



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

ICAI

ICADE

CIHS

**TRABAJO FIN DE MÁSTER  
ESPECIALIDAD DERECHO DE LA EMPRESA**

**Antonio Carmona Sánchez**

**MUAA-Grupo C**

**Tutor:** Jaime Bragado Yturriaga

**Curso 2022-2023**

## **ABREVIATURAS**

**AELC** – Asociación Europea de Libre Comercio.

**CC** - Código Civil.

**CCOM** - Código de Comercio.

**DGRN** - Dirección General de los Registros y del Notariado.

**FT** - Financiación del Terrorismo.

**LSC** - Ley de Sociedades de Capital.

**LGT** - Ley General Tributaria.

**LGSS** - Ley General de la Seguridad Social.

**M&A** - Merge and Acquisition

**O&M** - Operación y Mantenimiento.

**PBC** - Prevención del Blanqueo de Capitales.

**RM** - Registro Mercantil.

**RRM** - Reglamento del Registro Mercantil.

**RPBC** - Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo.

**TRLR** - Texto Refundido de la Ley Concursal.

**SA** - Sociedad Anónima.

**SL** - Sociedad Limitada.

**UE** – Unión Europea.

El presente trabajo se emite a petición de ABC Capital EU S.A.R.L (“ABC”) y XYZ, S.L (“XYZ”) y tiene por objeto el análisis de la viabilidad de adquisición de Hidro Power, S.L (“HP”) a través de la respuesta a las siguientes cuestiones planteadas:

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

Entendiendo el fideicomiso anglosajón como una figura en virtud de la cual una persona *-fiduciario o trustee-* controla bienes o derechos con un fin determinado en beneficio de un tercero.

El mecanismo del *Trust*, por tanto, permite la transferencia de la propiedad de un bien -o conjunto patrimonial- al *trustee*. Esta transferencia de la propiedad a la que estamos haciendo mención comporta la obligación legal de administrarla y disponer de ella en interés de otra persona *-fundador o constituyente del trust-* o de un objetivo determinado. Por ello, finalmente tiene lugar una subrogación legal por la cual el *trustee* dispone con poderes de propietario sobre los bienes; pero el producto resultante de esa disposición pasa a los fondos del *Trust*.

Una importante nota característica de este mecanismo es que, existe también una separación de patrimonios entre las partes que conforman el *Trust*, por tanto, los bienes del *Trust* no se inmiscuyen en el patrimonio del *trustee*

Esta figura a la que estamos haciendo referencia tiene una serie de consecuencias:

- (i) permite la partición de activos en sub-patrimonios que se separan, reorganizando las relaciones del fundador, del *trustee* y de los beneficiarios con sus respectivos acreedores;
- (ii) permite separar una parte de los bienes protegiéndolos de reclamaciones de acreedores personales de cada una de las tres partes que participan -fundador, *trustee* y beneficiario-;
- (iii) permite disociar la titularidad, el aprovechamiento de la propiedad y la responsabilidad patrimonial.

Al respecto, las partes que intervienen son las siguientes: (i) Global ocuparía la posición de *Settlor* u otorgante puesto que se trata de la entidad titular del 100% del capital social de ABC; (ii) ABC Trust sería la persona o entidad designada para la administración, ocupando la posición de *trustee*; y, (iii) el beneficiario de todas las operaciones resultantes sería ABC.

Se trataría pues, de una relación contractual trilateral, utilizada como vehículo de inversión solvente y como un sistema eficaz para la protección de activos e inversiones a largo plazo; lo que se conoce como *Trust Corporativo*.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la figura del *Trust* es normalmente considerada como forma de organizar la propiedad distinta de la comunidad y la personificación, figuras que sí son conocidas por el derecho español, cosa que no ocurre con la figura del *Trust*, ya que nuestro ordenamiento jurídico únicamente reconoce el fideicomiso como institución hereditaria.

Por tanto, el derecho español no autoriza a que se formen por autonomía privada patrimonios separados, que sólo respondan de deudas determinadas. No cabe su creación por voluntad del titular unilateralmente, ni tampoco por convenio o negocio jurídico realizado con otras personas.

En este sentido, para la adquisición de las participaciones de HP que ABC pretende, hay que tener en cuenta varios aspectos de gran importancia:

1. El artículo 2.1.o) dispone que serán sujetos obligados de la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo* los siguientes:

*“Artículo 2. Sujetos obligados.*

1. *La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados: (...)*

*o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los servicios por cuenta de terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; **ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso (trust) o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones**; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea y que estén sujetas a requisitos de información acordados con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones”.*

Es por ello por lo que, la entidad ABC Trust será un sujeto obligado, y, por tanto, le será de aplicación la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, puesto que se trata de una entidad que ejerce funciones de fiduciario en un fideicomiso.

2. A través de la *Orden JUS/1256/2019, de 26 de diciembre, sobre la inscripción en el Registro Mercantil de las personas físicas o jurídicas que de forma empresarial o profesional prestan los servicios descritos en el artículo 2.1.o) de la Ley 10/2010*, y también, en relación con el apartado primero de la disposición adicional primera de dicho texto normativo que dispone que:

*“1. Las personas físicas o jurídicas que de forma empresarial o profesional presten todos o alguno de los servicios descritos en el artículo 2.1.o) de esta ley, deberán, previamente al inicio de sus actividades, inscribirse de forma obligatoria en el Registro Mercantil competente por razón de su domicilio”.*

ABC Trust, previamente al inicio de sus actividades, debe inscribirse de forma obligatoria en el Registro Mercantil competente por razón de su domicilio.

El cumplimiento de la inscripción a la que se refiere la disposición adicional primera se realizará mediante inscripción ordinaria en el Registro Mercantil, junto con la presentación simultánea o posterior de la declaración de la actividad que se viene realizando, o se va a iniciar.

El incumplimiento de estas obligaciones, y, por tanto, la falta de inscripción en el correspondiente Registro Mercantil tendrá la consideración de infracción leve a los efectos del artículo 53, siendo de aplicación el procedimiento sancionador comprendido en el artículo 61 de la Ley 10/2010.

Además, en los años sucesivos, ABC Trust deberá acompañar, junto con el depósito de sus cuentas anuales en el RM competente, un documento que recoja los datos establecidos en el apartado séptimo de la disposición adicional primera.

3. Respecto ABC, la Ley 10/2010 establece una serie de requisitos a los sujetos a los que les es de aplicación esta ley.

Se trata de cuestiones que tienen que ver con deberes de diligencia debida que se deben aplicar en las relaciones de negocio u operaciones con los *Trusts*, que se concretan en cuatro obligaciones fundamentales:

a. Identificación formal:

En virtud del art. 3, los sujetos obligados deberán identificar a las personas jurídicas con las que se pretenda establecer relaciones de negocio o intervenir en otra clase de operaciones. Se llevará a cabo mediante el requerimiento del documento constitutivo del trust, establecido en el artículo 6.3 del 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; se procederá a la identificación de la identidad de la persona que actúe por cuenta de los beneficiarios mediante la comprobación de los documentos a los que se refiere el art. 6.1 RPBC.

b. Identificación de los titulares reales:

La identificación a la que hace referencia el art. 4 podrá realizarse mediante una declaración responsable del fiduciario.

En caso de que se trate de una operación que presente un riesgo superior al promedio será preceptivo la obtención por el sujeto obligado de documentación adicional o de información de fuentes fiables independientes -art. 9.1 RPBC-.

En este sentido, deben ser identificados todas las entidades que intervienen en el Trust, puesto que el art. 4.2 c) establece que:

*“Artículo 4. Identificación del titular real.*

*2. A los efectos de la presente ley, se entenderá por titular real:*

*c) En el caso de los fideicomisos, como el trust anglosajón, **tendrán la consideración de titulares reales todas las personas siguientes:***

*1º el fideicomitente o fideicomitentes,*

*2º el fiduciario o fiduciarios,*

*3º el protector o protectores, si los hubiera*

*4º los beneficiarios o, cuando aún estén por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa la estructura jurídica; y*

*5º cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios”.*

Al respecto, todas las partes intervinientes en el *Trust* al que nos referimos tendrá la consideración de titulares reales; tanto el fideicomitente o *settlor* -Global-, el fiduciario o *trustee* -ABC Trust- y el beneficiario -ABC-.

c. Información sobre el propósito e índole de la relación de negocios

En virtud del art. 5 deberá determinarse el origen de los fondos dotacionales, la regularidad de su constitución y de las facultades atribuidas, su razonabilidad económica y/o jurídica y la inexistencia de cláusulas o previsiones anómalas o ilegales.

En relación con Global, deberá obtenerse información sobre su actividad empresarial y sobre el origen de los fondos aportados al trust. En todo caso deberá determinarse si el Global tiene la condición de persona con responsabilidad pública, es nacional de un territorio o jurisdicción de riesgo o está sujeto a sanciones financieras internacionales.

Respecto ABC Trust deberá determinarse el alcance de sus facultades y las modalidades de su retribución, así como su carácter profesional o no profesional, en el que serán exigibles una serie de informaciones diferentes.

Y en relación con ABC, deberá obtenerse información sobre su actividad empresarial y determinarse la naturaleza de su relación con el *Trust* y Global.

d. Seguimiento continuo de la relación de los negocios

Respecto al art. 6, se deberán revisar las operaciones para garantizar que coinciden con el perfil de riesgo del *Trust*; y, garantizar que los documentos, datos e información relativos al *Trust* y a sus titulares reales están actualizados.

Toda esta información obtenida en este proceso de diligencia debida deberá documentarse por el sujeto obligado, y conservarse durante un período de diez años desde la terminación de la relación de negocios o ejecución de la operación, en virtud del art. 25.

Otra formalidad que debe cumplir ABC es la relativa a lo dispuesto en la *Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*; concretamente a su artículo 7.1 bis, recientemente introducido en dicho texto normativo en virtud de la disposición transitoria única y de la disposición adicional cuarta del *Real Decreto Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria*, que posteriormente ha sido modificada mediante la disposición final segunda del *Real Decreto Ley 12/2021, de 24 de junio*.

En este sentido, el artículo 7.1 bis de la *Ley 19/2003* establece lo siguiente:

*“1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas inversiones como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se adquiera el control de dicha sociedad de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siempre que concurra una de estas circunstancias.*

- a) Que se realicen por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio.*
- b) Que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor”.*

A partir de este precepto se contempla la posibilidad de que el Gobierno español suspenda el régimen de liberalización, y, por tanto, sea necesario que sean sometidas a autorización previa, consistente en autorización administrativa, aquellas operaciones de inversión identificadas en el apartado segundo de este artículo -como es la actividad que desarrolla HP-, y que puedan afectar a la seguridad, orden o salud pública. Todo ello contemplado en el art.7 de la *Ley 19/2013*, relativo a la suspensión del régimen de liberalización:

*“El Gobierno podrá acordar la suspensión del régimen de liberalización establecido en esta ley cuando se trate de actos, negocios, transacciones u*

*operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sea solo de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública.*

**Tal suspensión determinará el sometimiento de ulteriores operaciones a la obtención de autorización administrativa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6”.**

El primer requisito es que la inversión que va a realizar ABC sea considerada como “*inversión extranjera directa en España*”, en relación con el apartado primero de dicho precepto. Para ello es necesario que: (i) se lleve a cabo por alguno de los inversores extranjeros a los que menciona la norma; y, (ii) a consecuencia de la transacción pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de HP -como es el caso-.

