



**TRABAJO DE FIN DE MASTER**  
**MUAA 2022-2023**

Palma Álvarez Muñoz

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

El caso ante el cuál nos encontramos es la compra por parte de ABC Capital EU S.A.R.L, una entidad Luxemburguesa dedicada a la inversión, de Hidro Power S.L, entidad española.

Al ser esta última una sociedad de responsabilidad limitada, su compra se registrará por las normas establecidas en Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante “Ley de Sociedades de Capital” o “LSC”.

En este sentido, las sociedades de responsabilidad limitada podrán ser adquiridas mediante la transmisión de participaciones siempre que se respeten las limitaciones y reglas previstas no sólo en la ley sino en los estatutos sociales de la entidad. Al no contar con los estatutos sociales de Hidro Power S.L en el presente supuesto, las únicas limitaciones serán las restablecidas en la norma y por ende, la transmisión podrá llevarse a cabo según el régimen general de la transmisión voluntaria por actos inter vivos regulado en el artículo 107 de la Ley de Sociedades de capital. Este precepto pone como limitación a la transmisión el cumplimiento de dos requisitos esenciales.

En primer lugar, la obligación de los socios transmitentes de comunicar a los administradores las participaciones que van a vender. Esta comunicación deberá abarcar el número e identificación de cada una de las participaciones, así como la identidad del adquirente, el precio por el que se transmiten y demás condiciones inherentes al negocio. Además, la comunicación deberá hacerse por escrito.

En segundo lugar, un acuerdo por parte de la sociedad que deberá estar conforme, celebrado en Junta General, habiéndose incluido previamente en el orden del día y adoptado por la mayoría legalmente establecida. A este respecto cabe mencionar que el resto de los socios, en la propia Junta, tendrán derecho de ejercer su derecho de adquisición preferente sobre la totalidad de las participaciones objeto de transmisión o una parte de las mismas: si ocurriese que varios socios con ese derecho estuviesen interesados en la compra de las mismas, el derecho se prorrateará en la proporción de las participaciones que ostenten en dicho momento.

Además de estos dos requisitos, la formalidad principal de tal operativa tal y como se establece en el artículo 106 de la LSC el principal sería la siguiente:

“1. La transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público”

La necesidad de documento público, a pesar de venir recogida de manera expresa en la ley y ser desde un punto de vista práctico fundamental, no es un requisito esencial puesto que, la compra se perfecciona por el propio acuerdo. Esto conlleva que la falta de documento no supone la nulidad del contrato en sí, si no que, aporta fehaciencia del negocio jurídico perfeccionado. Así lo reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

*“La referida exigencia formal ha sido entendida en el sentido de que no tiene carácter esencial -ad substantiam o solemnitatem- para la perfección de la transmisión, sólo cumple la función de medio de prueba -ad probationem- y de oponibilidad de la transmisión a los terceros -ad*

*exercitium o utilitatem-*, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil<sup>1</sup>.

De esta y otras resoluciones en el mismo sentido lo que se desprende es que la escritura o documento público cumplen una doble función:

- (i) valor probatorio: como sucede con cualquier otro contrato el hecho de elevarlo a documento público es un mecanismo que otorga una mayor seguridad jurídica al poder probar la existencia del negocio suscrito. Este valor probatorio se entiende en sentido positivo, ya que el documento per se es un medio de prueba, y en sentido negativo, puesto que la fehaciencia del mismo permite desechar otros medios que afirmasen lo contrario.
- (ii) Valor de publicidad: gracias a esta formalidad la transmisión de participaciones sociales tendrá eficacia erga omnes, es decir lo que en principio es un negocio jurídico privado que sin el documento público generaría eficacia únicamente entre las partes (comprador – vendedor) ahora podrá vincular a terceros en tanto a que se vuelve oponible frente a los mismos.

De todo esto podríamos deducir que si bien no hablamos de un requisito que invalide el negocio como se deducía de la redacción del artículo 26.1 de la anterior Ley de sociedades de responsabilidad limitada, sí que es una formalidad que debería cumplirse de cara a evitar posibles contingencias.

Por último, y debido a los mismos argumentos esgrimidos que en el caso de el documento público, la transmisión deberá inscribirse en el libro registro de socios en el cuál se deben expresar la titularidad originaria y sucesiva de los socios que ostenten las participaciones sociales. No será sin embargo necesaria su inscripción en el Registro Mercantil en tanto que la transmisión no de lugar a un caso de pérdida de unipersonalidad de la sociedad, adquisición de tal condición o cambio de socio único.

Así, tras recapitular podemos concluir que la transmisión de participaciones con la que se articule la compra de la sociedad sí que puede hacerse y está sometida a las tres condiciones expuestas: comunicación al Administrador, acuerdo societario y documento público.

## **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 este caso deberemos hacer primero la distinción entre un poder general y uno especial. El primer tipo se utiliza por lo general cuando el que lo presta esta interesado en que su patrimonio sea gestionado por el apoderado o este último le represente en un pleito,.. es decir, se trata de casos en el que la capacidad de representación es mucho más amplia. La ventaja de este tipo de poder es que otorga mayores capacidades si bien puede suponer también un riesgo para el que lo concede pues deja más libertad en manos del apoderado. Los poderes especiales tienen la misma naturaleza jurídica que un poder general si bien se distingue en su contenido pues suele

---

<sup>1</sup> Sentencia del mismo Tribunal de 14 de abril de 2011 (RJ/2011/3591)

facultar para una función específica como es el caso, en el que el apoderado únicamente tendrá la potestad de otorgar la compraventa en nombre de los socios sin que su actividad pueda excederse de dicho límite. A través de este poder especial, los socios están autorizando a un tercero para actuar en España en representación de los poderantes para formalizar el contrato de la venta.

Estos poderes especiales serán válidos siempre que:

- i) Se otorguen ante notario español: esta sería en principio la opción más sencilla puesto que la legalidad del poder no sería en ningún caso discutida y desplegaría efectos de manera inmediata en toda España. No obstante, en este caso no estaríamos ante el presente supuesto.
- ii) Se otorguen en una oficina consular: los otorgantes de un país tercero podrían acudir a las oficinas en su Estado del Consulado español y desde allí hacer el trámite para el poder despliegue efectos jurídicos en España.
- iii) Se otorguen ante notario extranjero: Esta modalidad permite otorgar poderes a un extranjero sin la necesidad de desplazarse hasta una Notaría en España ya que el fedatario público del país tercero, en esencia, puede otorgar la misma validez y fehaciencia en ambos países. No obstante, en este sentido habría que tener en cuenta aspectos adicionales como el hecho de que el poder debe estar debidamente traducido al español y contar con la Apostilla de la Haya para que sea reconocido en España.

Si bien en principio un poder notarial especial difiere del poder general en cuanto a requisitos en que este primero puede otorgarse ante documento privado, no es algo que se considere recomendable. Esto se debe a que el poder no es más que un contrato de mandato tal y como se regula en el artículo 1709 del Código Civil, y la ley no exige ritualidad ninguna para su construcción, ya que como sabemos en nuestro derecho prima el principio de libertad contractual (1255 del Código Civil) y bastaría con la voluntad de las partes.

Aun así, algunas autoridades podrían exigir que el poder este autenticado y por tanto que se haya elevado ante escritura pública, dando el notario fe de que el poder es válido (postura que entraña menores riesgos).

En todo caso, el poder que se otorgue deberá contener los siguientes datos:

- (i)** Lugar y fecha en la que se está redactando el documento;
- (ii)** Identificación de las personas que otorgan el poder o la representación voluntaria (también conocidos como poderdantes u otorgantes)
- (iii)** Identificación de las personas que reciben el poder o la representación voluntaria (es decir los representantes o apoderados)
- (iv)** Tipo de poderes que se conceden (acciones que podrán realizar los apoderados o los bienes a los que podrán afectar). En este caso se otorgaría el poder frente a la compraventa de la sociedad únicamente.

Una vez cumplimentado el poder se firmará por ambas partes incluyendo en su caso la fecha límite de validez del documento y las limitaciones o consideraciones adicionales pertinentes como por ejemplo el hecho de que se permita la sustitución del apoderado.

