



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Facultad de Derecho

Universidad Pontificia Comillas

Curso 2022/2023

Convocatoria: enero

**ADQUISICIÓN DE LAS PARTICIPACIONES
SOCIALES DE HP, S. L., POR PARTE DE LAS
MERCANTILES ABC, S. L., Y XYZ, S. L.**

Acquisition of the shares of HP, S. L., by societies ABC, S. L.,
and XYZ, S. L.

Realizado por el alumno D. Javier Prada Mariño

Tutorizado por el Profesor D. Fernando Gutiérrez Rizaldos

Departamento: Derecho Económico y Social

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

ÍNDICE

-	ABREVIATURAS.....	3
-	INTRODUCCIÓN.....	4
-	CUESTIONES LEGALES.....	4
1.	PREGUNTA N.º 1.....	4
2.	PREGUNTA N.º 2.....	10
3.	PREGUNTA N.º 3.....	15
4.	PREGUNTA N.º 4.....	21
5.	PREGUNTA N.º 5.....	26
6.	PREGUNTA N.º 6.....	31
7.	PREGUNTA N.º 7.....	36
8.	PREGUNTA N.º 8.....	41
9.	PREGUNTA N.º 9.....	46
10.	PREGUNTA N.º 10.....	49
-	CONCLUSIONES.....	52

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCo.	Código de Comercio
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)
IESA	Inversiones Españolas, S. A.
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (disposición derogada)
O&M	Operación y mantenimiento (contrato)
RN	Reglamento de la organización y régimen del Notariado
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
TRLC	Texto refundido de la Ley Concursal
TRLGSS	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente dictamen jurídico aborda de una forma sucinta los aspectos legales que pueden concurrir en el marco de la adquisición de las participaciones sociales de HP, S. L. (HP), por parte de ABC, S. L. (ABC), cuyo titular es ABC Global Ltd. (Global), y XYZ, S. L. (XYZ). El capital social de HP, entidad de capital privado domiciliada en Málaga titular de un 25 % de las centrales hidráulicas operativas en España, es de un millón de euros y se encuentra dividido en un millón de participaciones sociales, todas ellas de titularidad de Inversiones Españolas, S. A. (IESA).

En particular, se pretende perfilar los efectos contractuales derivados de esta adquisición, con especial énfasis en la deuda bancaria que HP tiene con Banco Español, S. A. (Deuda Bancos), el contrato de operación y mantenimiento (O&M) con la empresa Operación de Proyectos, S. L., y los préstamos participativos concedidos por IESA a favor de HP (Deuda Socios).

La transacción proyectada implica la adquisición por parte de ABC de un 90 % del capital social de HP y la adquisición por XYZ del 10 % restante, para lo cual ambas entidades utilizan recursos propios.

Asimismo, la intención de los compradores es que HP pase de ser gestionada por un administrador único a actuar por medio de un consejo de administración formado por tres consejeros, siendo dos de ellos nombrados por ABC y el otro por XYZ.

A fin de evitar que la operación suponga un riesgo para alguna de las partes, se deberán establecer las cautelas precisas para ello, como la incorporación de cláusulas de manifestaciones y garantías. A su vez, estos formalismos no se agotan a nivel *inter partes*, sino que se extienden a la esfera *intra partes* a través de los pactos parasociales.

CUESTIONES LEGALES

1. PREGUNTA N.º 1

¿Puede ABC adquirir participaciones sociales en una sociedad española y, en su caso, qué requisitos/formalismos deberá cumplir? Con relación a las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, ¿qué formalizades deberán cumplir ABZ, XYZ y HP?

ABC es una sociedad de responsabilidad limitada constituida en Luxemburgo, cuyo objeto social es la inversión en diversos proyectos de infraestructuras en la Unión Europea.

En el contexto de su actividad, la sociedad ABC, desde su constitución, ha venido realizando inversiones materiales en compañías de diferentes jurisdicciones de la Unión Europea. En el caso que nos ocupa, se trata de una sociedad española (HP). Esta continua actividad inversora se inicia antes de la inversión en HP y se seguirá manteniendo desde la misma, sin que haya ninguna conexión directa entre la constitución de la sociedad y la inversión en HP. Es decir, ABC constituye un vehículo permanente de inversión y la efectuada en HP representa únicamente una parte de sus inversiones.

Es evidente, por lo que hemos expuesto, que la sociedad luxemburguesa desarrolla una actividad económica, consistente en la realización de inversiones en diversos Estados miembros de la Unión Europea, decide las inversiones y el destino de los beneficios, lo que la dota de una actividad económica que justifica su constitución, sin que pueda ser calificada de sociedad instrumental.

Para dar respuesta a la cuestión que nos atañe, debemos acudir al Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

En particular, el art. 2.1 de dicha disposición, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la misma, establece:

“Pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España:

b. Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, así como las entidades públicas de soberanía extranjera”.

En paralelo, el art. 3 de la citada norma, referente a su ámbito objetivo de aplicación, dispone:

“Las inversiones extranjeras en España, a los efectos establecidos en el artículo siguiente, podrán llevarse a efecto a través de cualquiera de las siguientes operaciones:

a. Participación en sociedades españolas.

Se entienden comprendidas bajo esta modalidad tanto la constitución de la sociedad, como la suscripción y adquisición total o parcial de sus acciones o asunción de participaciones sociales. Asimismo, quedan también incluidos en el presente apartado la adquisición de valores tales como derechos de suscripción de acciones, obligaciones

convertibles en acciones u otros valores análogos que por su naturaleza den derecho a la participación en el capital, así como cualquier negocio jurídico en virtud del cual se adquieran derechos políticos”.

Así las cosas, cabe afirmar, por tanto, que la sociedad ABC, con domicilio en Luxemburgo, puede adquirir las participaciones sociales de la sociedad HP, con domicilio en España.

Ahora bien, aunque con carácter general el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, liberaliza las inversiones extranjeras, así como su liquidación, se observan disposiciones de protección de ciertos sectores.

En este sentido, resulta preceptivo atender a los postulados de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, cuyo art. 7 bis regula los supuestos en los que procede la suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España:

“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 [...]”.

No obstante, el apartado que deriva clave para el supuesto objeto de análisis es el que le sigue:

“2. Queda suspendido el régimen de la liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública:

a. Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles) [...]”.

A estos efectos, al adquirir las participaciones sociales de la sociedad HP, la sociedad ABC está realizando una inversión extranjera directa en España, pues la misma pasa a ser

titular de un 90 % del capital social de la primera. Además, en la medida en que el objeto de la sociedad española está relacionado con infraestructuras de agua, ya que posee el 25 % de las centrales hidráulicas operativas en dicho país, no opera el régimen general de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España.

Por el contrario, es de aplicación el art. 7 bis 5 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, que lleva aparejado el requisito/formalismo de obtención de una autorización:

“La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de esta Ley.

Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley”.

En cuanto al plazo de duración de la suspensión y, por tanto, de la exigencia de autorización, conviene tomar en consideración el art. 4 del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, que modificó la disposición transitoria única 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. De acuerdo con él, el plazo de aplicación del régimen de suspensión de liberalización a determinadas inversiones extranjeras directas realizadas por residentes de otros países de la Unión Europea y de la Asociación Europea del Libre Comercio se amplió hasta el 31 de diciembre de 2022.

En lo que respecta a las formalidades que deben cumplir los sujetos intervinientes en la operación en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, es recomendable ir a la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, para comprobar si estos tienen la consideración de sujetos obligados al amparo de la citada norma. En efecto, el art. 2.1 v) declara:

“La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados:

- v. Las personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, en los términos establecidos en el artículo 34”.*

Al hilo de lo anterior, el art. 2.2 equipara las personas físicas a las jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado 1.

Además, el art. 34 impone la obligación de declarar los siguientes movimientos:

“a) Salida o entrada en territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

b) Movimientos por territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a 100.000 euros o su contravalor en moneda extranjera”.

Es decir, como ABC realiza un pago por importe de 900.000 euros (90 % del capital social de HP), la mercantil receptora del montante, esto es, IESA, deberá declarar, con carácter previo, la entrada en territorio nacional de los fondos procedentes de ABC.

Asimismo, la persona física que actúa por cuenta de XYZ, es decir, su órgano de administración, deberá declarar, con carácter previo, la cantidad de 100.000 euros (10 % del capital social de HP) en concepto de movimiento de medios de pago por territorio nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos obviar el contenido de la disposición transitoria segunda del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, que en cumplimiento del art. 27.1 c), nos remite al art. 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, en donde aparece el Gran Ducado de Luxemburgo, por lo que respecta a las rentas percibidas por las Sociedades a que se refiere el párrafo 1 del Protocolo anexo al Convenio, para evitar la doble imposición, de 3 de junio de 1986.

El párrafo 1 del Protocolo anexo al Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal, expone:

“El presente Convenio no se aplica a las sociedades ‘holding’, definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, y el Decreto gran ducal de fecha 17 de diciembre de 1938 (que desarrolla el artículo 1.º, 7b), apartados 1 y 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1937)”.

Por tanto, en la medida en que ABC no es una sociedad *holding*, dado que su objeto social no es la tenencia de participaciones sociales de terceras empresas, la comunicación sistemática al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias que viene regulada en el art. 27 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, no debería ser mensual, en aplicación del apartado 1 c) de dicha norma, sino semestral, en aplicación del apartado 1 *in fine*:

“En caso de no existir operaciones susceptibles de comunicación sistemática, los sujetos obligados comunicarán semestralmente esta circunstancia al Servicio Ejecutivo de la Comisión”.

Ahora bien, el art. 27.1 d) aclara que las operaciones que supongan movimientos de medios de pago sujetos a declaración obligatoria de conformidad con el art. 34 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, están sujetas a la comunicación sistemática mensual al Servicio Ejecutivo de la Comisión, de manera que XYZ es un sujeto obligado a esta comunicación mensual, no por la vía del art. 27.1 c), sino por la del art. 27.1 d).

En cuanto a la sociedad ABC, no es un sujeto obligado a los efectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, dado que el movimiento del medio de pago parte de Luxemburgo, no de España. De este modo, ABC se registrará, en su caso, por la normativa luxemburguesa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, que deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

En todo caso, a tenor de lo ordenado por el art. 4.1 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, IESA, como sujeto obligado, deberá identificar y comprobar la identidad de ABC, dado que la operación de adquisición es por importe superior a 1.000 euros, para lo cual, según el art. 6.1 b) del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, esta última habrá de aportar los documentos públicos que acrediten su existencia y contengan su denominación social, forma jurídica, domicilio, la identidad de sus administradores, estatutos y número de identificación fiscal.

Además, de conformidad con lo estipulado en la Circular 4/2012, de 25 de abril, del Banco de España, sobre normas para la comunicación por los residentes en España de las transacciones económicas y los saldos de activos y pasivos financieros con el exterior, IESA tiene la obligación de informar al Banco de España acerca de esta transacción.

Por último, la sociedad HP, en concordancia con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 10/2010, de 28 de abril, precisará actualizar los datos a raíz de los cambios en su titularidad real, informando de ello al Registro de Titularidades Reales, del que ya se halla publicado en la página web del Ministerio de Justicia el borrador del Real Decreto por el que se procede a su creación.

