



FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**

Alejandro Tébar Illán

Tutor: Fernando Igartua Arregui

Madrid

Diciembre 2022

## ÍNDICE

PREGUNTA 1

PREGUNTA 2

PREGUNTA 3

PREGUNTA 4

PREGUNTA 5

PREGUNTA 6

PREGUNTA 7

PREGUNTA 8

PREGUNTA 9

PREGUNTA 10

## 1. Puede ABC adquirir participaciones en una sociedad española y, en su caso, que requisitos/formalismos deberá cumplir?

### 1.1.1. Inversiones Extranjeras

ABC es una sociedad luxemburguesa que se dedica a la inversión en infraestructuras. Al no tratarse de una sociedad española, existen determinadas normas jurídicas que deben tenerse en cuenta para adquirir las participaciones.

Antes del Covid-19, existía un régimen más liberalizado para las inversiones de extranjeros en España. A partir de la pandemia, se aprobó el Real Decreto Ley 8/2020, 11/2020 y 34/2020 modificando la Ley 19/2003, de 4 de julio sobre el 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. Dicho cambio normativo introdujo el artículo 7 bis. En él, se define la inversión extranjera directa como *“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 concorra 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.”*

En este caso, se cumple con el requisito de que exista una participación superior al diez por ciento del capital, al adquirir dicha sociedad un noventa por ciento de HP como también se cumple con el requisito de que el titular real se encuentre en un país fuera de la Unión Europea, al encontrarse el Trust domiciliado en Bermudas.

El apartado 2 del citado artículo suspende el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España cuando se realicen en sectores que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública, especialmente, cuando afecte a infraestructuras críticas y a los suministros de insumos fundamentales, como la energía (entendiendo como energía los contemplados en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En este caso, al ser HP una entidad de capital privado titular de un veinticinco por ciento de las centrales hidráulicas operativas de España, se suspende el régimen de liberalización de la adquisición por ABC de su participación en ella.

La suspensión del régimen de liberalización conlleva a que la inversión requiera realizarse mediante la obtención previa de la autorización administrativa correspondiente. Deberá ser otorgada a través del procedimiento y por los órganos que reglamentariamente se disponga, tal y como radica en el artículo 6 de la citada ley.

En el caso de realizar la operación sin la debida autorización conllevará a que carezca de validez como también de efectos jurídicos, tal y como se establece en el apartado 5 del artículo 7 bis. Si bien es cierto que el apartado 6 abre la posibilidad a que el Gobierno establezca reglamentariamente las categorías de operación y los importes por debajo de los cuales dichas operaciones se encontraran exentas de someterse al régimen de autorización previa, debido a la nula o escasa repercusión de los bienes jurídicos protegidos. A pesar de ello y como hemos mencionado con anterioridad, se trata de bienes esenciales y sensibles para España.

Por otro lado, con anterioridad al Real Decreto Ley 8/2020, existían determinadas excepciones a la liberalización de las inversiones extranjeras en España. Entre ellas se encuentran aquellas actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud pública, pudiendo ser motivadamente

suspendidas por el Consejo de Ministros tanto con carácter general o particular (arts. 7 y 7 bis.4 Ley 19/2003 y art. 10 RD 664/1999). Nuevamente, nos encontramos ante un caso en el que es indispensable la solicitud de autorización.

En cualquier caso, *“la solicitud de autorización se dirigirá al Director general de Política Comercial e Inversiones Exteriores, correspondiendo su resolución al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores”* (artículo 10.3 RD 664/1999). El apartado 3 determina que dichas inversiones *“deberán realizarse dentro del plazo que específicamente hubiere señalado la autorización o, en su defecto, en el de seis meses; transcurrido el plazo sin haberse realizado la inversión, se entenderá caducada la autorización, salvo que se obtenga prórroga”*.

Además, el Real Decreto 664/1999 sobre inversiones exteriores establece en su artículo 4.1 la necesidad de declarar en el Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda la inversión, debiendo realizarla con anterioridad a la realización de la inversión, tal y como radica en su artículo 4.2

#### 1.1.2. Control de Concentraciones

Debemos analizar la política de control de concentraciones, que tiene la finalidad de evitar los debilitamientos de la estructura competitiva de los mercados como consecuencia de una operación. Tanto en el ámbito europeo (Reglamento CE 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones empresariales), como también en el ámbito español (artículo 7, 8 y 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), se han establecido mecanismos de control previo que requieren la notificación *ex ante* cuando se realicen concentraciones que superen determinados umbrales en el volumen del negocio y/o cuando las empresas afectadas supere una determinada cuota de mercado. Como norma general, se encontrará suspendida la operación hasta que sea autorizada por la autoridad competente (podrá autorizarse de forma expresa o tácita, y con o sin condiciones).

El artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia define lo que es una concentración económica al establecer que *“se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas”*. Respecto de lo anterior, *“el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa”* tal y como se determina en su apartado segundo. Ello muestra como el control se adquiere cuando se ostenta la capacidad para decidir la totalidad de la estrategia empresarial o se adquiere el derecho de veto de la política de la estrategia empresarial. Además, el apartado tercero determina aquellas situaciones que no se consideran como una concentración.

Una vez aclarado lo que se considera control de concentraciones, debemos analizar el ámbito de aplicación establecido en su artículo 8 en el que se establece que el procedimiento de control tendrá lugar cuando concurra al menos una de las siguientes dos circunstancias:

- a) *“Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”*.
- b) *“Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros”*.

A pesar de dichos umbrales, el apartado segundo del artículo 8 hace referencia a que *“Las obligaciones previstas en la presente Ley no afectan a aquellas concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, salvo que la concentración haya sido objeto de*

*una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento”.*

En este caso nos encontrarnos ante una posible concentración en España y no con dimensión comunitaria. Nada nos hace pensar que tengan acciones/participaciones con anterioridad en este mercado, por lo que, al adquirir dicha participación, a pesar de ello, deberá de analizarse si superan dichos umbrales.

En el caso de sobrepasar los umbrales previamente analizados, serán de aplicación las obligaciones de notificación y suspensión de la ejecución del artículo 9 de la Ley de Defensa de la Competencia. En su apartado primero se determina la obligación de notificar a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a la ejecución de la operación, no pudiendo realizarse hasta que *“haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en el caso de levantamiento de la suspensión”.*

Por último, los sujetos obligados a notificar realizar la citada notificación son (artículo 9.4 de la Ley de Competencia): *“a) Conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; b) Individualmente, la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas”.* Además, *“En el caso de que una concentración sujeta a control según lo previsto en la presente Ley no hubiese sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, ésta, de oficio, requerirá a las partes obligadas a notificar para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días a contar desde la recepción del requerimiento”*, tal y como establece el apartado cinco del citado artículo.

Aparentemente, a pesar de la falta de datos, no se superan los umbrales mencionados. Desconocemos las cifras del negocio de los partícipes de la operación. Dados los derechos otorgados al accionista minoritario, podría entenderse que existe control conjunto de la inversión. En este caso, a efectos de calcularse los umbrales, deberían tenerse en cuenta no sólo la situación de ABC sino también la de XYZ.

### 1.1.3. Autorización Junta General de Accionistas

Al tratarse de la venta de un activo esencial, será necesario contar con la autorización de la Junta General del vendedor (artículo 160.f de la Ley de Sociedades de Capital), como también para los compradores.

### 1.1.4. Formalidades

- Otorgamiento de Escritura Pública, como se explica más adelante
- Declaración de Inversiones Extranjeras, como ya se ha explicado
- Otorgamiento de Acta de Titularidad Real, como se explica en el apartado siguiente

## **1.2. En relación a las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. ¿Qué formalizades deberán cumplir ABZ, XYZ y HP?**

A continuación, vamos a exponer la relevancia que tiene la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo respecto de las formalidades que deberán cumplir ABZ, XYZ y HP.