**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?**

Con respecto a los elementos formales preliminares de adquisición o alguna acción a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la compraventa, se puede señalar que en la práctica estos obedecen a procedimientos generalizados que solo varían según la complejidad de la transacción y los operadores que participarán en ella.

Se puede señalar que, en la fase previa, la distinción puede surgir de tratarse de un procedimiento donde participen varios interesados como una subasta; o si se establece directamente el negocio con un solo comprador.

En cualquier caso, se debe prestar atención en esta fase previa a la firma de un documento donde se concreten los aspectos clave de la transacción, como pueden ser:

- 1.- la estructura de la transacción (si se adquieren activos o acciones),
- 2.- las eventuales condiciones suspensivas
- 3.- si el comprador requerirá financiación de un tercero,
- 4.- la forma en que se valorará la compañía,
- 5.- si el precio se ajustará,
- 6.- si existirá un precio adicional,
- 7.- el alcance de las declaraciones y garantías; o
- 8.- si parte del precio se depositará en una cuenta.

El objetivo es trazar la hoja de ruta de la operación, fijando las líneas rojas que las partes para evitar traspasarlas, fijando un parámetro seguro de negociación con miras al futuro contrato de compraventa.

En este sentido, también conviene que las partes puedan suscribir un acuerdo de confidencialidad, con el objeto de que el comprador pueda acceder a la información de la compañía y, así, pueda realizar la debida diligencia. Del mismo modo, cuando estamos ante un proceso directo de negociación, se pueden incluir como parte de los documentos un pacto de

exclusividad, mediante el cual el vendedor se compromete a no negociar la venta de la compañía o las acciones, con ningún tercero durante un período determinado; siendo este periodo compatible y coincidente con el que tiene el comprador para llevar a cabo la debida diligencia.

Los documentos comunes para recoger estos aspectos son:

A.- La carta de intenciones (letter of intent): Su regulación puede concretarse aun cuando no es de forma expresa del art 1.255 del Código Civil, el cual determina que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*; debiendo resaltarse que este documento no se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico español.

Constituye la plasmación en papel de una voluntad de compra por parte del interesado comprador, y de una voluntad de venta por parte del dueño de la empresa. Es un primer documento que firman las partes cuando se disponen a emprender un periodo negocial, antes de haber acordado los elementos esenciales de la operación.

Este documento puede ser unilateral, traduciéndose como una voluntad expresada por el interesado comprador hacia el pretendido vendedor, con el ánimo de comenzar las negociaciones de compra.

En cuanto a su contenido, no existen requisitos generalizados ni mínimos, pero sí se suelen plasmar ciertos aspectos que comúnmente que se repiten como:

a.- Actividades a realizar (Scope of action): Las partes fijan las actividades que se comprometen a realizar para avanzar con el curso de las negociaciones, como la entrega de documentación y demás actuaciones previas que resulten convenientes atendiendo al caso concreto.

b.- Calendario (Schedule): Las partes pueden acordar un calendario de actuación con el fin de cumplir etapas de negociación y avanzar a la velocidad deseada.

c.- Confidencialidad (Confidentiality): En este apartado se establece el compromiso de no difundir la información que ambas partes van a compartir en las negociaciones sobre las empresas y la negociación.

d.- Exclusividad (Exclusivity): En algunos casos, se puede imponer un régimen de exclusividad, de manera que el vendedor y el comprador no puedan recibir ni emitir ofertas con terceros, ni emprender negociaciones paralelas con otras entidades.

e.- Representación (Representation): En el caso de que existan varios intervinientes en la parte compradora o en la parte vendedora, es sano determinar las personas que asumen el papel de representación en nombre de cada parte.

f.- Duración de la carta (Duration): Las partes deben acordar un plazo de vigencia al contenido de la carta de intenciones.

Ahora bien, las consecuencias que conlleva la firmar de una carta de intenciones en operaciones de compraventa; por lo general no vincula a las partes a la consecución de un acuerdo final, ya que, en este caso, ambos intervinientes mantienen la libertad de apartarse de las negociaciones sin que dicha decisión produzca responsabilidades frente al otro negociante.

La carta es un documento que no se incluyen en los elementos esenciales del contrato (según la praxis jurídica), de modo que no se considera un contrato en sí mismo ni acuerdo susceptible de generar efectos sobre el objeto de traspaso.

De forma habitual, en la propia carta de intenciones se indica que el documento no supone la existencia de ningún acuerdo y se deja constancia de que no supone una obligación de finalizar las negociaciones con éxito. Ahora bien, en ciertas ocasiones, la práctica sentenciadora de los tribunales ha determinado responsabilidades relevantes que se derivan de una carta de intención, si llegan a apreciar que existen elementos esenciales de un contrato, o bien que pueda interpretarse sobre los compromisos que las partes han determinado en el referido documento.

B.- el TS (Term Sheet): Este es un término análogo a una “Carta de intenciones”, y puede resumirse en un documento en el que se plasma el interés del inversor por la empresa y viceversa. Tampoco es un documento vinculante, ya que las partes no quedan obligadas por el mismo. El inversor no se obliga a poner dinero y el emprendedor no se obliga a vender. NO obstante este documento si alberga una importancia crucial, ya que sirve para establecer las bases de la futura negociación, reduciendo la posibilidad de malos entendidos, y el incurrir en gastos legales que se deriven del acuerdo final.

En este documento generalmente se establece:

a.- La valoración del negocio.

b.- La forma mediante la cual se procederá al pago (ampliación de capital, compra de acciones, préstamo participativo etc.).

c.- Dividendos.

d.- Preferencia en caso de liquidación.

e.- Cláusulas “Anti-dilution”.

f.- Derechos de participación y control.

Es decir, que el documento pretende establecer las reglas de juego para el futuro, sin que esto suponga una obligación formal. Pero, de cualquier forma, no puede dejar de observarse que si existen dos tipos de cláusulas vinculantes: La cláusula de confidencialidad y la cláusula de exclusividad.

c.- MoU (Memorandum of Understanding), es un memorándum de acuerdo, guarda relación con la carta de intención y se usa para negocios más complejos.

d.- HoT (Heads of Agreement): hace referencia a un borrador del contrato principal o draft of the main contract; redactado por las partes durante la fase de negociaciones para reflejar las principales condiciones pactadas.

En él se incluyen, la naturaleza del futuro contrato, la descripción de las transacciones que se llevarán a cabo, el precio de venta, la moneda en la que se efectuará el pago y el método de pago. Se trata siempre de un documento no vinculante que describe las líneas principales del contrato.

Se redacta de manera mucho menos formal que un contrato, no es obligatorio, pero cuando se hace, se considera como un borrador o proyecto del contrato principal.

El HOTS se denomina también, en otras ocasiones, como heads of agreement. Lo cierto es que es difícil aportar una única traducción para este término. Nosotros lo hemos visto traducido como «cláusulas esenciales», «términos del acuerdo», «protocolo de acuerdo», etc.

Así, todos estos documentos son propios del marco negociador en un proceso de compraventa de activos o acciones, en los cuales se recogen un acuerdo preliminar entre las partes interesadas, donde se forma la voluntad de comprar y vender inicial.

En esta categoría se incluyen una variedad muy heterogénea de acuerdos que pueden tener distintas naturalezas jurídicas, las cuales abarcan simples pactos de caballeros no vinculante, hasta un auténtico precontrato (art. 1451 del CC), con el objetivo de concretar elementos básicos sobre los que el futuro contrato de compraventa ha de construirse.

Estos negocios están determinados como elemento principal por la autonomía de la voluntad de las partes que suele expresarse de la siguiente manera:

- 1.- Determinación de su carácter vinculante o no; elemento fundamental para determinar las consecuencias de su incumplimiento y, en su caso, la culpa in contrahendo.



- 2.- El establecimiento de una exclusividad en la negociación.
- 3.- Obligaciones de confidencialidad vinculadas a la información recibida.
- 4.- Elementos básicos del futuro contrato de compraventa.
- 5.- Alcance y contenido de una eventual de la debida diligencia.

En cualquier caso, la elección del tipo de documento dependerá principalmente del tipo de operación, el estadio en el que se encuentren las negociaciones y, la elección de las partes sobre lo que quieran recoger y firmar en ese momento.