2. PREGUNTA N.º 2

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

El art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según redacción dada por el art. 34 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, explica el juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el notario:

“1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario”.

No obstante, la sociedad ABC ha otorgado el poder especial en Luxemburgo, razón por la cual se hace imprescindible averiguar si éste es susceptible de tener validez y eficacia en España. En este sentido, fruto de la internacionalización de las relaciones económicas, es práctica común en el tráfico jurídico diario la utilización de apoderamientos otorgados fuera de España.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en sendas ocasiones.

Así, por ejemplo, la Resolución de 17 de julio de 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Madrid n.º 22, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de compraventa, aclara:

“Y cuando se trate de poder otorgado en el extranjero, la reseña de la representación deberá comprender una referencia a la traducción y a su legalización o apostilla, y un especial juicio referido a la equivalencia de formas y a la función de dación de fe del funcionario extranjero autorizante”.

A este respecto, la Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mijas n.º 3 a inscribir una escritura de compraventa, diferencia el juicio de suficiencia del art. 98 de la Ley 24/2001 del juicio de equivalencia, aunque cuando se realiza expresamente aquel para el acto o negocio que se autoriza, implica cabalmente éste:

“Tratándose del juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001, el notario tiene la obligación inexcusable de emitirla (art. 166 del Reglamento Hipotecario y STS de 5 de mayo de 2008), mientras que el informe de equivalencia puede ser emitido o no por el notario, toda vez que éste no está obligado a conocer el Derecho extranjero [...]”.

El juicio de equivalencia se encuentra regulado en la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria:

“1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:

- a. Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- b. Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.*
- c. Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*

d. Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”.

De forma análoga, sus notas definitorias se repiten en el art. 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil:

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

Conviene añadir a lo anterior que la Dirección General de los Registros y del Notariado se refiere al juicio de equivalencia en la conocida Resolución de 14 de septiembre de 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Mazarrón, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca. La calificación negativa efectuada por el registrador a la inscripción solicitada se debe a los siguientes motivos:

“En cuanto a la reseña del poder de doña M. N. M., resulta que se le exhibe al notario autorizante del precedente documento ‘el original del certificado notarial’ pero es lo cierto que la representación voluntaria se acredita por la exhibición de la copia autorizada y/o auténtica del poder, ignorándose el alcance de la expresión certificado notarial e incluso, en su caso, quién lo expide y su fecha. Por ello existe incongruencia entre dicha reseña, el juicio de suficiencia, y el negocio celebrado y no queda acreditada la representación alegada”.

La respuesta de la DGRN a esta cuestión no hizo más que confirmar la nota de calificación:

“En la diligencia emitida por la notaria no se contiene propiamente una declaración de equivalencia del documento notarial inglés respecto del documento público a que se refiere el artículo 1280.5 del Código Civil, en los términos que se han expresado en los anteriores fundamentos de Derecho, sino que se limita a expresar que la poderdante tiene

aptitud y capacidad legal según su ley personal y que se han cumplido las formalidades del país de origen, pero no se dice ni justifica que la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial”.

La importancia de dicha resolución radica en que implicó la modificación de la doctrina de la DGRN, que había fijado que el juicio de suficiencia por parte del notario conllevaba la idoneidad del poder, sin que fuese por ello necesaria la equivalencia del mismo con los documentos públicos españoles. A modo de ejemplo, la Resolución de 11 de junio de 1999, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Torroella de Montgrí, don Leopoldo de Urquía y Gómez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de La Bisbal d'Empordá, doña Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente, consideró que no podía rechazarse la eficacia del poder alemán para el otorgamiento de la escritura en España “por tratarse de una ‘simple autorización con firma legitimada’, porque, a falta de aseveración de la registradora sobre su conocimiento suficiente de la legislación extranjera, pudiera ser -aunque la cuestión ahora no se prejuzga- que, al mediar la identificación de su otorgante y poder estar implícito el juicio de capacidad, la diligencia notarial en él extendida cumpliría las solemnidades exigidas por la ley alemana para considerar el repetido poder como documento público”. En los mismos términos se dicta la Resolución de 21 de abril de 2003, en el recurso gubernativo interpuesto por don Santiago Chicano Wust, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de San Javier, don Constancio Villaplana García, a inscribir una escritura calificada de "elevación a público de documento privado de compraventa y herencia", en virtud de apelación del registrador, también referida a un poder otorgado ante un notario alemán.

Por tanto, como recuerda la DGRN en la Resolución de 19 de noviembre de 2020, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa “el documento extranjero solo es equivalente al español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante dé fe y garantice la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga”.

El primero de estos requisitos se comprueba a través de la legalización del poder extranjero o, como sería más lógico, por medio de la apostilla, prevista en el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de la legalización de los

documentos públicos extranjeros, del que forman parte España y Luxemburgo. El segundo de los criterios se da por cumplido con un certificado notarial en el que el fedatario público extranjero manifiesta la identificación del otorgante del poder y la validez de las facultades o cargo en virtud del que otorga dicho poder.

En cuanto a la lengua a utilizar, el documento público extranjero deberá ir acompañado de traducción oficial al castellano, que podrá realizarla un traductor jurado debidamente autorizado en España, la representación diplomática o consular de España en Luxemburgo, o la representación diplomática o consular de Luxemburgo en España.

A su vez, resulta trascendental el art. 36 del Reglamento Hipotecario en lo concerniente a la inscripción del poder extranjero, en la medida en que solo podrá efectuarse si reúne los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado y siempre que contenga la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable (en este caso, Luxemburgo).

Por lo que respecta al poder otorgado en España por XYZ, el art. 1217 del Código Civil (CC) disipa las dudas referentes al ámbito normativo aplicable:

“Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial”.

En este sentido, el art. 145 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN), indica 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 adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”.

A continuación, el notario ante el que comparezcan los representantes para realizar la operación deberá atender al criterio pacífico expresado por la DGRN en numerosas resoluciones, como la de 25 de octubre de 2016, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Málaga n.º 10 a inscribir una escritura de compraventa:

“Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación”.

Por último, sobre si el poder otorgado por la sociedad española debe constar inscrito en el Registro Mercantil, esta misma resolución reitera que “la falta de inscripción 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 o apoderado por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente, debidamente convocado, y vigente en el momento del nombramiento”.

3. PREGUNTA N.º 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?

En el marco de la adquisición de las participaciones sociales de HP por parte de ABC y XYZ, hay un cambio en el control societario de la compañía. Sin perjuicio de ello, la persona jurídica titular de los activos y pasivos empresariales sigue siendo la misma.

La actividad principal de HP consiste en el desarrollo de aquellas operaciones que constituyen su objeto social, esto es, la gestión del 25 % de las centrales hidráulicas operativas en España. A lo largo de cada ejercicio económico, puede realizar actuaciones de muy diversa índole, unas con carácter habitual o repetitivo (actividad ordinaria o habitual) y otras esporádicas u ocasionales (actividades excepcionales). En cualquier caso, toda sociedad

celebra contratos de carácter mercantil y financiero que son necesarios para sus interacciones en el tráfico jurídico.

Así las cosas, no sería raro pensar que la entrada de nuevos inversores en el capital de una determinada compañía puede despertar cierta preocupación en los acreedores de la misma, más aún si cabe cuando a la marcha del socio único (IESA) se une la entrada de dos (ABC y XYZ) que se reparten el capital social en una proporción de 90/10, respectivamente. Esto se debe a que mediante la adquisición de las participaciones sociales, se produce una transmisión de todos los derechos y obligaciones de la sociedad o, dicho de otro modo, el comprador adquiere los activos (Caja y Maquinaria), pero también los pasivos (Deuda Socios y Deuda Bancos).

De hecho, a diferencia de la compraventa de activos, la compraventa de participaciones sociales no requiere el consentimiento de los acreedores de la compañía, ya que ésta sigue manteniendo su posición respecto de los derechos de crédito. En este sentido, no habría novación y, por tanto, no sería aplicable el art. 1205 CC:

“La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”.

A diferencia de otro tipo de sociedades, las de responsabilidad limitada, como sucede con la forma adoptada por HP, son marcadamente cerradas, es decir, con una tendencia natural a limitar la transmisibilidad de sus participaciones sociales, a fin de evitar que terceras personas ajenas a los socios entren a formar parte de la empresa. De esta manera, la primera formalidad que debemos tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición es revisar los estatutos de la sociedad, accesibles a través del Registro Mercantil, para comprobar si existen cláusulas limitativas de la transmisibilidad de participaciones sociales, así como el procedimiento a seguir para su venta.

En este contexto, conviene acudir al art. 107.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), que determina:

“Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos ‘inter vivos’ entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las

reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley”.

Dado que la transmisión no se realiza en favor de ninguno de los sujetos contemplados en el artículo anterior, a falta de regulación estatutaria, existen dos obligaciones:

- i. Comunicación al órgano de administración (art. 107.2 a) TRLSC).
- ii. Aprobación por la junta general (art. 107.2 b) TRLSC): la transmisión debe ser aprobada por el resto de socios que, en todo caso, tendrán derecho de adquisición preferente frente al tercero. Sin embargo, al tratarse de un socio único (IESA), será éste el que ejercerá las competencias de la junta general (art. 15.1 TRLSC).

Es más, las cláusulas limitativas de la transmisibilidad de participaciones sociales tienen reflejo en el art. 188 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM):

“Serán inscribibles cualesquiera cláusulas que restrinjan la transmisión de todas o de algunas de las participaciones sociales, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley”.

Por ende, así como los socios pueden introducir cláusulas limitativas de la transmisibilidad de participaciones sociales a través de los estatutos sociales, los acreedores, como ya se ha anticipado, también pueden incluir restricciones al cambio de control de la compañía para evitar la aparición de socios que se subroguen en la posición de su deudor, con quien tiene una relación basada en la recíproca confianza. En este sentido, los prestamistas suelen contar con estrictos procedimientos internos de conocimiento del cliente y de aprobación del montante que se va a conceder. En la mayoría de los casos, además, la disposición de un prestamista para celebrar el contrato dependerá no sólo de la empresa del prestatario, sino de sus socios directos e indirectos.

Para realizar una aproximación al concepto de control de una sociedad, el art. 18 TRLSC nos remite al art. 42 del Código de Comercio (CCo.):

“Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control

cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores”.*

Sin embargo, este precepto está dedicado a las sociedades que forman parte de un grupo mercantil, de manera que no consigue dar una respuesta para los supuestos en que un socio que no se integre en ningún grupo de sociedades adquiera el control de la misma.

Por este motivo, conviene consultar en el ordenamiento jurídico la existencia de alguna disposición que nos permita, al menos, extraer elementos definitorios de la situación apuntada.

Pues bien, el art. 305.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) propone un nuevo enfoque:

“Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. [...]*
- 2. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.*
- 3. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad”.*

En consecuencia, ante la falta de univocidad en la idea de cambio de control de una sociedad, sólo queda atender a lo que las partes hubiesen convenido de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC).

Pese a la indefinición inicial, el fundamento de este tipo de cláusulas está perfectamente determinado: la obtención previa del consentimiento de los acreedores. Esto significa que en una compraventa de participaciones sociales, en la que, como norma general,

no se precisa el consentimiento de terceros, estos pueden reservarse contractualmente la posibilidad de decidir acerca de un hipotético cambio en el control de la empresa.