Otro requisito adicional hace referencia a que se trate de personas jurídicas que son residentes de países que son miembros de la UE o parte de la AELC, pero cuyo titular real último reside fuera de la UE o de la AELC. Este es el caso de Global, ya que es el titular del 100% del capital social de ABC, y además está domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas; no siendo un estado que forme parte de la UE.

Por todo ello, este requisito adicional al que estamos haciendo referencia determina que para la adquisición por parte de ABC de participaciones de una entidad española, deben cumplirse una serie de condicionantes: (i) cumplimiento del mecanismo de control estipulado en virtud del artículo 7 bis Ley 19/2003, puesto que se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos; y, (ii) cumplir con los requisitos establecidos para las fideicomisos de tipo anglosajón, con la respectiva identificación de todos los operantes en dicho mecanismo.

En segundo término, respecto de las formalidades que deben cumplir tanto ABC, XYZ y HP en relación con la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, son reseñables las siguientes:

En virtud del art. 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; XYZ y HP en todo caso, e IESA como entidad vendedora del capital social son entidades que se encuentran sujetas al cumplimiento de esta ley, por lo que, en relación con dicho deber, es preciso que lleven a cabo las siguientes medidas que se indican a continuación;

- (i) En primer lugar, un aspecto clave que todas estas entidades deben tener en cuenta es aquel que está relacionado con el enfoque riesgo. En este sentido,

se hace referencia a la recomendación de que los sujetos obligados al cumplimiento de las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo elaboren un “informe de autoevaluación del riesgo”.

Se trata de un informe con un importante carácter práctico, adaptado a la realidad de la actividad que llevan a cabo tanto ABC, XYZ y HP, que actuará como radiografía del negocio desde la perspectiva de la prevención del blanqueo. Así, será posible identificar de forma fehaciente los riesgos de que alguien pueda aprovechar la actividad realizada por estas entidades para introducir, mover u ocultar fondos de procedencia sospechosa.

- (ii) El art. 26 de la Ley 10/2010, en su apartado primero, establece las políticas y procedimientos de control interno que los sujetos obligados al cumplimiento de dicho texto normativo deben llevar a cabo:

*“1. Los sujetos obligados aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación, gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”.*

Se establece, por tanto, que los sujetos obligados al cumplimiento de dicha ley -ABC, XYZ y HP-, con las excepciones que reglamentariamente se determinen, tienen una serie de obligaciones de control interno.

Este artículo, en sus apartados segundo y quinto, continúa exponiendo lo siguiente:

*“2. **Los sujetos obligados aprobarán por escrito y aplicarán una política expresa de admisión de clientes.** Dicha política incluirá una descripción de aquellos tipos de clientes que podrían presentar un riesgo superior al riesgo promedio. La política de admisión de clientes será gradual, adoptándose precauciones reforzadas respecto de aquellos clientes que presenten un riesgo superior al promedio.*

(...)

*5. Los sujetos obligados deberán **aprobar un manual adecuado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno** a que se refieren los apartados anteriores”.*

Entre estas obligaciones se encuentran las de aprobar y aplicar políticas y procedimientos de prevención, establecer órganos adecuados de control interno responsables de la aplicación de aquéllos y la de aprobar un manual de prevención. En este sentido, aplicarán las políticas y procedimientos que resulten adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

- (iii) En lo relativo a la obligación de aprobación del correspondiente manual de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, éste deberá mantenerse actualizado y recoger todas aquellas medidas de control interno que se mencionan en dicho artículo. Al respecto, podrían tenerse en cuenta las siguientes recomendaciones de cara a la elaboración del mencionado manual de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo:
- (iv) El artículo 26 bis, en su apartado primero, recoge otra medida que para el efectivo cumplimiento de las medidas de control interno que se describen. En este sentido establece que:

*“1. Los sujetos obligados **establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre los posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento**, cometidos en el seno del sujeto obligado”.*

Así, otra medida que los sujetos obligados deberán implantar hace referencia a la obligación del establecimiento de mecanismos internos de comunicación, ya sea de forma incluso anónima, de toda aquella información que sea relevante respecto al incumplimiento de los aspectos recogidos en estas normas, y que vulneren lo establecido en relación con el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Además, en virtud del apartado tercero de dicho precepto, los sujetos obligados deberán establecer todas las medidas que sean necesarias que todos aquellos que comuniquen respecto de las infracciones que se han cometido en cualquiera de estas entidades, sean protegidos de toda clase de represalias, discriminaciones y cualquier tipo de trato injusto.

- (v) El artículo 26 ter, en su apartado primero, establece que:

**“1. Los sujetos obligados *designarán como representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión a una persona residente en España que ejerza cargo de administración o dirección de la sociedad*”.**

Y continúa, en su apartado segundo, con lo siguiente:

**“El representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la presente ley, para lo que tendrá acceso sin limitación alguna a cualquier información obrante en el sujeto obligado, así como en cualquier de las entidades del grupo, en su caso”.**

De esta forma, estas entidades deberán nombrar un representante que disponga de toda la información necesaria respecto a estas medidas de control interno, para que actúe ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión. Es imprescindible que esta persona ejerza cargo de administración o dirección de la sociedad.

Adicionalmente, el apartado cuarto, establece que:

**“Los sujetos obligados *establecerán un órgano adecuado de control interno* responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos a que se refiere el artículo 26”.**

También es necesario, por tanto, que todas estas entidades establezcan un órgano que se encargue del control interno de la aplicación de todas estas políticas y procedimientos contenidos en la presente ley a la que nos estamos refiriendo.

(vi) El artículo 29, determina que:

**“Los sujetos obligados adoptarán las *medidas oportunas para que sus empleados tengan conocimiento de las exigencias derivadas de esta Ley*”.**

Este artículo hace referencia a la obligación de que estas entidades establezcan todas las medidas que sean necesarias de formación de sus empleados respecto al blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

(vii) En virtud del apartado primero del artículo 30, que establece que:

**“1. Los sujetos obligados adoptarán las medidas adecuadas para mantener la *confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación* de operativa que presente**

*indicios o certeza de estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo a los órganos de control interno”.*

El objetivo de estas medidas es garantizar el anonimato de todas aquellas personas, dentro de estas entidades obligadas, que comuniquen hechos que pudieran ser constitutivos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo al órgano de control interno correspondiente, en relación con el artículo 26.

Las políticas, procedimientos y manuales establecidos por los sujetos obligados en materia de PBC/FT están sujetos, en virtud del artículo 28, a su implantación efectiva y a la adaptación a la actividad que en la práctica lleve a cabo el sujeto obligado, así como a la posterior comprobación por el Servicio Ejecutivo de la Comisión en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

- (viii) Finalmente, y en relación con el artículo 31 respecto de la aplicación de tales medidas en ABC, siendo una entidad luxemburguesa, dicho precepto establece:

*“1. Los sujetos obligados aplicarán en sus sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países medidas de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo al menos equivalentes a las establecidas por el derecho comunitario”*

Por ello, en ABC deberán aplicarse las medidas que sean de aplicación en relación con el derecho comunitario para el efectivo cumplimiento de todas las garantías de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

**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?**

Respecto a esta cuestión, es preciso hacer distinción entre el poder especial otorgado por ABC, cuyo domicilio social es Luxemburgo, y el respectivo poder especial que XYZ ha otorgado, puesto que su domicilio social radica en España.

En primer lugar, en lo relativo al poder especial otorgado por ABC hay que tener en cuenta el lugar en el que ha sido otorgado dicho apoderamiento, y lo dispuesto en el *XII Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961*, de supresión de la exigencia de legalización en los documentos públicos extranjeros, conocido comúnmente como *“Convenio de la Apostilla”*.

Al respecto, para el cumplimiento de las formalidades exigidas a efectos de poder comparecer ante notario en España, el apoderamiento especial otorgado en Luxemburgo que pretende hacerse valer en nuestro país, siendo ambos estados firmantes del mencionado Convenio, simplifica en gran medida el procedimiento.

En este sentido, entre estados firmantes del Convenio no será necesaria la legalización del apoderamiento especial otorgado para que éste pueda efectivamente reconocerse como válido en España, aunque si será preciso que dicho documento contenga un sello o apostilla.

El trámite de apostilla consiste en colocar sobre un documento público, o una prolongación de este, una Apostilla o anotación que certificará la autenticidad de la firma de los documentos públicos expedidos en un país firmante del *XII Convenio de la Haya*. De esta forma, los documentos públicos emitidos en un país firmante del Convenio que hayan sido certificados por una Apostilla deberán ser reconocidos en cualquier otro país del Convenio sin que sea preciso otro tipo de autenticación.

Es por ello por lo que, el poder especial expedido en Luxemburgo; país donde se encuentra el domicilio social de ABC, con el simple trámite de la apostilla, será perfectamente válido para comparecer ante notario en España, puesto que ambos estados son estados firmantes del *XII Convenio de la Haya*.

En España, respecto a esta cuestión disponemos de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*. Al respecto los artículos 41 y ss de esta norma establecen el procedimiento y tipología de los documentos que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en nuestro país.

En este sentido, el art. 41.3 establece que:

**“Serán susceptibles de ejecución los documentos públicos extranjeros en los términos previstos en esta ley”.**

El artículo 43 e), por su parte, clarifica que se entiende por documento público:

*“Documento público: cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin”.*

Por ello, el poder especial otorgado por ABC, siendo ésta una entidad luxemburguesa -estado que forma parte de la Unión Europea- será directamente ejecutable en España, sin necesidad del procedimiento de exequátur y siempre y

cuando se procede a la autenticación del mismo mediante el procedimiento de la Apostilla comentado anteriormente.

Por otro lado, respecto al apoderamiento especial otorgado por XYZ, siendo ésta una entidad con domicilio social en España, las consideraciones a tener en cuenta difieren considerablemente.

En este sentido, es preciso añadir que para que un poder sea plenamente válido es necesario que sea otorgado debidamente ante un notario, puesto que éste dispone de la función de fedatario público; y trata de velar por la seguridad jurídica respecto de la validez de determinados documentos y actos que se firman en su presencia, a fin de evitar el otorgamiento de poderes fraudulentos que puedan derivar en daños y negocios indebidamente formalizados.

Cuestión distinta es la inscripción en el Registro Mercantil del poder especial. A diferencia de lo que ocurre con el otorgamiento de poderes generales, los cuales deben ser inscritos de forma obligatoria, los poderes especiales son inscribibles, pero no de forma obligatoria. Al respecto, se pronuncia el artículo 94.1.5º del *Reglamento del Registro Mercantil*:

*“1. En la hoja abierta a cada sociedad **se inscribirán obligatoriamente**:*

*5º. Los **poderes generales** y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. **No será obligatoria la inscripción de poderes generales para pleitos y los concedidos para la realización de actos concretos**”.*

Hay que tener en cuenta que, en el apoderamiento especial, el poder es singular, donde su eficacia representativa se ciñe, como bien determina el art. 292.1 CCom a determinadas gestiones propias del tráfico de la empresa, o bien, como es el caso que nos atañe, según el art. 293 CCom a una concreta operación mercantil; donde la eficacia representativa se funda en el principio de protección de la apariencia jurídica.

