



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

Autor: Anne-Lise Chevalier

Especialidad: Empresa

Tutor: Jesús Quesada Ruiz

Madrid  
Diciembre de 2022

## Tabla de contenido

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS:</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN:</b>	<b>5</b>
<b><u>1. PUEDE ABC ADQUIRIR PARTICIPACIONES EN UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y, EN SU CASO, QUE REQUISITOS/FORMALISMOS DEBERÁ CUMPLIR? (A.) EN RELACIÓN A LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. ¿QUÉ FORMALIDADES DEBERÁN CUMPLIR ABC, XYZ Y HP? (B.)</u></b>	<b>6</b>
<b><u>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 DICHS PODERES PARA SER ADMITIDOS POR EL NOTARIO AUTORIZANTE DE LA OPERACIÓN?</u></b>	<b>10</b>
<b><u>3. ¿EXISTE ALGUNA FORMALIDAD ADICIONAL QUE DEBAMOS TENER EN CUENTA A LA HORA DE ESTRUCTURAR LA ADQUISICIÓN O ALGUNA ACCIÓN A COMPLETAR CON CARÁCTER PREVIO O SIMULTÁNEO A LA EJECUCIÓN DE LA COMPRAVENTA?</u></b>	<b>11</b>
<b><u>4. ¿DEBERÍAN VALORAR ABC Y XYZ LA POSIBILIDAD DE SUSCRIBIR UN PACTO DE SOCIOS Y, EN SU CASO, QUÉ ACUERDOS DEBERÍA RECOGER EN DICHO PACTO TENIENDO EN CUENTA LA DISTRIBUCIÓN 90/10 DEL CAPITAL (ASESORAMOS A AMBAS ENTIDADES, CON LO QUE NUESTRAS RECOMENDACIONES DEBERÍAN SER EQUILIBRADAS)?</u></b>	<b>12</b>
<b><u>5. EN CASO DE HABER RESPONDIDO AFIRMATIVAMENTE A LA RESPUESTA ANTERIOR. ¿ES RECOMENDABLE QUE TRASLADEN A LOS ESTATUTOS SOCIALES LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN DICHO PACTO DE SOCIOS Y POR QUÉ? (A.) ¿COMO DEBERÍAN, EN SU CASO, ESTRUCTURAR EL DERECHO QUE CADA UNO TIENE A NOMBRAR DETERMINADOS ADMINISTRADORES PARA QUE EL MISMO PUEDA ACCEDER AL REGISTRO? (B.)</u></b>	<b>13</b>
<b><u>6. DURANTE LA FASE DE AUDITORÍA LEGAL Y FISCAL DE HP, EL ASESOR FISCAL HA IDENTIFICADO UNA CONTINGENCIA FISCAL RELEVANTE POR IVA. DURANTE LAS NEGOCIACIONES DEL CONTRATO, EL ASESOR IESA HA PROPUESTO CUBRIRLO VÍA “MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS”. ¿EN QUÉ CONSISTE A GRANDES RASGOS LA COBERTURA QUE NOS OFRECEN? (A.) ¿FUNCIONARÍA EN ESTE CASO PARA PROTEGER LOS INTERESES DE LOS SOCIOS TENIENDO EN CUENTA QUE EISA NO DISPONE DE MÁS ACTIVOS EN BALANCE APARTE DE HP? ¿QUÉ ALTERNATIVAS PODRÍAN PROPONERSE? (B.)</u></b>	<b>15</b>
<b><u>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</u></b>	

OPERACIÓN Y QUE LA SOCIEDAD O BIEN PAGUE POR CUENTA DE LOS SOCIOS O BIEN LES FACILITE UN PRÉSTAMO A ESTOS? ¿POR QUÉ? ¿EXISTEN OTRAS ALTERNATIVAS? 17