En caso de que la operación descrita prospere en contra de la voluntad de los acreedores firmantes de la cláusula, el contrato que la incorpora incurriría en una causa de resolución por incumplimiento de la compañía, con los efectos previstos en el art. 1124 CC:

“El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

En otras palabras, si HP debe 400 millones de euros a Bancos con ocasión de la celebración de diversos contratos de financiación en los que se hubiese insertado la mentada cláusula, dichos establecimientos bancarios habrán de consentir la entrada de ABC, que asumiría el control de la sociedad, dado que la transacción proyectada entraña la adquisición del 90 % de las participaciones sociales en que se divide su capital social y además tiene la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración. De lo contrario, dichas entidades financieras podrían pedir la resolución de los contratos de financiación y HP tendría que devolver la financiación con carácter anticipado. Esta situación puede dar lugar a que la empresa experimente problemas de liquidez y, en los casos más graves, ésta podría verse abocada a solicitar la declaración de concurso derivada del estado de insolvencia actual o inminente en que se encontrase (art. 6.1 del texto refundido de la Ley Concursal).

De todas maneras, el balance simplificado de HP a 31 de junio de 2022 presenta una situación económica más que desahogada, puesto que tiene unas reservas disponibles por valor de 499 millones de euros, por lo que no parece que la insolvencia actual o inminente sea un peligro para la misma.

No obstante, esto no significa que ABC esté dispuesto a ver reducido el patrimonio neto de la sociedad en la que acaba de invertir. Puede ser que la devolución de la financiación con carácter anticipado sea una cuestión irrelevante para el nuevo socio, pero es más difícil creer que no le importe proceder al resarcimiento de daños y abono de intereses a Bancos a raíz de la resolución de aquellos contratos de financiación en que se hubiese incorporado una cláusula de cambio de control. En última instancia, no será IESA quien asuma esa obligación,

sino ABC, dado que la disminución del patrimonio neto de HP genera empobrecimiento para los socios.

En definitiva, es muy recomendable que ABC realice un informe de *due diligence* para asegurarse de que el contrato de compraventa de participaciones sociales que vaya a suscribir no conlleva ningún riesgo económico para HP. Es más, XYZ también debe efectuar este análisis, aun cuando no sea el sujeto que impulse el cambio de control, ya que cualquier contingencia económica en torno a la mercantil HP va a repercutir en su patrimonio.

Por otra parte, la *due diligence* no solo ha de comprender un examen detallado sobre la existencia de cláusulas contractuales que establezcan objeciones a la libre transmisibilidad de participaciones sociales, sino que requerirá un análisis exhaustivo de toda la documentación con incidencia legal a fin de obtener una imagen fiel de la situación real de HP.

En este sentido, el art. 112 TRLSC advierte:

“Las transmisiones de participaciones sociales que no se ajusten a lo previsto en la ley o, en su caso, a lo establecido en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad”.

A partir del artículo precedente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 182/2016, de 11 de mayo (rec. n.º 416/2015) ha diferenciado tres consecuencias jurídicas distintas:

- Eficacia del negocio *inter partes*, pero no oponible frente a la sociedad (criterio seguido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 1986, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Calella, don Luis Enrique Barberá Soriano, contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad “Llars del Maresme, Sociedad Anónima”, y el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de abril y 21 de septiembre de 2007).
- Ineficacia del negocio frente a la sociedad y las partes, por lo que no hay transmisión entre transmitente y adquirente (postura adoptada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de octubre de 1999).

- Ineficacia del negocio, pero el contrato causal es válido y obligatorio, generándose en el transmitente la responsabilidad por incumplimiento contractual, situación similar a la venta de cosa ajena.

En cualquier caso, la sociedad no se vería afectada por esa transmisión, o lo que es igual, ABC y XYZ no adquirirían la condición de socios frente a la misma.

4. PREGUNTA N.º 4

¿Deberían valorar ABC y XYZ la posibilidad de suscribir un pacto de socios y, en su caso, qué acuerdos deberían recoger en dicho pacto teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital?

El pacto de socios, también conocido como pacto parasocial o acuerdo extraestatutario, es un contrato suscrito por todos o una parte de los socios de una sociedad, en el que se regulan determinadas cuestiones al margen de los estatutos sociales.

La STS 236/2015, de 30 de abril, define el principio *pacta sunt servanda*, por el que se rigen estos pactos, del siguiente modo:

«Es un principio básico del Derecho civil, uno de los que éste se sustenta, “creado como expresión de la potencialidad normativa creadora”, como dice la sentencia de 12 enero 2009 y añade la de 19 abril 2010 que “el sistema contractual español se fundamenta en la libertad de pacto, consagrada en el artículo 1255 del Código Civil”, lo que ratifica la del 17 diciembre 2010; la de 14 noviembre 2011 insiste en que “de acuerdo con la norma del artículo 1091 del Código civil [‘sic’], ‘pacta sunt servanda’ y al alcance normativo o ‘inter partes’ de la cuestión litigiosa”».

En cuanto a sus efectos, el art. 29 TRLSC prescribe:

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

La STS 103/2016, de 25 de febrero, añade:

“[...] [E]l 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.

[...] Cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social [...] por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha desestimado la impugnación”.

En cambio, la Resolución de 26 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador Mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, ha declarado inscribible una prestación accesoria consistente en cumplir un pacto parasocial documentado en escritura pública:

“Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados [...].

En el presente caso [...] la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista”.

Por otra parte, la STS 300/2022, de 7 de abril, resuelve acerca de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales (celebrados por todos los socios) frente a la sociedad que no haya sido parte en esos pactos, confirmando que “son válidos y eficaces entre las partes que los suscriben, pero no oponibles, ni por tanto exigibles, a la sociedad”.

No obstante, dichos principios y normas rectoras de los pactos parasociales estarían sujetos a ciertas excepciones, como es el caso de las estipulaciones a favor de terceros, reguladas en el segundo párrafo del art. 1257 CC:

“Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada”.

Por consiguiente, en caso de haberse previsto ventajas a la sociedad en el pacto parasocial (p. ej.: acuerdos de no competencia o acuerdos para la financiación de la sociedad por sus socios), ésta podrá exigir su cumplimiento, aunque no fuese parte del convenio parasocial.

En lo que respecta a si es oportuno que ABC y XYZ suscriban un pacto de socios, la razón de ser de este último es regular las relaciones internas dentro de la sociedad y detallar los métodos para resolver los conflictos que puedan surgir a raíz de los cambios producidos en su seno. La llegada de dos nuevos socios y la marcha del que había es una alteración lo suficientemente significativa como para considerar la celebración de un acuerdo entre los primeros. Además, a diferencia de los estatutos, gozan de una mayor flexibilidad, dado que no constan en escritura pública y no pueden acceder al Registro Mercantil.

En concreto, los dos momentos en que se suele realizar son: en el momento en que se constituye una sociedad y cuando un socio entra a formar parte del capital social. Asimismo, es muy valorado en caso de que el negocio sea ofrecido a posibles inversores de capital, ya que estos verán que pueden invertir con la garantía de que las discusiones y pareceres dispares se solucionarán con arreglo a las normas internas que los socios hayan convenido.

Es más, para sortear la inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad, resulta útil incluir a la propia sociedad como parte firmante, de tal modo que quede constancia de su conocimiento. Así, el contenido del pacto sería vinculante para ella y no podría ejecutar acuerdos contrarios a su contenido.

Uno de los acuerdos que suele recoger el acuerdo extraestatutario es la obligación de no competencia.

El art. 86.1 TRLSC expone:

“En los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento”.

En este precepto se inserta la cláusula de prohibición de competencia, cuyo incumplimiento puede llegar incluso a la exclusión del socio infractor (art. 351 TRLSC).

Ahora bien, en caso de que no haya mención al respecto en los estatutos, el pacto de socios es la única opción, con la salvedad de que la inoponibilidad de los pactos extraestatutarios frente a la sociedad hace que el socio que infrinja la obligación no pueda ser excluido de la misma.

En particular, cuando hay socios de control como ABC, es muy común estipular en el pacto la prohibición de competencia poscontractual.

Otra previsión que deviene imprescindible teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital son las cláusulas denominadas *drag along* (derecho de arrastre) y *tag along* (derecho de acompañamiento).

La cláusula *drag along* opera en el momento en que se recibe una oferta de un tercero dirigida a adquirir un número de participaciones sociales superior a la ostentada por el propio socio mayoritario, esto es, ABC, y consiste en que dicho socio que desea aceptar la oferta pueda obligar al minoritario, a saber, XYZ, a vender también sus participaciones sociales. Eso sí, XYZ va a poder moderar este derecho por medio de mecanismos que le permitan discutir o revisar el precio fijado para la venta, o incluso establecer limitaciones o garantías obligatorias en caso de pago del precio aplazado.

La cláusula *tag along* tiene por finalidad proteger al socio minoritario (XYZ) mediante el otorgamiento del derecho a enajenar sus participaciones sociales en caso de que el mayoritario (ABC) decidiera vender las suyas a un tercero. De este modo, aunque XYZ tiene una gran experiencia en la gestión de empresas como HP y la salida de ABC pueda no afectarle desde el punto de vista del desarrollo del negocio, no le es ajena la llegada de un nuevo inversor. Por consiguiente, el tercero puede comprar el número de participaciones sociales que quiera, pero en un reparto prorrateado entre los socios que ejerzan este derecho.

A su vez, es necesario hacer constar en el pacto de socios que dos de los tres miembros que van a componer el consejo de administración han de ser nombrados por ABC y el restante por XYZ.

Esto se debe a que el art. 214.1 TRLSC atribuye la competencia para el nombramiento de los administradores a la junta de socios y a que el art. 198 TRLSC aplica el principio mayoritario para adoptar un acuerdo social, razón por la cual, de no existir este compromiso contractual, el mayoritario podría nombrar a la totalidad de los miembros del consejo de administración.

Mientras que el art. 243 TRLSC sí acepta el sistema de representación proporcional en las sociedades anónimas, el art. 191 RRM prohíbe expresamente que los administradores de las sociedades limitadas sean nombrados de esta manera.

Con todo, 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, ha admitido la inscripción de una cláusula estatutaria en virtud de la cual un socio o conjunto de ellos cuyas participaciones sociales representen el porcentaje del capital suficiente, puedan designar a uno o varios miembros del consejo sin necesidad de alcanzar el voto mayoritario de la junta.

Lo mismo sucede con el derecho de veto que XYZ pretende reservar para sí. El art. 200.1 TRLSC permite exigir, para todos o algunos asuntos determinados, un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, pero sin llegar a la unanimidad. A veces, las mayorías reforzadas imponen la unanimidad para que se pueda adoptar un acuerdo. De esta suerte, XYZ, con su voto en contra o simplemente absteniéndose de participar en las juntas, puede bloquear el funcionamiento de la sociedad, lo que le otorga un derecho de veto.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2230/2019, de 29 de noviembre, se ha pronunciado al respecto:

“Sin embargo, entendemos que la cláusula impugnada respeta el texto legal, en tanto en cuanto no contradice el principio mayoritario en la formación de los acuerdos colectivos y no exige la unanimidad. [...] El análisis de la cláusula debe realizarse en abstracto, esto es, desligada de la situación fáctica en la que se encuentre la sociedad y de cómo se reparta el capital social en un momento determinado”.

