



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Andrea Secades Sierra

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Especialidad de Empresas - Grupo C

Tutora

Marta Ballesteros Muñoz

ÍNDICE

1	Normativa Aplicable	5
2	Contexto	6
3	Asuntos Objeto de Análisis	6
3.1	LA ADQUISICIÓN DE HIDRO POWER S.L.	6
3.1.1	Compraventa y formalismos.....	6
3.1.1.1	Requisitos por tratarse de una inversión extranjera	6
3.1.1.2	Requisitos por tratarse de una inversión en infraestructuras críticas	8
3.1.1.3	Requisitos de la Ley de Sociedades de Capital	9
3.1.1.4	Formalidades adicionales de carácter previo o simultáneo	10
3.1.1.5	Conclusiones	12
3.1.2	Blanqueo de capitales.....	12
3.1.2.1	Conclusión	13
3.1.3	Poderes notariales	14
3.2	LA SUSCRIPCIÓN DE UN PACTO DE SOCIOS	15
3.2.1	Beneficios de la suscripción.....	15
3.2.2	Cláusulas recomendadas para su inclusión	16
3.2.3	Conclusión.....	18
3.3	REESTRUCTURACIÓN DE HP	18
3.3.1	Contingencias dentro del contrato de compraventa.....	18
3.3.1.1	Cláusula de manifestaciones y garantías	18
3.3.1.2	Alternativas	19
3.3.1.2.1	<i>Cláusula de Indemnities</i>	20
3.3.1.2.2	<i>Escrow o retención del precio</i>	20
3.3.1.3	Conclusión	20
3.3.2	Fondos para la adquisición.....	21
3.3.2.1	Asistencia financiera	21
3.3.2.2	Alternativas propuestas	21
3.3.2.3	Conclusión	23
3.3.3	Domicilio social y revocación de poderes generales.....	23
3.3.3.1	Traslado de domicilio	24

3.3.3.2	Revocación de los poderes actuales	25
3.3.3.3	Conclusión	25
3.3.4	Refinanciación de deuda	26
3.3.4.1	Conclusión	27
3.3.5	Contratos de O&M (Operaciones y mantenimiento).....	27
3.3.5.1	Análisis del contrato previo de O&M	27
3.3.5.2	Posibles riesgos	29
3.3.5.3	Órganos competentes	30
4	Conclusión final	
	Error! Bookmark not defined.	
5	Bibliografía	31
5.1	Legislación	31
5.2	Jurisprudencia	33
5.3	Otras fuentes	
	Error! Bookmark not defined.	

Abreviaturas

ABC	ABC Capital EU S.A.R.L
Art.	Artículo
BE	Banco Español S.L.
CC	Código Civil
Deuda Socios	Préstamos participativo por valor de 100M de euros con IESA
Deuda Bancos	Financiación bancaria por valor de 400M de euros con BE
Global	ABC Global Ltd.
HP	Hidro Power S.L.
IESA	Inversiones Españolas S.A.
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
LSC	Ley de Sociedades de Capital
N.I.E.	Número de Identificación de Extranjeros
N.I.F.	Número de Identificación Fiscal
OP	Operación de Proyectos, S.L.
O&M	Operación y mantenimiento
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
Ss.	Siguientes
XYZ	XYZ, S.L.

1 Normativa Aplicable

La normativa analizada para llevar a cabo este informe y dar respuesta a las diversas cuestiones ha sido:

- (i) 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.
- (ii) Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.
- (iii) Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización.
- (iv) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- (v) Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.
- (vi) Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
- (vii) Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- (viii) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- (ix) Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- (x) Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
- (xi) Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- (xii) Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- (xiii) Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- (xiv) Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.
- (xv) Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

2 Contexto

Esta consulta se centra en la adquisición de Hidro Power S.L. (en adelante, “**HP**”) por parte de ABC Capital EU S.A.R.L. (en adelante, “**ABC**”) y XYZ S.L. (en adelante, “**XYZ**”) mediante la transmisión de las participaciones de HP. El objeto es dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por los dos clientes, ABC y XYZ, así como ofrecer soluciones alternativas que permitan que ambos clientes consigan, en la medida de lo posible, cumplir todas las expectativas en relación con este nuevo negocio en el que se embarcan.