8. EN UNIDAD DE ACTO CON LA ADQUISICIÓN, ESTÁ PREVISTO QUE, ENTRE OTRAS CUESTIONES, HP TRASLADÉ 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 DICHS ACUERDOS? ¿CÓMO DEBERÁN DOCUMENTARSE LOS MISMOS, QUE FORMALIDADES DEBERÁN CUMPLIRSE PARA SU PLENA EFICACIA Y QUE PERSONAS, EN SU CASO, DEBEN LLEVARLAS A CABO? 18

9. TAN PRONTO ADQUIERAN EL CAPITAL SOCIAL DE HP, LA INTENCIÓN DE ABC Y XYZ (DADA LA EXCELENTE RELACIÓN QUE ABC TIENE CON UN SINDICATO BANCARIO ALEMÁN) ES REFINANCIAR LA COMPAÑÍA Y REPAGAR ANTICIPADAMENTE TODA LA DEUDA EXISTENTE (TANTO LA DEUDA CON BANCOS COMO LA DEUDA CON SOCIOS). ¿SERÍA POSIBLE REALIZAR ESTA OPERACIÓN Y, EN SU CASO, CÓMO? 19

10. DE IGUAL MODO, TRAS LA VENTA ESTÁ PREVISTO QUE HP RESUELVA EL CONTRATO DE O&M QUE ACTUALMENTE MANTIENE SUSCRITO Y LO SUSTITUYA POR UN NUEVO CONTRATO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO CON UNA SOCIEDAD DEL GRUPO ABC. LAS CONDICIONES DE DICHO CONTRATO SON LIGERAMENTE MÁS ONEROSAS QUE LAS DEL CONTRATO ORIGINALMENTE EN VIGOR, PERO NO LLEGAN A SER CONSIDERADAS FUERA DE MERCADO. ¿ES POSIBLE SUSTITUIR EL O&M Y, EN CASO AFIRMATIVO, QUE ÓRGANO(S) DEBERÍA(N) APROBAR LA SUSCRIPCIÓN DEL NUEVO CONTRATO Y CON QUE REQUISITOS? ¿IDENTIFICAMOS ALGÚN RIESGO EN RELACIÓN A DICHA RESOLUCIÓN? 20

LISTADO DE ABREVIATURAS:

<b>ABC</b>	ABC Capital EU S.A.R.L.
<b>El Consejo</b>	Consejo de Administración de HP
<b>El Contrato</b>	Contrato de compraventa de las participaciones sociales de HP
<b>El Pacto</b>	Pacto parasocial suscrito entre ABC y XYZ
<b>El RM</b>	Registro Mercantil
<b>El Trust</b>	ABC Trust
<b>Global</b>	ABC Global Ltd.
<b>HP</b>	Hidro Power, S.L.
<b>IESA</b>	Inversiones Españolas, S.A.
<b>La LSC</b>	Ley de Sociedades de Capital
<b>La UE</b>	Unión Europea
<b>Las Manifestaciones</b>	Manifestaciones y garantías
<b>Las Participaciones</b>	Participaciones sociales de Hidro Power, S.L.
<b>Los Estatutos</b>	Estatutos sociales de HP
<b>Los Socios</b>	ABC Capital EU S.A.R.L. y XYZ, S.L.
<b>O&amp;M</b>	Contrato de operación y mantenimiento
<b>OP</b>	Operación de Proyectos, S.L.
<b>XYZ</b>	XYZ, S.L.

INTRODUCCIÓN:

Este informe tiene como objeto la adquisición de la sociedad Hidro Power, S.L. (en adelante, “**HP**”) por parte de la sociedad ABC Capital EU S.A.R.L. (en adelante, “**ABC**”) conjuntamente con la sociedad XYZ, S.L. (en adelante, “**XYZ**”).

La operación se materializará mediante la compraventa de las participaciones sociales de HP (en adelante, las “**Participaciones**”) por parte de las sociedades ABC y XYZ (en adelante, “**los Socios**”). La sociedad titular de las Participaciones es Inversiones Españolas, S.A. (en adelante, “**IESA**”).