Luego, no hay inconveniente en que XYZ suscriba un pacto parasocial cuyo contenido le haga titular de un derecho de veto para la adopción de determinados acuerdos.

Por último, a ABC le podría interesar incluir una cláusula de permanencia o *lock-up* para que XYZ, que dispone de los conocimientos estratégicos necesarios para el desarrollo del objeto social, mantenga su participación en el capital social durante un período de tiempo mínimo para posibilitar una generación de valor suficiente.

En paralelo, el art. 108.4 TRLSC revela que los estatutos no pueden impedir la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, o el ejercicio del

derecho de separación durante un período de tiempo superior a cinco años desde la fecha de constitución de la sociedad, o desde la ejecución de la ampliación de capital.

La cuestión que se plantea es si a través de un acuerdo extraestatutario se puede exigir un tiempo de permanencia mayor. En el ámbito societario, está claro que no cabe su inclusión en los estatutos sociales, pero en el ámbito del derecho de obligaciones las partes sí pueden ampliar ese plazo, aunque como se ha dicho, solo tendrá efectos entre ellas. En ese caso, es apropiado integrar una sanción económica o una opción de compra a favor del socio no incumplidor.

Por último, y sin perjuicio de la concurrencia de otras cláusulas que también puedan ser indispensables, debemos completar las más relevantes con la de confidencialidad e incluso con mecanismos de protección extra de los socios, como las cláusulas antidilución.

5. PREGUNTA N.º 5

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

Para responder a esta consulta, debemos remitirnos a todo lo que se ha comentado en la pregunta anterior.

En esencia, hay que traer a colación las ventajas que supone el reflejo estatutario de los acuerdos alcanzados en el pacto de socios, que se resumen en que estos van a ser oponibles no solo frente a las partes, sino también frente a terceros. Es decir, la primera opción debe ser incluir en los estatutos sociales el mayor número de acuerdos posible, siempre que sean pactos sobre los cuales no haya impedimento para hacerlos públicos.

El fundamento legal reside en los arts. 28 TRLSC y 175.2 RRM, que regulan el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito societario y posibilitan incluir en la escritura y en los estatutos todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

En cuanto a la trascendencia de que a la sociedad no le afecten los pactos parasociales, salvo que ésta participe como parte firmante, es muy significativa, por ejemplo, la STS

138/2009, de 6 de marzo, que no niega la validez de acuerdos sociales por el hecho de ser contrarios a pactos de socios:

“Lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en aquella ocasión.

Y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del referido Real Decreto 1564/1989 -aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1995-, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

Consecuentemente, la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado -sentencias de 10 de diciembre de 2008 y 2 de marzo de 2009-”.

En cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 357/2012, de 16 de noviembre, en la que uno de los socios minoritarios impugna diversos acuerdos sociales que derivan de unos pactos parasociales omnilaterales, y por los que se instauran nuevas reglas de funcionamiento de una sociedad, diferentes a las estatutarias, hace prevalecer los derechos de buena fe y de no incurrir en un abuso de derecho sobre los postulados estatutarios:

“Resulta paradójico que, habiéndose dado pie, tras la primera de las juntas concernidas, a confiar en que la aplicación de las nuevas reglas resultaba ya algo pacífico en lo sucesivo, sea en la segunda de las juntas de las que aquí tratamos cuando el letrado de la parte actora adujese el incumplimiento estatutario, cuando no era tiempo ya para impugnar el resultado de la anterior y además se estaba proponiendo entonces la adopción de los acuerdos precisos para cohonestar lo pactado entre todos los socios, y ya previamente aplicado en el seno del funcionamiento social, con el tenor de los estatutos.

Consideramos que ante esas circunstancias el ulterior comportamiento de la parte actora emprendiendo las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, pretendiendo que el tribunal atienda sólo a la formal infracción estatutaria y no examine el resto de los ingredientes que aderezan su actuación, resulta injustificable desde el punto de vista de la obligación que a todos incumbe de ejercitar los derechos de buena fe y de no incurrir en un abuso de derecho. Se trata de un motivo más que suficiente para que la demanda debiera

haber sido rechazada y por eso estimamos ahora el recurso planteado por la entidad demandada contra la sentencia que no lo apreció así”.

Es más, los tribunales también dan prioridad al reproche de las conductas basadas en el abuso de derecho sobre la regla general de la inoponibilidad de los pactos de socios. A propósito de esta idea, la STS 662/2011, de 4 de octubre de 2011, deja abierta una oportunidad para poder oponer un acuerdo extraestatutario frente a la sociedad:

“[...] [M]áxime en aquellos supuestos en los que esta información viene exigida de forma expresa por un pacto parasocial como fórmula de control de la transparencia de la gestión, que si bien no vincula a la sociedad ni a los socios que no suscribieron el pacto, no puede ser totalmente ignorado sin faltar a los deberes de comportamiento de buena fe por quien ‘tomó nota’ sin mostrar su oposición al mismo”.

Sin embargo, la ya citada STS 103/2016, de 25 de febrero, avisa:

“Estos mecanismos (la buena fe, en sus distintas manifestaciones -actos propios, levantamiento del velo-, el abuso del derecho) no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico”.

En resumidas cuentas, trasladar los acuerdos alcanzados en el pacto de socios es muy adecuado para que estos puedan desplegar efectos frente a la sociedad. A pesar de ello, no podemos obviar que hay materias que merecen ser reguladas, pero que no tienen cabida en los estatutos, ya que el Registro Mercantil denegaría su inscripción. Para enfrentar esta realidad y a fin de esquivar la inoponibilidad de los mismos frente a la sociedad, el otro socio, ya sea ABC o XYZ, dado el carácter omnilateral de los mismos, podría ampararse en el abuso de derecho en el que habría incurrido la parte contraria. Fuera de este planteamiento, parece difícil que los tribunales puedan obligar al cumplimiento en el plano societario de un pacto de socios en el que no hubiese intervenido la sociedad ni hubiese sido incorporado en los estatutos, máxime a raíz de la mencionada STS 300/2022, de 7 de abril.

En otro orden de cosas, a propósito de las posibilidades que ofrece el Registro Mercantil para inscribir una cláusula estatutaria en la que se reserve a XYZ (socio minoritario) el derecho a nombrar a un consejero, nos volvemos a remitir a lo expuesto en la

pregunta anterior acerca de las excepciones al principio mayoritario para adoptar un acuerdo social en el seno de una sociedad limitada, en especial, a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 28 de marzo de 2022, que se refiere al sistema de representación proporcional, hasta entonces proscrito por el art. 191 RRM para las S. L.

Para ilustrar la tendencia que había a este respecto, merece la pena citar la Resolución de 15 de septiembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Natura de la India, S. L., contra la negativa de la registradora mercantil de Madrid a inscribir una disposición estatutaria contenida en la escritura de constitución de dicha sociedad, mediante la que se creaba una clase especial de participaciones sociales que atribuían el derecho a elegir a un miembro del órgano de administración, confirma la calificación de la registradora con base en los siguientes argumentos:

“Además, al sentar como derecho el de designar a un administrador (siempre que el órgano sea pluripersonal), cualquiera que sea, en cualquier momento de la vida de la sociedad, el número y valor nominal de las participaciones sociales, así como el capital social de la compañía, altera el principio legal de adopción de acuerdos por mayoría en el seno de la Junta General; mayoría que, como se ha indicado, puede formarse otorgando a las participaciones sociales derechos de voto unitarios o múltiples, pero sin que se permita a los socios modificar el mencionado principio mayoritario y sustituirlo por uno muy similar al de designación directa prohibido por la Ley”.

Por el contrario, la STS 138/2009, de 6 de marzo, también se refirió a la posibilidad de nombrar a los administradores por representación proporcional en las sociedades de responsabilidad limitada, modulando lo que se entendía como una prohibición en el sentido de negar la existencia de una restricción expresa a la aplicación de este sistema en las limitadas:

“La rotundidad del artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa -artículos 9, apartado 3, de la Constitución Española y 1, apartado 2, del Código Civil-. 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 anónimas -resoluciones de 17 de marzo de 1.995 y 11 de octubre de 2.008-”.

Aunque la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 28 de marzo de 2022, podría ser un cauce para que XYZ pudiese nombrar a uno de los consejeros con la protección registral que alcanza la incorporación a los estatutos de dicho acuerdo, no se puede pasar por alto que también existen limitaciones en relación con las mayorías que se precisan para ello, puesto que el art. 243 TRLSC, dirigido a las sociedades anónimas y que haremos extensible a las limitadas, faculta al uso del sistema de representación proporcional cuando las participaciones sociales se agrupen 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, es decir, tres. Luego, en la medida en que las participaciones sociales de las que XYZ es titular representan la décima parte del capital social de HP y no la tercera parte, no prosperaría en ningún caso invocar el sistema aludido.

Por esta razón, hay que buscar algún método distinto al de la representación proporcional que supere el filtro del Registro Mercantil para que la cláusula estatutaria sea susceptible de inscripción. En esta línea, el art. 184.2 1.º RRM presenta una técnica a través del cual articularlo: el otorgamiento de un derecho de voto plural a ciertas participaciones sociales en determinados acuerdos que son competencia de la junta general (en el caso que nos ocupa, en aquellos acuerdos que se refieran al nombramiento de un miembro del órgano de administración).

Pese a haberse pasado por alto, no está de más recordar que entre las competencias de la junta se encuentra el nombramiento y separación de los administradores (art. 160 b) TRLSC), de ahí todo lo que se ha señalado sobre el principio mayoritario por el que se rige la adopción de este tipo de acuerdos.

El fundamento legal de esta forma de estructurar el derecho de XYZ a nombrar a uno de los consejeros se incardina en los arts. 94.1 y 188.1 TRLSC, que aceptan que las participaciones sociales puedan otorgar derechos diferentes, como excepción a la regla general de que cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto.

Asimismo, la Resolución de 15 de septiembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo lleva a la práctica:

“Pero el veto legal debe circunscribirse a los estrictos términos expresados por el legislador, y, en este sentido, el uso estatutario del sistema de voto plural (que admite y regula el artículo 53.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) puede servir para modalizar el principio puramente mayoritario que a tal efecto establece como básico, pero no

inderogable, la Ley. [...] Constituye o crea una clase de participaciones a las que, junto a unos amplísimos derechos económicos de carácter colectivo, se atribuye 'en su conjunto' el derecho a elegir a un miembro del órgano de administración, sea éste colegiado o esté formado por administradores mancomunados o solidarios”.

En contraposición a lo argumentado, en las sociedades anónimas no es válida la creación de acciones que, de modo directo o indirecto, alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto (arts. 96.2 y 188.2 TRLSC). En consecuencia, se prohíbe la existencia del voto plural, esto es, acciones que, teniendo el mismo valor nominal, estén dotadas de un mayor número de votos, así como las acciones que, teniendo distinto valor nominal, tengan el mismo número de votos.