En aras a ofrecer una mayor seguridad jurídica y para la plena eficacia del poder especial frente a terceros, incluso frente aquellos terceros de buena fe, podría ser recomendable la inscripción del poder especial otorgado por XYZ en el Registro Mercantil, a pesar de la no obligatoriedad del acto.

De esta forma, la posible inscripción en el Registro Mercantil del documento público a través del cual se confiere el apoderamiento especial exime de dispensar cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de la representación conferida; gracias a la exactitud y validez del contenido de los asientos registrales. En el caso de no llegar a realizar la mencionada inscripción,

será necesario acreditar la legalidad y existencia de la representación alegada a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella.

En este sentido, la *Resolución de la DGRN, de 18 de septiembre de 2018*, indica que:

**“La inscripción del nombramiento o poder en el Registro Mercantil no es precisa para la válida existencia del nombramiento o poder, aunque sí para su plena eficacia frente a terceros, incluso de buena fe. La falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada, puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social, (...), por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias, por órgano social competente y vigente en el momento del nombramiento.**

(...)

*Por tal razón en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de Administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al Notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de Administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral”.*

Por todo ello, se desprende que la opción más favorable para XYZ es la de inscripción del apoderamiento especial en el Registro Mercantil, a fin de otorgar seguridad jurídica al acto y ofrecer plena eficacia de este frente a terceros, cumpliendo así con los requisitos formales exigidos, aunque, bien es cierto que, en la práctica jurídica habitual, este procedimiento no se lleva a cabo, ya que se trata de poderes que se otorgan para la consecución de un acto jurídico concreto y determinado.

**3. ¿Existe alguna formalidad adicional que debamos 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 respecto, la principal formalidad adicional que debemos tener en cuenta a la hora de formular la compraventa, que puede llevarse a cabo bien de forma previa

a ésta, o bien de forma simultánea, es el conocido procedimiento de *Due Diligence*. Este procedimiento se caracteriza principalmente por el desarrollo de cualquier tipo de investigación sobre las contingencias que pueden surgir, y que están íntimamente relacionadas con toda adquisición de una empresa.

Es importante resaltar que el proceso de *Due Diligence* debe estar orientado para la transacción a la que estamos haciendo referencia; esto es, se elabora para la compraventa de participaciones sociales de HP por parte de ABC y XYZ -los Socios-.

Esta auditoría legal es el elemento previo a la realización del contrato de compraventa para la adquisición de una sociedad, dado que el contenido del contrato está directamente relacionado con los resultados de este procedimiento. Básicamente se trata de un proceso que el adquirente lleva a cabo, por lo general, para buscar toda la información posible, tan pronto como sea posible, una vez que se han iniciado las negociaciones, para evaluar los riesgos y contingencias de la sociedad que es objeto de la compraventa -en este caso HP-, así como de su situación económico-financiera.

A partir de la información obtenida en este procedimiento se formula la voluntad final del adquirente respecto a la adquisición de la sociedad, las respectivas condiciones del contrato y el precio final por el que se adquirirá. Se configura, por tanto, como un aspecto imprescindible dentro de un proceso de M&A, a través de la cual se realiza una investigación de la sociedad que se pretende adquirir.

A través de este proceso, se establece un deber para el vendedor, relativo a la obligación de proporcionar toda la información necesaria, bajo la presunción de la buena fe, la cual es tratada con la absoluta confidencialidad que resulta necesaria.

A grandes rasgos este sería el principal procedimiento que podría estructurarse respecto a la compraventa de HP por parte ABC y XYZ, sin perjuicio de que existen otros actos que deben llevarse a cabo, los cuales comentamos a continuación.

El primero de ellos hace referencia a la estructuración, por parte del vendedor, de un proceso de venta, que tiene por objeto establecer las bases sobre la licitud y selección de ofertas para la venta de la sociedad. En este sentido, se trata de determinar qué es lo que se quiere vender respecto a HP, ya sean los activos o la totalidad de las participaciones, como es el caso que nos ocupa. Para ello, el vendedor configura lo que se conoce como *carta de aceptación del proceso de venta*, la cual debe ser firmada por todos los interesados que desean adquirir la sociedad en cuestión. Aquí los compradores firmarán un *compromiso de confidencialidad* de la información con anterioridad a la adquisición.

En segundo lugar, se abre la fase en la que se empiezan a recibir una serie de *ofertas no vinculantes*, donde los interesados declaran su interés de adquirir en este caso la totalidad de las participaciones que componen el capital social. Aquí únicamente se determinan los principios y bases preliminares actualmente existentes sobre los aspectos que se consideran esenciales para llevarla a cabo. De este tipo de ofertas no se derivan ninguna obligación adicional, a excepción de las que precisamente comporta, como son las de negociar de buena fe, así como llevar del mismo todos los actos o negocios jurídicos tendentes a su consecución.

Finalmente, tras el conocido proceso de *Due Diligence*, se presenta una oferta vinculante por parte de los interesados. Si esta oferta es aceptada por el vendedor; las partes suscriben el correspondiente contrato de compraventa.

**4. ¿Deberían valorar ABC y XYZ la posibilidad de suscribir un pacto de socios y, en su caso, qué 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)?**

Respecto a la posibilidad de suscribir pacto de socios entre ABC y XYZ, es preciso realizar una serie de explicaciones.

En primer término, es preciso tener en cuenta que los pactos de socios son documentos privados que estos firman para regular una serie de situaciones que, por sus características, no se contemplan en los Estatutos de la sociedad. El principal objetivo de los pactos de socios es el de evitar conflictos y anticipar los posibles problemas que pueden surgir entre ellos. Son contratos que regulan las relaciones entre los que componen la estructura societaria de una sociedad -socios entre sí y éstos con la sociedad-.

Este tipo de acuerdos están fundamentados en el principio de la autonomía de la voluntad predicado por el artículo 1255 CC, siendo su validez expresamente reconocida a través del artículo 29 LSC, que determinan lo siguiente:

*“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”.*

Respecto de la eficacia que tienen este tipo de acuerdos, hay que decir que éstos tienen efectos *“inter-partes”*, derivado de las reglas generales de los contratos, según las cuales éstos se convierten en ley entre las partes, en virtud del artículo 1091 CC que establece que;

*“Las obligaciones nacidas de los mismos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de las mismas”.*

Así, su eficacia se limita a aquellas personas que lo firmaron, y, por tanto, son de obligado cumplimiento para quienes los suscriben. Las partes quedaran obligadas entre sí, e incluso tendrán derecho a utilizar determinadas acciones legales en el caso que el acuerdo no haya sido cumplido.

No tener pacto de socios comporta una amplia inseguridad jurídica para los socios y para la propia sociedad, ya que este tipo de acuerdos proporciona respuestas claras a situaciones no reguladas en la Ley o en los estatutos de la sociedad.

En lo relativo a los acuerdos que se pueden estructurar a través de los correspondientes pactos de socios, hay que tener en cuenta que existen tres tipos de pactos:

- (i) Pactos de relación: Los cuales se distinguen por ser neutros frente a la sociedad, siendo su principal característica la regulación concreta y directa de las relaciones entre los socios, sin afectar en modo alguno a la sociedad.

Este tipo de acuerdos únicamente recaen sobre las relaciones y los respectivos derechos de los socios, no afectando a la sociedad en su conjunto.

En el marco de este tipo de pactos, se pueden configurar acuerdos que sean de especial relevancia para los Socios, algunos tales como;

- Estructuración de *derechos de venta conjunta*;
- Los conocidos como *pactos de no agresión*; siendo éstos, compromisos en los que ABC ni XYZ tomarán decisiones en la empresa que puedan perjudicar al otro socio, materializándose en aquellas obligaciones que comportan el no incremento de la participación en el capital por encima de un determinado porcentaje, que para el caso que nos ocupa poco ámbito de actuación pueden tener, puesto que el reparto del capital social entre ambos Socios es bastante desproporcional.
- También es posible a través de estos pactos la articulación de las conocidas como *obligaciones “lock-up”*; configuradas a través de la obligación de permanencia como socio durante un tiempo determinado, bloqueándose así la venta de las participaciones sociales.

Estas cláusulas deben conjugarse con lo dispuesto en el artículo 108.4 LSC; que establece lo siguiente:

*“4. No obstante lo establecido en el apartado anterior, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos, o el ejercicio del derecho de separación, durante un periodo de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución”.*

Así, debe respetarse a la hora de formular la cláusula en el pacto de socios; la prohibición de la formalización de pactos que impidan la transmisión voluntaria de participaciones sociales por un período de tiempo superior a 5 años.

- *Cláusulas de drag-along*: Mediante las cuales, si se recibe una oferta de un tercero de buena fe para adquirir el 100% de las participaciones sociales, el resto de los socios estarán obligados a transmitir sus participaciones sociales a dicho tercero. Este tipo de cláusulas suelen incluir el valor mínimo por el cual se procederá a la venta.
- *Cláusulas de tag-along*: En caso de que cualquier socio reciba una oferta para transmitir sus participaciones, el resto de los socios tendrá derecho a transmitir al mismo tercero y a cambio del precio ofrecido por el tercero adquirente al socio transmitente.

(ii) Pactos de atribución: Son los acuerdos que tienen un efecto directo en la esfera de la sociedad, puesto que otorgan ventajas a ésta respecto de sus socios. Se trata de la configuración de una obligación extra de los socios con respecto a la sociedad. A través de este tipo de pactos es posible que se articulen acuerdos entre ABC y XYZ tales como;

- Préstamos, aportaciones suplementarias o reintegración del patrimonio social en el caso de existir pérdidas.
- Abstención de competir respecto de la sociedad.
- Ofrecimiento de la adquisición de las participaciones al otro Socio, cuando uno de ellos tenga la intención de transmitir sus participaciones.

(iii) Pactos de organización: A través de los cuales se organiza la toma de decisiones y el funcionamiento de la sociedad mediante el establecimiento de *quórum*s especiales. En otras palabras, se trata de acuerdos sobre el modo de controlar la sociedad. Los más comunes, que podrían ser de aplicación a los Socios, son los siguientes;

- Pactos interpretativos de las normas estatutarias.
- Pactos sobre la composición de la administración, donde podría encuadrarse el nombramiento del número de administradores que pretende cada Socio.
- Pactos restrictivos de la competencia de los administradores.
- Pactos para el ejercicio de los derechos de la minoría. En este sentido, es perfectamente posible el establecimiento de los derechos de veto de la minoría que pretende XYZ. Se podría llevar a cabo este tipo de pacto estatutario, puesto que no iría en contra de lo establecido en el artículo 28 LSC, ya que este derecho de veto se vería como un requisito adicional para la aprobación por mayoría de un determinado acuerdo.