Conforme a lo establecido en el Real Decreto 1080/1991, las Islas Vírgenes Británicas y Luxemburgo son consideradas un paraíso fiscal. En las primeras se encuentra domiciliada Global, Sociedad respecto de la cual ABC se encuentra íntegramente participada, estando esta última domiciliada en Luxemburgo. Además, se encuentra domiciliado en las Islas Bermudas, que se considera un paraíso fiscal, el Trust que es propietario del capital social de Global. Con todo ello, es imprescindible que ABC determine la Titularidad real del Trust. Los artículo 4.2.c) y el 4.ter determinan que se considerarán titulares reales el fideicomitente, el fiduciario, el protector, el protector, los beneficiarios (en caso de existir), como también cualquier persona física que, en último término de control del fideicomiso, ejerza la propiedad de forma directa o indirecta.

En este caso, lo importante es resaltar que ninguna de las tres Sociedades mencionadas son sujetos obligados desde el punto de vista del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sino que son sujetos obligados los

abogados y los notarios intervinientes. Por esta razón, existen dos obligaciones importantes que derivan de dicha operaciones:

- a) El comprador tiene que dar información al notario y a su abogado para saber si no entra dentro del régimen de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y determinar el origen de los fondos.
- b) Hay una formalidad que consiste en la realización del acta de titularidad real, que consiste en determinar las personas finales que van a intervenir en la operación.

Cualquier abogado español interviniente en la operación tendrá que realizar los procedimientos pertinentes para identificar cualquier posible situación de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo y clasificarlo en función al tipo de riesgo de la operación. Por otro lado, el notario deberá realizar lo mismo y ver quiénes son los titulares reales, debiendo firmarse la escritura del acta de titularidad real. Conforme a lo establecido en el artículo 9 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, para poder realizar dichas aclaraciones, el abogado y el notario tendrán que solicitar a las tres sociedades que les entreguen la siguiente documentación:

- a) Aquella que permita identificar al titular real, pudiendo realizarse a través de una declaración responsable por el cliente o por la persona que tenga ostente la representación de la persona jurídica.
- b) Aquella que permita determinar el origen de los fondos y sobre la actividad empresarial del cliente, sus cuentas anuales y, en su caso, los informes de auditoría.
- c) Aquellos que permitan realizar una identificación fehaciente. Como los sujetos en cuestión son personas jurídicas, deberán aportarse los documentos que acrediten la denominación social, el domicilio, la forma jurídica, la identidad de los administradores, los documentos que acrediten los poderes otorgados, los estatutos como también el número de

identificación fiscal de las Sociedades como también cualquier otro que sea relevante para acreditar su existencia.

Con todo lo expuesto en este apartado, determinamos que existe un alto riesgo respecto de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo porque nos encontramos ante una operación que implica la existencia de posibles titulares reales en paraísos fiscales y la porque la inversión se realiza en un sector sensible como supone el preste contrato (adquirir en propiedad el 25% de las centrales hidráulicas de España). Por esta razón, es indispensable que se comunique al SEPBLAC la operación siempre y cuando existieran indicios de que se estuviese realizando una actividad de blanqueo de capitales o 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?**

Existen tres formas legalmente válidas para poder otorgar un poder notarial, entre ellas, cabe realizarlo ante un notario español, en un consulado o ante un notario extranjero. Al tratarse de una sociedad española y otra extranjera, no coincidirán todas las formalidades exigibles para ambas.

En primer lugar, respecto de la Sociedad española, debemos destacar que el artículo 1.278 CC establece que *“los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*. Para que el contrato se perfeccione, deben concurrir los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca (artículo 1261 CC).

A parte de los requisitos generales para su validez, hay que tener en cuenta la norma especial. Cabe la aplicación analógica al apoderamiento de lo establecido para el mandato, concretamente, el artículo 1.710 CC dispone que *“el mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser expresa o tácita, deducida*

*esta última de los actos del mandatario*”. Como excepción a dicho principio, el artículo 1.280.5 CC establece que *“deberán constar en documento público (...) El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero*”. Dicho poder público deberá ser autorizado por un notario o un empleado público competente y contar con las formalidades establecidas legalmente (artículo 1216 CC). Además, cuando el acto tenga que inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 18 del Código de Comercio y artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil) o en el Registro de la Propiedad (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), la regla general establece que, deberá constar en documento público.

Respecto de los documentos públicos, el artículo 145 RN establece que *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes*”. Continúa el artículo estableciendo que *“Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello*.

*No obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:*

- 1. La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.*
- 2. Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.*
- 3. La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación*

*o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento”.*

En cuanto a la legitimación que debe tener la persona que debe elevar a público, el artículo 1 LN establece que *“El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”*. Además, *“el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado”*, tal y como establece el artículo 147 RN.

Por otro lado, existen diversos requisitos formales contemplados en el artículo 154 RN que establece que: *“Los instrumentos públicos, a excepción de las pólizas, se extenderán en el papel timbrado correspondiente, comenzando cada uno en hoja o pliego distinto, según se emplee una u otra clase de papel y, en todo caso, en la primera plana de aquéllos. Al final del instrumento, expresará el notario la numeración de todas las hojas o pliegos empleados que deberá ser estrictamente correlativa, salvo que con carácter excepcional y por causa justificada que el notario expresará no pudiere hacerse así. Las firmas de los otorgantes deberán figurar a continuación del texto del acto o negocio jurídico que se autoriza o interviene, sin perjuicio de que cuando el número de otorgantes así lo exigiere se utilice uno o más folios adicionales, cuya numeración deberá ser igualmente relacionada por el notario.*

*Cuando por tratarse de provincia exceptuada del uso de papel sellado o cuando por alguna circunstancia excepcional se emplee papel común sin señal o numeración que lo identifique suficientemente, los otorgantes y testigos, en su caso, deberán firmar en todas las hojas o pliegos.*

*No será necesaria la firma de otorgantes y testigos en las particiones y demás documentos que se protocolicen, aun cuando se hallen extendidos en papel común, debidamente reintegrado, si el instrumento público mediante el cual se protocolicen, lo está en papel timbrado o que reúna las condiciones expresadas. Además, deberán llevar numeración correlativa todas las hojas, incluso las en blanco, que constituyen el protocolo anual”.*

En segundo lugar, respecto de la Sociedad extranjera, al tratarse ABC de una sociedad no española que otorga un poder notarial en el extranjero, concretamente en Luxemburgo, es necesario convalidarlo para que tenga una eficacia plena en España. Para ello, es necesario que la escritura pública vaya sellada con la apostilla que se colocará en el propio documento o sobre una prolongación del mismo (artículo 4 del Convenio). Por esta razón, deberemos tener en cuenta las formalidades y los requisitos establecidos en el Convenio de la Haya, concretamente, en su artículo 2 determina que *“La legalización, en el sentido del presente Convenio, sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente”*.

Si bien es cierto que el artículo 3 del Convenio de la Haya faculta a que no tenga por qué exigirse apostilla cuando las leyes, los reglamentos o usos que se encuentren en vigor en el Estado en el que el documento deba surtir efecto, o bien cuando exista un acuerdo entre dos o más Estados contratantes que rechacen, simplifiquen o dispensen la legalización del documento en cuestión. Además, para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento ha actuado y, en su caso, la identidad tanto del sello o del timbre que reviste el documento es la fijación de la apostilla en las condiciones descritas en el artículo 4 del citado convenio, debiendo ser expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento, siendo Luxemburgo en este caso (artículo 3 del Convenio de la Haya).

Debe resaltarse que de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (por ejemplo, DRGN de 4 de junio de 2020) es preciso que se analice lo previsto en los artículos 10.1 y 11.1 del Código Civil el poder otorgado ante notario extranjero para comprobar diversos extremos, fundamentalmente, la suficiencia del poder y la equivalencia de forma. Así, es necesario comprobar que se cumplen determinadas circunstancias.

Respecto a la exigencia de equivalencia de funciones de los notarios extranjeros que otorguen los poderes que deberán usarse en España hay que tener en cuenta

que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 998/2011, de 19 de junio, no puede exigirse que la autoridad extranjera, en un sentido amplio, realice una función de asesoramiento, colaboración con las autoridades españolas y también de control de la legalidad en la misma forma en la que lo haría una autoridad de España. Lo que sí que se puede hacer es una lectura con mayor restricción y considerar que la equivalencia es única y exclusivamente respecto de aquellas funciones que la autoridad extranjera desempeña en la redacción del citado documento. Por ello se considera que existe una equivalencia cuando la persona que se encuentre habilitada como autoridad competente conforme al Derecho extranjero para llevar a cabo la función de autenticación en su país no se limite únicamente a la legitimación de la firma, sino que también de fe del contenido del documento<sup>1</sup>.