Por consiguiente, ambos socios deberán suscribir un pacto en el que las participaciones sociales de XYZ conlleven un privilegio a la hora de votar el nombramiento de un miembro concreto del consejo, el cual versará sobre un derecho de voto plural que implique que dicho socio minoritario disponga de la mayoría de votos de la junta.

6. PREGUNTA N.º 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 de 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 el balance que HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse?

Las manifestaciones y garantías (*representations and warranties*, en terminología anglosajona) son cláusulas negociadas entre comprador y vendedor a través de las cuales éste manifiesta y garantiza a aquel que, en el momento de la compraventa, determinados aspectos de la empresa cuyas participaciones sociales son objeto de venta son acordes a lo anunciado. Dicho con otras palabras, el comprador se asegura que lo declarado por el vendedor es veraz, exacto y completo.

Este tipo de cobertura no supe una *due diligence*, sino que la complementa. A través de la *due diligence* se exponen los riesgos y se confirman las fortalezas de la compañía, y su

resultado puede influir en la negociación del precio o de las indemnidades. Mientras tanto, la cláusula de manifestaciones y garantías se encarga de instaurar el régimen de responsabilidad por las contingencias que trasciendan a futuro y no se hayan detectado o se hayan ocultado al comprador.

Las dudas que suscita la realización de una *due diligence* tienen su origen en el art. 1484.1 CC:

“El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida [...]; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”.

En virtud de ello, se puede pensar en prescindir de la *due diligence* para que pueda entrar en juego el saneamiento por vicios ocultos, y optar simplemente por añadir una cláusula de manifestaciones y garantías que le permita al comprador ser compensado económicamente en caso de incumplimiento de la otra parte, si bien es una idea un tanto arriesgada en vista de que las auditorías legales no solo son útiles para determinar las posibles contingencias que subyacen a la sociedad, sino que también son capaces de identificar posibles sinergias susceptibles de explotación y dan pautas para desarrollar una estrategia futura.

Una muestra de la relevancia de las declaraciones y garantías contractuales es el conflicto dirimido por la STS 898/2021, de 21 de diciembre, en el marco de un contrato entre dos empresas en la que se incluyó la venta de las participaciones sociales representativas del capital social de ciertas sociedades limitadas a las que la vendedora había concedido unos préstamos participativos. El problema es que en el contrato de compraventa no había ninguna constancia según la cual estos habían de entenderse adquiridos por el comprador o condonados.

Una vez cerrada la operación, la adquirente comunicó a la vendedora que daba por adquiridos los préstamos y que las sociedades compradas no iban a realizar ninguna devolución a la transmitente, quien se opuso a ello.

Cada una de las partes defendió su postura de acuerdo con las declaraciones y garantías que había estipulado la vendedora en el contrato.

Por un lado, la vendedora sostenía que debía respetarse el contenido del apartado 1 del pacto séptimo del acuerdo transaccional, que llevaba por rúbrica “carácter esencial de declaraciones y garantías del cedente”:

“La cesionaria adquiere las participaciones sociales [...] sobre la base de la situación patrimonial, económica y financiera de las sociedades que se reflejan en los estados financieros adjuntos que forman parte integrante y vinculante del presente contrato [...]”.

Por otro lado, la compradora aducía el apartado 2 del referido pacto:

“LAS SOCIEDADES no son parte de o responsable en relación con una garantía u otro contrato que tenga por objeto contraer obligaciones financieras, y no existen contratos de compromisos de préstamo, anticipo, crédito, aval, garantía, fianza, descuento o asistencia financiera general a favor de socios o de terceros distintos de los indicados en el anexo IX”.

Finalmente, el Tribunal resolvió a favor de la vigencia de los préstamos, puesto que “tras el reconocimiento de esas deudas, incluidas en los estados financieros con arreglo a los cuales se trata de precisar la situación económico patrimonial de las sociedades cuyas participaciones sociales se transmiten, la simple omisión del anexo IX no supone una renuncia”. Sea como fuere, de no haber existido en las declaraciones y garantías una remisión expresa a los estados financieros de las filiales objeto de transmisión, las pretensiones del comprador podrían haber prosperado, razón por la cual el vendedor está obligado a realizar una redacción cautelosa e íntegra de estas cláusulas.

En cuanto a la suficiencia de la cobertura para el supuesto que nos atañe, podríamos calificar de débil el nivel de protección que nos brinda. El motivo de tal apreciación está ligado precisamente a la circunstancia de que IESA no dispone en su balance de más activos que HP, razón por la cual en caso de incumplimiento de las manifestaciones y garantías por parte de la vendedora, ésta se encontrará en situación de insolvencia al no poder hacerle frente a las potenciales obligaciones de indemnización que se hubiesen pactado por las partes.

Ahora bien, un dato a tener en cuenta es que IESA ha concedido préstamos participativos a favor de HP por importe de 100 millones de euros. En este sentido, hay quien podría plantearse la viabilidad de acudir a la figura de la compensación de deudas. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 234/2017, de 11 de mayo, ha delimitado las notas que deben concurrir para ello:

“Para que se produzca la compensación legal deben darse una serie de requisitos, objetivos (atinentes a las deudas) y subjetivos (atinentes a los deudores).

Respecto de los primeros, ambas deudas han de ser homogéneas, exigibles y líquidas”.

En suma, no sería posible la compensación de las futuras deudas contraídas por IESA a resultas del incumplimiento de las manifestaciones y garantías con los préstamos participativos concedidos por dicha mercantil a HP, toda vez que la fecha de vencimiento de estos últimos es el 1 de enero de 2030.

La realidad es que si la fecha de vencimiento de los préstamos hubiese sido anterior al hipotético incumplimiento de las manifestaciones y garantías, los compradores sí que estarían protegidos por la cobertura que les ofrece el vendedor, pese a la alta probabilidad de que éste solicite la declaración de concurso por insolvencia. Y es que, aunque el art. 153.1 del texto refundido de la Ley Concursal (TRLC) prohíbe con carácter general la compensación de créditos de empresas en situación de concurso, la salvedad es que esos créditos fuesen previos a la declaración de concurso.

En esta línea se ha pronunciado la STS 129/2019, de 5 de marzo:

“Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la ‘par conditio creditorum’, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso”.

En resumidas cuentas, considerando que la protección que confieren las manifestaciones y garantías es débil, los compradores deben buscar una alternativa para garantizar una respuesta del vendedor en caso de incumplimiento de las mismas.

En este sentido, emerge una nueva variante conocida como seguro de manifestaciones y garantías (*Warranty & Indemnity insurance*, en terminología anglosajona), por la que se permitiría a los compradores, esto es, ABC y XYZ, reclamar directamente contra un asegurador solvente en vez de ir contra IESA.

No obstante, existen dos tipos de seguro de manifestaciones y garantías: la póliza contratada por el vendedor y la póliza contratada por el comprador.

La contratada por el vendedor, también llamada *sell-side policy*, cubre los potenciales incumplimientos contractuales que puedan derivarse de las manifestaciones y garantías recogidas en el contrato de compraventa. Se trata, pues, de un seguro de responsabilidad civil contractual.

La contratada por el comprador, o *buy-side policy*, es aquel seguro que cubre los daños o las pérdidas patrimoniales que pueda sufrir el comprador derivadas del incumplimiento por parte del vendedor de las manifestaciones y garantías recogidas en el contrato de compraventa. Es, por lo tanto, un seguro de daños.

Este último tipo de póliza es la más común y ventajosa para ambas partes. Una de sus utilidades es la posibilidad de cubrir una actuación dolosa o fraudulenta del vendedor, circunstancia que nunca podría darse en la otra categoría de seguro, puesto que el vendedor sería el propio asegurado.

Aunque el seguro *sell-side policy* puede llegar a cubrir totalmente la responsabilidad del vendedor en los términos y condiciones pactados en el contrato de compraventa, es habitual que estas pólizas excluyan la obligación de pago de la indemnización por parte de la aseguradora en los siguientes supuestos:

- los hechos ya conocidos o revelados (por ejemplo, contingencias identificadas en la *due diligence* o reflejadas en el contrato de compraventa como obligaciones de indemnización específicas o excepciones a las declaraciones y garantías);
- los daños por fraude o falsedad del asegurado;
- las obligaciones del vendedor distintas a las manifestaciones y garantías (por ejemplo, obligación de no competencia); o
- algunos ámbitos de responsabilidad específicos del vendedor (por ejemplo, en materia medioambiental, de responsabilidad civil por producto defectuoso, blanqueo de capitales o fiscalidad internacional).

En particular, nos preocupa la ausencia de cobertura por “los hechos ya conocidos”, debido a que la contingencia fiscal por IVA de HP fue identificada durante la fase de auditoría legal y fiscal a la que fue sometida la compañía. Así las cosas, es frecuente que esta irregularidad detectada no esté cubierta por la póliza, por lo que los compradores habrán de reclamar su previsión expresa en la misma para que se encuentre comprendida en la relación de riesgos garantizados.

A su vez, en lugar del seguro de manifestaciones y garantías, el comprador podría poner el foco en una figura más sencilla y menos costosa, como por ejemplo el depósito bancario (*escrow*).

La STS 613/2014, de 24 de octubre, define este contrato en los siguientes términos:

«[...] [L]a delimitación básica o nuclear de la figura, [...] reside, más bien, en la participación o servicio de una tercera persona, que suele denominarse “agente de ‘escrow’”, que sin ser parte o haber participado de la negociación y desarrollo reglamentario de la relación negocial, y con independencia de la nota de ajenidad respecto de las partes contratantes, resulta llamado por razón de la confianza otorgada (fiducia) para velar por los intereses de las partes en el buen fin de la relación negocial programada a través de la verificación del exacto o regular cumplimiento del contrato celebrado, o de algunas obligaciones derivadas del mismo».

De esta forma, ABC y XYZ podrían decantarse por que IESA deposite una parte del importe de la venta en una cuenta *escrow* como garantía de que no se produzca un incumplimiento de las manifestaciones y garantías por su parte.

Por último, un asunto a tratar y cuya cobertura deberían exigir los compradores es qué sucede si en el período comprendido entre la firma (*signing*) y el cierre (*closing*) se producen cambios adversos relevantes que puedan frustrar la finalidad del contrato. Nos referimos a las conocidas como cláusulas de cambio material adverso (*material adverse change clauses*), que permiten garantizar que el comprador tenga derecho a resolver el contrato o, al menos, tener la oportunidad de renegociar sus términos, cuando el negocio sufra un cambio que objetivamente altere las circunstancias, produciendo un daño efectivo para el comprador.

7. PREGUNTA N.º 7

En principio, ABC y XYZ disponen de fondos suficientes para adquirir HP, 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 bien pague por cuenta de los socios o bien les facilite un préstamo? ¿Por qué? ¿Existen otras alternativas?

La asistencia financiera en las sociedades limitadas se puede definir como aquel tipo de operaciones en los que la sociedad ayuda financieramente a un tercero con la finalidad de que éste adquiera sus propias participaciones sociales. Esta asistencia puede ser mediante la concesión de un préstamo o crédito a un tercero, o actuando como avalista del adquirente de las participaciones sociales frente al banco u otra persona, física o jurídica, que le presta efectivamente el dinero para la adquisición.

