A (“Deuda Bancos”) como los préstamos participativos concedidos por *IESA* (“Deuda Socios”), toda vez que están amortizando anticipadamente estos productos financieros. Se deberá estar a la posible existencia de una estipulación contractual que grave un incumplimiento contractual por parte del prestatario, toda vez que las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente⁵⁵. Esta posible comisión constituye una compensación al prestamista por el lucro cesante que le compromete al dejar de percibir los intereses del capital pendiente de pago hasta la fecha prevista del vencimiento (1 de enero de 2030, acorde al supuesto de hecho).

10. De igual modo, tras la venta está previsto que *HP* resuelva el contrato de O&M que actualmente mantiene suscrito y lo sustituya por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo *ABC*. Las condiciones de dicho contrato son ligeramente más onerosas que las del contrato originalmente en vigor, pero no llegan a ser consideradas fuera de mercado. ¿Es posible sustituir el O&M y, en caso afirmativo, que órgano(s) debería(n) aprobar la suscripción del nuevo contrato y con que requisitos? ¿Identificas algún riesgo en relación con dicha resolución?

En virtud del supuesto de hecho planteado, uno de los contratos suscritos por *HP* consiste en un contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos S.L (“*OP*”). Reconocemos este contrato como un contrato atípico, que habiendo tenido gran relevancia en el derecho civil contemporáneo consiste en aquel contrato por el que una parte presta a la otra un servicio sobre un bien mueble o inmueble ya existente y que, aumenta de algún modo el valor de la cosa.

Ante la cuestión de resolver el contrato que hasta el momento tiene suscrito con *OP* y sustituirlo por uno nuevo con una sociedad del grupo de *ABC*, debemos atender a la regulación legal de la rescisión (arts. 1290 a 1299 del Código Civil). La rescisión contractual no consiste en otra cosa que en dejar sin efecto un contrato o una obligación, en la ineficacia sobrevenida de un negocio jurídico, al cual no le falta ninguno de sus elementos esenciales ni hay vicio en ellos. En pocas palabras un contrato es acuerdo sinalagmático de voluntades por lo que ante el desacuerdo de una de las partes procede darlo por terminado. Aquí *HP* renuncia unilateralmente a la relación contractual entablada con *OP*, siendo rescindible su contrato *ex. art.* 1291 del Código Civil.

⁵⁵ Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de la Entidades de crédito («BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 1989, páginas 39289 a 39292 (4 págs.))

Sin perjuicio de lo anterior se deberá tener en cuenta el contenido del citado contrato, y la posible existencia de una cláusula de control y previsión de la resolución anticipada del contrato. Bien pues siguiendo el tenor literal del enunciado, las cláusulas de este contrato pueden ser calificadas como convencionales, siendo entre otras, cláusulas de cambio de control, o diversas garantías prestadas por los socios.

Es una estipulación habitual en este tipo de contratos la resolución anticipada, como podría ser la siguiente:

“El presente Contrato quedará resuelto de forma anticipada, sin perjuicio de otros supuestos regulados específicamente en otras Cláusulas del presente Contrato, en los siguientes: [...].

En los supuestos anteriores, la Parte cumplidora tendrá derecho a exigir un estricto cumplimiento del Contrato o, a su elección, a rescindir el mismo con la indemnización de daños y perjuicio que resulte procedente. Además, la parte cumplidora tendrá derecho, en su caso, al abono de todas las cantidades adeudadas con anterioridad, incluyendo la valoración de los trabajos realizados y pendientes de facturación, así como de los gastos directamente relacionados con la terminación anticipada del contrato”

Teniendo por incluida en el contrato de O&M entre *HP* y *OP* la cláusula descrita, ante la rescisión unilateral y de manera anticipada del contrato por parte de *HP*, ésta última se verá obligada a compensar a la contra parte de la relación jurídica que quiere extinguir. En consecuencia, deberá responder con el abono de la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

En lo relativo al órgano encargado de suscribir la sustitución del nuevo contrato, el se introduce en la LSC un nuevo artículo 231 bis para regular la aprobación de estas operaciones.

Las operaciones vinculadas deberán ser aprobadas por la Junta General (i) cuando, por su propia naturaleza, lo exija la ley o (ii) cuando el valor de la operación sea igual o superior al 10% del activo total de la sociedad. En el resto de operaciones el órgano encargado de la aprobación será en órgano de administración.

En todo caso, este régimen es aplicable a aquellas operaciones realizadas por una sociedad con su sociedad dominante u otra sociedad de su grupo sujetas a conflicto de interés.