La sociedad ABC es una entidad luxemburguesa dedicada a la inversión en diversos proyectos de infraestructuras en la Unión Europea. El capital de ABC es 100% titularidad de la sociedad ABC Global Ltd. (en adelante, “**Global**”), entidad radicada en Islas Vírgenes Británicas que, a su vez, es una entidad 100% participada por el ABC Trust, un fideicomiso de derecho anglosajón con domicilio en Bermudas (en adelante, el “**Trust**”).

Por último, y a modo de conclusión de esta introducción, cabe destacar que el carácter transfronterizo de la operación debido al hecho de que ABC tenga su domicilio en Luxemburgo tiene una cierta trascendencia que habrá que valorar y tener en cuenta en distintos ámbitos (administrativo, fiscal, etc.)

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

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

- Premisa

Ante todo, cabe señalar que la normativa europea vigente prohíbe las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros de la Unión Europea<sup>1</sup> (en adelante, la “UE”). Recordamos que, en este caso, la operación tiene como objeto una inversión en España por parte de ABC, **sociedad domiciliada en Luxemburgo**, país miembro de la UE. Ahora bien, dicha normativa da la posibilidad a cada Estado miembro de “(...) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales (...)”, en concreto, “(...) establecer **procedimientos de declaración de movimientos de capitales** (...)”<sup>23</sup>.

- Normativa española

En España, la legislación nacional en vigor<sup>45</sup> establece la **obligación de declarar la realización de inversiones extranjeras en España** conforme a la normativa europea anteriormente mencionada en el marco de la suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España.

El concepto de **inversión extranjera** está definido por la normativa española como “(...) todas aquellas inversiones como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española (...) que se realicen por residentes de países de la Unión Europea (...) cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor (...)”<sup>6</sup>. Además, especifica que “Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones

---

<sup>1</sup> Artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>2</sup> Artículo 65.1.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>3</sup> REGLAMENTO (UE) 2019/452 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

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

<sup>5</sup> Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

<sup>6</sup> Apartado 1 del Artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio.

*extranjeras directas en España que se realicen en infraestructuras críticas (...) (incluidas las infraestructuras de energía (...))”.*<sup>7</sup>

- Inversión extranjera en España

Pues bien, ABC ostentará el noventa por ciento (90%) del capital social de HP, y, a pesar de que ABC está domiciliada en Luxemburgo, la totalidad de su capital pertenece a Global, sociedad domiciliada en Islas Vírgenes Británicas, cuyo capital está ostentado a su vez por el Trust, sociedad domiciliada en Bermudas. Es decir, el Trust, sociedad **titular real** de ABC, radica en un territorio que no está incluido en el ámbito de aplicación de la normativa europea. Por otra parte, la inversión tiene como objeto el **sector energético**, en concreto, centrales hidráulicas<sup>8</sup>, que tienen la consideración de **infraestructuras críticas** conforme a la normativa en vigor.

Por lo tanto, la operación en cuestión tiene la consideración de inversión extranjera en España.

- Tramitación

La calificación de la operación como inversión extranjera directa en España supedita su validez a la realización de diferentes tramites<sup>9</sup>. Por una parte, la solicitud y obtención de la **autorización** correspondiente<sup>10</sup>, y, por otra parte, de la realización de **declaraciones**. Dichos tramites tendrán que efectuarse telemáticamente<sup>11</sup>.

- Obtención autorización

La **autorización**, de carácter administrativo, se tendrá que solicitar al Consejo de Ministros y se tramitará a través de la sede electrónica ([enlace](#)). La Administración española dispone de un plazo de seis (6) meses para dar una respuesta. En caso contrario, se entenderá como negativa y la autorización no obtenida<sup>12</sup>. En relación con dicha resolución, sería preciso incluir una cláusula suspensiva en el contrato de compraventa de las participaciones sociales de HP (en adelante, el “**Contrato**”) de tal forma que su eficacia jurídica resultaría supeditada a su obtención.