En consecuencia, hay que asegurarse que el notario ante el que se otorga el poder extranjero tiene una función equivalente a la del notario español, entendemos que ese será el caso de los notarios luxemburgueses y que no existe problema respecto a que pueda certificar la capacidad del compareciente para otorgar el poder. Aunque este poder no vaya a ser inscrito, sino simplemente utilizado a los efectos de la compraventa y, por lo tanto, no se va a producir el escrutinio de la Dirección General de Registros y del Notariado, es mejor cuidar los extremos mencionados para evitar que la otra parte o el propio notario interviniente en la compraventa en España puedan poner obstáculos a la operación por entender que el poder no es suficiente.

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

Las siguientes acciones recomendadas deberán tenerse en cuenta:

Primero.- el primer documento que es necesario en cualquier compraventa es una **carta de confidencialidad** que deberán firmar las partes a las que se le va a dar información confidencial de la sociedad target. De esta forma, se pretende

---

<sup>1</sup> N. NOGUEROLAS PEIRÓ, "Artículo 60. Inscripción de documentos públicos extranjeros", en F.P. MÉNDEZ/G. PALAO, Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 789.

regular el deber de secreto limitando el uso de la información suministrada y asegurando que se utilizará exclusivamente para valorar la operación sin que se pueda llegar a revelar, directa o indirectamente, cualquier documentación confidencial.

La carta de confidencialidad comprenderá la siguiente información: a) el concepto de información confidencial; b) las exclusiones de información confidencial; c) las obligaciones de las sociedades receptoras respecto a esa información; d) las personas a las que se puede revelar la información confidencial; e) las obligaciones que tienen las sociedades receptoras respecto a las personas a las que se suministre la información confidencial; f) la obligación de las sociedades receptoras de tener un archivo de la información confidencial; g) las situaciones en que las sociedades receptoras deberán devolver o destruir la información confidencial y el plazo en el que deberán hacerlo; h) las situaciones en las que no existirá deber de devolución o destrucción contemplado en la letra anterior; i) la acreditación del cumplimiento de la obligación de devolución o destrucción de la información confidencial; j) los términos en que deberá divulgarse la información confidencial; k) que la entrega de la información por parte de las Sociedades Emisoras no conlleva ninguna obligación expresa para éstas ni a dar toda la información confidencial que soliciten las sociedades receptoras; l) la ausencia de oferta contractual por la entrega de información; m) las penalizaciones en caso de que una sociedad receptora incumpla los términos de esta carta; n) la legislación y jurisdicción aplicable.

Segundo.- es necesario firmar una **carta de intenciones** en la que fijar, nuevamente, la confidencialidad tanto de la carta de intenciones como de la documentación facilitada y fijar las cláusulas con carácter meramente informativo y no vinculante (la horquilla del precio de la operación y las participaciones que son objeto del contrato de compraventa). También se establecerán qué cláusulas son vinculantes (la confidencialidad, la no competencia, la posibilidad de sumisión a arbitraje o a una previa mediación, la exclusividad, jurisdicción y ley aplicable, las penalizaciones en caso de incumplimiento de los términos de la carta, el plazo que durarán las conversaciones/negociaciones, como también negociar de buena fe).

Tercero.- A la hora de comprar la empresa, es importante tener en cuenta los contratos que tienen cláusulas de cambio de control. Entre ellos, encontramos dos: el contrato suscrito por HP con Banco Español por importe de 400 millones y el contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos, S.L. (“OP”). Por ello, tendremos que notificar al banco y a OP para saber si nos permiten realizar la compraventa sin que rescindan el contrato de prestación de servicios (aunque no habría problema en el caso de tratarse de un contrato que no sea esencial para la actividad de la sociedad target) y sin que nos obliguen a hacer una amortización anticipada del préstamo (en este último caso, al ser un pasivo que se ve reflejado en el precio de la compraventa, en el caso de que el vendedor esté dispuesto a asumirlo de golpe, no habría ningún problema). Además, habrá que ver el alcance de las garantías que los socios han otorgado en dichos contratos y de qué forma se pueden mantener o reemplazar por otras garantías, en su caso.

Cuarto.- Contemplamos la necesidad de que se firme un **pacto de socios**, pero no lo mencionamos porque se analiza en la pregunta cuatro.

Quinto.- Realizar una **Due Diligence**, que consiste en una auditoría que se elabora por consultores externos en la que se examina la sociedad target para determinar si cumple con sus obligaciones de actuar con la diligencia debida, como también revisar los riesgos legales. Se solicita al cliente que envíe toda la documentación para luego elaborarla, lo que podrá tener una repercusión en el precio final de la operación de aparecer algunas contingencias. Entre la documentación que se analiza se encuentran, entre otros, los distintos contratos celebrados por la sociedad, las cláusulas de cambio de control anteriormente mencionadas, etc.

Sexto.- Al existir un préstamo participativo concedido por IESA a favor de HP por importe de 100 millones de euros y con una fecha de vencimiento de enero de 2030, es necesario determinar en el contrato de compraventa qué pasará con dicho préstamo. Existen diversas alternativas, pero, en muchos casos, se puede amortizar anticipadamente, lo que puede no interesar a la parte compradora y se analizará en la pregunta 9.

Séptimo.- Solicitar un **certificado de los administradores** en el que se establezca que se han cumplido todos los requisitos legales y estatutarios para que se pueda realizar la compraventa.

Octavo.- Necesitamos que los administradores firmen la **carta de dimisión** o que la junta general les cese (artículo 223 LSC). En el caso de que ninguno de los anteriores administradores vaya a seguir en el Consejo de Administración una vez realizada la compraventa, *“La certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado, sólo tendrá efecto si se acompañare notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con cargo inscrito, en el domicilio de éste según el Registro. La notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial”* (artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil). También deberán realizarse los cambios de secretario.

Noveno.- Realizar el **contrato de compraventa** (Sale and Purchase Agreement (“SPA”)) en el que se detallarán las distintas cláusulas contractuales que regirán la operación. Se establecerán las definiciones del contrato, su objeto, las condiciones suspensivas (y, en su caso, las resolutivas), el precio y su pago, los compromisos del vendedor durante el periodo interino (el periodo que media entre la fecha en la que las partes han acordado fijar un precio y la fecha del cierre de la compraventa), el cierre, las declaraciones y garantías del vendedor y del comprador, las indemnizaciones, las garantías, el procedimiento de reclamaciones de indemnización por los daños y perjuicios, los compromisos del vendedor de no competencia y de confidencialidad durante un plazo para no quitarle la clientela al comprador, los derechos de compensación y retención del comprador, el deber de confidencialidad de las partes, la ley aplicable y la jurisdicción.

Por último, en cuanto a las formalidades que hemos considerado necesarias, se encuentran las siguientes:

- a) Deberá realizarse ante notario y elevarse a público: i) el contrato de compraventa de participaciones sociales (artículo 106 LSC)<sup>2</sup>; ii) el cese y nombramiento de los administradores; iii) realizar la escritura del acta de titularidad ante el notario; iv) y sería conveniente elevar el pacto de socios porque permite asegurarse de su invariabilidad y hacer referencia a dicho documento cuando se realicen futuras adhesiones al contrato.
  - b) Como ya se ha descrito en la primera pregunta, será necesario cumplir con el régimen ya descrito sobre inversiones extranjeras como también con la normativa sobre el control de concentraciones, debiendo notificar a la autoridad competente en su caso.
  - c) Determinar si nos encontramos ante un activo esencial conforme al artículo 160f) LSC, ya que, en el caso de estar ante dicho activo, deberá aprobarse la operación por la Junta General. En caso contrario, podrá ser aprobada por el Consejo de Administración, salvo que estatutariamente se prevea otra cosa.
  - d) La transmisión de las participaciones deberá inscribirse en el libro registro de socios (artículo 104 LSC).
- 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)?**

---

<sup>2</sup> A pesar de ello, el Tribunal Supremo en su Sentencia 956/2011 de 5 de enero de 2012 (Rec. 931/2008) determina que la interpretación de esta formalidad se ciñe al principio de libertad de forma del artículo 1278 CC en el que se establece que "*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*". Por este motivo, no se considera que sea un requisito esencial la elevación a público, ya que el contrato tiene los requisitos esenciales para que se haya perfeccionado y tenga plena validez entre las partes. El problema será que no tendrá efecto frente a la Sociedad ni frente a terceros hasta que se eleve a público, momento en el que la Sociedad procederá a inscribirlo en el Libro Registro de Socios. Ello deriva también del artículo 1227 CC que establece que "*La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio*".