Los derechos de veto, de facto, podrían establecerse mediante el acuerdo de determinados quorum reforzados para la celebración de reuniones o para la adopción de acuerdos. En este sentido, dicho régimen no ha encontrado ningún tipo de objeciones de validez pronunciándose así tales resoluciones: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2019 y de 29 de abril de 2021*.

**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?**

Respecto a la consideración sobre la viabilidad de inscripción de los pactos parasociales en los estatutos de HP, hay que tener en cuenta diversas cuestiones que se explican a continuación;

En primer lugar, estos pactos pueden suscribirse por la totalidad de los socios que componen el capital social, en cuyo caso se trataría de *pactos omnilaterales*; como es el caso de los acuerdos a los que estamos haciendo mención y son objeto de estudio del presente supuesto.

Lo característico de este tipo de acuerdos reside en su no integración en el ordenamiento jurídico de la sociedad mercantil, permaneciendo en el ámbito obligacional. Ambas regulaciones son válidas y eficaces, pero pueden entrar en conflicto, siempre y cuando sea viable oponer lo pactado en el ámbito obligacional al societario; esto es, cuando se cumplan una serie de requisitos. Así lo expone la

*Sentencia del Tribunal Supremo 103/2016, de 25 de febrero, RJ 2016/35, en su FJ 9º:*

*“Pero el problema que se plantea con más frecuencia no es el de su validez sino el de su eficacia cuando tales pactos no se trasponen a los estatutos sociales. El conflicto surge por la existencia de dos regulaciones contradictorias, la que resulta de los estatutos (o de las previsiones legales para el caso de ausencia de previsión estatutaria específica) y la establecida en los pactos parasociales, no traspuestos a los estatutos, ambas válidas y eficaces”.*

En términos generales, los *pactos omnilaterales* pueden regular un determinado aspecto de manera diferente a lo recogido en los estatutos, siempre que se trate de normas disponibles y no imperativas. De esta forma, a modo de ejemplo, no podría ser posible que, en el tipo social de la SL, se acuerde que las participaciones que integran el capital social sean totalmente transmisibles o no se respeten las mayorías estipuladas en la LSC para la adopción de este tipo de acuerdos sociales.

Este tipo de pactos, en términos absolutos, y no estando centrados exclusivamente en los *omnilaterales*, al quedar privados de la eficacia organizativa del contrato de sociedad, comprenden las siguientes características: (i) la no propagación de sus efectos a los miembros -aquellos que no han formado parte de la adopción de dicho acuerdo- y órganos de la persona jurídica -no vinculan a los nuevos socios de la sociedad o a sus administradores-; (ii) la no oponibilidad frente a terceros; y, (iii) tampoco pueden aprovecharse de los instrumentos de *enforcement* de la persona jurídica para sancionar su incumplimiento. Ni la sociedad está facultada para hacer efectivos los pactos parasociales frente a los socios, ni éstos están facultados para hacerlos efectivos frente a la sociedad, para el caso en el que este tipo de acuerdos no han sido suscritos por todos los socios que poseen el capital social de la sociedad.

Pues bien, dado que las partes que suscriben el acuerdo y las partes del contrato de sociedad son las mismas -como ocurre en el caso de los *acuerdos omnilaterales*-lo comentado anteriormente se exceptúa.

De esta forma, este tipo de acuerdos podrían ser oponibles a la sociedad, ya que la coincidencia subjetiva es condición necesaria para quebrar dicha regla de la inoponibilidad, además de la necesaria coincidencia objetiva de los resultados que se obtendrían vía derecho de obligaciones y del derecho de sociedades respecto de la impugnación de los acuerdos sociales que contravienen los pactos parasociales, y éstos respecto de lo convenido en los estatutos.

Por tanto, aunque pudiera parecer que los acuerdos sociales que a posteriori infrinjan un pacto parasocial, de forma que se da cumplimiento a lo establecido en los estatutos, no son susceptibles de ser impugnados, la realidad es que son

perfectamente impugnables, puesto que tratándose de *acuerdos ominilaterales* que han sido pactados por los Socios, no es posible entender que en el tráfico habitual de las actividades de HP, se dé el caso en el que un acuerdo social que se toma en virtud de un *pacto parasocial* sea impugnado por uno de los Socios, alegando que contraviene en los estatutos; más si cabe cuando únicamente son dos las partes que han suscrito este tipo de acuerdos. Todo ello, rompiendo con el principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC, bajo la que se sostendría la inoponibilidad de los *pactos omnilaterales*.

Los *pactos parasociales*, como bien se ha indicado anteriormente, al ser reglas interpretativas de los estatutos sociales, que, además, como es el caso, han sido adoptados por la totalidad de los *Socios*, son totalmente equiparables a los estatutos, salvando las diferencias de formalización y publicidad. De aquí se desprende también la idea de que los *pactos omnilaterales* reproducen el interés social, por lo que se entendería que, si el acuerdo social contraviene lo dispuesto en el *pacto omnilateral*, se estaría vulnerando el interés social.

Los acuerdos relativos a la organización de la sociedad que hayan sido adoptados por todos los Socios, en tanto que esos mismos Socios son titulares de la totalidad del capital social de la entidad, integran la reglamentación aplicable al funcionamiento corporativo, en virtud del artículo 1258 CC, con independencia de que hayan sido formalmente incorporados a los estatutos sociales y se hayan inscrito en el Registro Mercantil. De esta forma, mientras el acuerdo esté vigente, los titulares de la posición jurídica de órgano deben respetar dichos acuerdos.

Si se adopta un acuerdo en contraposición de lo establecido en un *pacto omnilateral*, se podría considerar como abusivo; permitiéndose así el uso de los mecanismos societarios para la impugnación de dicho acuerdo, puesto que coinciden con plenitud los ámbitos subjetivos y objetivos tanto del acuerdo parasocial como del ámbito societario.

No se estaría contraviniendo lo establecido en el artículo 29 LSC, sino que únicamente se estaría dando el sentido o finalidad que se ha determinado a través del acuerdo.

En este sentido, se pronuncia la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1º, de 25 de febrero de 2016, RJ 2016/35* respecto a la ruptura de las exigencias de buena fe que pueden ser exigibles respecto de la adopción de *pactos parasociales omnilaterales* y su posterior acción de impugnación mediante los cauces societarios legalmente establecidos:

*“Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que*

*obtuvo ventajas (...) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (...), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido.*

**Quienes, junto con el demandante, fueron parte de este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustará a la reglamentación establecida en el pacto parasocial**".

A partir de lo expuesto por nuestro Alto Tribunal; cabe entenderse que no es posible la interposición de acciones de impugnación de acuerdos sociales que han sido adoptados en virtud de lo acordado previamente mediante un *pacto parasocial*, en la medida que se estaría produciendo una transgresión de la buena fe, ejerciéndose dicha acción de mala fe. De esta forma, estamos ante un *abuso de derecho*; de forma que lo asumido mediante el pacto parasocial pretende ser impugnado sin motivo legítimo.

Por todo lo expuesto, no es posible añadir a los estatutos *pactos parasociales* por tratar muchas cuestiones que contravienen disposiciones que deben ser recogidas de forma obligatoria en la redacción de éstos. No resultaría necesario; y, además, en base a lo ya explicado, es posible oponer los acuerdos adoptados a las disposiciones establecidas mediante los estatutos, de forma que es posible usar los mecanismos de remoción de acuerdos sociales en base a lo adoptado en un pacto de este tipo.

Finalmente, respecto a cómo estructurar el derecho de cada Socio a nombrar determinados administradores en sociedades limitadas, hay que hacer referencia, en primer lugar, al *artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil*, que determina que:

*“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”*.

En una primera aproximación puede entenderse que ello está expresamente prohibido por dicho artículo del RRM, pero con posterioridad la *Sentencia del Tribunal Supremo 941/2009, de 6 marzo*, 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”.*

En virtud de esta explicación, se podría establecer una cláusula estatutaria en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada por la cual los socios establecen un sistema de representación proporcional en el Consejo de Administración.

Seguidamente, de forma muy reciente ha sido dictada la **Resolución de 28 de marzo de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública**, donde se admite la inscripción de una cláusula estatutaria relativa al sistema de representación proporcional en el consejo de administración de una SL. En esta resolución se extiende la aplicación de este sistema comprendido para SA a SL, bajo el argumento de que la única diferencia con las SA reside en que, en éstas últimas el sistema nace de la propia ley mientras que en la SL esta posibilidad debe estar expresamente prevista en los estatutos.

La Dirección General considera que en las relaciones entre los socios de una sociedad limitada se admite con amplitud la autonomía de la voluntad siempre que *“no se contravengan normas imperativas ni los principios configuradores del tipo social elegido”*. De esta forma, no sería posible que se rechace esta disposición estatutaria, obligando a los socios a utilizar otros remedios alternativos.

Por tanto, sería posible organizar el Consejo de Administración bajo las previsiones de los Socios, siempre y cuando se establezca en los estatutos una cláusula al respecto, la cual va a estar completamente permitida. Esto sería, en el caso de establecerse una representación proporcional, aspecto que no se explica en el caso objeto de estudio.

Finalmente, la estructuración del derecho a nombrar administradores, como bien se ha indicado en la cuestión anterior, debe realizarse en base a la suscripción del correspondiente pacto social, que comportará el carácter de omnilateral; siendo un pacto de organización, ya que el nombramiento de los administradores no se está estableciendo bajo los criterios de la representación proporcional señalados anteriormente. No será, por tanto, un acuerdo que sea inscribible en los estatutos, puesto como bien hemos señalado anteriormente, solo es inscribible en los estatutos aquellos pactos que establezcan una representación proporcional.

- 6. Durante la fase de auditoría legal y fiscal de HP, el asesor fiscal ha 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 IESA no dispone de más activos en balance aparte de HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse?**

Al respecto, a grandes rasgos las cláusulas de “*manifestaciones y garantías*”, también conocidas como “*reps and warranties*” son una serie de pactos contractuales que las partes establecen en el marco de la celebración de un contrato de compraventa de empresa. Se trata de una serie de manifestaciones en relación con el objeto del contrato que una de las partes realiza en favor de la otra sobre una serie de hechos ciertos o creencias -generalmente son realizadas por el vendedor, en este caso IESA, en relación con la venta de HP-. Básicamente se trata de declaraciones y manifestaciones sobre la situación en la que se encuentra la sociedad *target* -en este caso HP- que es objeto de transmisión.

Aunque no es habitual, el comprador también podría emitir manifestaciones y garantías, que el vendedor también considerará como válidas en aras de la garantía del cumplimiento de las obligaciones que corresponden al adquirente. En relación con estas, hay que tener en cuenta que son más limitadas que las que el vendedor realiza, y además suelen ser menos complejas que las anteriores. Suelen estar relacionadas con cuestiones de capacidad del adquirente, concretamente sobre aspectos que tienen que ver con la capacidad económica, su no incursión en un proceso de disolución o liquidación; y, la suficiencia de fondos o financiación para acometer el proceso de adquisición de la empresa.