---

<sup>7</sup> Apartado 2 del Artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio.

<sup>8</sup> HP es titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España.

<sup>9</sup> Apartado 5 del Artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio.

<sup>10</sup> Artículo 6 de la Ley 19/2003, de 4 de julio.

<sup>11</sup> Obligación de las personas jurídicas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas en virtud del artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>12</sup> Apartado 2 del Artículo 6 de la Ley 19/2003, de 4 de julio.

- Tramitación declaraciones

- 1) **Descargar del programa AFORIX** ([enlace](#)) para obtener los formularios siguientes :
  - Formulario **DP-1**: Declaración Previa de inversión extranjera procedente de paraísos fiscales en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión.
  - Formulario **D-1A**: Declaración de Inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión.
- 2) **Cumplimentar las declaraciones de inversión**: directamente a través del programa AFORIX.
- 3) **Firmar las declaraciones**: las declaraciones se firmarán a través de un certificado digital ([enlace](#) para obtenerlo).
- 4) **Presentar telemáticamente las declaraciones**: (a través de este [enlace](#)).

**B. En relación a las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. ¿Qué formalidades deberán cumplir ABC, XYZ y HP?**

En el caso que nos ocupa, hay que tener en cuenta dos consideraciones en relación con la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. La primera, que ABC no es residente en España, puesto que su domicilio social se encuentra en Luxemburgo. La segunda, que el Trust, el titular real de ABC, es una entidad radicada en un territorio considerado por España como **jurisdicción no cooperativa**<sup>13</sup>. Efectivamente, la sociedad Global, que es titular de la totalidad del capital de ABC, tiene su domicilio social en las Islas Vírgenes Británicas, y el Trust, que, a su vez, ostenta la totalidad del capital de Global, tiene su domicilio social en Bermudas. Pues bien, ambos territorios son considerados como jurisdicción no cooperativa por la normativa española vigente<sup>14</sup>. En lo que concierne Luxemburgo, ha cesado de tener la consideración de jurisdicción no cooperativa desde el 16 de julio de 2010.

Como consecuencia de ello, la operación exige el cumplimiento de una serie de comunicaciones a la administración española que se expone a continuación.

Primero, tanto HP como XYZ están sujeta a la obligación de actualizar la información sobre su titular real.<sup>15</sup> Como consecuencia de ello, tendrán que aportar sus **actas de titularidad real** respectivos a la hora de formalizar el contrato de compraventa de participaciones sociales ante Notario.

Por otra parte, la operación está sometida a una obligación de información por parte de ABC que consiste en “facilitar al Ministerio de Economía y al Banco de España (...) los datos que se les

---

<sup>13</sup> Término para designar los “paraísos fiscales”.

<sup>14</sup> Artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

<sup>15</sup> Artículo 4 bis de la Ley 10/2010 Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.



requieran (...)”<sup>16</sup> puesto que involucra a ABC, persona jurídica **no residente** en España<sup>17</sup>, y HP, persona jurídica **residente** en España.

---

<sup>16</sup> Apartado 2 del Artículo 3 de la Ley 19/2003, de 4 de julio.

<sup>17</sup> Para acreditar que no es residente en España, tendrá que solicitar una certificación negativa de residencia expedida por la AEAT.

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?

En ambos casos, y, ante todo, cabe resaltar que los **poderdantes** tienen que haber **autoridad suficiente** para comprometer a la sociedad correspondiente conforme a la normativa española vigente<sup>18</sup>, en el caso de XYZ (que el poderdante sea el administrador único) y de la normativa luxemburguesa vigente<sup>19</sup> en el caso de ABC. Por ello, la aportación del documento en el que se recoge el nombramiento de dicha o dichas personas podría resultar necesario en el caso de ABC (escritura de constitución de la sociedad o decisión de nombramiento de la o las personas en cuestión). En cuanto a XYZ, bastará con la aportación de la nota simple de la sociedad que se puede obtener en la página web del Registro Mercantil que recoge la información sobre la persona que ostenta el cargo de administrador único.