Las Partes serán quienes determinen la fuerza vinculante del documento y las consecuencias de su incumplimiento. Es frecuente que estos documentos no sean vinculantes, salvo por las cláusulas de confidencialidad y de exclusividad.

Asimismo, dentro del proceso de adquisición es relevante como paso previo la debida diligencia de la Sociedad; que resulta el paso siguiente a la formación de los documentos ya señalados, esta etapa tiene por objeto analizar y revisar de forma rigurosa la situación financiera, comercial, legal, laboral y fiscal, con el fin de detectar aquellas cuestiones o contingencias en las que se deba prestar especial atención, y el riesgo que puede tener el comprador la operación sobre la que se negocia.

El paso de la debida diligencia puede hacerse de forma directa por los asesores del comprador o el vendedor, el cual podrá proporcionar al comprador la Vendor Due Diligence, lo que suele ser más habitual dentro de los procesos de subastas; sobre esta información el comprador deberá realizar una confirmatory due diligence, que le permita verificar los aspectos más relevantes de la compañía.

Finalizados estos pasos, comprador y vendedor podrán ultimar y negociar el contrato de compraventa, sobre la base de los documentos previos que han firmado las Partes y las contingencias detectadas en la debida diligencia (Due Diligence).

**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)?**

Empecemos por señalar que el pacto de socios no obedece a un modelo genérico, ya que los socios de 2 sociedades distintas no tienen por qué tener las mismas necesidades. Ahora bien,

este instrumento resulta clave y aconsejable para poder favorecer el manejo del futuro del 100% del capital social que pretenden adquirir ambas empresas.

Ahora bien, aun cuando no exista una disposición exacta en cuanto a la constitución de este documento, si existen algunas cláusulas típicas que pueden incorporarse, como sería:

1.- Establecer las prestaciones de servicios que va a realizar tanto ABC de un 90% del capital social de HP y XYZ sobre un 10 % de dicho capital, lo que refleja su participación en el capital social.

2.- Como será su régimen de transmisiones de participaciones de la sociedad.

- En este caso, el capital social de HP es de 1.000.000€, que equivale a 1.000.000 de participaciones sociales, todas de titularidad de Inversiones Españolas, S.A. ("IESA").

- Los principales contratos suscritos por HP serían una financiación bancaria con Banco Español, S.A. ("BE") por importe de 400 millones de euros (la "Deuda Bancos") y un contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos, S.L. ("OP"), quien presta servicios a HP en exclusiva (el "O&M").

- IESA ha concedido préstamos participativos a favor de HP por importe de 100 millones de euros (la "Deuda Socios"), cuya fecha de vencimiento es 1 de enero de 2030.

- HP al 31 de junio de 2022 y de acuerdo con su balance posee: en activo 1000 (constituido por 500 Caja Capital y 500 Maquinaria), y como pasivo también 1000 (desglosado en: Capital 1, Reservas 499, Deuda Socios 100, Deuda Bancos 400)

- En la adquisición se prevé que ABC obtenga un 90% del capital social de HP y XYZ del 10% restante, usando ambas empresas para ello sus propios recursos.

- Con relación a la deuda que posee HP, ambos socios la adquirirían con la misma proporción a su capital social, es decir, 90% para ABC y 10% para XYZ.

- El Consejo de Administración una vez efectuada la operación de compra, estará formado por 3 consejeros, 2 de nombrados por ABC y 1 por XYZ.

- XYZ quiere formar parte del poder de participar en la toma de decisiones en HP, con relación a determinadas materias de especial relevancia y disponer de un derecho de veto. Lo cual ha sido aprobado por ABC, reconociendo la gran experiencia que tiene XYZ en la gestión de este tipo de activos.

Así, que como existe una evidente adquisición superior de acciones por parte de ABC, además del dominio sobre el Consejo de Administración, resulta sano ya que en este momento de

entendimiento ABC afirma que reconocerá a XYZ su derecho a veto en determinadas gestiones, que dicho compromiso quede plasmado para que pueda tener cabida en el documento final del negocio.

Como se ha mencionado de forma previa, los documentos de preparación no son vinculantes, sin embargo en la tradición del mundo de los negocios se suele respetar este entendimiento previo; y en tal sentido, resulta beneficioso generar este acuerdo para preparar el camino final al negocio global que se determine cuando se perfeccione la compra de las acciones de HP.

### 3.- Régimen de adopción de acuerdos.

Tal como plantean los socios ABC y XYZ, en este momento el único compromiso que pudiera quedar afectado a posteriori sería la vinculación del veto de XYZ en el Consejo de Administración, debido ciertamente a su inferior capital social, por lo cual, se hace relevante establecer este acuerdo específico con miras a reforzar el acuerdo final.

### 4.- Prestaciones accesorias de algunos o todos los socios.

La prestación accesoria sería en este caso, el otorgamiento y reconocimiento de derecho a veto de XYZ, por parte de ABC.

### 5.- Formas de administración de la sociedad a constituir y gestión del proyecto.

Hasta ahora esta fórmula parece clara, ya que existe un entendimiento en cuanto a la constitución del Consejo de Administración, en distribución 3 ABC y 1 XYZ, respetando el derecho a veto de XYZ para determinados negocios.

6.- También se pueden establecer cláusulas de desbloqueo ante situaciones de paralización de los órganos sociales; o

7.- Cláusulas de Good Leaver y Bad Leaver, cuando alguno de los socios incumpla con las obligaciones que se hayan definido en el Pacto de Socios.

8. También resulta saludable establecer en caso de que sea relevante a la seguridad de cada uno de los socios, acuerdos con relación a la propiedad intelectual, y pactos de no competencia y confidencialidad.

Así, como abogado de los socios insistiría en que este Pacto les beneficiaría en la negociación futura, ya que mediante este instrumento pueden organizarse y regular sus actividades evitando futuros problemas derivados de las tensiones frecuentes que suelen darse entre los socios.

El Pacto además permite establecer ciertas reglas para resolver cualquier controversia o conflicto entre los socios, contribuye a determinar seguridad jurídica en los acuerdos a los que

lleguen las partes y contar con los mecanismos necesarios que les permitan forzar el cumplimiento de lo acordado, e incluso, permitir indemnizaciones por su incumplimiento.

Pacto de socios: ¿qué elementos incluir?

En este pacto también sería útil reflejar:

A.- La aportación inicial al capital y ampliaciones.

En el caso que nos ocupa, sería el siguiente con relación al capital social:

ABC: 90 %

XYZ: 10 %

Con relación al compromiso de la deuda adquirida por HP, la relación es exactamente la misma, a saber:

ABC: 90 %

XYZ: 10 %

Para este momento, no se han establecido acciones a prever sobre futuras ampliaciones del capital social que puedan ser recogidas en el documento.

B. Participación en ganancias y pérdidas

En este caso, el porcentaje se relaciona con el capital que cada una adquiere y que ya ha sido señalado.

C. Dirección, gestión y administración de la sociedad

Para este momento ambos socios han reconocido constituir su Consejo de Administración, en formación de 3 personas, distribuidas de la siguiente manera:

2 miembros de ABC.

1 miembro de XYZ

En este particular lo que resulta clave, es el reconocimiento del derecho a veto que ABC le otorga a XYZ para determinados asuntos y pese a su minoría en el capital social, basado en la experiencia del socio. De manera que como ya se ha reflejado, es importante recoger este acuerdo.

D. Entradas y salidas

En caso de que ambos socios decidan incorporar nuevos capitales, es importante establecer de forma previa como sería el régimen de entrada, o de salida cuando alguno desee vender parte o el total de su capital.

Además, es relevante fijar la distribución de las acciones, y su valor nominal, con fines preparativos al negocio global.

#### E. Permanencia.

Si los socios desean establecer un compromiso estable y permanente de permanencia en la empresa, como condición a su existencia, es necesario considerar esta fórmula de manera previa, señalando la imposibilidad de la transmisión de las acciones o participaciones sociales de forma permanente o durante un plazo determinado.

#### F. Confidencialidad

Este compromiso suele ser muy importante otorga mucha confianza a los socios, el poder fijar compromisos de no transmitir información confidencial de la sociedad a terceros, para poder perfeccionar el negocio, compromiso que debe pervivir durante la sociedad, para que exista armonía y confianza entre las sociedades integrantes.