La operación tiene diversas particularidades que serán objeto de análisis a lo largo de este informe para poder dar respuesta a las distintas cuestiones planteadas tanto por ABC como XYZ. Éstas principalmente se centran en la posibilidad de llevar a cabo la adquisición y las formalidades requeridas, la reestructuración de la deuda existente y las modificaciones que quieren realizar en la sociedad adquirida.

3 Asuntos Objeto de Análisis

3.1 LA ADQUISICIÓN DE HIDRO POWER S.L.

3.1.1 Compraventa y formalismos

La operación principal que se pretende llevar a cabo es la adquisición de la empresa HP por parte de las empresas ABC y XYZ. En particular vamos a analizar si ABC sería capaz de adquirir una sociedad española teniendo en cuenta las características específicas de ABC como empresa, ya que se trata de un entidad domiciliada en Luxemburgo. Teniendo en cuenta el **principio de libertad de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior** recogido en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (en adelante, “**Ley 19/2003**”), no habría impedimentos para que ABC pudiese adquirir participaciones en HP siempre y cuando se cumpliesen los diversos requisitos impuestos por la ley que se analizan a continuación.

3.1.1.1 Requisitos por tratarse de una inversión extranjera

Se trata de un supuesto de **inversión extranjera** de acuerdo con el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores (en adelante, “**Real Decreto de Inversiones Exteriores**”), en tanto que de acuerdo con el **artículo 2.1 b)** del texto legal, se considerará como inversor exterior a “*Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero [...]*”. ABC, está domiciliada en Luxemburgo, fuera del territorio español, y por lo tanto ha de considerarse como tal. A su vez, el **artículo 3 a)** del mismo cuerpo legal define como uno de los objetos de dichas inversiones, la participación en sociedades españolas. Este Real Decreto recoge una serie de requisitos que ha de cumplir debido a su condición de inversor extranjero. El primero

de ellos es el recogido en el **artículo 4**, en el que se exige que las inversiones extranjeras en España sean declaradas ante el Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda. Incluye la posibilidad de tener que realizar dos declaraciones, una previa y una posterior, sólomente siendo obligatoria en todo caso la posterior. Existe un supuesto en el que se deberá llevar a cabo dicha declaración previa que se encuentra recogido en el **artículo 4.2 a)**, que explica que:

“a) Si la declaración tiene por objeto una inversión que proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los territorios o países previstos en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, el titular de la misma deberá efectuarla con carácter previo a la realización de la inversión. Esta declaración se entenderá sin perjuicio de la que hay que efectuar con posterioridad a la realización de la inversión, conforme a la letra siguiente.”

Atendiendo al **Real Decreto 1080/1991**¹, se puede comprobar que Luxemburgo no es uno de los territorios recogidos en la lista a efectos de considerarse un paraíso fiscal en relación con lo regulado en el Real Decreto de Inversiones Exteriores. Es por ello que, hay que considerar de *dónde procede la inversión*. Teniendo en cuenta que ABC es una empresa cuyo capital es 100% titularidad de la sociedad ABC Global Ltd. (en adelante, “**Global**”), entidad radicada en las Islas Vírgenes Británicas y esta a su vez, es una entidad 100% participada por un trust anglosajón con domicilio en Bermudas llamado ABC Trust (en adelante, “**el Trust**”), y que los domicilios de las dos últimas sí que aparecen recogidos en la lista del Real Decreto 1080/1991, es necesario analizar si los titulares reales de los fondos para la inversión provienen de estas localizaciones o por el contrario se puede considerar que provienen de Luxemburgo.