El art. 143.2 TRLSC dice que las sociedades de responsabilidad limitada no podrán anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones sociales o de las participaciones sociales creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

Desde sus orígenes, la prohibición de asistencia financiera se ha fundamentado en, por un lado, evitar que los administradores de las sociedades se hagan con el control de las mismas a cargo del patrimonio social, habida cuenta de que podrían favorecer que terceros de su confianza se conviertan en socios alterando así la toma de decisiones de la empresa, y por otro lado, proteger los intereses de los acreedores sociales, que podrían verse en peligro en caso de poner en riesgo la solvencia de la sociedad al verse ésta despatrimonializada.

Sin perjuicio de esta prohibición, la STS 541/2018, de 1 de octubre, interpreta la finalidad del art. 143.2 TRLSC negando que su incumplimiento conlleve la nulidad de la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad. Antes bien, sería suficiente con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación.

Por cuanto acontece a la prestación de garantía en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, la Resolución de 1 de diciembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el abogado don Juan Puig Fontanals, en representación de doña María Victoria Aguilera García, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 21 de Barcelona, don José María Alfin Massot, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en virtud de apelación del recurrente, corrobora la nulidad absoluta del negocio de garantía que constituye asistencia financiera prohibida:

“[...] [T]al negocio de garantía es nulo por cuanto al contravenir una prohibición legal queda incurso en la sanción prevista para tales supuestos por el artículo 6.3 del Código Civil, la nulidad absoluta. Frente a tal conclusión no cabe aceptar el argumento del recurrente en el sentido de que tan radical sanción tiene una excepción en el mismo precepto

para el caso de que la norma prohibitiva infringida haya establecido un efecto distinto, que en este caso sería la sanción pecuniaria prevista en el artículo 42 de la misma Ley reguladora del tipo social. Esta sanción, establecida en términos generales para toda infracción de las prohibiciones contenidas en la misma sección de la Ley relativa a la adquisición de las propias participaciones, es de carácter jurídico-administrativo y ha de entenderse complementaria, independiente y compatible por tanto con las restantes sanciones de carácter jurídico-privado que la propia Ley establece”.

Para incurrir en esta prohibición deben concurrir, por tanto, tres elementos: objetivo (realización de actos que la ley considera constitutivos de asistencia financiera), subjetivo (el sujeto debe ser la sociedad de la que se van a adquirir las participaciones sociales o cualquier otra del grupo al que esa sociedad pertenezca) y teleológico (un tercero adquiere las participaciones sociales de la sociedad o de las de cualquiera de su grupo).

Con todo, la interpretación de la prohibición de asistencia financiera debe ser muy restrictiva cuando no se aprecien riesgos para los acreedores ni para los socios minoritarios.

A modo de ejemplo, la STS 190/2019, de 27 de marzo, niega la nulidad de un negocio de permuta, que suponía la adquisición derivativa por una sociedad limitada de sus propias participaciones sociales, siendo éste un paso intermedio e instrumental para transmitir estas mismas participaciones sociales a otros miembros de la familia por un precio equivalente al valor de lo permutado:

“[...] [L]a sociedad apenas llegó a ostentar la titularidad de sus propias participaciones, pues las transmitió inmediatamente, en cumplimiento del acuerdo de redistribución de participaciones sociales entre los miembros de la familia. Esto impidió que se llegara a generar el riesgo que se pretende evitar con la prohibición, que es la merma de la integridad del capital social.

La ratio de la norma (art. 40.1 LSRL) responde principalmente a la salvaguarda de la efectividad e integridad patrimonial del capital social como garantía de los acreedores sociales, que no se ha visto afectada en un caso como el presente, en que la adquisición fue meramente instrumental y la tenencia tan fugaz que duró lo esencial para su inmediata transmisión por el mismo contravalor”.

A pesar de la trascendencia de esta materia en el ámbito societario, cualquiera podría pensar que existe una profusa jurisprudencia que aclare la multiplicidad de cuestiones que

pudiesen surgir en la práctica. En cambio, son contadas las sentencias que se pronuncian al respecto.

Por esta razón, no podemos eludir en nuestro argumentario la STS 779/2012, de 9 de diciembre, que se centra en la posible nulidad de hipotecar diversas fincas, maquinaria y utillaje de una sociedad de responsabilidad limitada en garantía de dos préstamos concedidos por dos entidades de crédito a un tercero para la asunción y desembolso de participaciones sociales de la propia sociedad garante.

Aunque no se discute la existencia de asistencia financiera prohibida, el objeto de la controversia pivota sobre si el administrador único y socio mayoritario de la sociedad que incurre en asistencia financiera prohibida está legitimado para instar procesalmente la nulidad del negocio jurídico en que consiste tal asistencia financiera.

El Alto Tribunal negó la legitimación para impugnar a quien *“participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula, so pena de que admitiésemos que fuera contra sus propios actos y, con abuso de derecho, pretendiera en vía concursal la anulación de unos créditos a cuyo nacimiento consintió. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 y 1.302 del Código Civil, 57 del Código de Comercio y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*. Asimismo, rechazó la aplicación del art. 140.2 TRLSC invocado por la recurrente por no referirse éste a la prestación de garantías.

En conclusión, HP no puede pagar por cuenta de ABC y XYZ ni facilitarles un préstamo al tratarse de operaciones que se incardinan en la prohibición de asistencia financiera, puesto que aun cuando defendamos la interpretación restrictiva de la misma, el montante que figura en la caja es equivalente a la cantidad adeudada por la primera a IESA y a una entidad bancaria, de tal forma que el interés de los acreedores no estaría protegido ante el riesgo de impago por insolvencia. Además, habría que estudiar si el administrador de HP pudiese tener alguna relación de confianza con ABC que diese lugar a que aquel estuviese interesado en que ésta adquiriera el 90 % de las participaciones sociales en que se divide el capital social y así hacerse con el control de la junta.

En este contexto, hay que partir de la base de que la financiación no puede proceder nunca de la sociedad comprada. A este respecto, cabría estudiar la posibilidad de optar por la financiación ajena procedente de, por ejemplo, una entidad de crédito, que podría acceder a la concesión de un préstamo a favor de las sociedades compradoras a cambio de una garantía prendaria. Sin embargo, si esta garantía recae sobre las participaciones sociales de HP, también podríamos estar infringiendo las normas sobre asistencia financiera. Para prevenir

cualquier vulneración legal, resulta preciso examinar la *ratio legis* sobre esta materia para saber cuáles son los bienes jurídicos que pretende proteger el legislador y encontrar fórmulas a través de las cuales poder actuar en el tráfico jurídico sin menoscabar los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

Una propuesta sería constituir por las compradoras una sociedad vehículo (SPV) para adquirir las participaciones sociales de HP. De esta forma, la SPV tendría en su balance a las sociedades ABC y XYZ. Así, si constituimos una prenda sobre las participaciones sociales de la sociedad *target* (HP) en garantía de la devolución de la financiación que les hubiese facilitado una entidad de crédito a las compradoras, no habría asistencia financiera. Esto se debe a que no concurre el elemento subjetivo, ya que el que está prestando esa garantía (el pignorante) es el dueño de las participaciones sociales (SPV) y éste no puede ser sujeto de asistencia financiera prohibida en tanto que no es de quien se están adquiriendo las mismas, ni se están adquiriendo las de ninguna sociedad de su grupo.

Es decir, si otorgamos una prenda sobre las cuentas corrientes de la sociedad *target* (HP), el pignorante es la propia sociedad *target* porque son cuentas abiertas a su nombre. Pero si pignoramos las participaciones sociales de la sociedad *target* (HP), ésta sería el sujeto pasivo, dado que las participaciones sociales de dicha sociedad *target* son de su dueño (SPV).

Por otro lado, las sociedades compradas nunca van a poder ofrecer sus activos para que el tercero las compre, por lo que no podrán dar en garantía sus activos respecto a la deuda de adquisición, salvo que se fusionen. Así las cosas, el mecanismo para no contravenir la norma sería a través de una fusión de las sociedades compradoras (ABC y XYZ) con la comprada (HP). En el momento en que fusionamos a las compradoras y a la comprada, ya no hay compra por un tercero, que es lo que prohíbe el legislador. En este sentido, no habría problema para garantizar la deuda de adquisición por las sociedades fusionadas.

Esto tiene su razón de ser en que la fusión implica que haya un plazo de oposición de acreedores, así como acuerdos de la junta de socios y del consejo de administración, e informes de todo tipo que justifiquen el motivo económico de la operación. De igual forma, si la fusión se produce en los tres primeros años en que ABC y XYZ contrajesen la deuda, es necesario que el registrador mercantil valide la operación, de tal manera que no haya ningún elemento fraudulento (art. 35 LME). Por consiguiente, la fusión sana la asistencia financiera entre las sociedades fusionadas, puesto que en el momento en que las compradoras y la comprada son el mismo sujeto, HP sí podría constituir prenda sobre sus participaciones sociales.

En resumen, una alternativa a la financiación propia de la adquisición de las participaciones sociales de HP sería que ABC y XYZ recurran a la financiación ajena garantizando la deuda con la prenda de las participaciones sociales de la sociedad comprada (HP) por una sociedad vehículo (SPV) constituida al efecto, y otra fusionar a las compradoras con la comprada para sortear la concurrencia del elemento subjetivo de la asistencia financiera prohibida.

Llegados a este punto no podemos pasar por alto la oportunidad de plantearnos si la fusión de las sociedades compradoras con la comprada habilita de alguna manera a la *target* (HP) para pagar por cuenta de los socios o facilitarles un préstamo sin que ello redunde en un supuesto de asistencia financiera prohibida.

Como se ha explicado anteriormente, la fusión acarrea que la asistencia financiera prohibida sea descartada por faltar el elemento teleológico y con él el tercero que adquiere las participaciones sociales de la *target* (HP). Por consiguiente, no hay ningún impedimento legal para que esta última asista financieramente a las compradoras, toda vez que las compradoras y la comprada son una misma persona jurídica.

En cualquier caso, este levantamiento del veto a la asistencia financiera no es casual, dado que si indagamos en los intereses que quiere preservar el legislador repararemos en que no se estaría conculcando ninguno de ellos.

En relación con los acreedores, estos pueden ejercer su derecho de oposición (art. 44 LME), que comporta que una entidad de crédito deba prestar fianza solidaria en favor de la sociedad deudora sin la cual la fusión no podrá llevarse a efecto.

En cuanto a los socios, la fusión debe ser acordada por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella (art. 40.1 LME), para lo cual se requerirá el voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social (art. 199 b) TRLSC).

Por último, respecto a la sociedad *target* (HP), ésta logra un incremento de poder en el mercado en el que opera.

En definitiva, los socios podrán utilizar financiación ajena dando en garantía las participaciones sociales de la *target* (HP) mediante los procedimientos esbozados, pero también cabe que la comprada financie a las compradoras previa fusión de las mismas.

8. PREGUNTA N.º 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, qué formalidades deberán cumplirse para su plena eficacia y, en su caso, qué personas deben llevarlas a cabo?

El art. 23 TRLSC comprende en su apartado c) el domicilio social como uno de los aspectos que constituye el contenido mínimo de los estatutos de una sociedad de capital. En este sentido, el traslado del domicilio de HP de Málaga a Madrid es una modificación estatutaria que debe regirse por el procedimiento previsto a tal efecto por la ley.