#### G. Exclusividad

Cuando las empresas consideren necesario que establecerán su dedicación profesional de forma exclusiva solo a los fines del negocio que se está por constituir.

#### H.- No competencia.

Mediante este compromiso de que los socios se abstendrán de no realizar actividades profesionales que puedan hacer competencia a la sociedad.

#### I. Separación y exclusión

Establecimiento del derecho de separación para el socio que no esté conforme con determinados acuerdos, así como de la exclusión del socio que no cumpla con sus compromisos o cause perjuicios graves a la sociedad o a los otros socios.

#### J. Disolución y liquidación

Además de las causas legales que obligan a la disolución y posterior liquidación de la sociedad, los socios pueden llegar a pactar disolverla y liquidarla mediante su decisión conjunta.

#### K. Legislación aplicable y jurisdicción

Leyes por las que se regirá lo no previsto expresamente en el pacto de socios, así como tribunales competentes para las cuestiones que se susciten con relación a su interpretación o cumplimiento.

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

En esencia, un Pacto de Socios, es un contrato “Inter partes”, de carácter voluntario, de manera que su eficacia se limita a aquellas personas que lo firmaron, las cuales quedarán obligadas entre sí, e incluso tendrán derecho a utilizar determinadas acciones legales en caso de que el acuerdo haya sido incumplido (artículo 1.091 Código Civil).

Además, es requisito indispensable, para que el pacto de socios obligue a la sociedad, que este firmado por todos los socios, ya que en caso contrario obligaría únicamente a los firmantes del acuerdo, pero no a la sociedad, ni a aquellos socios que no hayan firmado o no firmantes, por aplicación de la regla de la unanimidad (artículos 1696 CC y 143 Código de Comercio)

Esta regla general de la unanimidad, es la propia de las sociedades personales y ha sido sustituida legislativamente por la cláusula mayoritaria, en los tipos sociales de estructura más compleja como las sociedades anónimas o limitadas.

El objeto del Pacto de socios es el de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que van a regir la sociedad que se pretende crear, al margen de los Estatutos Sociales. En principio, se puede pactar cualquier cosa que pretendan los socios, en este caso la distribución de los miembros del Consejo de Administración, en función de las aportaciones de los socios fundadores, y quien se va a encargar de la administración, cuestión que no contraviene la legislación vigente, respeta los derechos de todos los socios, y tiene en cuenta el interés social.

Esto es porque, es evidente la diferencia de participación de ambas sociedades adquirentes, ABC el 90 % y, XYZ, el 10%. Así como el interés, que viene a coincidir con el de la propia sociedad, que asuma la empresa especializada en el sector la gestión de la sociedad a adquirir.

Además, si el pacto se firma con anterioridad, a la constitución de la sociedad, y por tanto antes de que se hayan aprobado los estatutos sociales, podrán incluirse cláusulas que adecuen los futuros estatutos sociales a lo pactado.

Por esta misma razón, muchos pactos de socios se llevan a efecto con carácter previo a la constitución de la sociedad mercantil, e incluyen una obligación general de adaptar los Estatutos a este pacto. Otra opción sería reconocer expresamente en el pacto la prevalencia de lo pactado en este acuerdo, frente a los estatutos sociales, aunque esto puede resultar problemático en caso de conflicto que vaya a dirimirse ante los tribunales.

Por tanto, ambas sociedades ABC y XYZ, tras la adquisición de HP, pretenden que su sociedad pase a estar administrada por un Consejo de Administración formado por 3 consejeros, siendo dos de ellos nombrados por ABC, que adquiere el 90 %, y el restante por XYZ, que adquiere el

10 %. No existe ningún impedimento legal que no permita incluir estas cuestiones en el Pacto de Socios, porque en principio no se trata de un acto inscribible en el Registro Mercantil, por su naturaleza "Inter partes", y su único límite es no contravenir los Estatutos, ni la legislación vigente.

Por su parte los Estatutos Sociales pueden contener todos los pactos y condiciones que los socios consideren convenientes para regular el funcionamiento y organización de la Sociedad, siempre que no sean contrarios a las leyes, y los principios configuradores del tipo social elegido. Frente a los pactos de socios que, si pueden establecer aquellos aspectos, necesarios para la buena relación de los socios, como la asignación de los miembros del Consejo de Administración.

Y, por otro lado, la validez y eficacia de los Estatutos Sociales es conocida por todos, porque se inscribe en el Registro Mercantil, cosa que no ocurre con los pactos de socios, sobre los que no pesa esta obligación.

En conclusión, no es requisito indispensable, trasladar el pacto de socios a los Estatutos, porque tiene eficacia plena entre todos los socios, siempre y cuando sea firmado por todos.

Esto es poque, respecto a cómo estructurar el derecho de cada socio a nombrar un determinado número de Consejeros, en primer lugar, el art. 242.1 LSC, establece que deberá contarse con, al menos, tres consejeros, pero trasladando su determinación a la autonomía de la voluntad de los socios, dejando a los estatutos sociales que determinen el número de miembros del consejo de administración, con un máximo de doce miembros (art. 242.2 LSC).

Por otro lado, para la designación de miembros de Consejo de Administración, y el denominado sistema de representación proporcional, su ámbito de aplicación se reduce, a las sociedades anónimas, no se aplica a las sociedades limitadas, de manera que habrá que estar a lo dispuesto en los Estatutos Sociales. Y como la sociedad que se pretende adquirir es una sociedad de responsabilidad limitada, no le es de aplicación el principio de representación proporcional.

Y, respecto a la cuestión de si puede trasladarse el pacto de socios a los estatutos sociales, sin que haya impedimento para que estos se inscriban en el Registro Mercantil, en la practica el Tribunal Supremo lo ha admitido, pero se encuentra expresamente prohibido por el artículo 191 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, esto hace que la inclusión de este tipo de acuerdos en los Estatutos Sociales pueda no ser admitido por el Registro Mercantil, por lo que, la mejor manera de evitar la prohibición del art 191 RMM, es que esta cuestión quede reflejada únicamente en el Pacto de Socios, y no se traslade a los Estatutos.

Por su parte, el nombramiento del Consejo está contemplado en el art. 243 LSC y es objeto de cierto desarrollo reglamentario, pero, a su vez dirigido a las sociedades anónimas, porque su finalidad es evitar que los accionistas mayoritarios puedan acaparar la designación de todos los miembros del consejo de administración en perjuicio del interés del resto del accionariado.

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

En este supuesto, las sociedades intervinientes, tiene su domicilio fijado en un Estado Miembro de la Unión Europea, de manera que se trata, a nivel fiscal, de una operación intracomunitaria, rige el derecho comunitario, y, todas se someten al régimen fiscal previsto, por tanto se someten al impuesto sobre el valor añadido (IVA).

El IVA es un impuesto sobre el consumo que se aplica a casi todos los bienes y servicios que se compran y venden para su utilización o consumo en la UE., existiendo unas normas generales para todos, pero su aplicación puede variar en cada país. Normalmente, este impuesto grava el consumo sobre todos los bienes y servicios en todas las fases de la cadena de suministro, incluida la venta al consumidor final. Esto incluye desde el principio hasta el final del proceso de producción.

La fase de auditoría legal, y fiscal, está prevista como una de las fases obligatorias, para la adquisición de una sociedad limitada, la sociedad a adquirir se somete a examen, si de este examen resulta una contingencia respecto al impuesto del IVA, y la sociedad transmitente no puede hacer frente al pago, antes de la operación, del importe que se daba de dicho impuesto si es posible acudir al mecanismo de manifestaciones y garantías.

El documento se denomina Anexo de manifestaciones y garantías de un contrato de compraventa de empresa.

Se trata de un instrumento, mediante el cual, las partes de un contrato de compraventa de empresas, o de un contrato de compraventa de acciones o participaciones podrán incluir o añadir una serie de manifestaciones, o declaraciones sobre el estado real de la empresa que se desea transmitir, debiendo el vendedor responder en el caso de que dichas declaraciones se demuestren falsas. Con este mecanismo se garantiza al comprador que la empresa que va a adquirir se encuentra en las condiciones acordadas durante la negociación de la compraventa. Con respecto al vendedor, su incumplimiento, le llevará a responder de su propio pecunio en el caso de que cualquiera de las manifestaciones recogidas en el Anexo no sea ciertas.