Para poder determinar esto hay que acudir a la **Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo** (en adelante, “**Ley 10/2010**”), a su artículo 4.2 c) que determina que los titulares reales en el caso de los fideicomisos, es decir el Trust, serán los fideicomitentes. Una vez determinado esto, podemos afirmar que la inversión procedería de Bermudas y por lo tanto de un paraíso fiscal contemplado en el Real Decreto 1080/1991. Por ello, han de cumplir con este primer requisito de presentar una declaración acerca de la inversión antes de hacerla ante el mencionado Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda². La forma en que habrá que llevar a cabo esta declaración viene recogida en la **Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización** (en adelante, “**Orden de 28 de mayo de 2001**”) y de acuerdo con el **artículo 14.3** de dicha orden, una vez realizada la declaración, se contará con un plazo

¹ Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

² Cabe añadir que además de cumplir el requisito de ser un paraíso fiscal, esta operación no puede atenerse a ninguna de las dos excepciones contempladas para evitar la declaración previa por el art. 4 del Real Decreto de Inversiones Exteriores:

“1. Las inversiones en valores negociables ya sean emitidos u ofertados públicamente ya sean negociados en un mercado secundario oficial o no, así como las participaciones en fondos de inversión inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

2. Cuando la participación extranjera no supere el 50 por 100 del capital de la sociedad española destinataria de la inversión.”

de seis (6) meses para llevar a cabo la inversión, de no realizarse en plazo, se habrá de presentar una nueva declaración.

Como hemos dicho, en el **artículo 4** del Real Decreto de Inversiones Exteriores se contempla la realización de una declaración que se realiza con carácter posterior a la inversión y que se tiene que llevar a cabo independientemente de haber realizado la ya descrita. Es decir, esta declaración posterior es la norma general, mientras que la declaración previa se trata de una excepción. En el caso de esta operación, habrá que presentar ambas declaraciones.

Esta declaración viene recogida en el **artículo 4.2 b)** y habrá de ser realizada por el titular no residente o, en el caso de que en la operación haya de intervenir un fedatario público español, que en este caso será necesario, éste habrá de remitir la información al Registro. Con respecto a esta declaración posterior, también vienen en la Orden de 28 de mayo de 2001, en sus **artículos 16 y 17**, recogidas las especificaciones para llevarla a cabo. Entre los requisitos recogidos se encuentra la necesidad de declarar su condición de *no residente* que ha de hacerse conforme al **artículo 2 del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior** (en adelante, “**RD 1816/1991**”) y concretamente, mediante un documento fehaciente que acredite su naturaleza y domicilio social. Además, habrán de aportar el número de la declaración previa efectuada, una memoria explicativa sucinta y la autorización preceptiva por tratarse de uno de los supuestos de suspensión del régimen de liberalización que será analizado a continuación. El plazo para llevar a cabo la declaración post-inversión será de 1 mes a contar desde la realización de la inversión o desde la formalización de esta ante un fedatario público.

3.1.1.2 Requisitos por tratarse de una inversión en infraestructuras críticas

Respecto a la suspensión del régimen de liberalización y la autorización previa que tiene que ser otorgada a los inversores extranjeros para llevar a cabo la inversión, esto viene regulado en la **Ley 19/2003**, concretamente en el **artículo 7 y 7 bis**. Se aplica a ABC en este caso, debido a que se trata de una inversión extranjera *directa* ya que pretende adquirir más del 10% de las participaciones de HP, concretamente el 90%, y que no se encuentra en el territorio de la Unión Europea ni forma parte de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Siguiendo este hilo, con suspensión de régimen de liberalización, los legisladores se refieren a la suspensión del principio de libertad de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas y obligan al inversor extranjero a solicitar una autorización previa por tratarse de “*operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas [...] con el ejercicio de poder público, o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública.*” Estos supuestos vienen tasados en el artículo 7 bis. En nuestro caso es de aplicación el artículo 7 bis 2 a) ya que nos encontramos ante un supuesto de inversión en **infraestructuras críticas** por tratarse de una inversión en una empresa dedicada a la gestión de centrales hidráulicas españolas (HP) y, por lo tanto, infraestructuras de aguas.