Es preceptivo que toda sociedad limitada tenga unos estatutos sociales, que deberán elevarse a público y estar inscritos en el Registro Mercantil. Al existir un marco de legalidad para las cláusulas que son inscribibles, todas aquellas que no lo sean deberán constar en el pacto de socios para que tengan eficacia entre las partes.

En primer lugar, HP pasará a estar administrada por un Consejo de Administración formado por tres consejeros, nombrando ABC a dos de ellos y el restante XYZ. En el caso de las S.A., el artículo 243 LSC prevé un sistema de representación proporcional que permite que *“las acciones que voluntariamente se agrupan, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción”*. Como la sociedad target es una sociedad limitada, no le es de aplicación esta regulación específica. Por ello, al tener la junta general que nombrar a los administradores (artículo 160 LSC) y ser de aplicación la mayoría ordinaria (artículo 198 LSC) para su nombramiento, nos encontraríamos con lo siguiente: en cada punto del orden del día en el que se pretenda nombrar a un administrador se acabaría nombrando al que eligiese el socio mayoritario por requerirse una mayoría ordinaria. Por esta razón, es necesario contemplar en el pacto de socios que ambos socios deberán votar a favor de que se respete que XYZ nombre a uno y ABC a dos y que, en el caso de que un socio quiera destituir al administrador que ha nombrado, el otro socio deberá votar a favor. Además, cada administrador podrá ser únicamente destituido por el socio que lo nombró.

En segundo lugar, tendrá que incluirse en el pacto de socios un derecho de veto de XYZ en determinadas materias. Cabría la posibilidad de reforzar las mayorías siempre y cuando no se llegue a la unanimidad (artículo 200 LSC), pero estimamos que exigir estatutariamente una mayoría del 90% podría desvirtuar la prohibición de unanimidad atendiendo al caso concreto. Por ello, estimamos más prudente recoger el derecho de veto a través de una lista de decisiones clave de la junta general que exigirán una mayoría del noventa por ciento. Otra opción sería alterar la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (artículo 96.3 LSC), pues está únicamente prohibido para las sociedades anónimas. Ello permitiría que ajustemos el derecho de voto de tal forma que

reduzcamos el de ABC y aumentemos el de XYZ de forma que ambas deban estar conformes para la aprobación de determinadas decisiones.

En tercer lugar, ABC quiere que XYZ participe en la gestión en el día a día de HP debido a que tiene gran experiencia en la gestión de este tipo de activos. Para ello, incluiría en el pacto de socios dicha obligación a través de una prestación accesorio remunerada o no. Aunque estatutariamente cabe la posibilidad de regularlo (artículos 86 y ss LSC), incluso la limitación a la transmisibilidad de las participaciones con prestaciones accesorias (artículo 88) y la posibilidad de prever que la condición de socio se pierda por la falta de su realización (artículo 89.1 y 350 LSC), debe incluirse en el pacto parasocial. Su motivo radica en gozar no sólo de los mecanismos y penalizaciones que están a nuestro alcance por el incumplimiento de los estatutos sino de los derechos indemnizatorios regulados en el pacto de socios.

A pesar de los beneficios que nos brinda dicho mecanismo, debe ponderarse su conveniencia pues, en el caso de que exista un incumplimiento por parte de un socio, éste no podrá ejercitar el derecho de voto respecto a su exclusión de la sociedad por encontrarse en conflicto de intereses (artículo 190 LSC), lo que conllevaría a que el socio cumplidor tomase unilateralmente la decisión. Además, en el caso de que el socio incumplidor tenga una participación igual o superior al 25%, además del acuerdo de la junta general (artículo 352.1 LSC), se requerirá una resolución judicial firme, siempre que el socio no se encuentre conforme con la exclusión acordada (artículo 252.2), lo que hace que se pierda automatismo en la exclusión de socios.

Al participar en la gestión de la sociedad, XYZ tendrá la facultad de tomar todas las decisiones relacionadas con ello, especialmente, si se le acaba nombrando Director General, Financiero o se le acaba dando cargos para la gestión de la sociedad. Por esta razón, es imprescindible delimitar las funciones que podrá ejercer. Para ello, en el contrato de socios se reservará una lista de materias que únicamente podrán ser aprobadas con el voto favorable de los consejeros que ambos socios han propuesto (“decisiones clave del consejo de administración”).

Al margen de los supuestos específicamente contemplados en el enunciado del caso, deberían incluirse en el pacto de socios las siguientes cláusulas:

- a) Un derecho de arrastre y acompañamiento. Ello beneficia tanto al socio mayoritario al poder obligar al otro socio a vender sus participaciones y obtener un mejor precio por la venta de la totalidad de las participaciones, como al socio minoritario por beneficiarse del sobreprecio que se paga al mayoritario por el control de HP. Por otro lado, la oferta deberá ser dineraria e irrevocable, lo que evita que el socio minoritario tenga que percibir, por ejemplo, acciones o participaciones en otras entidades como contraprestación por sus participaciones. Además, habría que fijar la venta por el mayor valor entre el valor razonable y el de inversión, que deberán ser determinados por una auditoría determinada en el pacto. El derecho de arrastre y acompañamiento no podrán regularse estatutariamente debido a que están prohibidas las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión por actos intervivos de participaciones (artículo 108 LSC).
  
- b) Limitaciones a la transmisión de participaciones. Están prohibidas y, por lo tanto, serán nulas las cláusulas que obliguen al socio a transmitir un número de participaciones diferente a las ofrecidas y que se prohíba la transmisión voluntaria de participaciones por actos intervivos una vez transcurridos cinco años (como se menciona en el apartado c) (artículo 108 LSC). Por ello, debe regularse la obligación de no poder transmitir las, sobre todo para el periodo pasado que estatutariamente está permitido y que se regule, en su caso, el derecho de establecer o no un derecho de separación del socio.
  
- c) La distribución de un dividendo mínimo. Se deberá fijar si el socio minoritario quiere que se pacte la distribución de un porcentaje mínimo de los beneficios de la sociedad como dividendo una vez se haya cubierto la dotación para la reserva legal y la estatutaria, ya que, de lo contrario, quedaría al libre albedrío del socio mayoritario. Cabe la posibilidad de prohibir la distribución de los dividendos durante un periodo, siempre que el plazo en el que se pretenda prohibir supere los umbrales legalmente permitidos que, para las sociedades limitadas, será de 5 años desde su constitución (artículo 348 bis LSC). Por otro lado, podrían combinarse ambos métodos.

- d) Las ofertas que realice el tercero para adquirir las participaciones de la sociedad deberán de hacerse respecto de la totalidad de las participaciones sociales adheridas
- e) Deberá de establecerse una prestación accesoria de no preñar las participaciones sociales ni de crear ningún derecho real sobre ellas.
- f) Cualquier tercero que adquiriera participaciones de la sociedad deberá subrogarse, con carácter simultáneo a la transmisión, a todos los derechos y obligaciones que pudiera tener el socio transmitente. Por ello, se establecerá una prestación accesoria gratuita que supedita la adquisición de las participaciones sociales a la firma del pacto de socios, como una prestación accesoria del socio que vende sus participaciones para que se asegure de que el socio entrante firma con anterioridad o simultáneamente el pacto a la transmisión.
- g) Crear un sistema de resolución de bloqueos en la junta general, como pueden ser las opciones de compraventa cruzadas, la ruleta rusa y la opción de venta a favor del socio minoritario.
- h) Los derechos y obligaciones inherentes a este contrato no podrán ser cedidos sin que medie consentimiento por escrito del otro socio con anterioridad, aunque sí que se podrán ceder cuando la transmisión esté autorizada.
- i) Es normal que los pactos de socios incluyan pactos respecto de la actuación de los administradores respecto de las directrices de la junta general, aunque la doctrina mayoritaria lo considera nulo, pero se suelen poner (interpartes pueden ser obligatorios). La doctrina mayoritaria ha considerado nulos los pactos que obliguen a los administradores a actuar conforme a las decisiones de los socios firmantes, pues va en contra del deber de lealtad del socio de actuar conforme al interés social, pues deben actuar *“con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones o vinculaciones de terceros”* (art. 228 d LSC). Por ello, debe fomentarse que los socios elijan a administradores que sean afines al contrato de socios y que los destituyan en caso de dejar de serlo,

procurando que velen por el cumplimiento del pacto y por los artículos 225 a 229 de la LSC. Para asegurarse de que los socios cumplen con asegurarse del cumplimiento de los administradores, se fijará una indemnización que deberá pagar el socio que nombró al administrador que tomó la decisión y se le pagará al otro socio.