En el caso de que las partes deseen regular las condiciones o requisitos en los que se llevará a cabo la negociación de la compra del negocio, o únicamente se desee invitar a otra parte para negociar la posible compraventa de una empresa, se deberá preparar la correspondiente carta de intenciones (letter of intent).

Las manifestaciones y garantías pueden adoptar dos formas, por un lado, un anexo de los contratos de compraventa de la sociedad, o bien constituir un acuerdo autónomo firmado antes o después del contrato de compraventa, que tiene por objeto detallar el estado en el que se encuentra la empresa que va a ser objeto de venta, y establecer la responsabilidad del vendedor en el caso de que la empresa no se encuentre verdaderamente en la situación descrita en este documento.

La cláusula de manifestaciones y garantías supone un acuerdo entre las partes basado en el principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1.255 del Código Civil, al igual que el pacto de socios., al que nos hemos referido ampliamente, pero difiere en algunos aspectos, porque para algunos de sus supuestos no se aplica el Código Civil, sino el Código de Comercio.

Estas manifestaciones y garantías consisten en una descripción detallada de la situación actual de la empresa con el objetivo de aportar una garantía a los compradores de que la empresa



ha cumplido con todas sus obligaciones, ya sean fiscales, mercantiles, laborales, etc. Su esencia se basa en que el vendedor manifiesta que constituyen la verdad, por lo que deberá responder en el caso de que con posterioridad se demuestre que la información aportada es falsa.

Con dicha descripción el comprador podrá, en su caso, acudir a los tribunales en el supuesto de que alguna de las afirmaciones recogidas en el documento se demuestre posteriormente que es falsa.

Para efectuar el documento, previamente se lleva a cabo, el procedimiento de *due diligence* o de análisis del estado económico, fiscal y laboral de la empresa. Este análisis tiene como finalidad describir el estado real de la empresa, de tal manera que, el vendedor asuma la responsabilidad por las posibles deudas o incumplimientos de la empresa.

Mediante la firma de este documento, el vendedor pasaría a responder por los denominados vicios ocultos, posibles defectos u obligaciones pendientes de la empresa que el vendedor trató de ocultar al comprador durante la negociación de la compraventa, y también respondería por la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de lo dispuesto en este documento, en el caso de que la empresa presente una situación distinta a lo manifestado en el documento.

En los casos de incumplimiento de estas manifestaciones, como ya hemos dicho, el comprador podrá solicitar responsabilidades del vendedor vía judicial, durante un plazo de cinco años desde la fecha de la venta de la empresa en caso de falsedad u omisión de información; para la responsabilidad por vicios ocultos el plazo se reduce a periodo de seis meses tras la compraventa de la empresa.

Estas manifestaciones y garantías se podrán formalizar para transmisiones por compraventa de empresas, como para las que se lleven a cabo a través de la compraventa de acciones o participaciones sociales (en el caso de que la empresa sea una sociedad mercantil como puede ser una sociedad limitada, tal y como ocurre en este supuesto). En ambos casos, estas manifestaciones se podrán anexar a estos contratos o añadir como un contrato separado.

Por razones de seguridad jurídica, lo habitual es formalizar este acuerdo por escrito, anexarlo al contrato, y elevarlo a documento público ante notario, junto al contrato de compraventa o similar al que hacen referencia. Sin embargo, dada su naturaleza voluntaria, no es un requisito legal.

Se establece un contenido mínimo para asegurar la eficacia de estas manifestaciones. Como sería, los datos completos del vendedor y el comprador, si se firma como un documento autónomo al contrato de compraventa, y las manifestaciones de los vendedores, sobre las que pesa la responsabilidad de que sean ciertas, tales como, la situación mercantil de la empresa y la transmisibilidad de las acciones o participaciones, el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la empresa., el cumplimiento de todas las obligaciones laborales con los trabajadores, en este caso, HP, no tiene trabajadores contratados, por lo que no sería necesario, el listado de contratos en curso y su situación actual, las características de los locales de negocio que se incluirán dentro de la compraventa, la determinación de los derechos de propiedad intelectual o industrial que serán transmitidos junto a la empresa, el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación sobre protección de datos.

Esto en el caso que nos ocupa, supone detallar, la situación de las centrales hidroeléctricas, y de los contratos de operación y mantenimiento.

Así mismo, la fecha de entrada en vigor del contrato de la compraventa y la firma de los vendedores y compradores en el caso de que estas manifestaciones se firmen como un contrato independiente al de compraventa.

Este tipo de acuerdo, podría proteger a los socios compradores, ABC y XYZ, ya que, en el mismo el vendedor, la sociedad IESA, que tiene pendiente de abonar un impuesto, puede comprometerse a liquidar el impuesto del IVA pendiente al recibir el capital que obtenga de la venta de HP., y establecer dicha liquidación de obligado cumplimiento por parte de IESA, una vez percibido el capital adquirido por la venta de HP, estableciéndose en caso contrario, que asuma la deuda pendiente con la administración, y en ningún caso sean responsables la parte compradora.

Los seguros de manifestaciones y garantías en el mercado español, para las operaciones de fusión y adquisición de empresas han pasado de ser un producto poco utilizado por sus dificultades técnicas (tanto en coberturas, como en contenido y tiempos de suscripción), que, normalmente, no se tenía en cuenta como una posibilidad de cobertura del régimen de responsabilidad del vendedor bajo un contrato de compraventa de una empresa, a ser un producto en alza.

Este cambio de tendencia se debe a varias razones: durante los últimos años, al menos, hasta la expansión de la pandemia, hemos vivido en un mercado pro vendedor, en el que la enorme liquidez a disposición de los fondos de capital riesgo y las relativas pocas oportunidades de inversión han aumentado el poder de negociación de los vendedores (cuya mayor preocupación, aparte del precio, es su régimen de responsabilidad); y, al mismo tiempo, las aseguradoras han mejorado enormemente este producto en términos de coberturas (las exclusiones son limitadas y ya conocidas en el sector –algunas de los cuales se pueden incluso cubrir en pólizas aparte–), proceso (a lo que han ayudado los *brókeres* especializados en la materia), tiempos (con una media de tiempo de suscripción de 3 semanas desde toma de contacto) y, lo más relevante, en el pago de siniestros (en el año 2019 alrededor del 85 % de las reclamaciones por siniestros fueron pagadas por la aseguradora, conforme a los datos proporcionados por el *bróker* Howden).

La parte del contrato de compraventa de empresa que conlleva más discusiones y desencuentros, y consume más tiempo durante las negociaciones es la relativa al régimen de responsabilidad de los vendedores.

Por lo que, la mejora de este producto por las aseguradoras, y la mayor rapidez para su suscripción han permitido conseguir que la parte compradora obtuviera una amplia cobertura de riesgos que de otro modo no hubiera logrado.

El requisito, al igual que en el instrumento anterior, que exigen las aseguradoras para conceder este tipo de seguro es completar un *due diligence* satisfactorio sobre esta cuestión.

Así, tras la *due diligence* exigida por la aseguradora, podrían la empresa ABC, y XYZ, efectuar la operación de compra de HP, siempre y cuando IESA, suscriba este tipo de contrato de seguro, mientras soluciona la liquidación del impuesto del IVA.

**7. En principio ABC y XYZ disponen de fondos suficientes para adquirir IESA, pero dado que esta última tiene 500 millones de euros disponibles en la caja, están valorando la**

**posibilidad de utilizar la totalidad o parte de esos 500 millones para pagar el precio de compra (HP no acepta distribuir dicho importe como dividendo con carácter previo a la compra por motivos fiscales). ¿Es posible realizar dicha operación y que la Sociedad o bien pague por cuenta de los Socios o bien les facilite un préstamo a estos? ¿Por qué? ¿Existen otras alternativas?**

Aquí se nos plantean varias cuestiones, tenemos 500 millones de euros disponibles en caja, de la sociedad HP, sociedad cuyo unció administrador se opone a que dicha cantidad se distribuya, con carácter previo a la compra, por motivos fiscales. Ante tal negativa, ABC, y XYZ, se plantean entonces utilizar ese dinero, o parte, para adquirir IESA, ya que HP es filial de IESA, el modo sería que el dinero de caja de HP, se utilice como dinero por el que los nuevos socios pagan a cuenta al comprador, o que se formalicen los 500 millones como un préstamo de HP a los socios, ABC y XYZ, que van a adquirir el grupo, IESA, y la filial HP.