Con las cláusulas de “*manifestaciones y garantías*” se pretende dar una imagen real y veraz de la situación financiera y de otros aspectos relacionados de la entidad que va a ser objeto de adquisición, sin que pueda tener lugar la omisión de ciertos aspectos relevantes que la parte adquirente pudiera haber tenido en cuenta finalmente para decidir la adquisición de la empresa.

Este tipo de cláusulas pueden ser incluidas en diversos momentos del proceso en el que se lleva a cabo la adquisición de la empresa. Se pueden incluir este tipo de cláusulas en la carta de intenciones donde comienzan las negociaciones entre las partes; en el respectivo contrato de compraventa que las partes celebran, o bien, en la escritura pública que certifica la transacción, donde se procede a la entrega del precio pactado por el adquirente y la entrega de la empresa por parte del vendedor.

Son diversas las funciones que este tipo de cláusulas cumplen; siendo estas las siguientes:

- (i) Función informativa: Es una de las funciones más importantes que comporta este tipo de cláusula desde la perspectiva del comprador, puesto que complementa la información que en un primer momento ha sido facilitada a través del procedimiento de *due diligence*, dada la posibilidad de que este mecanismo no haya detectado todas las posibles contingencias que rodean a la futura transacción.

Por otra parte, también complementa la posible desinformación que el adquirente posee respecto a la cantidad y variedad de información que el vendedor posee al respecto de la entidad en cuestión. Si no existieran este tipo de cláusulas y procedimientos, la única información a la que el adquirente tendría acceso sería aquella de la que dispone a través de la publicidad registral, o bien, la que le es facilitada mediante el procedimiento de *due diligence*.

Finalmente, también permite que el adquirente tome una determinada decisión sobre la adquisición, en función de toda la información proporcionada y la exactitud y veracidad de ésta, así como la modulación de todas las consecuencias jurídicas en relación con el incumplimiento de las manifestaciones aportadas; es decir, cuando alguna de estas no sea veraz, o bien difiera mucho de la realidad.

- (ii) Función de atribución de responsabilidad: Las cláusulas de manifestaciones y garantías extienden y atribuyen un amplio grado de responsabilidad al vendedor por las manifestaciones; siendo responsable en el caso de que finalmente las contingencias que éstas contienen tengan lugar, o bien, sean falsas o inexactas.

Así, el vendedor asume la responsabilidad, y, por tanto, responde por determinados hechos, asumiendo el riesgo de su realización o no. En este sentido, respecto de aquellos riesgos que no han sido asumidos por el vendedor a través de las concretas manifestaciones, serán contingencias sobre las que el vendedor no tendrá la obligación ni responsabilidad de asumir. Resulta bastante importante, por tanto, la delimitación exhaustiva de los riesgos que asume el vendedor, de forma que se eviten aquellas interpretaciones analógicas que el comprador pueda realizar respecto de las manifestaciones realizadas por el vendedor. Esto se materializa a través de la redacción de cláusulas de cierre denominadas *entire agreement clause*, que evitan que se establezcan responsabilidades que el vendedor no tiene por qué asumir.

Así las cosas, es conveniente matizar la forma en la que tiene lugar la responsabilidad que es asumida por el vendedor. De esta forma, la

responsabilidad contractual se materializa no por la falta de veracidad o exactitud de las manifestaciones, es decir, por el incumplimiento de la concreta obligación de decir la verdad, sino más bien por la efectiva ocurrencia del hecho o acontecimiento que comporta una concreta manifestación. La contingencia prevista constituirá el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía.

Centrándonos de nuevo en la responsabilidad que el vendedor asume; hay que señalar que esta no es infinita, ya que está afectada a una serie de limitaciones de carácter cuantitativo, cualitativo y temporal.

Respecto de las *limitaciones de carácter cualitativo*; éstas tienen que ver con las estipulaciones específicas relativas a la veracidad, exactitud y completitud de la información a la que tiene acceso el comprador. En este sentido, el vendedor suele solicitar que el contrato de compraventa contenga una concreta estipulación relativa al procedimiento de *due diligence* que el comprador debe realizar, de forma que se ha asegurado de recibir toda la información necesaria respecto de sus intereses, por lo que el vendedor no tendrá que asumir ningún grado de responsabilidad sobre los daños que surjan de la información conocida por el comprador a través del correspondiente procedimiento de *due diligence*.

De esta forma se procede a limitar de algún modo alguno la responsabilidad que el vendedor debe asumir, puesto que se trata de información de la que el adquirente tenía conocimiento de forma previa, y que, por tanto, han sido exceptuadas del régimen general de responsabilidad concretado a través de las cláusulas de *manifestaciones y garantías*. Suelen concretarse en forma de excepciones anexas a las manifestaciones y garantías, y reciben el nombre de *disclosure schedules*.

También es frecuente que el vendedor establezca otro tipo de cláusulas que tienen como objetivo limitar su responsabilidad; relativas al supuesto en el que la sociedad que es objetivo de adquisición *-target-* sea resarcida por terceros respecto de la efectiva concurrencia de la contingencia *-en el caso de indemnizaciones recibidas de las compañías aseguradoras-*.

En relación con las *limitaciones cuantitativas* de la responsabilidad del vendedor, es preciso indicar que son de tres tipos: *de mínimos, basket y cap*. Las primeras hacen referencia al importe mínimo al cual debe ascender el daño para que genere en el vendedor la obligación de indemnizar. Aquellas conocidas como *basket* tienen que ver con un importe que normalmente es superior al establecido a través de la cláusula *de mínimos*. En este caso, una vez producido el daño que genera la responsabilidad de indemnización, se puede haber pactado que el vendedor indemnice por la parte de la cuantía que excede la cantidad fijada a través de la cláusula *de mínimos*, o bien, por la totalidad del importe fijado. Las cláusulas *cap*,

por su parte, hacen referencia al importe máximo por el cual debe responder el vendedor.

Finalmente, las *limitaciones temporales* son aquellas que establecen un plazo máximo al régimen de responsabilidad del vendedor. En términos generales este plazo varía desde los seis meses hasta los dos años. Pero para el caso que nos ocupa, la contingencia fiscal detectada es uno de los supuestos que no se ajusta a este límite temporal, siendo el plazo pactado normalmente el correspondiente al plazo de prescripción de dicha contingencia.

Otra cuestión importante al respecto es la referencia al régimen de vicios ocultos comprendido en nuestro Código Civil. Este régimen se encuentra comprendido en los artículos 1484 y ss CC, siendo necesario la concurrencia de tres condiciones para la apreciación de vicios ocultos: (i) es necesario que exista un defecto que haga imposible el uso normal de la cosa objeto de la transacción; (ii) que este defecto sea oculto; de forma que el comprador lo hubiera podido conocer empleando una mínima diligencia; y, (iii) que estos vicios oculten estén presentes en el momento en el que se perfecciona el contrato.

Si se dan estos tres requisitos, los compradores estarán facultados para interponer la correspondiente acción de saneamiento por vicios ocultos contemplada en el artículo 1490 CC. A través de este mecanismo es posible que el comprador reduzca considerablemente el precio de adquisición, o bien, trate de realizar un desistimiento del contrato. Adicionalmente, será posible la solicitud de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, si los compradores consiguen demostrar que el vendedor conocía dichos vicios y no los comunicó.

Al estar tasados los remedios que pueden ser de aplicación a través del régimen de saneamiento por vicios ocultos; precisamente las cláusulas de manifestaciones y garantías permite dar al comprador más posibilidades de actuación y resarcimiento para el caso en el que se produzcan determinadas contingencias.

Por otro lado, respecto a la consideración de la propuesta realizada por IESA para cubrir dicha contingencia fiscal mediante la declaración de *manifestaciones y garantías*, para el exhaustivo respeto del interés de los Socios es preciso realizar una serie de matizaciones;

Teniendo en cuenta, en primer lugar, que IESA no dispone de más activos en balance aparte de HP, puede ser perfectamente posible que el interés de los Socios sea satisfecho. Normalmente, para asegurar el cumplimiento de las cláusulas de *manifestaciones y garantías* pactadas en el marco de la celebración del contrato de compraventa de empresa, se pactan garantías tanto reales como personales. Lo más común en estos casos es que IESA pretenda que la responsabilidad a la que deba hacer frente si la contingencia finalmente tiene lugar, y, por consiguiente, a

la indemnización a la que debe hacer frente se limite al importe que se asegura mediante alguna de estas garantías, evitándose así la posibilidad de que el comprador se dirija contra el patrimonio del vendedor.

Con estas consideraciones podemos deducir que no existe ningún inconveniente para que los *Socios -ABC y XYZ-* vean satisfechos sus intereses en el caso de que efectivamente tenga lugar el acontecimiento declarado a través de estas cláusulas de *manifestaciones y garantías*.

Las garantías que suelen ser pactadas entre ambas partes hacen referencia a la constitución de un aval bancario o el depósito en garantía de una parte del precio abonado por el comprador, conocido como *escrow account*. La cantidad en depósito suele ser una cantidad del precio de compraventa pactado, que se entregará al vendedor únicamente en el momento en que se haya dado cumplimiento a la condición pactada en el contrato, que normalmente suele ser el transcurso del plazo fijado para responder de la determinadas contingencias.

Otro tipo de garantías son las que hacen referencia a las cartas de patrocinio, conocidas también como *comfort letters*.

Por otro lado, las siguientes garantías a pesar de ser novedosas, no se ajustan de un modo exhaustivo a los intereses de Socios; para el caso en el que finalmente la contingencia fiscal tenga lugar.

En este sentido, en la práctica corporativa más reciente se pactan garantías que hacen referencia al establecimiento de *Seguros de M&A*. A través de la contratación de una póliza de seguro que ofrezca cobertura por estos incumplimientos, se cubren las pérdidas derivadas del incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías del vendedor, por hechos que tengan lugar y que éste desconozca, así como los costes de defensa derivados de dicho incumplimiento.

En ellos, se deduce la prima del precio de la compraventa, de forma que la aseguradora responderá directamente de la reclamación del comprador cuando se ponga de manifiesto la contingencia.

Existen dos tipos de seguros de manifestaciones y garantías; (i) los que suscribe el comprador, conocidos como *Buyer-side policy*; y, (ii) los que suscribe el vendedor, conocidos como *Seller-side policy*; siendo mucho más comunes aquellos que suscribe el comprador, dadas las ventajas que comporta para ambas partes. Los seguros que normalmente suscriben los compradores están destinados a cubrir los daños o pérdidas patrimoniales que el comprador sufre a consecuencia del incumplimiento por parte del vendedor de las manifestaciones y garantías contenidas en el contrato de compraventa, tratándose de un seguro de daños

Respecto los seguros que suscribe el vendedor, el objeto de éstos es cubrir la responsabilidad contractual del vendedor en caso de incumplimiento o inexactitud de algunas de las manifestaciones o garantías recogidas en el contrato, tratándose, por tanto, de un seguro de responsabilidad civil.

Por otro lado, es también bastante habitual que estos *Seguros de M&A* incluyan una serie de cláusulas conocidas como *claims made*, que tratan de limitar el período de declaración de un siniestro al periodo de vigencia de la cobertura, que normalmente coinciden con el período de vigencia de las manifestaciones y garantías.