Dando respuesta a la última parte de la cuestión planteada, estamos ante la constitución de una operación intragrupo, que siendo muy frecuente en la práctica comportan potenciales conflictos de interés, pues las partes están estrechamente vinculadas. En consecuencia de lo anterior, se establecen mecanismos que protejan los intereses en juego.

En última instancia, y en lo referente a los posibles riesgos que la sustitución del contrato de O&M pudiera ocasionar, en particular las repercusiones que pueda tener para las partes contratantes se considera lo siguiente.

Por un lado la sociedad *OP* presta servicios única y exclusivamente a *HP* por lo que la resolución de este contrato acarrea graves perjuicios para su actividad empresarial (consecuencia de ello es la indemnización por resolución anticipada que se estipula en los contratos). Tras la operación de sustitución del contrato originalmente suscrito con *OP*, ésta última sociedad se queda desprovista de clientes y por ende de actividad empresarial o profesional. Si *OP* no suscribe nuevos contratos, su actividad mercantil se verá paralizada lo que en primera instancia supone el cese de la sociedad, quedando la empresa inactiva durante un periodo de tiempo concreto. No obstante, y en el peor de los casos, puede que la coyuntura genere tales perjuicios a *OP* que propicie la disolución de la sociedad, quedando extinguida de manera definitiva.

Por el otro lado, y sin perjuicio de que el impacto de esta sustitución del contrato de O&M es menor para *HP*, resulta ser un contrato con una carga onerosa ligeramente mayor que el anterior. En todo caso, desde una óptica de las sociedades como sistemas abiertos y sujetos al cambio, la decisión de *HP* responde a nuevas necesidades del mercado, a una economización de costes o a un aumento en la eficiencia y productividad empresarial que, lejos de reportarle peligros, resulta una estrategia de negocio favorable para *HP*.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo («BOE» núm. 103, de 29/04/2010).
- Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 03/07/2015)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. («BOE» núm. 281, de 24/11/1995).
- Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de la Entidades de crédito («BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 1989, páginas 39289 a 39292 (4 págs.))
- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. («BOE» núm. 110, de 06/05/2014).
- Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, «BOE» núm. 251, de 20/10/1993
- Real decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («BOE» núm. 161, de 03/07/2010).
- Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de consumidores.
- Reglamento Delegado (UE) 2016/1675 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo identificando los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas (Diario Oficial de la Unión Europea).

2. JURISPRUDENCIA

- Resolución de 11 de junio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Torroella de Montgrí, don Leopoldo de Urquía y Gómez contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Bisbal d'Empordá, doña Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente. «BOE» núm. 166, de 13 de julio de 1999, páginas 26415 a 26417 (3 págs.)
- Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Mijas nº 3 a inscribir una escritura de compraventa. («BOE» núm. 24, de 28 de enero de 2019, páginas 7635 a 7651).
- Resolución de 28 de marzo de 2002, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la Junta general de una sociedad («BOE» núm. 93, de 19 de abril de 2002, páginas 53437 a 53447 (11 págs.))
- Resolución de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Lucas Aranzamendi Ruiz, en nombre de «Ingemar, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil de Guipúzcoa a inscribir una escritura de cese y nombramiento de Consejeros y modificación de Estatutos sociales. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero de 1995, páginas 5602 a 5604 (3 págs.).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 288/2008, de 17 de octubre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo 616/2012, de 23 de octubre de 2012. (repertorio de jurisprudencia Aranzadi RJ 2012\10123). Fecha de la última consulta: 6 de octubre de 2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1136/2008, de 10 de diciembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 131/2009, de 5 de marzo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 138/2009, de 6 de marzo de 2009.

3. OBRAS DOCTRINALES

- Alfaro, J., *“Interés social y derecho de suscripción preferente”*, Civitas, Madrid, 1995.
- Alonso Espinosa, F.J., *“Régimen de las participaciones sociales”*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 381 y ss.
- Bonmatí Martínez, J., *“Los pactos parasociales”*, Dialnet, 2011.
- Calvo Caravaca A.-L. y Carrascosa González J., *“Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España”*, Vol. 12, Núm. 1, 2020, págs. 9 y 10
- Carretero Pires, A., *“Prohibición de asistencia financiera: concepto y aplicación a operaciones de adquisición apalancadas”*, *Anuario Facultad de derecho Universidad de Alcalá*, 2008, pág. 412.
- Flores Segura, M., *“El derecho de suscripción preferente. Exclusión, inexistencia y configuración estatutaria, Cizur Menor”*, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pág. 327.
- Gili Saldaña, M., *“Sentencia de 3 de septiembre de 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del comprador en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo”*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 86, 2010, pág. 1088
- Gimeno Ribes, M., *“Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades. Contribución al estudio de la fusión apalancada”*, 2015, Madrid.
- Martínez Rosado, J., *“Los pactos parasociales”*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 26.
- Paz-Ares Rodríguez, C., *El enforcemenent de los pactos parasociales*, Uría Menéndez, 2013, pág. 19
- Pérez Carrillo, E., *“Aproximación al aseguramiento de las manifestaciones y garantías contractuales vertidas en la compraventa de empresas. El seguro R&W.”* en Veiga, A. (dir.) *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 260