HP, es independientes de su matriz, IESA, aunque ésta la controle, y ambas se someten a la normativa del estado de residencia España, dispone de 500 millones en la CAJA, todo en cuentas de la filial HP, las sociedades ABC y XYZ quieren utilizar los 500 millones para pagar el precio de compra, utilizando la figura del préstamo, por su parte, el administrador único de HP, se opone a que ese dinero se reparta antes de la compra como dividendo.

A esta última cuestión, le es de aplicación la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante LSC, contiene la regulación de las operaciones intragrupo, es la encargada de transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva sobre derechos de los accionistas, modificada en el año 2017.

Para la armonización del derecho comunitario, se traspone la citada Directiva al estado español, determinando el nuevo régimen general aplicable a todas las sociedades de capital, cotizadas o no (art. 231 bis LSC), anónimas o limitadas, el legislador pasa a denominar este tipo de operaciones, como *“operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés”*, las llamadas transacciones ascendentes (upstream), o aguas arriba. Sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación a las operaciones descendentes (downstream), o aguas abajo, es decir, las *“realizadas con sus sociedades dependientes”*, por entender que no es necesario en la medida en la que la decisión sobre estas operaciones la toma la sociedad matriz en su seno, por lo que no existe el riesgo de conflicto de intereses. Pero si incluye un supuesto de operación descendente, *“cuando en la sociedad dependiente fuese accionista significativo una persona con la que la sociedad no podría realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas”* (art. 231 bis.4 LSC).

De acuerdo con la nueva ley, corresponde al órgano de administración, a los administradores dominicales de la filial nombrados por la matriz, en el caso de HP administrador único, la aprobación de transacciones como la que nos ocupa, al estar exentos del deber de abstención, pero si sujetos al deber de demostrar que la operación responde al interés social, un deber de justificación basado en la proactividad, que solo se activa en caso de que el voto de los administradores dominicales sea decisivo, art. 231 bis.2 in fine LSC, de manera que, el administrador único de la HP, puede oponerse al reparto de dividendos antes de la compra, por la aplicación del beneficio de la Directiva Matriz-Filial.

La Directiva 2011/96/UE del Consejo, Directiva Matriz-Filial, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, tiene como objetivo principal eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices, y eliminar la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz.

Esta Directiva se trasladó a nuestro derecho interno mediante el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, y, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. regulando los beneficios que distribuyan las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los Establecimientos Permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros están exentos, siempre y cuando, ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, y los establecimientos permanentes estén sujetos y no exentos a imposición en el Estado en el que estén situados, la distribución del beneficio no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial, y, ambas sociedades revistan alguna de las formas previstas. Para dicha Directiva, será sociedad matriz la que posea en el capital de otra sociedad una participación directa o indirecta de, al menos, el 5 %. Esta última tendrá la consideración de sociedad filial. La mencionada participación deberá haberse mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año.

A este respecto se establece que, con carácter general, los dividendos o participaciones en beneficios procedente de sus filiales deben integrarse en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la sociedad matriz española. Con la exención del 95 % del importe de los dividendos, siempre y cuando se ostente una participación directa o indirecta en la sociedad filial de, al menos, un 5%, desde, como mínimo, el año anterior a la exigibilidad del dividendo o, en caso de no cumplirse, se deberá mantener la participación hasta completar dicho año. La sociedad filial deberá estar sujeta y no exenta a un impuesto similar al Impuesto sobre Sociedades español, a un tipo de gravamen nominal igual o superior al 10% en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten).

Respecto a la cuestión de utilizar los 500 millones de caja de HP, por parte de ABC y YXZ, en concepto de préstamo, no parece que sea la manera adecuada de abordar la cuestión. Esto es porque, de acuerdo con la LSC, se reserva a la junta general la aprobación de las transacciones que tienen una cierta relevancia, medida en términos de un valor de la operación superior al diez por ciento del activo total de la compañía, mismo parámetro que se establece en el régimen general de las operaciones vinculadas (art. 230.2 LSC). También es competente la junta general cuando la operación está sujeta a dicha competencia por su propia naturaleza, lo que por ejemplo podría suceder en caso de una adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (art. 160 f LSC)

En este caso, se pretende la compra de una sociedad por la cual se va a producir este efecto: una o varias sociedades se integran en una sociedad más grande, trasladándose su activo y pasivo desde la sociedad absorbida hacia la sociedad absorbente. En este caso, se deberá aprobar un aumento del capital social de la sociedad absorbente, porque la sociedad que se compra deja de existir como tal, la sociedad IESA y su filial HP, pasan a formar una nueva sociedad al ser adquiridas. ABC y XYZ, las sociedades absorbentes, dado que, la sociedad filial HP, de IESA, cuenta con 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, según el artículo anterior, la Junta general, de ambas sociedades, podrían aprobar la utilización del capital de la sociedad HP, ya que, por aplicación del art 160 f, de la LSC, la Junta General, es la competente, para decidir, sobre el capital, de la sociedad a absorber, que perderá su personalidad jurídica, al pasar a ser una nueva, sobre la que decidirán las sociedades absorbentes, que nombraran el Consejo de Administración de la nueva sociedad resultante.

De acuerdo con lo señalado, no es posible que ABC y XYZ puedan utilizar los 500 millones de Caja de HP en concepto de préstamo, o de adelanto a los socios, pero si se puede disponer como se utilizaran dichos fondos.

La decisión a adoptar respecto a dichos fondos, le corresponde a la junta general de la sociedad absorbida, o adquirida, es decir, que tendría que ser la Junta General de HP, la que podría aprobar que se utilice el capital de 500 millones en la caja de la sociedad HP, por parte de ABC y XYZ. Esto es porque entre las competencias de la junta general de socios, previstas en el art. 160 de la LSC., y concebidas por la ley como materias reservadas a este órgano, se encuentra la facultad de cesión global del activo y pasivo. Para lo cual el órgano de administración, tendría que convocar a la junta.

Hay que tener en cuenta que la junta no puede adoptar acuerdos contrarios a los estatutos sociales o a la ley, y tampoco puede lesionar, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la sociedad.

**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 formalizados deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deben llevarlas a cabo?**

La doctrina mayoritaria ha interpretado el domicilio social como "el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección", allí dónde se encuentre la estructura estable de la sociedad, esto es, donde se ubiquen sus oficinas comerciales y se localice la documentación social. Se exige, en definitiva, que exista un vínculo real entre el domicilio designado y el lugar en que radique principalmente su actividad empresarial".

El domicilio social viene a ser el lugar en el que legalmente está establecida una sociedad para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos. En principio debe coincidir con el domicilio fiscal de las sociedades, pero esto solo ocurrirá cuando en dicho lugar esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios.

La determinación del domicilio de las personas jurídicas, como lugar para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, es uno de los elementos fundamentales en el momento de su constitución.

ABC, y XYZ, quieren trasladar el domicilio social de HP a Madrid, , en el mismo acto de la adquisición, como uno de los requisitos para formalizar válidamente la escritura pública de constitución, es que los Estatutos Sociales indiquen cual será el domicilio de la sociedad, no existen ningún problema para que se fije el nuevo domicilio de HP, en el acto de la adquisición, yendo más allá, en realidad es en este acto en el que hay que fijar el domicilio, por lo que resulta totalmente adecuado que se aproveche el momento de la adquisición para llevar a cabo el

cambio de domicilio de HP. Así lo establece el artículo 23 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 182 del Reglamento del Registro Mercantil respecto a las responsabilidades limitadas, cuando dicen que *«En los estatutos se consignará el domicilio de la sociedad, que habrá de radicar en el lugar del territorio español en que se prevea establecer el centro de su efectiva administración y dirección o su principal establecimiento o explotación»*. Además, se concreta que, en el caso de que el domicilio publicado por el Registro Mercantil no coincida con el domicilio social real, los terceros podrán considerar como tal a cualquiera de ellos» (art. 10 de LSC).