En todo caso, la cobertura de la póliza suele excluir la responsabilidad de pago de la aseguradora en diversos supuestos: (i) aquellas contingencias conocidas en el momento de suscripción de la póliza; (ii) obligaciones y compromisos de los vendedores sobre la gestión del negocio durante el periodo interino o posterior a la fecha de cierre; (iii) daños derivados de actos delictivos del asegurado; y, (iv) contingencias de tipo medioambiental, fiscal o en prevención de blanqueo de capitales.

Es por este motivo, por el que a pesar de que a primera vista pudiera ser que se trata de una garantía idónea para la satisfacción de los intereses de los Socios, finalmente no es posible que ABC y XYZ en el marco de la negociación de la compraventa de HP con IESA, traten de suscribir un *Seguro de M&A*.

Alternativamente, otra vía de garantía que podría entenderse respetuosa con los intereses de los Socios, podría ser la redacción de una cláusula de *material adverse change* -MAC-. Este tipo de cláusulas autorizan al comprador a abandonar la transacción, es decir, a resolver el contrato, siempre y cuando se produzca un cambio sustancial en el valor de la empresa que se adquiere, esto es, si a consecuencia de la contingencia fiscal el valor de HP se reduce considerablemente entre el momento en el que se celebra el contrato y su ejecución, es decir, entre los momentos del *signing* y el *closing*.

Se trata de una cláusula *rebus sic stantibus* para los períodos de celebración y ejecución del contrato. Se suelen incluir, puesto que la ejecución de este tipo de contratos comporta períodos de tiempo bastante prolongados. El inconveniente de este tipo de cláusulas, motivo por el cual no podría adaptarse en el marco de la celebración del contrato de compraventa que nos ocupa, sería el hecho de que este tipo de cláusulas son específicas para los casos en los que la insatisfacción del interés del comprador se debe a cambios en las circunstancias que no están dentro de la esfera de riesgo del vendedor. En este sentido, las contingencias fiscales no pueden ser consideradas circunstancias que se encuentran fuera de la esfera de riesgo del vendedor, ya que este tipo de contingencias suelen resaltarse en el

previo procedimiento de *due diligence*, y, además, de forma complementaria, en las cláusulas de *manifestaciones y garantías* habitualmente se establecen declaraciones sobre cuestiones fiscales que rodean a la entidad objeto de la compraventa.

Por todo ello, la perfecta alternativa que se podría adaptar al respecto sería el establecimiento de cláusulas con *pactos de escrow*, indicadas de forma sucinta anteriormente. La peculiaridad de este tipo de garantía es que suele adaptarse para la previsión de posibles liquidaciones de Hacienda o de la Seguridad Social sobre ejercicios no prescritos.

En este sentido, hay que tener en cuenta que las deudas con Hacienda y con la Seguridad Social prescriben a los cuatro años, en virtud del *artículo 67.1 LGT* y el *artículo 24 de la LGSS*. Por tanto, cuando se firme la compraventa de HP, todavía existiría el riesgo de que estos organismos inicien una revisión sobre ejercicios anteriores a la transmisión; ya que este tipo de contingencias, como también hemos comentado anteriormente, no están delimitadas por los límites temporales. Ante esta contingencia, los *Socios* pueden exigir la retención de parte del precio de la operación.

En caso de que finalmente se acuerde la retención de una parte del precio, lo más conveniente es el depósito de la suma que se pretenda retener ante un notario. De esta forma las partes se aseguran de que no habrá incidencias en la liquidación final, ya que el notario solo entregará dicha cantidad económica cuando se cumplan determinadas condiciones convenientemente detalladas en un acta notarial. Esto es lo que se conoce como "*pacto de escrow*".

La suma a retener dependerá si la contingencia fiscal guarda relación con un incumplimiento normativo claro o con diferencias interpretativas entre la empresa y Hacienda. En virtud del *artículo 191.4 LGT*, si la empresa ha incurrido en algún incumplimiento normativo, el depósito comprenderá la cuota defraudada, los intereses y una sanción de hasta el 150% de dicha cuota. Tratándose de diferencias interpretativas, la retención comprenderá la cuota que reclama Hacienda y los respectivos intereses, en virtud del *artículo 179.2 LGT*.

Otra cuestión de relevancia de los *pactos de escrow*, es aquella relativa a las condiciones que deben cumplirse para que a los vendedores se les haga entrega de las cantidades depositadas. Al respecto, lo más común es permitirles a los vendedores acceder a estas cantidades a medida que vayan prescribiendo los ejercicios abiertos a inspección. En este sentido, una vez prescriban las contingencias fiscales relacionadas con el IVA, IESA podrá acceder a las cantidades depositadas, mientras que los *Socios* pueden exigir que, si finalmente tienen lugar estas contingencias, éstas se salden con cargo a ese depósito, por lo

que, de forma consiguiente, el precio final de la transacción se verá notablemente reducido.

Finalmente, a partir de estas consideraciones puede entenderse que los intereses de los Socios se verán respetados en relación con la contingencia fiscal relevante detectada en relación con el IVA, por lo que es posible pactar cláusulas de manifestaciones y garantías para cubrir este tipo de contingencias.

- 7. En principio ABC y XYZ disponen de fondos suficientes para adquirir HP, pero dado que ésta última tiene 500 millones de euros disponibles en la 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 Socios o bien les facilite un préstamo a estos? ¿Por qué? ¿Existen otras alternativas?**

A partir de lo planteado en esta cuestión, hay que tener en cuenta ante qué tipo de operación o acto nos encontramos. En este sentido, es preciso señalar que estamos ante una situación de asistencia financiera; que hace referencia a todos aquellos negocios a través de los cuales la sociedad -en este caso, HP-, ayuda financieramente a un tercero o varios a adquirir las participaciones de la sociedad.

Al ser el tipo social de HP una SL, hay que tener en cuenta el artículo 143 LSC, que establece lo siguiente en relación con los negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada:

*“1. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo al que pertenezca.*

*2. 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**”.*

En este sentido, una sociedad limitada no podrá anticipar sus propios fondos o conceder créditos, préstamos, garantías u otros mecanismos de asistencia financiera para llevar a cabo la adquisición de sus propias participaciones o de otras participaciones que sean creadas por sociedades del grupo al que esta pertenezca. Se parte de la idea de que una sociedad no puede destinar sus propios recursos, o ponerlos en riesgo, para que un tercero adquiriera sus participaciones.

Este tipo de prohibiciones comportan dos elementos; (i) uno de carácter objetivo, siendo estos la comisión de aquellos actos que la ley identifica constitutivos de asistencia financiera; y, (ii) uno de carácter subjetivo, que incluye la finalidad de obtener dicha asistencia financiera para la posterior adquisición de las participaciones de la propia sociedad.

Se trata de evitar que los recursos de una sociedad se destinen a cuestiones que están bastante alejadas de las que son propias de su actividad corporativa, y que estarían perjudicando el interés social de ésta y su solvencia económica. Por ello, no es posible, en virtud del artículo 143 LSC que la adquisición de HP se lleve a cabo mediante el pago a cuenta de los Socios, o bien, mediante la concesión de un préstamo a éstos, ya que, en ese caso, estaríamos ante un acto de asistencia financiera. Esta prohibición es absoluta y no cuenta con ninguna excepción que permita la realización de este tipo de operaciones.

Otro aspecto a tener en cuenta sobre la asistencia financiera es el relativo a qué consecuencias existen si se contraviene la prohibición recogida en el artículo 143.2 LSC. En este sentido, tanto el artículo 143 LSC como el artículo 150 LSC -relativo a las sociedades anónimas- no han previsto una sanción expresa, por lo que ha sido de interpretación doctrinaria la regulación de estas medidas.

Así, podría optarse, por la nulidad del negocio de asistencia financiera, en virtud del artículo 6.3 de nuestro Código Civil. Esta nulidad solo se hará extensible a la adquisición de las participaciones propias cuando el transmitente haya participado en el conjunto de la operación de asistencia financiera; supuesto que tiene lugar siempre y cuando sea la misma sociedad la que vende sus participaciones prestando asistencia financiera al comprador.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo 541/2018, de 1 de octubre de 2018* ha determinado que:

*“Al igual que sucedió al examinar el anterior motivo del recurso, **consideramos que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada, y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación**”.*

Así, nuestro Alto Tribunal ha interpretado que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones expresado en el artículo 143.2 LSC, no exige que se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad. Para satisfacer tal finalidad basta, por el contrario, con que se anule y se deje sin efecto la operación de financiación. De este modo, el crédito que se pretendía conceder por HP a los

Socios quedará sin efecto, de forma que, de llegarse a realizar esta operación, HP estará facultado para la exigencia de forma inmediata del pago de la totalidad del precio.

Declarado nulo el negocio de financiación, se seguirán las consecuencias previstas en el *artículo 1303 y ss CC* teniendo en cuenta que la prohibición legal no implica que los negocios de asistencia financiera sea negocios con causa ilícita.

Otra posible consecuencia sobre la realización de este tipo de operaciones; es la relativa a la responsabilidad civil de los administradores, por los daños ocasionados a los socios y/o terceros; en los términos del artículo 241 LSC, que prevé la acción individual:

*“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”.*

Finalmente, respecto a las posibles alternativas es preciso realizar una serie de puntualizaciones.

En primer lugar, hay que partir de la idea de que únicamente existen excepciones sobre asistencia financiera en el ámbito de las sociedades anónimas, por tanto, en lo que respecta a las sociedades limitadas, como es el caso objeto de estudio, el artículo 143 LSC en su apartado segundo establece una prohibición que es de carácter absoluto.

En el ámbito societario, el principio de libertad contractual consagrado por el artículo 1255 CC se encuentra limitado por esta prohibición de asistencia financiera, en aras de la garantía de una serie de intereses superiores.

- 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?**

Al respecto, en lo que concierne al traslado del domicilio social de HP a Madrid, hay que tener en cuenta que estamos ante un traslado que se efectúa dentro del territorio nacional, por lo que en este sentido hay que descartar la aplicación de los *artículos 92 y ss de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales*, puesto que únicamente tendría el traslado del domicilio social consideración de modificación estructural en el caso de que ésta efectivamente se trasladase al extranjero.

En este sentido resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 285 LSC, concretamente el apartado segundo que establece lo siguiente:

*“2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior **el órgano de administración será competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos.** Se considerará que hay disposición contraria de los estatutos solo cuando los mismos establezcan expresamente que el órgano de administración no ostenta esta competencia”.*

Este precepto fue modificado por el *Real Decreto Ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional*, de forma que hace una aclaración sobre la interpretación y la correspondiente aplicación de dicho artículo, al respecto de las constantes dudas que existían sobre cuándo existía “*disposición contraria de los estatutos*” que sustrae dicha competencia del órgano de administración.

Hay que tener en cuenta que la regla general es que las modificaciones estatutarias son competencia de la Junta General, pero en este caso, se trata de una competencia que ha sido delegada al Órgano de Administración, puesto que se trata de una decisión propia que se enmarca en el desarrollo del objeto social. Es decir, se trata de una decisión en materia de gestión de la sociedad, como bien indica el artículo 209 LSC:

*“**Es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley**”.*

De esta forma se extrae completamente la interferencia de la Junta General en este tipo de decisiones; no siendo posible incluso invocar el artículo 161 LSC que hace referencia a la intervención de la Junta General en los asuntos de gestión.