Teniendo en cuenta que se trata de uno de los supuestos de suspensión del régimen de liberalización, habrá que cumplir con una serie de formalidades. En el **artículo 6** de la misma ley se especifica que se habrá de solicitar una autorización administrativa para poder llevar a cabo la inversión. Esta viene definida en la misma Orden de 28 de mayo de 2001 en la que se regulan las dos declaraciones anteriormente mencionadas. En el **artículo 11** del mismo cuerpo legal, se especifica que la solicitud se hará ante el Director General de Comercio e Inversiones y junto a ella deberán adjuntar:

- a. Certificación expedida por el órgano de administración de HP
- b. Memoria sobre la situación económica-financiera de HP
- c. Una descripción detallada de la inversión

En el plazo de seis (6) meses recibirán la resolución y en caso de que haya silencio administrativo se entenderá como autorizada. Esta autorización abrirá a su vez un plazo de otros seis (6) meses para realizar la inversión o, por el contrario, especificará un plazo específico en el que habrá de realizarse. Esto sin perjuicio del plazo también de seis (6) meses establecido para llevar a cabo la inversión tras haber presentado la declaración previa necesaria por tratarse de un inversor procedente de un paraíso fiscal.

3.1.1.3 Requisitos de la Ley de Sociedades de Capital

Además de todos estos requisitos derivados de las especificaciones tanto de ABC como de HP, para que la operación surta los efectos necesarios, esta ha de cumplir con los requisitos recogidos en los **artículos 106 y 107** de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”). En el primero de los dos artículos se especifica que la operación de compraventa de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada habrá de efectuarse mediante documento público, lo cuál implica que habrá que formalizar la operación ante un fedatario público, probablemente un notario. Para poder formalizarla, todas las empresas implicadas, es decir, ABC, XYZ y HP deberán presentar una serie de documentos³:

1. Los estatutos de cada una de las empresas en las que se demuestre que no contienen reglas o limitaciones para llevar a cabo la operación y que por lo tanto sólo tendrán que cumplir con las restricciones reflejadas en la ley.
2. Los acuerdos necesarios por los órganos de administración para llevar a cabo la operación. De acuerdo con el **artículo 160 LSC**, debe ser aprobada en junta general la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales, que serían aquellos que representen más del 25% de los activos. Por ello, en el caso de HP, deberá ser aprobado por la junta general⁴. Además, por tratarse de una transmisión voluntaria de participaciones por una sociedad de responsabilidad limitada, el **artículo 107 LSC** también lo exige como requisito para llevar a cabo la operación.

³Guía de Negocios en España 2022, ICEX <https://www.guidetobusinessinspain.com/establecimiento-en-espana/2-8-1-adquisicion-de-acciones-de-una-sociedad-anonima-o-de-participaciones-sociales-de-una-sociedad-de-responsabilidad-limitada-existente/>

⁴ En el caso de ABC y XYZ, no conocemos el balance de las respectivas sociedades, con lo cual no podemos saber si la adquisición de HP en sus respectivos porcentajes, supone más del 25% de los activos de cada una de las sociedades.

3. El título de propiedad de las participaciones objeto de la transmisión. Esto debería quedar recogido, de acuerdo con el artículo 104 LSC en el libro registro de socios, que por lo tanto también se deberá aportar, incluyendo la inscripción de los nuevos socios.
4. Deberá quedar fijado el precio y el medio de pago utilizado. Esto último es relevante a efectos de prevención del blanqueo de capitales⁵.
5. Los poderes otorgados para la comparecencia. En el caso de ABC existen una serie de particularidades, por estar domiciliada en el extranjero, que analizaremos más en detalle en otro punto de este informe debido a que se trata de un proceso complejo por sí solo.
6. El Acta de manifestaciones de titularidad real, recogida en la Ley 10/2010.
7. La empresa ABC además deberá adquirir un N.I.F. (Número de Identificación Fiscal) con el que identificarse en España y para poder llevar a cabo la inversión.