Por su parte, el artículo 285.2 LSC, establece la regla general para el cambio de domicilio social dentro del territorio nacional español, atribuyendo la competencia al órgano de administración de la sociedad, y, solo si los socios consideran que dicha regla debe modificarse lo deben establecer en los estatutos, negando expresamente esta competencia al órgano de administración. No requiere acuerdo de la Junta general.

Una vez adoptado el acuerdo por el órgano de administración, del cambio de domicilio, es requisito indispensable elevarlo a escritura pública ante el notario, también es necesario cumplimentar el modelo 600 de autoliquidación del Impuesto sobre Operaciones Societarias, aunque esta operación está exenta del pago del impuesto, e inscribir la nueva escritura de adquisición de la sociedad en el Registro Mercantil correspondiente.

En conclusión, el domicilio de la sociedad resultante de la adquisición, viene a ser uno de los términos que debe decir el órgano de administración de las sociedades adquirientes ABC, y XYZ, y que debe recogerse expresamente en las escrituras de la nueva sociedad.

Respecto a los poderes generales, son los que concede el poderdante, a una persona física o jurídica, para que actúe en su nombre, el apoderado. El apoderado, a través del poder, queda facultado para ejercer determinados actos jurídicos en nombre del poderdante. Dicho poder se otorga en escritura pública ante notario, y, en el caso de sociedades, se inscribe en el Registro Mercantil (artículo 94.5 del RRM). Se entiende que los poderes son generales cuando deleguen en el apoderado facultades amplias, con carácter general, para todo tipo de actuaciones.

Esta materia está contemplada en el Código Civil, una vez otorgado el poder, los actos del apoderado, se consideran realizados en nombre del poderdante, y obligan a este, (art 1738 CC). Y, como contrapartida el apoderado responde frente al apoderado, ha de rendir cuentas al poderdante de su gestión, y es responsable de dicha gestión (art 1.726 CC).

En concreto, un poder general mercantil, es el documento notarial mediante el cual una empresa confiere una autorización a favor de una persona física o jurídica, que recibe la denominación de apoderado, para que esta, en nombre y representación de la sociedad, pueda realizar toda clase de actos y contratos en el marco del objeto social de dicha compañía.

La capacidad de apoderar, en las sociedades de capital, pertenece en exclusiva al órgano de administración de la sociedad, para llevar a cabo el apoderamiento, debe acudir al notario la persona designada por la sociedad, identificándose mediante su Documento Nacional de Identidad, presentando, la documentación pertinente relativa a la sociedad dentro de la cual se pretende otorgar el poder general mercantil. Para ello, debe aportarse la copia auténtica de la escritura de constitución de la sociedad, así como cualquier escritura posterior modificativa de los estatutos sociales. La persona que recibe el poder (apoderado) no tiene la obligación de acudir a la notaría el día de la firma del citado poder. Basta que el poderdante lo identifique suficientemente mediante nombre, apellidos, domicilio y número de Documento Nacional de

Identidad. Si el apoderado fuere una sociedad, deberá facilitarse el nombre o denominación social, domicilio social y número de CIF.

Como ya hemos señalado, sólo el administrador único o los administradores de la sociedad, mediante acuerdo del consejo de administración podrá otorgar el oportuno poder mercantil para que una persona física o jurídica, en nombre y representación de la sociedad, pueda ejercer válidamente como apoderado de esta. (art. 233 LSC)

A sensu contrario, ni el socio único ni la junta general estarán legitimados para otorgar un poder mercantil en nombre de la sociedad, pues así lo ha establecido de forma clara la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias de sus resoluciones (entre otras las de 1 de marzo de 1993 o de 4 de febrero de 2011).

En este caso el Consejo de Administración, que resulte de la nueva sociedad, será el encargado de nombrar al apoderado, de manera que, si se pretende en el acto de adquisición de IESA, y HP, revocar los poderes generales, y nombrar nuevo apoderado, tendría que previamente constituirse el Consejo de administración de la sociedad adquirida, para llevar a cabo tal acto. De modo que, para que se pueda revocar los poderes generales y nombrar nuevos en el mismo acto de adquisición de la sociedad, si esta facultad le corresponde al órgano de administración, tendría que ser los administradores de las sociedades a adquirir quienes revocarán los poderes, y procedieran a conceder unos nuevos, en el mismo acto de la adquisición. En el presente caso, le correspondería al administrador único de HP.

**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?**

Se nos plantea que HP es deudor de su sociedad matriz, IESA, por préstamos participativos a favor de HP por importe de 100 millones de euros, Deuda Socios, cuya fecha de vencimiento es 1 de enero de 2030.

En este sentido, el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en adelante, LIS, incluye dentro de las operaciones entre partes vinculadas, las realizadas entre una entidad y sus socios o partícipes, así como las realizadas ente una entidad y sus consejeros y administradores. y, en el supuesto de que la vinculación se define en función de la relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 por ciento.

Considerar estas operaciones como vinculadas, implica una serie de obligaciones accesorias a la propia operación para demostrar ante la Administración que estas operaciones han sido valoradas de conformidad con su valor de mercado. Estas obligaciones son las de documentación y declaración, independientes entre sí, y, que dependerán del tipo de operación, su cuantía, y la cifra de negocios de la entidad. En los casos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia se considera para la sociedad aportación a los fondos propios.

Los prestamos entre la Matriz y sus Filiales, supone un incremento de los fondos propios en la sociedad que recibe el préstamo, y un mayor coste de la participación en la sociedad que lo concede, y, al ser matriz y filial partes vinculadas, deberá pactarse un tipo de interés de mercado.

Los préstamos participativos son préstamos en los que se estipula que el prestamista-financiador, además de la remuneración ordinaria a través de intereses, obtiene una remuneración dependiente de los beneficios obtenidos por el prestatario-financiado. Tienen como características principales:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

No existe libertad para amortizarlo de forma anticipada. Teniendo en cuenta que el préstamo participativo es considerado en ciertos supuestos como fondos propios, si se pudieran cancelar libremente, reduciendo el patrimonio de la empresa, los acreedores quedarían en una situación desfavorable respecto al prestamista participativo, ya que la liquidez de la empresa se destinaría a la amortización de estos préstamos en lugar de liquidar las deudas con los proveedores de la propia actividad.

Este tipo de préstamos, participativos, se regulan por el art.20 del Real Decreto-Ley 7/1996 sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberación de la actividad económica, y, la Ley 10/1996 de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria, y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, modificada por la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades. Los préstamos participativos otorgados desde el 20 de junio de 2014 (D.T. 17ª) entre entidades del mismo grupo mercantil (art. 42 Código de Comercio) generarán intereses no deducibles (tanto fijos como variables) para el prestatario (art. 15.a) e ingresos exentos de tributación para el prestamista (art. 21.2. 2ª).

Toda esta regulación viene a suponer que las retribuciones derivadas de préstamos participativos entre empresas del grupo, se consideran a efectos legales, igual que el reparto de dividendos, de manera que van a recibir el mismo tratamiento fiscal de los repartos de dividendos, a pesar de su distinta calificación mercantil, con ello, se pretende ajustarse al Principio de Libre Competencia del art. 18 de la Ley 27/2014.

Concebido así, los préstamos participativos constituyen una herramienta para reforzar el patrimonio de las sociedades, y evitar que incurran en causa de disolución cuando las pérdidas dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital.

En lo que se refiere a la amortización anticipada de préstamos participativos se regula a en el art. 20.1.b) del Real Decreto-ley 7/1996: "En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos".

Según lo anteriormente expuesto, sería válido tanto el pacto de amortización anticipada previsto en el propio contrato, al que se refiere el art. 20. 1. b), como aquél alcanzado entre las



partes con posterioridad a su suscripción, esto nos lleva a la conclusión de que, podrían las Sociedades ABC y XYZ, proceder a la amortización anticipada del préstamo de 100 millones de IESA a HP.

Pero, a tenor del citado artículo, si es decidida por el prestatario, deberá aumentar sus fondos propios en un importe equivalente al de la amortización anticipada, por tanto, en el caso de que ABC y XYZ, al adquirir las sociedades IESA y HP, crean una nueva sociedad y esta queda como prestataria de los 100 millones, pueden decidir la amortización anticipada del préstamo participativo, pero aumentando los fondos de la sociedad resultante por un importe equivalente al de la amortización anticipada.