Por tanto, con la entrada en vigor del *Real Decreto Ley 15/2017*, el Órgano de Administración de HP siempre será el competente para trasladar el domicilio dentro de todo el territorio nacional, siempre que no exista una disposición clara de los estatutos que establezcan expresamente que el Órgano de Administración no ostenta la competencia de trasladar el domicilio social dentro del territorio nacional. Se trata, por tanto, de una competencia exclusiva y excluyente del órgano de administración; por lo que el procedimiento para el traslado del domicilio social de HP solo requiere elevar a público la decisión adoptada por el órgano de administración de HP e inscribirla en el Registro Mercantil. Si los socios pretenden mantener el control sobre el cambio de domicilio social dentro del territorio nacional, deberán promover la modificación de los estatutos sociales en los términos previstos por el *Real Decreto Ley 15/2017*.

En segundo lugar, respecto a la revocación de los poderes generales existentes y el otorgamiento de poderes generales nuevos, es preciso saber que el competente de forma exclusiva para la revocación y otorgamiento de nuevos poderes generales es el Órgano de Administración. En este sentido, la extinción del poder se extingue por revocación expresa, en virtud del *artículo 290 CCom*:

**“Los poderes de un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante, la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido”.**

La Junta General no puede otorgar poderes; sin perjuicio de que corresponda a la misma de forma exclusiva autorizar expresamente la autocontratación o el conflicto de intereses en que pueda incurrir el apoderado.

En este sentido se pronuncia la *Resolución de la DRGN de 4 de febrero de 2011* al indicar que:

**“Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo, que *la Junta General no puede otorgar poderes, ya que el órgano competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales* y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él”.**

Esto es así, según continúa esta Resolución, incluso en el caso de las sociedades unipersonales, al indicar que:

**“Es indudable que la reunión de todas las acciones o participaciones en una sola mano no puede dispensar de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad, y en particular, de las que disciplinan su organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con los órganos previstos en la Ley y observar los preceptos procedimentales y formales relativos a la toma de decisiones, salvo los que tengan carácter dispositivo. Por tanto, la Junta General, aun constituida en este caso por socio único, no tiene capacidad para otorgar el poder cuya inscripción se solicita, siendo la competencia para verificar tal otorgamiento propia del órgano de administración”.**

Por tanto, es clara la idea de que la revocación expresa de los poderes generales conferidos como el otorgamiento de poderes generales nuevos es facultad del órgano de administración de HP.

Al hilo de lo señalado anteriormente, únicamente los poderes generales son de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil, en virtud de los *artículos 22.2 CCom* y *94.1.5<sup>o</sup>RRM*, si bien la eficacia de dicha inscripción es meramente declarativa, pues en estos casos, aunque el poder surja efecto y el apoderado esté

facultado para representar o llevar a cabo cualquier negocio, aun contando con el juicio notarial de suficiencia que lo autoriza, no podrá considerarse acreditada su legitimación para representar a dicha sociedad, ya que en estos casos siempre prevalecerá la presunción de exactitud y validez de los asientos del registro, según la reiterada doctrina de las resoluciones de la DGRN.

Es por ello, que la inscripción a pesar de ser declarativa comporta la eficacia completa del apoderamiento general frente a terceros, incluso a los de buena fe. Finalmente, dicho otorgamiento debe documentarse mediante documento público, que finalmente será inscrito, como bien hemos comentado, en el correspondiente Registro Mercantil.

**9. Tan pronto adquieran el capital social de HP, la intención de ABC y XYZ (dada 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?**

En primer lugar, en lo relativo a la *Deuda con Bancos* y la *Deuda con Socios*, es preciso señalar que, para el pago anticipado de ésta, podría ser conveniente la suscripción del respectivo acuerdo de refinanciación colectivo, contemplado en el artículo 597 del *TRLC*.

En este tipo de acuerdos, el deudor debe pactar acuerdos con varios acreedores, garantizando que éstos responden a un plan de viabilidad que afiance la continuidad de la empresa y de la correspondiente actividad empresarial. Para que este acuerdo sea adoptado, es preciso que se obtengan adhesiones suficientes por parte de los acreedores, por lo que resulta imprescindible que se adhieran tres quintas partes del pasivo del deudor. En este sentido bastaría con la adhesión del Banco Español, S.A (“**BE**”), ya que con dicho acreedor se ha suscrito el principal contrato de financiación, por la casi totalidad del importe de la deuda de HP. Este acuerdo debe formalizarse en escritura pública por todas las partes que se hayan adherido al acuerdo, con el respectivo quorum mínimo certificado por un auditor de cuentas.

Diferente es la cuestión en lo relacionado con el pago anticipado de cada deuda. En este sentido, respecto a la *Deuda Bancos*; consistente en una financiación bancaria por importe de 400 millones de €. Para el pago anticipado de dicho crédito, puede ser conveniente la suscripción de un nuevo crédito con el sindicato bancario alemán, por un importe superior al concedido por BE, de forma permita una financiación de la actividad empresarial, y a su vez posibilite el pago anticipado del crédito respecto a BE.

Respecto a la *Deuda Socios*; pueden ser diversos los motivos que lleven a tomar la decisión del pago anticipado de un préstamo participativo; pero en este caso, es claro que se debe al efectivo cambio de control que HP sufrirá tras la adquisición llevada a cabo por ABC y XYZ.

Respecto a este préstamo otorgado por IESA a HP por una cantidad de 100 millones de euros, con fecha de vencimiento de 1 enero de 2030, es destacable que la para la amortización anticipada de esta deuda será de aplicación el *art.20.1. b) del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad*.

Este precepto establece que el prestatario -HP-:

**“Solo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo *si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios, y siempre que éste no provenga de la actualización de activos*”.**

Al respecto, esta obligación legal de “compensar” la amortización mediante una ampliación de los fondos propios “de igual cuantía”, solo tiene lugar cuando la facultad de amortización anticipada es ejercitada por la sociedad prestataria; es decir, HP, como es el caso al que estamos haciendo referencia.

La obligación que surge de realizar una ampliación de los fondos propios de “igual cuantía” se sustenta en el fundamento de la protección que debe otorgarse a los acreedores no participativos respecto de la permanencia del crédito participativo, que mantiene la condición de crédito subordinado, durante un período de tiempo superior. De esta forma, la norma protege a los acreedores no participativos - contractuales, legales o extracontractuales- cuyos créditos hayan nacido antes de que el hecho de su amortización se haya publicado en la memoria de las cuentas anuales, obteniendo así el carácter de público. Igualmente, la ley pretende minimizar el riesgo que implica para los acreedores la propia existencia de deuda participativa frente a su pago anticipado, ya que, si antes de la fecha de vencimiento se utilizan activos sociales para pagar una deuda subordinada, se genera un riesgo para los acreedores que la ley exige que se compense de un modo equivalente, es decir, con parecido nivel de garantías para los acreedores.

Respecto a la dotación de fondos propios que la norma exige, ésta debe realizarse por la totalidad de la cantidad amortizada de forma anticipada, y no por el importe inicial del préstamo, si en parte ya venció. La dotación debe mantenerse durante el periodo inicial de vigencia del mismo préstamo.

En cuanto al tipo de dotación que debe llevarse a cabo para que la ampliación de los fondos propios sea efectiva, podría pensarse que la única forma de realizarlo sea mediante una “aportación”; ya sea al capital o al Plan General Contable. Pero

es posible admitir otras formas para que la compensación a la que se refiere el legislador se materialice. En este sentido;

- Si se pretende mantener a los acreedores no participativos en el grado de garantías existente de forma previa, podría ser posible usar como medida de compensación la sustitución del préstamo participativo por otro que tenga una duración idéntica al préstamo anterior.
- También es posible llevar a cabo un aumento de capital con cargo a beneficios o reservas de libre disposición, o bien, llevar a cabo la recalificación de una reserva que tiene el carácter de disponible a carácter indisponible, ya que no tiene sentido que los socios se repartan una reserva de libre disposición para que luego tengan que realizar una aportación a fondos propios, como pretende el legislador.
- Todo ello, teniendo en cuenta que, si a consecuencia de la amortización anticipada, la sociedad incuriría en causa de disolución o de reducción obligatoria de la cifra de capital; en este caso, es necesario que se lleve a cabo un aumento de la cifra de capital en la medida que corresponda.

Por otro lado, también es importante resaltar cuales serían las consecuencias de la infracción de la norma mencionada por parte de HP, en el sentido de que finalmente no tenga lugar el cumplimiento del deber de ampliar los fondos propios.

En este sentido, respecto de la posible nulidad del ejercicio de la facultad de amortización anticipada, es preciso indicar que, conforme a las reglas generales del Código Civil en materia de nulidad de obligaciones y contratos, esto conllevaría el restablecimiento obligatorio y con efectos retroactivos del contrato originario. Parece ser que, dicha nulidad podría estar reservada para el caso en el que la amortización anticipada del préstamo participativo haya sido acordada de mutuo acuerdo entre las partes del contrato, esto es, entre HP e IESA, y para el caso de que IESA como prestamista conociera el incumplimiento de la norma legal.

Para ejercer dicha acción de nulidad, tendrían legitimación activa todos aquellos acreedores que ostenten un interés legítimo; es decir, que sean titulares de derechos de crédito existentes hasta el momento de la amortización del préstamo participativo en tanto no se les paguen o garanticen sus créditos. También mantendrán dicha legitimación activa todos aquellos acreedores que hubieran contraído obligaciones con la sociedad confiando en la existencia de la financiación subordinada que está publicada en la memoria de las cuentas anuales.

Cuestión distinta es la responsabilidad de los administradores de HP como sociedad prestataria del crédito participativo, y la correspondiente responsabilidad de IESA como sociedad prestamista, o bien, de sus administradores.

Es sabido que, el incumplimiento de una norma de carácter imperativo genera la responsabilidad de los administradores de HP, en su condición de sociedad prestataria por los daños que sean objetivamente imputables, tanto si la perjudicada es HP como si los perjudicados son terceros. Como bien hemos indicado anteriormente, el deber concreto de ampliación de los fondos propios responde a la finalidad de reforzar la situación patrimonial de HP para la correcta protección de los acreedores, por lo que habría lugar a daño indemnizable en los siguientes casos:

- Si HP como sociedad prestataria incurre en situación de insuficiencia patrimonial a consecuencia de la amortización anticipada del préstamo participativo.

- Por la cuota proporcional que le correspondería percibir a los acreedores protegidos por la norma si la prestataria hubiera dotados sus fondos propios en la medida que exige el *art.20.1. b) del Real Decreto Ley 7/1996*.

- Sería extensible la responsabilidad a IESA, o bien, a sus administradores, si ésta eventualmente concediera su consentimiento a la amortización anticipada del préstamo participativo, que no estaba previsto de forma inicial, conociendo que la prestataria había incumplido su deber de dotación de los fondos propios de HP.