Además, deberá establecerse que cualquier consejero tiene la facultad para convocar al consejo de administración y que, en caso de encontrarse en situación de conflicto de intereses, se necesitará el consenso de ambos socios.

- j) Podría plantearse establecer una cláusula antidisolución, limitando así las ampliaciones de capital, lo que evitaría que un socio redujese su porcentaje de participación en la sociedad. Si bien es cierto que debe analizarse con detenimiento, sobre todo cuando se requieren fuertes inversiones en la sociedad y los socios no disponen de recursos para hacer frente a dicha financiación de la sociedad, lo que puede resultar una cláusula negativa para la evolución de la sociedad.

Por último, para asegurarse de que los socios cumplen con el pacto de socios, se fijará en el pacto de socios una cuantía fija en concepto de indemnización por el incumplimiento sustancial del pacto de socios. Esta penalización se pactará como excepción al régimen general que prevé el artículo 1152 del Código Civil y será cumulativa con la indemnización por daños y perjuicios causados. El socio cumplidor podrá exigir ambas, además, de que ambas partes acuerden que cualquier penalización establecida en este pacto se aplique en su integridad, no pudiendo los juzgados, tribunales o árbitros moderar dicha cantidad. Esto nos permite evitar los problemas inherentes a la judicialización del incumplimiento, pues existen determinados incumplimientos difíciles de cuantificar económicamente. De esta forma, se determina una cantidad preestablecida.

Además, en caso de incumplimiento del pacto será una causa de extinción del contrato, lo que conllevará a que el socio cumplidor pueda optar entre que:

- i) el socio incumplidor tenga que vender sus participaciones a un precio igual al valor razonable que se determine por un banco de negocios, pero con una reducción del 30%.
- ii) El socio incumplidor deberá comprar las participaciones

sociales de la contraparte a un precio igual al valor razonable determinado por el banco de negocios con un incremento del 30%. Ambas penalizaciones tendrán carácter cumulativo respecto de las demás penalizaciones.

**5.1. 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?**

Sí, es recomendable porque, como establece el Tribunal Supremo, en la reciente sentencia 300/2022 del 7 de abril de 2022 (Rec. 1726/2019), en ella se determina que los pactos de socios son oponibles únicamente entre los firmantes y no frente a la sociedad, pues los contratos crean obligaciones que nacen entre las partes contratantes (artículo 1091 CC). Por ello, resulta conveniente trasladar a los estatutos las cláusulas del pacto de socios que sean trasladables, aunque se realice parcialmente, pues gozarán de mayores vías de protección y podrán oponerse frente a la sociedad. Entre las garantías más destacables se encuentra la posibilidad de que la sociedad no reconozca como socio a aquellos terceros que adquieran participaciones sin cumplir con lo pactado estatutariamente, como también penalizar los incumplimientos de los estatutos privando de voto en la junta a los socios incumplidores.

**5.2. ¿Como deberían, en su caso, estructurar el derecho que cada uno tiene a nombrar determinados administradores para que el mismo pueda acceder al registro?**

Una opción sería crear dos clases de acciones (clase A y clase B) y establecer en los estatutos el derecho de que la clase A nombre a dos administradores y la clase B a uno, debiendo elegirse por mayoría absoluta de las acciones de cada clase. El socio mayoritario tendrá las acciones A y el minoritario las otras.

Como segunda opción, cabría utilizar un sistema de voto múltiple en el que, para nombrar a uno de los tres consejeros, se le otorga al socio mayoritario 1 voto y al mayoritario 5 votos, puesto que, de esta forma, se permite que el socio minoritario pueda nombrar a uno de los tres administradores. (añadir artículo).

Por último, a pesar de la estructura accionarial de la Sociedad, sólo tendría sentido si el socio minoritario llegara a tener el treinta y tres por ciento (y no es el caso), cabría en su caso la siguiente posibilidad: la Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de marzo del 2009 (RJ 2794) dio por válido que se estableciese en los estatutos la representación proporcional en el Consejo de Administración, permitiendo que las participaciones se agrupasen hasta alcanzar un umbral necesario para poder nombrar conjuntamente a un administrador. Entre los argumentos principales que esgrime el Tribunal Supremo y que defendemos se encuentran los siguientes: i) No existe una prohibición de dicho sistema de representación proporcional en las sociedades limitadas, a pesar de que se autorice legalmente a las anónimas a utilizar dicho sistema; ii) No va en contra del principio de igualdad de derechos que deben tener las participaciones sociales. Por ello, al establecer el Tribunal Supremo la posibilidad de que se reconozca un derecho de agrupación a un grupo de socios, estatutariamente, no debería existir un impedimento para que se lleve a cabo nuestro planteamiento.

Además, la Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad acepta la inscripción de la representación proporcional en los estatutos de una sociedad limitada. En ella se establece la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes siempre que *“no se contravengan normas imperativas ni los principios configuradores del tipo social elegido”*.

**6.1. 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?**

Las manifestaciones y garantías son cláusulas que se incluyen en un contrato de compraventa y que se negocian entre las partes. A través de ellas se ofrece una garantía adicional al comprador en cuanto a que la información que le ha sido facilitada es veraz, precisa y que es completa. En ellas, se hace un listado sobre los aspectos que están relacionados con el estado de la empresa, el modelo de negocio, los activos y pasivos, las distintas obligaciones y contratos que vinculan

a la empresa, las acciones o las participaciones y cualquier posible contingencia que podría influenciar en el precio y en el consentimiento que habría prestado el comprador de tener lugar en el momento de la firma de la compraventa.

Este tipo de garantías ofrecen ventajas a ambas partes contratantes. Por un lado, el vendedor, que limitará su responsabilidad a los daños que se produzcan al comprador por hechos anteriores a la firma de la compraventa, podrá aprovechar para negociar con la contraparte qué contingencias quedarán excluidas del ámbito de su responsabilidad; en caso contrario, de materializarse, deberá compensar al comprador. Por otro lado, estas cláusulas favorecen sobre todo a este último, quien tendrá la facultad de exigir el resarcimiento por cualquier daño que le pueda irrogar la inexactitud o falsedad de cualquier declaración hecha por el vendedor.

**6.2. ¿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?**

En este caso, IESA es propietaria del 100% de las acciones de HP, por lo que, al venderlas, sería la sociedad y no sus socios quien cobraría el importe de la compraventa. Por ello, podemos considerar que, en principio, la cláusula de manifestaciones y garantías sí funcionaría debido a que en el activo tendría el dinero de la compraventa. A pesar de ello, no sería muy eficaz debido a ciertas matizaciones que hacemos a continuación.

En primer lugar, al encontrarse el dinero del precio en las cuentas de la parte vendedora, nada impide que dicha sociedad disponga de los fondos, que aparezcan nuevos acreedores, que reparta un dividendo o proceda a liquidar la sociedad, lo que haría prácticamente imposible que, en caso de haber alguna contingencia, pueda afrontarla.

En segundo lugar, cabe la posibilidad de que las contingencias que surjan estén valoradas por una cantidad mayor que el precio pagado. Ante esta situación, al ser el dinero de la compraventa el único activo de la empresa, IESA no dispondría de ninguna forma para hacer frente a las contingencias.