Por otra parte, el **alcance** de los poderes tendrá que abarcar la formalización de la operación objeto del Contrato, puesto que se tratan de poderes especiales, y no generales. Por último, dichos poderes tendrán que ser **vigentes** el día de la firma del Contrato.

En el caso de XYZ, el poder tiene que haber sido otorgado ante un notario español en escritura pública. En el caso de ABC, el poder tiene que haber sido otorgado ante un notario luxemburgués, y estar **apostillado**<sup>20</sup>. Además, se tendrá que aportar una **traducción jurada**, también apostillada. La tramitación de la apostilla de ambos documentos se tramitará ante la Administración luxemburguesa telemáticamente ([enlace](#)). Dicho trámite tarda entre dos (2) y tres (3) días hábiles, y representa un coste de veinte euros (20€) por documento, es decir un total de cuarenta euros (40€).

---

<sup>18</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>19</sup> *Loi du 10 août 1915, concernant les sociétés commerciales.*

<sup>20</sup> Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre supresión de legalización de documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya.

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

Respecto a esta pregunta, hay que tener en cuenta dos elementos: por una parte, el sector objeto de la inversión, el sector energético, y, por otra parte, la normativa en vigor en materia de competencia. A mayor abundamiento, la producción y suministro de energía se han convertido en estratégicos y especialmente sensibles en el contexto del conflicto actual entre Rusia y Ucrania. Efectivamente, la operación podría ser sometida a la obtención de autorizaciones previas o a obligaciones de información a las autoridades competentes.

En cuanto al primer punto, la titularidad de infraestructuras energéticas por parte de HP (centrales hidráulicas) puede conllevar la necesidad de ostentar determinadas **autorizaciones administrativas**<sup>21</sup>. Pues bien, la operación podría ser sujeta a la obtención de una autorización administrativa por el mero hecho de la transmisión de las participaciones sociales de HP<sup>22</sup> mediante la solicitud de transferencia en la titularidad de un aprovechamiento de aguas, o bien porque dicha transmisión modifica uno o varios supuestos que hayan sido determinantes para su otorgamiento<sup>23</sup>.

En cuanto al segundo punto, y en relación con la competencia, cabe recordar que la sociedad XYZ tiene una experiencia extensa en dicho sector, y que HP es titular de un veinticinco por ciento (25%) de las centrales hidráulicas operativas en España. Pues bien, en caso de que el resultado de la operación cumpla con los requisitos de la normativa comunitaria<sup>24</sup> y nacional<sup>25</sup> correspondiente en materia de competencia, es decir, que tenga la consideración de **concentración económica**, debería notificarse a la Comisión Europea o a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMV), en su caso, con el fin de obtener las autorizaciones pertinentes para ejecutar la operación.

---

<sup>21</sup> Artículos 407 y 409 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>22</sup> Artículo 63 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

<sup>23</sup> Artículo 65 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

<sup>24</sup> Artículo 1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones").

<sup>25</sup> Artículo 8 de Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

Ante todo, cabe resaltar la necesidad de pactar una **mayoría estatutaria reforzada** en el límite fijado por la normativa vigente<sup>26</sup>, puesto que el socio ABC siempre alcanzará las mayorías establecidas por la Ley de Sociedades de Capital<sup>27</sup> (en adelante, la “**LSC**”). Como consecuencia de ello, el pacto parasocial (en adelante, el “**Pacto**”) tendrá que prever que la adopción de los acuerdos sociales en determinadas materias requiere el voto favorable de más del noventa por ciento (90%) de los votos correspondientes a las Participaciones.