- Sáez Lacave, M. I., “*Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*”, Indret, 2009.
- Sanz Bayón, P., “*Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas*”, Aranzadi Revista doctrinal nº3, vol.2, 2013, pág. 9.

4. RECURSOS DE INTERNET

- Alfaro, J., “*El libro registro de socios o acciones nominativas*”, Almacén de Derecho, 2017, Disponible en <https://almacenederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas> ;fecha de última consulta 15/10/2022)
- Allmendiger, C., “*Pitfalls in the use of warranty and indemnity insurance*”, *Financier Worldwide*, 2019 (disponible en <https://www.financierworldwide.com/pitfalls-in-the-use-of-warranty-indemnity-insurance#.Y49kNy0ryqC> ; última consulta 28/10/2022).
- Calvo Martín, J.A., “*Cómo afrontar una refinanciación y reestructuración de deuda en la pyme*”, Cinco días, El País, 2014, (disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/10/29/guias_pyme/1414582975_194325.html ; última consulta 20 noviembre de 2022).
- Faus, M. “*Asistencia financiera en una sociedad limitada*”, Revista Jurídica VLex (disponible en <https://app.vlex.com/#WW/vid/44378585> ; última consulta el día 12 de diciembre)
- Giménez-Salinas Abogados, “*La eficacia de los pactos de socios*”, 2019, pág.2. (disponible en <https://gimenez-salinas.es/wp-content/uploads/2019/12/Art%C3%ADculo-pactos-parasociales-2.pdf> ; última consulta día 5/12/2022)
- Marín de la Bárcena, F., “*¿Qué deben tener en cuenta las sociedades para hacer efectivo su traslado de domicilio social fuera de su lugar de origen?*”, 2017, (disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/que-deben-tener-en-cuenta-las-sociedades-para-hacer-efectivo-su-traslado-de-domicilio-social-fuera-de-su-lugar-de-origen-2.pdf> ; fecha de la última consulta 31/11/2022)
- Molano, R. “*El Veto: Un mecanismo de protección de los minoritarios*”, *Portafolio Blogs, Derecho de los emprendedores*, 2021 (disponible en <https://blogs.portafolio.co/derecho-de-los-emprendedores/el-veto-un-mecanismo-de-proteccion-de-los-minoritarios/> ; última consulta 4/12/2022).

- Reyna Santos, C., De Biase, P., y Núñez de Aysa, F., “*La Nueva Era de los Seguros de Manifestaciones y Garantías en Operaciones de M&A*”, *Revista Española de Capital Riesgo*, no 3, 2016, pág. 20 (disponible en <https://www.perezllorca.com/actualidad/articulo/la-nueva-era-de-los-seguros-de-manifestaciones-y-garantias-en-operaciones-de-ma/> ; última consulta 28/10/2022).

- Sáenz de Santa María S., y Sotomayor B., “*Refinanciación de empresas en crisis*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2009 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2194/documento/articuloUM.pdf?id=3098> ; última consulta 20 de noviembre de 2022)

- Sánchez-Calero Guilarte, J., “*El traslado del domicilio social en la LSC una crónica de los cambios legislativos*”, 2018, Universidad Complutense de Madrid (disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/49124/1/Calero-Cambio%20de%20domicilio.pdf> ; última consulta el 31/11/2022).

- Solans Chamorro, L., “*Contratos entre socios y startups. Aspectos prácticos*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2019, pág. 51-52 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6670/documento/art03.pdf?id=8954&forceDownload=true> ; fecha de última consulta 5/12/2022).

- Villanueva Vielba, R., y Lasa, J., “*¿Qué es un seguro de manifestaciones y garantías en una operación de “M&A”*”, *El Economista*, 2022 (disponible en <https://revistas.economista.es/pais-vasco/2022/mayo/que-es-un-seguro-de-manifestaciones-y-garantias-en-una-operacion-de-ma-HC11208681> ; última consulta 3/12/2022).