Las Manifestaciones y Garantías no funcionan cuando se conoce ya la contingencia porque es una forma de fijar el dolo contractual para evitar la discusión si una contingencia que surge con posterioridad a la compra tiene o no que estar cubierta (STS 2 diciembre 1999). Si lo que se quiere es una cobertura total de una contingencia ya existencia, ello debe estructurarse a través de una specific indemnity, que tiene la naturaleza de garantía o promesa de resultado y que no depende de la veracidad o falsedad de las declaraciones del vendedor

### **6.3. ¿Qué alternativas podrían proponerse?**

- i. Exigir un aplazamiento del pago del precio de la compraventa durante el plazo en el que se espere ofrecer la cobertura. Para ello, se podría establecer un calendario de pagos, de tal forma que, en el caso de no materializarse la contingencia, se pague la cuantía pactada en el citado plazo.
- ii. Exigir a los socios de IESA que constituyan una garantía personal y solidaria entre todos ellos por la cuantía que se estimase. Lo ideal sería un aval bancario a primer requerimiento, pues no requiere que el comprador tenga que justificar al banco que se ha materializado una contingencia, debiendo éste efectuar la transferencia del dinero en el momento en el que se le solicite. Esta solución permite que el vendedor disponga de la vía jurisdiccional en el caso de que estime la improcedencia de la ejecución del aval.
- iii. Exigir a los socios que otorguen a título particular una garantía real respecto de algún bien inmueble que tengan.
- iv. Exigir a la sociedad que otorgue un aval, aunque es algo difícil de conseguir pues, al no tener la sociedad más activos a parte del dinero de la compraventa, pocos bancos estarían dispuestos a conceder dicha garantía.
- v. Exigir que se realice un depósito bancario o notarial del de una parte del precio de compraventa, el cual se consignará y se liberará de golpe en una fecha determinada o en varios periodos siempre y cuando no exista de

forma sobrevenida ningún pasivo o contingencia. Esta garantía requerirá que en el contrato de depósito se especifiquen las cláusulas y condiciones para que se proceda o no a la devolución de los fondos.

- vi. Establecer una cláusula resolutoria para que, en el caso de que surja alguna contingencia, pueda la parte compradora exigir la resolución del contrato con la restitución del precio. En este caso, sería recomendable fijar alguna penalización adicional a parte de la devolución del precio con la que se indemnice por los daños y perjuicios generados. La cláusula resolutoria sería una solución más eficaz siempre que la parte vendedora tuviese más activos que respondiesen de cualquier problema, como también si se asegurase el precio de tal forma que evitase que se pagase a los socios y dejase de estar en la tesorería de la empresa.

**7.1. En principio ABC y XYZ disponen de fondos suficientes para adquirir IESA, pero dado que esta 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?**

No es posible realizar la citada operación pues existe una prohibición a la asistencia financiera regulada en el artículo 143 LSC que establece que “*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*”. El objetivo de esta regulación radica en evitar que el adquirente de las participaciones vea mermado o reducido su patrimonio, que se vean comprometidos sus recursos o bien que se incurran en riesgos sin contrapartida en perjuicio de los demás socios o de los acreedores sociales.

Los requisitos necesarios para que nos encontremos ante una situación de prohibición de asistencia financiera son los tres siguientes, que deberán darse conjuntamente: a) que exista asistencia financiera a favor de un tercero; b) que

haya una adquisición de participaciones de la sociedad limitada asistente o de las participaciones o acciones de una sociedad del grupo al que pertenezca la sociedad; c) que exista un nexo causal entre el apartado a) y b).

El incumplimiento de dicha prohibición conlleva a la nulidad del negocio jurídico (artículo 6.3 del Código Civil). Ello conlleva a que las partes contratantes no se encuentren vinculadas por el contrato y deberán restituirse recíprocamente las prestaciones entregadas con los frutos y los intereses (artículos 1303 CC y ss). Además, la nulidad doctrinalmente es extrapolada a la adquisición de las participaciones cuando el transmitente haya actuado con dolo o culpa grave por tener conocimiento de que la operación se encontraba comprendida en la prohibición de asistencia financiera. (SAP Madrid, Secc. 14ª, de 2 de junio de 2015, JUR/2015/182130). En el caso de que el transmitente no fuera concededor de dicha contravención legal, el contrato será válido (STS de 1 de octubre de 2018, nº 541/2018). A pesar de ello, nos encontramos diversas posturas al respecto, pues tanto doctrinal como jurisprudencialmente se trata de un concepto controvertido. Hay quienes consideran que la nulidad, al afectar a un elemento esencial como es el precio, es extensible a la compraventa (SAP Madrid (Secc. 14ª) 2.6.15 (JUR/2015/182130)).

Existe también un régimen sancionador en caso de conculcar dicha prohibición comprendida en el artículo 157 LSC, siendo sancionables con una multa por importe de hasta el valor nominal de las participaciones adquiridas por el tercero con asistencia financiera. Se atenderá a la entidad de la infracción como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, como a los socios de la misma y a terceros a la hora de graduar la multa. Además, se considerarán responsables del incumplimiento legal a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a aquellos de la sociedad dominante que hayan inducido a que se realice dicha infracción (artículo 157.3 LSC). Se considerará que son administradores no sólo a los integrantes del consejo de administración, sino también a los directivos o personas que tengan poder de representación de la sociedad infractora.

## **7.2. ¿Existen otras alternativas?**

En primer lugar, no habría problema en distribuir los dividendos una vez realizada la compraventa. De esa forma, los fondos recibidos por el comprador podrían utilizarse para pagar la financiación que hubiera necesitado para llevar a cabo la operación.

En segundo lugar, es posible plantear una fusión apalancada de tal forma que la deuda de adquisición (normalmente concedida a un vehículo propiedad de los compradores) sea “asumida” por la sociedad adquirida mediante una fusión posterior. Para que pueda producirse una fusión apalancada que no suponga asistencia financiera, es necesario cumplir con los requisitos del artículo 35 de la Ley de Modificación estructurales. En dicho artículo se establece que, en el caso de que alguna de las sociedades hubiese contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores, en el caso de fusionarse, para obtener el control de otra sociedad que participe en la operación de fusión o para obtener activos de la misma que sean esenciales para su normal explotación o que tengan importancia debido a su valor patrimonial, deberán aplicarse las siguientes reglas (artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales):

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

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

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

*En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión”.*

**8.1. 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?**

En primer lugar, en cuanto a la venta de HP, al suponer un porcentaje mayor al 25% del valor de los activos del que figuran en el último balance aprobado, se considerará un activo esencial y, por ende, será competencia de la junta general de IESA quien deberá deliberar y acordar su enajenación (artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital).

La Ley de Sociedades de Capital establece en su artículo 23 las menciones necesarias que deberán contener los estatutos sociales, entre las que se encuentra el domicilio social. Al tratarse el cambio de domicilio de una modificación estatutaria, será competencia de la junta general aprobarla (artículo 285.1 LSC). Si bien es cierto que el apartado dos del citado artículo establece que *“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”*. Por esta razón, deberemos de estar a lo establecido en los estatutos sociales, ya que no se trata de una competencia exclusiva del órgano de administración.

En cuanto a la revocación de los poderes generales, tal y como establece el artículo 209 de la citada ley, *“es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad”*. Ello conlleva a que, al estar el otorgamiento y la revocación de poderes comprendidas dentro de las facultades de gestión y representación que ostentan los administradores, serán los competentes para revocarlos (artículo 249 LSC), siendo en este caso competente el nuevo consejo de administración, como también cabe la renuncia por los apoderados. Además, la Dirección General de los Registros y del Notariado establece en su resolución de 11 de febrero de 2014 (en el BOE es el 4 de marzo) la falta de competencia de la Junta para realizar la revocación de poderes.

**8.2. ¿Cómo deberán documentarse los mismos, que formalizados deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deben llevarlas a cabo?**

**Cambio del Domicilio Social de Málaga a Madrid**

Como hemos mencionado en el apartado primero de la pregunta 6, al desconocerse lo establecido en los estatutos, debemos contemplar la posibilidad de que esté contemplado en los estatutos la prohibición de que el órgano de administración modifique el domicilio social, como también lo contrario. Por ello, exponemos a continuación las formalidades que requerirían ambas alternativas.