Es un requisito de la normativa de aplicación española la adquisición de este para poder llevar a cabo una inversión extranjera directa en España. Este se puede solicitar bien ante la Agencia de Administración Tributaria (telemáticamente) en el caso de hacerse desde España, o bien desde las Oficinas Consulares de España (o telemáticamente también) en el caso de hacerse desde el extranjero. Habrán de cumplimentarse dos modelos distintos, uno inicial para adquirir un N.I.E. (Número de Identidad Extranjero) instrumental, y otro posterior para adquirir el N.I.F.⁶

3.1.1.4 Formalidades adicionales de carácter previo o simultáneo

En el Ordenamiento Jurídico español no se recogen formalidades previas que hayan que llevarse a cabo para poder empezar con la operación de transmisión propiamente dicha. Esto no significa que no existan ciertas prácticas de mercado que sí que sería natural llevar a cabo para asegurar el buen curso de la operación con carácter previo a la firma del contrato de compraventa (más comúnmente conocido como SPA⁷).

Lo habitual es que en el proceso de compraventa se suscriban los siguientes documentos:

- (i) Acuerdo de confidencialidad o NDA (Non-Disclosure Agreement)
- (ii) Memorándums de entendimiento o MoU (Memorandums of Understanding)
- (iii) Carta de intenciones o LoI (Letter of Intent)
- (iv) Due Diligence y, por último

⁵ En el caso de que el pago se realice en metálico. Se analiza en el siguiente punto acerca de las formalidades y requisitos que han de seguir para cumplir con las regulaciones de blanqueo de capitales.

⁶ Modelos 030 y 036 de la Agencia de Administración Tributaria. <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientoini/G321.shtml>
<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientoini/G322.shtml>

⁷ Sales and Purchase Agreement

(v) El contrato de compraventa o SPA⁸

Por lo tanto, habrá varios documentos o fases que precedan al inicio del propio proceso de venta.

a. Acuerdo de confidencialidad

Se trata de un acuerdo en el que las partes se comprometen a no revelar a terceros ni las intenciones de participar en la operación, ni cualquier tipo de información calificada como privada o *sensible*, que se intercambien con la intención de definir la operación.

b. Memorándum de entendimiento

Es un documento en el que ambas partes recogen el transcurso de las negociaciones así como las principales características del acuerdo. No es vinculante pero sí que tiene importancia a nivel de ética y respeto entre ambos participantes⁹.

c. Carta de Intenciones

En este documento se va un paso más allá y se recogen lo que serán los términos generales del acuerdo y se demuestra la efectiva intención de llegar a un acuerdo y llevar a cabo la operación.

d. Due Diligence

El proceso de *Due Diligence* es una de las partes más vitales del proceso de compraventa de una sociedad. Esto se puede describir como el conjunto de trabajos de investigación de las diferentes áreas de una sociedad durante los cuales se analiza la *salud* financiera y legal de la compañía que se va a adquirir. También se suelen subcontratar a expertos que realizan informes de due diligence sobre temas laborales, de seguros, técnicos y de muchos otros aspectos que forman parte del engranaje empresarial.

Normalmente es llevada a cabo por el comprador (o inversor) con el fin de conocer los posibles riesgos o contingencias que se puedan derivar de la operación y afectarle en algún modo. En este caso la empresa a analizar sería HP y los objetivos serían la identificación de posibles riesgos o pasivos ocultos, así como la renegociación en el caso de encontrar contingencias que no hayan sido desveladas previamente por el vendedor. Habría por lo tanto que determinar si las únicas deudas existentes son realmente la “Deuda Bancos” y la “Deuda Socios” y a su vez analizar hasta dónde alcanza la contingencia fiscal y qué métodos podrían seguir los compradores para protegerse.