El art. 285.1 TRLSC establece que cualquier modificación de los estatutos es competencia de la junta general.

En la redacción inicial del TRLSC, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, el art. 285.2 recogía una excepción a la regla general por la que el órgano de administración sería el competente para cambiar el domicilio social dentro del término municipal, salvo disposición contraria de los estatutos.

No obstante, la disposición final primera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, modifica el art. 285.2 TRLSC ampliando el ámbito de la competencia de los administradores para cambiar el domicilio social pasando del término municipal a todo el territorio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos.

A continuación, el Real Decreto Ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional, volvió a modificar el art. 285.2 TRLSC para poner fin a los conflictos de interpretación sobre la aplicación de dicho artículo y aclarar cuándo existe “disposición contraria de los estatutos”, que sustraiga al órgano de administración la competencia para trasladar el domicilio social dentro del territorio nacional.

A este respecto, la disposición transitoria única del Real Decreto Ley 15/2017, de 6 de octubre, puntualiza que “se entenderá que hay disposición contraria de los estatutos solo cuando con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley se hubiera aprobado una modificación estatutaria que expresamente declare que el órgano de administración no ostenta la competencia para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional”.

Acerca de la revocación de los poderes generales vigentes, es muy significativa la Resolución de 11 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del

Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XI de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales sobre cese y nombramiento de administrador único y traslado del domicilio social de una sociedad de responsabilidad limitada:

“Asimismo, debe confirmarse la nota del registrador respecto de la falta de competencia de la Junta general para revocar los poderes otorgados. Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo, que la Junta general no puede otorgar poderes –y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos–, 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 aquel de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él (cfr. artículos 209 de la Ley de Sociedades de Capital; 07 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; y Resoluciones de este Centro Directivo de 8 de febrero de 1975; 31 de octubre de 1989; 26 de febrero de 1991; 13 de octubre de 1992; 1 de marzo y 7 de diciembre de 1993, y 4 de febrero de 2011)”.

En suma, el órgano que debe adoptar estos acuerdos es el administrador único de HP.

Según el art. 290.1 TRLSC, el acuerdo de traslado del domicilio social debe ser formalizado en escritura pública, con indicación de la nueva redacción del artículo correspondiente de los estatutos sociales. Posteriormente, la escritura debe ser inscrita en el Registro Mercantil. El procedimiento de inscripción varía en función de si el domicilio se traslada dentro de la misma provincia, a otra provincia o al extranjero.

Como el cambio de domicilio fue de una provincia (Málaga) a otra (Madrid), el art. 19 RRM ordena que la escritura pública vaya acompañada de una certificación literal de todas las inscripciones de la sociedad, emitida por el Registro Mercantil de origen, a fin de que se trasladen a la hoja del Registro de destino.

La certificación deberá reproducir las cuentas depositadas correspondientes a los últimos cinco ejercicios y no podrá expedirse sin la previa presentación de la decisión del administrador único de HP acordando el traslado del domicilio con su firma debidamente legitimada. Una vez expedida, el registrador de origen lo hará constar en el documento en cuya virtud se solicitó y por diligencia a continuación del último asiento practicado, que implicará el cierre del Registro. En la certificación deberá hacerse constar expresamente que se ha practicado dicha diligencia en el Registro. Su vigencia es de tres meses desde su expedición, transcurridos los cuales debe solicitarse una nueva.

Como complemento a lo declarado, es oportuno destacar la Resolución de 20 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la Registradora Mercantil accidental XV de Madrid a inscribir un traslado de domicilio social, que desarrolla el procedimiento a seguir en un cambio de domicilio a provincia distinta:

“De acuerdo con el procedimiento descrito, el registrador de destino debe proceder a la práctica de dos inscripciones: una, de transcripción del contenido literal de la hoja de la sociedad en el Registro Mercantil de origen tal y como resulta de la certificación del registrador mercantil, y, dos, la inscripción de traslado de domicilio. Dichas actuaciones son simultáneas y no se puede llevar a cabo la una sin la otra, por evidentes razones de coherencia: sin la constancia en el Registro Mercantil de destino del historial jurídico de la hoja de origen no constaría en éste a efectos de tracto sucesivo; si no se practica la inscripción de traslado de domicilio la anterior constancia se haría en vacío al no resultar el criterio de competencia que autoriza a la apertura de la hoja a la sociedad trasladada.

La práctica de la inscripción de traslado de domicilio exige además, en su caso, la aportación del resto de documentación necesaria para que la hoja de la sociedad trasladada mantenga la coherencia derivada del principio de tracto sucesivo. Así, por ejemplo, será preciso presentar la documentación que justifique que el órgano que ha adoptado la decisión de traslado ha sido regularmente designado o que su decisión es conforme con el contenido de los estatutos sociales (así lo afirma explícitamente la Resolución de 28 de mayo de 2018). De otro modo, no podría practicarse la inscripción de traslado en el registro de destino como tampoco podría practicarse en el registro de origen si el traslado de domicilio fuese dentro de su ámbito territorial de competencia”.

Asimismo, esta resolución es significativa por ratificar la calificación de la registradora mercantil de destino, que rechazó la inscripción de una escritura de traslado de domicilio a provincia distinta por no haber presentado en papel la certificación del Registro Mercantil de origen prevista en el art. 19 RRM. Y es que admitirla en formato electrónico genera dudas tales como *“qué sucedería si tal certificación emitida hubiera sido devuelta al Registro de origen (emisor de la certificación) en el que estaba inicialmente inscrita la sociedad mercantil y el Registro de destino practicara el cambio con la digitalizada en la escritura; caso en el que podría darse como -indeseable- resultado final una duplicidad de hojas abiertas (de una misma sociedad) en dos registros diferentes”.*

Por otra parte, la revocación de los poderes generales es una práctica habitual en los supuestos en que acontece una adquisición por un socio que pasa a convertirse en el que ostenta la titularidad de la mayoría de las participaciones sociales en que se divide el capital social. A estos efectos, es de especial trascendencia la Resolución de 15 de marzo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Murcia, a inscribir una escritura sobre revocación de un poder otorgado por Tamar Gestión y Proyectos, S. L.:

“Uno de los principios generales del sistema registral es el de la necesidad de titulación pública para la práctica de cualquier asiento en el Registro, salvo los casos expresamente exceptuados (cfr. artículos 18.1 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil), dada la especial trascendencia de los asientos registrales, que tienen alcance ‘erga omnes’, gozan de la presunción de exactitud y validez, y se hallan bajo la salvaguarda jurisdiccional (artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

En aplicación concreta de tal principio, los artículos 94.1.5º y 95.1 de dicho Reglamento exigen expresamente que la revocación de los poderes otorgados por la sociedad conste en escritura pública para su inscripción en el Registro. Y, como ha reiterado esta Dirección General en varias ocasiones, al corresponder por Ley la gestión y representación de la sociedad al órgano de administración (artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital), es a este órgano al que compete otorgar las correspondientes escrituras de poder, o de revocación (cfr. Resoluciones de 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989, 26 de febrero de 1991 y 1 de marzo de 1993)”.

Una vez conocida la necesidad de otorgar escritura pública, el art. 178 RN sostiene que la revocante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1219 CC, se hará constar al final o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo.

Asimismo, el notario autorizante lo comunicará telemáticamente al notario en cuyo protocolo se hallen las matrices que contengan los negocios a que la nueva escritura afecte mediante el sistema de información central del Consejo General del Notariado. El notario que reciba la comunicación lo hará constar al margen por nota indicativa de la fecha de la segunda escritura y el nombre y residencia del notario autorizante. Si la primitiva matriz obrase en el mismo protocolo del notario autorizante del último documento, él mismo pondrá la nota.

9. PREGUNTA N.º 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 Bancos como la Deuda Socios). ¿Sería posible realizar esta operación y, en su caso, cómo?

La refinanciación de la deuda de una sociedad consiste en firmar un nuevo acuerdo de préstamo con unas condiciones que resulten más fáciles de cumplir, como pueden ser la reducción del tipo de interés o la extensión del plazo de amortización.

No obstante, existen alternativas legales o formas de capitalizar la deuda por las que se permite convertir en socios a los acreedores que estén dispuestos a sustituir su derecho de crédito por una serie de participaciones sociales.

A este respecto, el art. 301 TRLSC regula el aumento de capital por compensación de créditos, que consiste en la ampliación del capital social mediante la conversión de parte del pasivo o deuda de la sociedad en nuevas participaciones sociales de los acreedores.

La Resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos a inscribir la escritura de aumento del capital social de una entidad, trata esta modalidad de aumento con la siguiente explicación:

“Desde el punto de vista jurídico la transformación de un crédito en capital supone que un acreedor de la sociedad va a mudar su posición jurídica deviniendo socio de la sociedad deudora, o aumentando su participación en el capital de la sociedad, y descargando el pasivo exigible de la misma. En definitiva, la supresión de una deuda de la sociedad sin que salga de la masa patrimonial bien alguno va a suponer un incremento del mismo patrimonio en igual medida que la deuda suprimida”.

El problema que se presenta es que el aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada por compensación de créditos, precisa que estos sean totalmente líquidos y exigibles (arts. 301.1 TRLSC y 199.3 RRM).

Por consiguiente, en vista de que la Deuda Socios no vence hasta el 1 de enero de 2030 y de que tampoco puede afirmarse que la Deuda Bancos resulte exigible, el aumento de

capital por compensación de créditos no sería una variante apta para refinanciar las deudas de HP y repagarlas anticipadamente.

Ahora bien, podríamos plantearnos la amortización anticipada de las deudas, es decir, devolver la totalidad de lo debido antes de su vencimiento. De esta forma, la Deuda Bancos y la Deuda Socios quedarían canceladas.

En este sentido, la operación se efectuaría primero con la amortización anticipada de la Deuda Bancos y la Deuda Socios a través de los fondos procedentes del sindicato bancario alemán y seguidamente se adoptaría en junta un acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos para que éste vea compensado su derecho de crédito frente a HP con participaciones sociales de dicha compañía. Así las cosas, el aumento de capital por compensación de créditos sería factible, en tanto que los mismos serían totalmente líquidos y exigibles. Un ejemplo de ello lo encontramos en la SAP Madrid 189/2018, de 19 de marzo:

“No vemos, por lo tanto, que concurra esa misma justificación respecto de créditos que no van a capitalizarse ni, en consecuencia, a producir ese efecto benefactor. En todo caso, se trata de una cuestión por completo ajena al acuerdo de amortización anticipada que se adopta: dicho acuerdo se pronuncia solo sobre los créditos que van a ser capitalizados por compensación y nada dice -ni que se dan por vencidos ni lo contrario- respecto de los créditos que no van a ser capitalizados. Por lo tanto, si el actor, en tanto que titular de estos últimos, entiende que su falta de amortización anticipada supone un agravio discriminatorio e injustificado, tiene abierta la vía judicial para reclamar su pago invocando la pertinencia de considerarlos vencidos. Pero ello no tiene que ver con el acuerdo adoptado, el cual -se insiste- nada decide sobre el vencimiento o falta de vencimiento de tales créditos ajenos al acuerdo de compensación consecutivo”.