Por otro lado, ABC, y XYZ, dada la buena relación que tiene la primera con un grupo crediticio alemán, pretenden cancelar la Deuda con Bancos, y renegociarla con el grupo alemán, a este respecto hay plena libertad para renegociar un crédito, dependerá de la negociación con el nuevo banco, lo que corresponde a las competencias de quien sea designado administrador, en las escrituras de constitución de la nueva sociedad.

Cuando se pretende refinanciar la deuda de la sociedad, reorganizar la deuda adquirida para conseguir mayor rentabilidad financiera, o bien gestionar las nuevas necesidades de financiación en las mejores condiciones posibles, lo importante es la negociación con las entidades financieras de las condiciones de los productos financieros, con el fin de mejorarlos, supone para la empresa una mejora en los tipos de interés o una ampliación de la amortización, para reducir las cuotas y de este modo disponer de una mayor liquidez.

Y, tal y como hemos venido señalando, es el órgano de administración de la sociedad a quien la ley le atribuye tales facultades, y que como tal figure en el Registro Mercantil. De manera que, o bien las sociedades adquirentes, para renegociar la DEUDA con Bancos, esperan para llevar a cabo cualquier operación en este sentido ha haber adquirido la sociedad, y, que sea el órgano encargado de la administración de la sociedad ya adquirido, y que figure en los estatutos sociales quien se ocupe de efectuar dicha operación, o bien tendría que ser el órgano de administración de la sociedad que se va a adquirir, quien se ocupe de cancelar y renegociar la deuda, antes de la adquisición.

**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?**

Se pretende la compra de HP, que, al tratarse de una central hidroeléctrica, tiene suscrito un contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos, S.L. ("OP"), quien presta servicios a HP en exclusiva (el "O&M"), dicho contrato es una exigencia legal, al tratarse de una empresa de generación de energía eléctrica, en concreto hidroeléctrica.

Este tipo de contrato, para una empresa de generación de electricidad hidroeléctrica, es el contrato que celebra el concesionario y el contratista para la ejecución de la Operación y el Mantenimiento, y tiene por objeto un servicio de vigilancia, operación y mantenimiento de la presa y central hidroeléctrica. Es un servicio de mantenimiento de centrales hidroeléctricas que

comprende un mantenimiento predictivo de centros de producción eléctrica, mantenimiento de turbinas hidráulicas, y componentes electromecánicos.

Por otro lado, una central hidroeléctrica es un tipo de central, que utiliza la energía potencial del agua que se encuentra almacenada en un embalse, la cual se convierte en energía cinética requerida para mover el rotor posicionado en un generador, convirtiéndose en energía eléctrica. Se construyen en los cauces de los ríos, ya que se necesita construir un embalse para proceder a retener el agua.

Esto supone, que las centrales hidroeléctricas en nuestro país, no puedan construirse libremente, sino que necesitan para su construcción una concesión administrativa. Esto es porque el agua es un bien público, de manera que se necesita una concesión, por la que se permite el uso privado del agua, y de los terrenos en los que se va a construir el embalse al que nos hemos referido anteriormente, así como las instalaciones necesarias para el funcionamiento de la central que suponen la utilización del agua que transcurre por ríos, lagos o mares para convertirlo en energía eléctrica.

Esta materia se regula en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en adelante TRLA concretamente la necesidad de contar con una concesión administrativa *«toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a 75 años»*, aunque es posible que se declaren caducadas si hay *«incumplimiento de cualquiera de condiciones esenciales o plazos en ella previstos»*. Y compete al presidente de la Cuenca Hidrográfica *«otorgar las concesiones y autorizaciones de aprovechamiento del dominio público hidráulico»*.

Una vez que finalice ese plazo, se permite ampliarlo o prorrogarlo, si se realizan *«determinadas obras»* necesarias para su *«normal utilización»*, según el artículo 59 TRLA. Con el desarrollo de la futura Ley de Cambio Climático y Transición Energética, este procedimiento podría ser muy diferente.

La competencia para otorgar autorizaciones y concesiones referentes al dominio público hidráulico es del Organismo de cuenca, salvo en casos de obras y actuaciones de interés general del Estado, que corresponderán al Ministerio con competencia en materia de aguas, actualmente el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, de acuerdo al artículo 24 a) del TRLA.

La Disposición adicional segunda TRLA, establece la administración hidráulica de las cuencas internas de una Comunidad Autónoma, determinando quien ejerce las funciones que, de acuerdo con esta Ley, ejercen los Organismos de cuenca en aquellas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, en este caso corresponderán a las Administraciones hidráulicas de aquellas Comunidades que en su propio territorio y en virtud de sus estatutos de autonomía, ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico y se trate de cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio.

En lo que se refiere a los contratos de Operación y Mantenimiento, si las centrales hidroeléctricas, son objeto de concesión administrativa para su construcción, para su mantenimiento también se exige el mismo tipo legal. Este tipo de concesiones, se regulan por la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. sobre concesiones administrativas, y sobre contratación pública en general, respectivamente.

Esto supone, que la empresa contratista de operación y mantenimiento, se selecciona mediante concurso público, no mediante contratación directa por el órgano de administración de la sociedad propietaria de la central, a través de la fórmula del contrato de servicios que convoca Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, y concede la Presidencia de la Confederación Hidrográfica correspondiente al lugar en el que se encuentre la central hidroeléctrica, u Organismo de Cuenca.

Para la convocatoria del concurso, previamente se necesita redactar la Memoria, art. 116 de la Ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público, que regula el expediente de contratación, donde conste: la elección del procedimiento de licitación; la clasificación que se exija a los participantes, en este caso concreto tendrá que ser la clasificación necesaria para llevar a cabo el objeto del contrato de operación y mantenimiento; los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.

La Memoria, también debe contener el valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales; la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional. En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios. Y, finalmente la necesidad de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

Un aspecto importante que debe contener la Memoria es la elección del procedimiento de licitación que se realiza en función del importe del contrato, y la clasificación que se exige a los participantes, en este caso, el correspondiente para llevar a cabo los servicios de operación y mantenimiento de centrales hidroeléctricas.

El artículo 117 establece que, completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional de que el presupuesto no hubiera podido ser establecido previamente, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente. Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante.

El Pliego de Bases para el contrato de servicios, de operación y mantenimiento de las centrales hidroeléctricas, para la cuenca hidrográfica correspondiente, los redacta la Secretaría General del Estado de Medio Ambiente, en concreto la Dirección General del Agua.

Figurará, el objeto del contrato, operación y mantenimiento, las necesidades de contratación, la justificación del precio y el presupuesto, la fijación de la persona que será responsable de la ejecución del contrato y que se relacionara con la administración, y el plazo de ejecución, revisión de precios y garantía.

Deberá figurar la clasificación del contratista, habilitado para llevar a cabo este tipo de contrato de servicios.

La regulación expuesta, significa que, hasta que no termine el contrato adjudicado a la empresa correspondiente, en este caso, Operación de Proyectos, S.L, según el plazo previsto en las bases del concurso de contrato de servicio público, no se puede efectuar un cambio en la empresa que

tenga adjudicado un contrato por concurso, ya que esta opción únicamente se produce mediante la revocación de la adjudicación, y por las causas tasadas en la ley.

Tampoco es posible asignar directamente a otra empresa perteneciente al grupo ABC, los servicios de operación y mantenimiento de las centrales hidroeléctricas, ya que estos contratos, se asignan mediante licitación pública, tal y como hemos desarrollado a lo largo del texto.

Además, tenemos el dato de que la empresa a la que ABC pretende otorgar el contrato de operación y mantenimiento, ofrece sus servicios con condiciones más onerosas. De manera que, si una empresa del grupo ABC, pretende obtener el contrato de servicios de operación y mantenimiento de las centrales hidroeléctricas controladas por HP, deberá conseguir la adjudicación del concurso público convocado a tal fin, participando en igualdad de condiciones con el resto de las licitantes en el concurso, pero difícilmente podrá obtener la adjudicación si sus servicios resultan más onerosos que la empresa que hasta ahora tiene la concesión del servicio.