**a) El socio único en junta general**

Para todos los acuerdos que requieran la convocatoria de la junta será necesario realizar las siguientes formalidades. El administrador único deberá elaborar el orden del día, la propuesta de acuerdos y convocar la junta general (artículo 166 y 249 bis LSC). En este caso, al haber un socio único en HP se simplifican mucho las formalidades que tienen que llevarse a cabo para la válida constitución de la junta general, pues *“en la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general”* (artículo 15.1 LSC). En este caso, también *“quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión”* (artículo 178 LSC). Ello nos permite obviar, entre otras cosas, las formalidades de los artículos 173 y ss LSC en este caso concreto. Al ser el socio único una sociedad, IESA, deberá ser representada por su órgano de administración, que será quien deberá tomar la decisión en la junta, que en este caso se hará por unanimidad.

Los acuerdos de la junta deben ser documentados en un acta (artículo 202 LSC), que será redactada por el secretario de la junta general con el visto bueno del presidente. Deberá ser aprobada por la propia junta a continuación de la reunión o en el plazo de 15 días por el presidente y dos socios interventores, uno que represente a la mayoría y otro a la minoría (artículo 202.2 LSC). Además, deberá contener todas las menciones del artículo 97.1 y 98 del Reglamento del Registro

Mercantil (“RRM”), aprobándose conforme al artículo 99. Cuando se trate de una decisión de socio único, como es el caso, será de aplicación el artículo 97.2, que establece que *“Las decisiones del socio único se consignarán en acta, que se extenderá o transcribirá en el Libro de actas correspondiente, con expresión de las circunstancias 1.ª y 6.ª del apartado anterior, así como si la decisión ha sido adoptada personalmente o por medio de representante”*. Ello supone que tendrá que mencionarse la fecha y lugar del territorio nacional o extranjero en el que se hubiese celebrado la reunión y el contenido de los acuerdos adoptados. *“Las decisiones del socio único se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad”* (artículo 15.1 LSC).

Una vez realizada el acta, deberá ser transcrita a un libro de actas (artículos 26 Código de Comercio y el artículo 97.2 RRM). Para poder acreditar la existencia de un acuerdo de la junta general y su posterior inscripción en el Registro Mercantil, será necesaria la expedición de una certificación del acta. Deberá ser otorgada por el Secretario del Consejo de Administración con el visto bueno del Presidente, en el caso de ser un órgano colegiado, o, como es el caso, del administrador único (artículo 109 RRM).

Una vez realizada la certificación, deberá de elevarse a instrumento público los acuerdos sociales acordados tomando como base el acta o el libro de actas, testimonio notarial de los mismos o a través de una certificación de los acuerdos. También puede realizarse tomando como base la copia del acta autorizada, cuando los acuerdos consten en acta notarial (artículo 107.1 RRM). Deberán, además, consignarse todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de la escritura de elevación a público del acuerdo social en ella (artículo 107.2 RRM).

Por último, deberá elevarse a público por la persona que tenga facultad para certificarlos, aunque, en este caso, *“las decisiones del socio único, consignadas en acto bajo su firma o la de su representante, podrán ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad”* (artículo 108.1 RRM). *“También podrá realizarse por cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello”*

*en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos” (artículo 108.2 RRM). Como última alternativa, “la elevación a instrumento público por cualquier otra persona requerirá el otorgamiento de la oportuna escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos en cuyo caso deberá inscribirse en el en el Registro Mercantil. Este procedimiento no será aplicable para elevar a públicos los acuerdos sociales cuando se tome como base para ello el acta o testimonio notarial de la misma”.*

#### **b) El administrador único de HP**

En este caso, el acuerdo será adoptado por el administrador único y no se requerirá ni la redacción de un acta ni la certificación del acta, pues ambos documentos se utilizan para manifestar y certificar las decisiones de órganos colegiados o, excepcionalmente, del socio único (artículos 108 y 109 RRM). En este caso, existen dos posibilidades.

En primer lugar, que sea el administrador único el que quiera ir al notario para elevar a público su decisión, en cuyo caso, no necesitará realizar una certificación, pues podrá hacer constar directamente en documento público su decisión. Por otro lado, en caso de no poder asistir a la notaría, será necesario que realice una certificación y que se la entregue a una persona con capacidad para elevar a público el documento (artículo 108.3 RRM).

#### **Venta de HP S.L.**

Como hemos mencionado con anterioridad, la adopción del acuerdo debe realizarse por la junta general de IESA. En este caso, serán de aplicación las mismas formalidades mencionadas para la adopción de acuerdos por la junta, a excepción de las especialidades que son de aplicación únicamente a las decisiones del socio único, pues no sabemos si las acciones de IESA son propiedad de un único socio. En el caso de que exista un socio único de IESA o que se constituyan en junta universal como se ha especificado con anterioridad, deberán de aplicarse las formalidades de las sociedades anónimas. En este caso, *“entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, un mes en las sociedades anónimas”* (artículo 176.1 LSC). Además, en el anuncio de la convocatoria podrá hacerse

constar la fecha en la que, si procediera, se reuniría la junta en segunda convocatoria (artículo 177.1 LSC), debiendo respetar que entre la primera y la segunda deberá mediar, por lo menos un plazo mínimo de veinticuatro horas (artículo 177.2 LSC). Por otro lado, en el caso de que la junta general debidamente convocada no pudiera celebrarse en primera convocatoria y no se hubiese previsto la fecha de la segunda en el anuncio, su celebración deberá ser anunciada, con el mismo orden del día y requisitos de publicidad que los de la primera, en el plazo de los quince días siguientes a la fecha en que se debió celebrar la junta no celebrada y con un plazo de antelación de al menos diez días a la fecha fijada para la reunión (artículo 177.3 LSC).

En el momento de la celebración de la junta general, será necesario cumplir con el quorum necesario tanto en la primera convocatoria como, en su caso, en la segunda. En este caso, al no tratarse de uno de los casos especiales que requieren un quórum de constitución reforzado del artículo 194 LSC, quedará válidamente constituida la junta en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, por lo menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán establecer un quórum superior (artículo 193.1 LSC). Por otro lado, en caso de celebrarse una segunda convocatoria, será válida su constitución cualquiera que sea el capital concurrente, salvo que se fije un quorum específico, que, necesariamente, tendrá que ser inferior al estatutariamente establecido, en su caso, o al exigido legalmente en primera convocatoria (artículo 193.2 LSC).

Por último, se requerirá en la junta general de IESA la adopción del citado acuerdo por mayoría simple de los votos de los accionistas que se encuentren presentes o representados en la junta (artículo 201.1 LSC). Una vez adoptado el acuerdo, serán aplicables las demás formalidades mencionadas con anterioridad en cuanto al acta, la certificación y elevación a público del acuerdo.

### **Revocación de los poderes generales**

En cuanto a la revocación de los poderes, debemos distinguir entre los dos tipos que contempla el Código Civil: la revocación tácita y la expresa. El artículo 1735 regula el primer tipo al establecer que *“El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día*

*en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede”. Por otro lado, el artículo 1733 regula la revocación expresa, estableciendo que “El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato”. En este caso, nos encontramos ante una revocación expresa, pues, al venderse la sociedad, lo que se pretende es revocar todos los poderes generales que estén en vigor para dar paso a que los nuevos accionistas nombren a los suyos.*

Por otro lado, respecto de las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades tendrá que expedirse la correspondiente certificación y corresponderá hacerlo:

*“a) Al Secretario y, en su caso, al Vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador. Las certificaciones se emitirán siempre con el Visto Bueno del Presidente o, en su caso, del Vicepresidente de dicho órgano.*

*b) Al administrador único, o a cualquiera de los administradores solidarios.*

*c) A los administradores que tengan el poder de representación en el caso de administración conjunta”.*

Además, *“En los casos previstos en el apartado anterior, será necesario que las personas que expidan la certificación tengan su cargo vigente en el momento de la expedición. Para la inscripción de los acuerdos contenidos en la certificación deberá haberse inscrito, previa o simultáneamente, el cargo del certificador”* (artículo 109.2 RRM).

Por último, en el caso de que se cesen a todos los administradores de la sociedad y no haya ninguno de ellos, el nombramiento de los nuevos administradores requerirá que se ajuste a lo ya expuesto con anterioridad en el artículo 111 RRM.