**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, qué órgano(s) debería(n) aprobar la suscripción del nuevo contrato y con qué requisitos? ¿Identificamos algún riesgo en relación con dicha resolución?**

En respuesta a esta cuestión, conviene traer a colación el reciente *artículo 231 bis LSC*, relativo a las operaciones intragrupo, añadido por el *artículo 3.5 de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas*. Dicho artículo 231 bis LSC determina lo siguiente:

*“1. La aprobación de las operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés corresponderá a la junta general cuando el negocio o transacción en que consista, por su propia naturaleza, esté legalmente reservada a la competencia de este órgano y, en todo caso, cuando el importe o valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea superior al 10 % del activo total de la sociedad.*

*2. La aprobación del resto de las operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés, corresponderá al órgano de administración. No obstante lo previsto en los artículos 228.c) y 230, la aprobación podrá hacerse con la participación de los administradores que estén vinculados y representen a la sociedad dominante, en cuyo caso, si la decisión o voto de tales administradores resultara decisivo para la aprobación, corresponderá a la sociedad y, en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo es conforme con el interés social en caso de que sea impugnado y que emplearon la diligencia y lealtad debidas en caso de que se exija su responsabilidad.*

*3. La aprobación de operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés podrá ser delegada por el órgano de administración en órganos delegados o en miembros de la alta dirección siempre y cuando se trate de operaciones celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial, entre las que se incluirán las que resultan de la ejecución de un acuerdo o contrato marco, y concluidas en condiciones de mercado. El órgano de administración deberá implantar un procedimiento interno para la evaluación periódica del cumplimiento de los mencionados requisitos.*

*4. A los efectos de los apartados anteriores, no se considerarán operaciones realizadas con una sociedad del grupo sujeta a conflicto de interés aquellas realizadas con sus sociedades dependientes, salvo cuando en la sociedad dependiente fuese accionista significativo una persona con la que la sociedad no podría realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas. No obstante, para la sociedad dependiente que esté sujeta a esta Ley, por tratarse de operaciones celebradas con la sociedad dominante, será de aplicación lo previsto en los apartados anteriores”.*

Hay que tener en cuenta que la aplicación de este nuevo régimen se refiere a aquellas operaciones que son realizadas por una sociedad, en este caso HP, con su sociedad dominante u otra sociedad de su grupo sujetas a conflicto de interés, como es el caso de ABC, puesto que tras la adquisición de HP; ABC pasaría a ser

sociedad dominante de ésta, y, por consiguiente, HP estaría encuadrada dentro del grupo de sociedades de ABC.

Otro argumento posible por el que resulta de aplicación dicho nuevo régimen contenido en la LSC es que, desde la perspectiva de HP, ABC no es titular del 100% del capital social, por tanto, HP no es una filial íntegramente participada de ABC, por lo que es perfectamente posible que existan conflictos de interés respecto a la pretendida operación de celebración de un nuevo contrato de O&M, dado el alto porcentaje de capital social del que dispone ABC.

De aquí se desprende un nuevo argumento para la aplicación de este régimen; y es que únicamente será de aplicación cuando se trate de una operación con un elevado riesgo de que exista conflicto de interés, y además cuando la sociedad de la que depende en este caso HP sea un accionista significativo -en este caso, como hemos dicho, ABC dispone del 90% del capital social de HP- con la que la sociedad no podría realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas. Dicho de otro modo, cuando en la sociedad dependiente -HP- sea accionista significativo una parte vinculada de la sociedad que está obligada a aprobar la operación -ABC-. Todo ello, sin perjuicio de que el régimen de aprobación también le resulte de aplicación a la sociedad dependiente por tratarse de operaciones celebradas con la sociedad dominante.

Estas operaciones en el marco de operaciones intragrupo sujetas a conflicto de interés requieren que sean aprobadas por la Junta General cuando (i) por su propia naturaleza lo exija la ley, o, (ii) cuando el valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en acuerdo o contrato marco sea igual o superior al 10% del activo total de la sociedad. Por otro lado, el Órgano de Administración estará facultado para la aprobación de este tipo de operaciones en el resto de los casos.

Para este tipo de situaciones es preciso acudir a la nueva redacción dada del artículo 231.1 LSC, que incluye expresamente a los socios representados por el administrador en el órgano de administración:

*“1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:*

*a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.*

*b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.*

*c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.*

*d) Las sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección. A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho, o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad.*

*e) Los socios representados por el administrador en el órgano de administración”.*

Con ello, se establece fehacientemente la obligación general de abstención de los administradores en los asuntos en los que la persona vinculada sea el socio que propuso su nombramiento. En consecuencia, conforme al deber de lealtad de los administradores previsto en la LSC, los administradores deberán abstenerse de participar en asuntos en los que la persona vinculada al administrador tenga un conflicto de intereses con la sociedad, como es el caso que nos ocupa, puesto que ABC dispone de dos administradores que se encuentran vinculados con la sociedad, por lo que en el caso de que la decisión sea finalmente decidida por el Órgano de Administración de HP, éstos deberán abstenerse de participar, por lo que finalmente la decisión recaerá sobre el administrador vinculado con XYZ.

Como última indicación también es conveniente atender a la excepción esgrimida a partir de dicha regla de la abstención. En las operaciones intragrupo sujetas a conflictos de intereses, el legislador ha permitido que voten los dos administradores de HP propuestos por ABC, puesto que representan a la sociedad dominante. Esto encuentra fundamento y justificación en el hecho de la facilitación de planificación estratégica de los grupos. En este tipo de casos, se ha establecido una inversión de la carga de la prueba, de forma que, si el voto de los administradores de ABC es decisivo -como es en el caso que nos ocupa- para aprobar la operación, es facultad de los administradores afectados por el conflicto -los 2 propuestos por ABC- probar que el acuerdo es conforme con el interés social en caso de que haya sido impugnado y que han empleado la diligencia y lealtad necesaria para el caso en el que se exija su responsabilidad.

## ANEXO

### BIBLIOGRAFÍA

#### Análisis jurídicos

ALFARO, J., *La prohibición de la unanimidad en la adopción de acuerdos sociales*, ALMACÉN DE DERECHO, 2016.

ALFARO, J., *Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias*, ALMACÉN DE DERECHO, 2017.

ALFARO, J., *La compraventa de empresas (iii): Contenido típico de un contrato de compraventa de empresa (SPA sale-purchase agreement)*, ALMACÉN DE DERECHO, 2021.

CERDÁ ALBERO, F., *El apoderado de las sociedades de capital*, ECONOMIST & JURIST, 2017.

DE CENDRA, J., & BALAÑÁ, J.M., *Los contratos de M&A en España*, IE BUSINESS SCHOOL & HOGAN LOVELLS, 2014.

GIMÉNEZ-SALINAS., *La eficacia de los pactos de socios. ¿Qué pactos son inscribibles en estatutos?, ¿Qué otras vías de ejecución forzosa existen para aquellos pactos que no son inscribibles?*, 2019.

LEGAL FLASH., *Novedades para sociedades no cotizadas: reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, CUATRECASAS, 2021.

MANCHADO MONTERO DE ESPINOSA, R., & PÉREZ, E., *El nuevo régimen de las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas y de las operaciones intragrupo*, Periscopio Fiscal y Legal PWC, 2021.

MARTÍN DE LA BÁRCENA, F., *La dispensa de operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril*, GA\_P, 2021.

MARTÍN DE LA BÁRCENA, F., *Pactos parasociales omnilaterales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de abril del 2022*, GA\_P, 2022.

PAZ-ARES, C., *La cuestión de validez de los pactos parasociales*, URÍA & MENÉNDEZ, 2011.

### Artículos de revistas

BARREDO, M., & CANSECO, O., 'El nuevo régimen de inversiones extranjeras como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid-19: aspectos prácticos tras los primeros meses de aplicación y la primera reforma'. , *Diario La Ley n° 9760 Sección Tribuna*, 2020.

CAMPINS VARGAS, A, 'El caso del administrador común en operaciones vinculadas. Votar o no votar. Esa es la cuestión', *Revista de Derecho de Sociedades*, 2022.

GUERRERO, C., 'Cómo redactar una cláusula Lock-up en un pacto de socios', *Emprenderalia Magazine*.

MARTÍN BAUMEISTER, B., 'La cláusula de manifestaciones y garantías como ejemplo de Legal transplant en Derecho Español', *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021.

RADOVANOVIC, B., 'La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un pacto parasocial omnilateral y la relevancia de la buena fe. Comentarios a la STS (Sala 1º) de 25 de febrero 2016 (RJ 2016, 635), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil n° 103*, 2017.

PAZ-ARES, C., 'El enforcement de los pactos parasociales'. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003.

REYNA SANTOS, C., DE BIASE, P., & NÚÑEZ DE AYSA, F., 'La Nueva Era de los Seguros de Manifestaciones y Garantías en Operaciones de M&A', *Revista Española de Capital Riesgo*, 2016.

### Otros trabajos

BORES DE LA RIVA, F., *Los pactos parasociales omnilaterales: ¿Separación de esferas o integración del interés social?* (Trabajo Fin de Grado), Universidad Pontificia Comillas.

MONTERO RIVERO, L., *Los pactos parasociales en el ordenamiento jurídico español* (Trabajo Fin de Máster), 2020, Cunef.

PÉREZ-SALAS ORDÓÑEZ, N., *Los pactos parasociales, su validez, eficacia, oponibilidad y enforcement frente a las sociedades, los socios y terceros* (Trabajo Fin de Grado), 2018, Universidad Pontificia Comillas.

SANDOVAL MARTÍNEZ-ABARCA, J., *Los pactos parasociales acordados por la totalidad de los socios de una sociedad* (Trabajo Fin de Grado), 2021, Universidad Pontificia Comillas.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *Operaciones apalancadas de empresas y su problemática con la asistencia financiera* (Trabajo Fin de Grado), 2020, Universidad Pontificia Comillas.

SEPBLAC, *Recomendaciones sobre las medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, 2013.

SEPBLAC, *Guía de cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en relación con los fideicomisos anglosajones (trusts) y otros instrumentos jurídicos similares*, 2019.

VILA RECIO, E., *La cláusula de Manifestaciones y Garantías en la adquisición de empresas* (Trabajo Fin de Grado), 2020, Universidad Pontificia Comillas.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., *La reforma de la asistencia financiera en Europa* (Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2006, Universidad Complutense).

### **Legislación y jurisprudencia**

XII Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se Suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

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

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Orden JUS/1256/2019, de 26 de diciembre, sobre la inscripción en el Registro Mercantil de las personas físicas o jurídicas que de forma empresarial o profesional prestan los servicios descritos en el artículo 2.1.0) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

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

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

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

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.

Real Decreto Legislativo 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad.

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

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional.

Real Decreto Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria.

Real Decreto Ley 12/2021, de 24 de junio.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de septiembre de 2018.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de febrero de 2011.

Resolución de 28 de marzo de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2019

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de abril de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo 941/2009, Sala 1º, de 6 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 103/2016, Sala 1º, de 25 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 541/2018, Sala 1º, de 1 de octubre.