Sin embargo, la realidad es que no hay créditos a compensar, pues solo consta el que ostenta el sindicato bancario frente a HP, razón por la cual esta iniciativa merece ser descartada.

Por otra parte, a tenor del argumentario empleado en la Resolución de 18 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por "Sanelec Electricidad, S. L.", contra la negativa de la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles IV de Madrid, a inscribir una escritura de aumento del capital social de la citada entidad, el aumento de capital con cargo a reservas (art. 303 TRLSC) no plantea estos problemas:

“[...] [E]s una modalidad de autofinanciación empresarial caracterizada por una simple operación contable, en cuanto implica una transferencia de fondos de una cuenta a otra del pasivo del balance, por lo que como tal no supone alteración patrimonial cuantitativa alguna dado que los recursos propios —suma de capital social y reservas— seguirán siendo los mismos; y otro tanto cabe decir del patrimonio social. Lo que sí supone es una modificación cualitativa de dicho patrimonio, pues los fondos así transferidos pasan del régimen de disponibilidad de que gozaban como reservas a la indisponibilidad a que quedan sujetos como capital. Por tanto, un requisito esencial para la capitalización de las reservas o beneficios no es solo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, dado que la capitalización es una de las formas a través de las que la sociedad ejerce su facultad de libre disposición sobre ellas”.

Luego, la única manera de sortear el endeudamiento de HP es a través de este cauce legal, cuyos trámites esenciales son los que siguen: repago anticipado de la deuda existente por parte del sindicato bancario alemán y posterior adopción del acuerdo de aumento de capital social con cargo a reservas. A continuación, las participaciones sociales creadas como consecuencia de la transferencia de fondos por importe de 499 millones de euros desde la cuenta de reservas a la de capital social, serán asumidas por el sindicato bancario. Sin perjuicio de ello, interesa poner de manifiesto que el crédito de éste asciende a 500 millones de euros. En virtud de lo expuesto, no se nos puede escapar que falta un millón de euros por devolver al conjunto de entidades que posibilitaron la refinanciación. En este contexto, surge la figura del aumento de capital mixto, esto es, aquel que se realiza parte con cargo a reservas y parte con aportación de los socios. De este modo, se cubre la totalidad del crédito del sindicato bancario, que asumirá las participaciones creadas en cumplimiento de este propósito, quedando la sociedad liberada de cualquier deuda.

Con todo, no es una cuestión baladí que el derecho de crédito del sindicato bancario alemán ascienda a la cantidad de 500 millones de euros, en la medida en que para proceder al aumento de capital con cargo a reservas, la cuantía del mismo sería tan elevada que provocaría que el sindicato bancario alemán se convirtiese en el titular de la mayoría de las participaciones sociales en que se divide el capital social de HP. Dicho con otras palabras, el porcentaje de ABC y XYZ en el capital social de HP se vería diluido de forma drástica tras el aumento de capital, por lo que no parece que esta fórmula sea del agrado de ninguno de los

socios, especialmente de ABC, cuyas excelentes relaciones con el sindicato bancario no van a evitar que pierda el control de la compañía.

Por ende, aunque la operación tenga encaje jurídico, desde el punto de vista de la rentabilidad financiera e incluso de los intereses de los socios, puede no ser tan aconsejable.

10. PREGUNTA N.º 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 contrato de 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?

La resolución es una de las categorías de ineficacia del contrato, que se produce en virtud de una causa que no es de invalidez inicial, sino que viene determinada por causa de condición resolutoria, por pacto comisorio, o por incumplimiento de una de las partes en un contrato bilateral.

Como no se cumple ninguna de estas causas, la resolución unilateral del contrato por HP no es posible, y ello porque, con independencia de la venta de sus participaciones sociales a ABC y XYX, aquel sigue en vigor. En este sentido, hay que destacar que el contrato ha sido celebrado con HP y no con IESA, por lo que cualquier cambio de socio no va a poder afectar al mantenimiento de los contratos hasta que los mismos lleguen a su término o, en su caso, incurran en una causa de extinción.

Pero es que aceptar la resolución unilateral de los contratos debido a un cambio de los socios de una sociedad es tanto como dar vía libre para que ésta pueda dar por finalizada una relación contractual a su antojo, desvirtuando así el principio de *pacta sunt servanda* y desnaturalizando el fin último de estos pactos.

A modo de ejemplo, imaginémosnos que una sociedad está interesada en terminar una determinada relación contractual sin justa causa. Sería tan sencillo como que un socio venda sus participaciones sociales a una persona de su confianza para que ésta resuelva dicho

contrato y a continuación celebrar un nuevo contrato de compraventa para que el anterior vuelva a figurar como socio, esta vez sin tener que hacer frente a ninguna obligación.

Por tanto, habrá que estar a lo que se diga en el contrato, en particular a su duración y a las condiciones incluidas en el mismo, pues solo el cumplimiento de una condición resolutoria o el incumplimiento de la contraparte facultarían a HP para resolver el contrato que nos atañe. Con base en esto último, siempre se puede alegar que la empresa no está prestando un buen servicio y, por este motivo, instar la resolución del contrato, aunque quien soporta la carga de la prueba de tales hechos es HP.

En otro orden de cosas, el art. 209 TRLSC atribuye al órgano de administración la gestión y la representación de la sociedad, de manera que será éste el competente para suscribir cualquier tipo de contrato.

El problema que aquí se presenta es que, tras la operación de adquisición, el órgano de administración pasa a ser un consejo de administración, el cual actúa de forma colegiada (art. 233.2 d) TRLSC), por lo que sus miembros carecen de poderes de gestión o representación de la sociedad atribuidos individualmente. Es decir, a menos que hubiese un consejero delegado, la voluntad del órgano se plasmará a través de un procedimiento conformado por una convocatoria, la celebración de una reunión, la deliberación y la adopción, en su caso, de un acuerdo mediante votación.

Con respecto a si es necesaria la intervención de la junta general, la STS 285/2008, de 17 de abril, la obliga a pronunciarse cuando acontece un negocio de gestión extraordinario:

“Lo atendible es, por tanto, la suficiencia de los poderes de los Consejeros-Delegados para llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública que se impugna. Estimamos que excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario”.

Sin embargo, la celebración de un contrato al uso que no cuenta con ningún elemento extraordinario, no parece requerir la adopción de un acuerdo previo por su parte. Más aún si cabe cuando entre las competencias que ostenta la misma en virtud del art. 160 TRLSC, no consta ningún apartado en el que se haga depender la suscripción de un contrato con estas características a la existencia de un acuerdo adoptado en junta.

En particular, debemos poner especial atención en el art. 160 j) TRLSC, que otorga a la junta general la competencia en cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos. A este respecto, hay que advertir que la operación propuesta se enmarca en la

categoría de intragrupo, pues se da la situación de que HP está bajo el control de ABC, que a su vez pertenece a un grupo de sociedades entre las que se encuentra una con la que va a suscribir el nuevo contrato.

Sin perjuicio de las previsiones estatutarias, el art. 231 bis TRLSC deviene clave, dado que establece que *“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”*.

Parece evidente que la celebración de un contrato entre HP y una sociedad del grupo ABC es una operación sujeta a un conflicto de interés, si bien no hay datos suficientes que permitan concluir que dicho negocio deba ser aprobado por la junta general, ya que la transacción en cuestión no está legalmente reservada a su competencia y además desconocemos el importe del contrato.

En resumidas cuentas, si fuese posible resolver el contrato de O&M, el órgano competente para sustituirlo por uno nuevo es el consejo de administración (art. 231 bis 2 TRLSC).

Para ello, el consejo de administración será convocado por su presidente o el que haga sus veces (art. 246.1 TRLSC), o cualquiera de los administradores, en tanto que constituyen al menos un tercio de sus miembros y siempre que el presidente no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes desde la petición sin causa justificada (art. 246.2 TRLSC).

Asimismo, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales, esto es, dos (art. 247.1 TRLSC). En cuanto a la adopción de acuerdos, el TRLSC respecto de las sociedades limitadas se limita a señalar que estos se adoptarán por mayoría (art. 245.1 TRLSC).

En cuanto a los riesgos que pueden surgir en las operaciones intragrupo, estos están vinculados a que la celebración del contrato solo resulte beneficiosa para la sociedad que ejerce el control, esto es, ABC Global Ltd., y sea en cambio perjudicial para la que se halla sujeta a dicho control, a saber, HP.

A mayor abundamiento, la SAP Barcelona 264/2013, de 21 de junio, añade:

“En el contexto del grupo apreciable en este caso, en el que una misma persona es socio mayoritario de control de todas las sociedades que lo integran, los socios externos al grupo de control, minoritarios de alguna de las filiales o sometidas, o de la dominante, pueden ver volatilizado el valor de su participación social, consecuencia de una decisión del poder de dirección unitario que suponga la transferencia de activos a otra sociedad del grupo en la que aquellos no participan, o en general de operaciones societarias intragrupo que originen un perjuicio a los intereses particulares de la sociedad dominada o sometida”.

En definitiva, los riesgos apreciables se extienden en una triple perspectiva: la propia sociedad (HP), los socios minoritarios externos al grupo de control y los acreedores.

CONCLUSIONES

PRIMERA. IESA, como sujeto obligado por la normativa de prevención del blanqueo de capitales, deberá identificar y comprobar la identidad de ABC, con domicilio social en Luxemburgo, dado que la operación de adquisición de las participaciones sociales de HP es por importe superior a 1.000 euros.

SEGUNDA. El documento extranjero solo es equivalente al español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante dé fe y garantice la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga.

TERCERA. Con carácter previo a la ejecución de la compraventa, ABC y XYZ deben realizar un informe de *due diligence* para asegurarse de que la celebración del contrato no conlleva ningún riesgo económico para HP.

CUARTA. Los dos momentos en los que suele suscribirse un pacto de socios son cuando se constituye una sociedad y cuando un socio entra a formar parte del capital social.

QUINTA. Los socios deberán suscribir un pacto en el que las participaciones sociales de XYZ conlleven un privilegio a la hora de votar el nombramiento de un miembro concreto del consejo, el cual versará sobre un derecho de voto plural que implique que dicho socio minoritario disponga de la mayoría de votos de la junta.

SEXTA. Es aconsejable que los compradores contraten un seguro de manifestaciones y garantías para, en caso de incumplimiento de estas cláusulas por parte del vendedor y ante su riesgo de insolvencia, poder reclamar directamente contra un asegurador solvente.

SÉPTIMA. Para sortear la prohibición de asistencia financiera, los socios podrán bien recurrir a la financiación ajena garantizando la deuda con la prenda de las participaciones sociales de la sociedad comprada (HP) por una sociedad vehículo (SPV) constituida al efecto, o bien que la comprada financie a las compradoras previa fusión de las mismas.

OCTAVA. El administrador único de HP será el órgano competente para adoptar los acuerdos sobre cambio del domicilio social y revocación de los poderes generales, que se pretenden ejecutar en unidad de acto con la adquisición.

NOVENA. La refinanciación de la compañía y el repago anticipado de toda la deuda existente conllevan la adopción de un acuerdo de aumento de capital mixto.

DÉCIMA. El contrato de O&M no se puede resolver si no concurre justa causa, pues de lo contrario se estaría atentando contra el principio de *pacta sunt servanda*.