Para evitar los supuestos de **bloqueo**, y no incurrir sistemáticamente en causa de disolución<sup>28</sup>, el Pacto podrá contemplar que la imposibilidad de alcanzar la mayoría necesaria a la adopción del acuerdo se tenga que repetir después de dos (2) reuniones sucesivas del órgano competente, y reconocer el derecho al socio que propuso y votó a favor del acuerdo en cuestión a comprar las participaciones del otro socio, o bien de venderle las que ostenta.

En cuanto al nombramiento de los miembros del futuro Consejo de Administración (en adelante, el “**Consejo**”) de HP, el Pacto suscrito por los Socios tendrá que prever que dos (2) de ellos sean nombrados por ABC, y uno (1) por XYZ. Por otra parte, es práctica común que el socio minoritario, en este caso, XYZ, nombra al Secretario del Consejo y el socio mayoritario, ABC, al Presidente del Consejo.

En lo que concierne la gestión de HP por parte de XYZ, se podría acudir a la figura de socio-gestor, y prever obligaciones de permanencia, exclusividad, y no competencia.

---

<sup>26</sup> Artículo 200 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>27</sup> Artículos 198 y 190 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>28</sup> Artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

**A. ¿Es recomendable que trasladen a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados en dicho pacto de socios y por qué?**

Ante todo, La normativa en vigor exige que el modo de deliberar y adoptar los acuerdos por parte de los órganos colegiados de la sociedad, el modo de organizar la administración de la sociedad, así como el número, la duración y la retribución del o de los administradores de la sociedad consten en los estatutos sociales<sup>29</sup> de HP, (en adelante, los “Estatutos”). Como consecuencia de ello, dicho **traslado** no es, en principio, preceptivo, sino **obligatorio**.

A mayor abundamiento, optar por ello presentaría la ventaja de convertir los **acuerdos** alcanzados en el Pacto en **oponibles frente a terceros** y a la propia sociedad, en su caso, al gozar de la protección que la publicidad del Registro Mercantil (en adelante, el “RM”) proporciona.

Sin embargo, el traslado del Pacto a los Estatutos plantea una dificultad mayor que consiste en que tiene que pasar por el Registrador, es decir, por el **filtro de la calificación registral**, que tiene la potestad de rechazar su inscripción en el RM, alegando que no es conforme a los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada<sup>30</sup>, o que contravenga a las leyes, a la moral o al orden público<sup>31</sup>.

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

El acuerdo relativo al nombramiento podría ser rechazado por parte del Registrador, bien porque **no es habitual que la facultad de nombrar los miembros del Consejo no guarde proporción con las participaciones ostentadas por los Socios**, bien porque se prevé que los Socios tengan el **derecho de nombrar a determinados administradores** (el Presidente del Consejo en el caso de ABC y el Secretario del mismo órgano en el supuesto de XYZ).

Como consecuencia de ello, la forma más amena de estructurar dicho derecho es introducir en los Estatutos una **prestación accesoria** que consiste en adherir a los pactos parasociales. Es decir,

---

<sup>29</sup> Letras e) y f) del Artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>30</sup> Artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>31</sup> Artículo 1255 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

aparejar la condición de Socio a la adhesión del Pacto, y, como consecuencia de ello, obligarse a cumplirlo.

Además, en el supuesto de que los Socios se comprometan a trasladar el Pacto a los Estatutos, dicho compromiso tendrá que ser matizado al incluir la mención “*en la medida de lo posible*” en referencia a lo que admitirá, o no, el Registrador.