**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, respecto de la deuda que se pretende refinanciar con un sindicato bancario alemán, no existe ningún impedimento, sin perjuicio, en su caso, de la posible existencia de una penalización contractual por su amortización anticipada.

En cuanto al préstamo participativo, el artículo 20.uno.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 económica, establece que *“las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo 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.”*. El objetivo de esta obligación legal radica en que dicho crédito permanezca en la Sociedad hasta su vencimiento y en otorgar una doble protección:

- a) una subjetiva al proteger los acreedores no participativos que tengan créditos que hayan nacido con anterioridad al hecho de que su amortización haya sido publicada en la memoria de las cuentas anuales. Desde los acreedores no podrán esgrimir que confiaban en que el préstamo participativo subsistiese;
- b) una objetiva al buscar neutralizar el riesgo que conlleva el pago anticipado de dicho préstamo. Además, conforme a lo establecido en el artículo. Además, tal y como establece el artículo 20.uno.d), *“Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil”*. Ello conlleva a que computen en el patrimonio neto y no en el pasivo. Dicha clasificación contable permite que no tengan que ser de aplicación las reglas de legales sobre la disolución de la Sociedad por encontrarse el capital social por debajo del importe mínimo permitido, ya que, a estos efectos, el préstamo participativo computa en el patrimonio neto. Por ello, el legislador considera imprescindible que se otorguen las garantías necesarias, que

deberán de compensarse de un modo equivalente, ya que los acreedores consideran que dicho importe no se amortizará hasta una determinada fecha o salvo que se constituyan dichas garantías.

En segundo lugar, en cuanto a la dotación de los fondos propios, es imprescindible que se realice respecto de la totalidad de la cantidad que se haya amortizado anticipadamente y no sobre el importe inicial del préstamo. Dicha dotación tendrá que mantenerse durante el periodo inicial de duración acordado. Si bien es cierto que existen diversas formas en que podría realizarse la ampliación de los fondos, ya que, contablemente, tienen dicha consideración: i) el capital social desembolsado, los resultados de ejercicios anteriores, las reservas y el resultado del ejercicio, menos las acciones o participaciones que sean propias y que se mantengan en el patrimonio. Como puede verse, dichas aportaciones pueden también realizarse como una aportación de capital o como una aportación a la cuenta 118. Además, existen otras formas que nos permitirían conseguir la compensación que busca el legislador: i) sustituir el préstamo participativo por otro préstamo participativo que tenga la misma duración y el mismo importe que el capital que se va a amortizar anticipadamente; ii) realizar un aumento de capital con cargo a los beneficios o a las reservas de libre disposición de las que disponga la Sociedad, como también a través de la recalificación de una reserva disponible a una indisponible. Con todo lo expuesto, es indispensable que se cumpla con dichas garantías puesto que, de lo contrario, la amortización anticipada sería nula conforme a los criterios del código civil.

Por otro lado, debemos de analizar si se tratan de activos esenciales o no, ya que, en caso de serlo, deberá aprobarse la operación por la Junta General (artículo 160.f) LSC). El préstamo participativo no es un activo esencial, por lo que deberá ser aprobado por el consejo de administración, mientras que, la deuda con el banco, para poder refinanciarse, deberá ser aprobada por la Junta General por tratarse de un activo esencial.

Por último, respecto de cómo debe llevarse a cabo la operación, sería necesario conseguir las autorizaciones necesarias para poder refinanciar la deuda y, en el caso de que exista una penalidad, habrá que pagarla. Es cierto que cabe la posibilidad de que exista una cláusula que prohíba expresamente la

refinanciación, en cuyo caso, únicamente podremos negociar para resolver el contrato. Además, sería conveniente otorgar el contrato de cancelación y la suscripción del nuevo contrato en escritura pública.

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

En primer lugar, cuando un contrato se perfecciona, tiene fuerza entre las partes contratantes y debe cumplirse a tenor de los mismos (artículo 1091 CC), por lo que no es posible que, unilateralmente, HP resuelva el contrato, salvo que en el propio contrato se le faculte para hacerlo. Por ello, lo primero que tendrá que hacer será sentarse a negociar con O&M. En caso de no llegar a un acuerdo, podría unilateralmente decidir incumplirlo y esperar a ver qué consecuencias legales tiene el incumplimiento contractual, aunque, evidentemente, lo más probable sería que acaben judicializando la controversia.

Existe una cláusula de exclusividad establecida en el contrato de O&M, lo que conlleva a que HP sólo pueda contratar a OP para que preste sus servicios. Por esta razón, habría que estar a lo establecido contractualmente, ya que, pueden existir tanto cláusulas de penalización como una prohibición de contratar a una empresa de la competencia durante un plazo determinado. En el caso de que no haya ninguna de estas cláusulas establecidas, sería posible rescindir el contrato sin que deba surgir contingencia alguna por la resolución anticipada si se realiza en los términos descritos en el primer párrafo.

Hay que distinguir entre el órgano que debe aprobar la resolución del contrato con OP y el órgano que debe hacer el nuevo contrato con la nueva entidad. Debemos asegurarnos de que el contrato no se considere un activo esencial, entendiéndose como tal *“cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”*

(artículo 160 f) LSC). En dicho caso, será competencia de la junta general aprobar la operación de resolución del contrato. Por otro lado, *“Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley”* (artículo 209 LSC), por lo que, en el caso de no tratarse de un activo esencial, será el órgano de administración el competente tanto para resolver el contrato como para realizar el nuevo.

A pesar de lo establecido en el párrafo anterior, respecto de la aprobación del nuevo contrato, al tratarse de una operación intragrupo, *“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”* (apartado primero del artículo 231 bis LSC). Por esta razón, no será de aplicación la norma general establecida en el párrafo anterior en cuanto a que si no se trata de un activo esencial será competencia del órgano de administración, sino que, al tratarse de una operación intragrupo, el umbral será el del 10% ya determinado.

Por otro lado, continúa el apartado segundo del artículo 231 bis LSC estableciendo que *“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”*. Por ello, en caso de superarse, deberá ser competencia de la Junta General.

A pesar de los órganos competentes que determinan los apartados uno y dos del artículo 231 bis LSC, *“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”*.

Debemos resaltar que, respecto a lo establecido en los apartados anteriores respecto de las operaciones intragrupo, *“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”* (apartado cuarto del artículo 231 bis LSC).

Por último, respecto a aquellas decisiones que deban adoptarse en la Junta General, hay que tener en cuenta que *“En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés”* (artículo 190.3 LSC). Por ello, en el citado caso, como tendríamos un socio que ostenta el 90% (ABC) de HP, al ser su voto decisivo por el porcentaje que ostenta, deberá realizarse la operación conforme al interés social, es decir, que deberá de optarse por el contrato que tenga las mejores condiciones. En caso de no hacerlo, se podrá impugnar el acuerdo social por el que se adopte dicha decisión.

## **10.2 ¿Identificamos algún riesgo en relación a dicha resolución?**

Una vez expuesto todo lo anterior, identificamos los siguientes riesgos en relación con la resolución contractual:

i) posible judicialización en el caso de incumplir los términos contractuales acordados, lo que conllevaría a que la sociedad incumplidora incurriese en gastos adicionales, como también se expusiese a una indemnización por los daños y perjuicios;

ii) posible penalización por el incumplimiento contractual en el caso de haberse pactado, como también en el caso de haber pactado un plazo de exclusividad y no competencia y no haberlo respetado;

iii) posible impedimento estatutario o del pacto de socios en el caso de haber prohibido en ellos que ABC o el consejo de administración de HP puedan tomar dicha decisión vinculada o que se requiera, de alguna forma, la ratificación por XYZ. Ello conllevaría el riesgo de tener una penalización por el incumplimiento del pacto de socios, como también una penalización adicional en el caso de haberse pactado específicamente.

iv) posible conflicto de interés de ABC en el caso de que deba aprobarse por la Junta General. El artículo 190 LSC establece que *“El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: b) liberarle de una obligación o concederle un derecho”*. Por este motivo, no podrá ABC ejercitar su derecho de voto en la toma de dicha decisión, lo que podría dificultar que se tramite la citada operación.