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

**A. ¿En qué consiste a grandes rasgos la cobertura que nos ofrecen?**

Las manifestaciones y garantías<sup>32</sup> (en adelante, las “**Manifestaciones**”), consisten en una **serie de declaraciones** de hechos, y/o garantías, que se incluyen en el Contrato, que realizaría el vendedor, (IESA) a favor de los compradores (los Socios). Suelen ser muy detalladas, puesto que el vendedor solo responderá de las contingencias que surgirán en relación con las declaraciones que abarca. Versan, por ejemplo, sobre la capacidad del vendedor, el hecho de que la sociedad se constituyó conforme a derecho, etc.. Por otra parte, cabe la posibilidad de excluir expresamente algunas. En el supuesto de que dichas declaraciones resultan ser inexactas o incompletas, los Socios podrán reclamar responsabilidad contractual. Cabe destacar que se puede pactar que solo se podrá reclamar por encima de un **importe** determinado, o fijar una cuantía máxima encima de la que el vendedor ya no responderá. Por ejemplo, limitar el importe total que podrá ser abonado a un porcentaje determinado del precio de compraventa del Contrato. En resumen, se trata de un **régimen de responsabilidad** conforme al que el vendedor responderá en caso de **vicios ocultos**.

A parte del propio contenido de las Manifestaciones, el otro rasgo trascendente de su configuración es el **plazo**. Una vez transcurrido, los Socios ya no serán amparados por las Manifestaciones y la responsabilidad consecuente del vendedor. Suele ser de seis (6) meses hasta tres (3) años.

**B. ¿Funcionaría en este caso para proteger los intereses de los Socios teniendo en cuenta que EISA no dispone de más activos en balance aparte de HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse?**

El interés de las Manifestaciones radica *in fine* en obtener del vendedor que responda de las contingencias desconocidas en el momento de firmar el Contrato, sobre todo desde una perspectiva económica. El problema ante el que nos encontramos es que EISA no dispondrá de activos tras la transmisión de HP a los Socios, por lo que no podrá hacer frente a ningún pago debido a su **insolvencia**.

---

<sup>32</sup> Del término inglés “*Representations and warranties*”.

La primera alternativa consistiría en incluir en el Contrato una cláusula de **fianza o aval a primer requerimiento**. De tal forma, bastaría con que los Socios reclamen a IESA que abone el importe correspondiente al incumplimiento de las Manifestaciones. En función de lo que se pacte, bastará con la presentación de un requerimiento escrito, o bien será precisa la aportación de determinados documentos. La ventaja que presenta esta alternativa es la imposibilidad por parte del deudor, IESA, de oponer una serie de excepciones que desembocaría en la demora o no abono del pago, sin perjuicio de que otros factores puedan influir sobre la rapidez e efectividad del pago. Se tendrá que determinar tanto el **importe** (así como intereses y recargos) como el **plazo** por el que se otorgará. En cuanto a la contingencia que versa sobre una deuda tributaria, la duración del plazo que se podría pactar sería de cuatro (4) años, que corresponde al plazo de prescripción establecido por la Ley.<sup>33</sup>

Es necesario explorar otra alternativa puesto que, como mencionado anteriormente, IESA no tiene más activo que el balance de HP. Como consecuencia de ello, las entidades de créditos podrían ser resarcidas en acceder a prestar a IESA un aval.

La segunda alternativa es acudir a un **depósito<sup>34</sup> de custodia bancario**. Consiste en un acuerdo conforme al que **un importe queda retenido del precio de compraventa** del Contrato durante un **plazo** determinado a expensas del cumplimiento de las declaraciones recogidas en las Manifestaciones. Actuaría como depositario una entidad de crédito contra una comisión, a cargo de IESA.

---

<sup>33</sup> Artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

<sup>34</sup> Artículos 303 a 310 del Código del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.



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 o bien pague por cuenta de los Socios o bien les facilite un préstamo a estos? ¿Por qué? ¿Existen otras alternativas?

No es posible realizar dicha operación por los límites marcados en materia de asistencia financiera establecido en la normativa en vigor<sup>35</sup>. Dicho de otro modo, nos encontramos ante un **supuesto de asistencia financiera prohibido**. Efectivamente, HP no puede “(...) *anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones* (...)” a los Socios. En caso de realizarse, la operación sería nula de pleno de derecho, sin perjuicio de la validez del Contrato en cuanto a la adquisición de las participaciones de HP.

La sanción consistiría en una **multa** al administrador único de HP, cuyo importe podría alcanzar el valor nominal de las Participaciones adquiridas con la asistencia financiera de HP.

---

<sup>35</sup> Apartado 2 del Artículo 143 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

El órgano competente para solicitar el traslado del domicilio de HP será el órgano de administración<sup>36 37</sup> de la propia sociedad, es decir, **el Consejo**. Se tendrá que operar mediante la **modificación de los Estatutos**. Cabe destacar que, a pesar de que el domicilio social permanezca en territorio español, el traslado supone un **cambio de provincia**, en este caso de Málaga a Madrid. Como consecuencia de ello, habrá que solicitar telemáticamente una certificación literal de la hoja registral de HP en el Registro Mercantil de Málaga.

El órgano competente para revocar y otorgar poderes generales dependerá de la persona o de las personas apoderadas. En el caso de apoderar al propio administrador, la competencia corresponderá a la Junta. En el caso de apoderar a una persona que no sea administrador, será el órgano de administración,

---

<sup>36</sup> Artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>37</sup> Partimos de la premisa que los Estatutos no prevén que no sea competencia del órgano de administración. Si tal fuera el caso, es la Junta que será competente.

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

En primer lugar, habría que examinar cuáles son las **condiciones de amortización anticipada pactadas en los contratos** en los que se documentan la Deuda con Bancos y la Deuda con Socios. La amortización anticipada puede ser posible solo en determinadas condiciones (por ejemplo, ventanas temporales) y puede conllevar el **pago de comisiones** por HP.

La segunda consideración es de tipo económico: para poder repagar la deuda es necesario que HP tenga los medios para ello (**caja**), y que pueda atender los créditos que vayan venciendo sin incurrir en situación de insolvencia. Para **evitar situaciones de falta de liquidez** de HP la resolución y amortización de la Deuda con los Bancos debería hacerse con carácter simultáneo a la suscripción de la nueva financiación con el sindicato bancario alemán de forma que HP pueda atender a sus necesidades de tesorería.

Por último, cabe señalar que, en relación con la Deuda con Socios, el contrato de préstamo participativo puede contener también la obligación de pago de una **comisión por amortización anticipada**. Y lo que resulta esencial, es que el préstamo participativo solo se puede amortizar anticipadamente si se compensa con una **ampliación de fondos propios**<sup>38</sup>. Es habitual que los contratos de financiación contengan restricciones a la hora de amortizar anticipadamente la Deuda con Socios.

---

<sup>38</sup> Artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

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

Para determinar la posibilidad de resolver anticipadamente el contrato de operación y mantenimiento (en adelante, el “**O&M**”) pactado con la sociedad Operación de Proyectos, S.L. (en adelante, “**OP**”) habría que analizar su clausulado para determinar las **consecuencias** para HP de una **resolución anticipada** (preavisos, indemnizaciones, etc.).

El nuevo contrato de O&M a suscribir entre HP y una filial del grupo ABC se trataría de una **operación intragrupo**<sup>39</sup>. En la medida en que no se prevea en el Pacto que la aprobación de este tipo de contratos está reservado a la Junta de Socios, su aprobación corresponde al **Consejo** de HP conformado por los tres (3) consejeros<sup>40</sup>.

Conforme a lo establecido por la legislación vigente<sup>41</sup>, los dos (2) consejeros nombrados por ABC pueden participar en la votación, pero les corresponderá probar que el acuerdo es conforme al interés social en caso de que sea impugnado. Es decir, que el acuerdo puede ser impugnado por infracción de los deberes de lealtad impuestos a los administradores<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Artículo 231 bis de la LSC.

<sup>40</sup> Apartado 2 del Art. 231 bis 2.

<sup>41</sup> Apartado 2 del Art. 231 bis 2.

<sup>42</sup> Artículo 232 de la LSC.