⁸ [El proceso de adquisición de empresas y sus fases típicas | Iberley](#)

⁹ [3 acuerdos previos que debes conocer si vas a realizar la compraventa de una empresa - Emprendedores.es](#)

3.1.1.5 Conclusiones

ABC y XYZ sí que pueden adquirir HP. No obstante, han de cumplir con todas las formalidades exigidas por ley, en particular ABC, que tendrá que:

1. Pedir una autorización por tratarse de una inversión en infraestructuras críticas.
2. Presentar una declaración previa por tratarse de una empresa cuyos fondos provienen de un paraíso fiscal.
3. Presentar una declaración posterior por tratarse de una inversión extranjera.
4. Conseguir un N.I.E. y posteriormente un N.I.F. para poder llevar a cabo todos los trámites necesarios.
5. Cumplir con los requerimientos de la Ley de Sociedades de Capital.

Este último punto será el único que deban también cumplir y seguir tanto HP como XYZ para poder llevar a cabo la operación.

Al margen de estos requisitos legales y absolutamente preceptivos para completar la transmisión de participaciones, deberán llevar a cabo otra serie de tareas relevantes a efectos de las operaciones de compraventa de sociedades. Como por ejemplo, llevar a cabo una *due dilligence* exhaustiva.

3.1.2 Blanqueo de capitales

Con respecto a las posibles formalidades que habrían de cumplir las empresas de la operación en relación con el blanqueo de capitales, el primer paso sería determinar si alguna de dichas empresas se puede considerar un sujeto obligado. Atendiendo a la Ley 10/2010, esto viene determinado por los supuestos tasados en el **artículo 2 del texto legal**. Para poder llevar a cabo esta operación va a ser preceptiva la actuación de un fedatario público, muy probablemente un notario, siendo este uno de los sujetos obligados por el artículo 2.

Teniendo esto en cuenta, las formalidades que habrán de cumplir recogidas en la Ley de blanqueo de capitales serán las siguientes:

- a. De acuerdo con el art. 3, la **identificación formal** de todas las personas físicas y jurídicas que vayan a intervenir en el negocio, es decir, HP, XYZ, ABC así como sus apoderados o representantes legales.
- b. De acuerdo con el art. 4, la **identificación del titular real**, de las personas físicas o jurídicas que posean más del 25% del capital con derecho de voto.
- c. De acuerdo con el art. 5, el **propósito e índole de la relación de negocio**, además, tendrán que acreditar la naturaleza de las actividades de negocio. Por un lado, deberán declarar que se trata de una transmisión de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada y por otro, que las participaciones adquiridas son de una empresa de gestión de infraestructuras hidráulicas.
- d. De acuerdo con el art. 6, el seguimiento continuo de la relación de negocio, **acreditar el origen de los fondos** que se pretenden aportar. Esto es especialmente relevante en el

caso de ABC, ya que como sabemos está íntegramente participada por empresas cuyo domicilio se encuentra en un paraíso fiscal.

Además de estas obligaciones generales, de acuerdo con el **artículo 22.1 f)** del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el **Reglamento** de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del **blanqueo de capitales** y de la financiación del terrorismo, ABC tendrá que cumplir con las medidas de diligencia reforzadas al tratarse de un paraíso fiscal y, por tanto, un territorio de riesgo, como ha quedado explicado previamente. Estas medidas vienen recogidas en el artículo 20 de la misma ley¹⁰.

En el extremadamente improbable caso de que el pago se hiciese en efectivo (metálico) habría que acudir a la **Orden EHA/1439/2006**¹¹ que nos indica que en ese caso tendrán que rellenar un modelo específico para declarar el traslado del dinero.

3.1.2.1 Conclusión

En efecto **habrán de cumplir con las exigencias de la Ley 10/2010**. Los principales requisitos serán la identificación formal de todos los involucrados en la operación, la identificación del titular real de las participaciones, el propósito e índole de la relación de negocio y la acreditación del origen de los fondos con los que se va a pagar la compraventa.

I. ¹⁰“**Artículo 20. Medidas reforzadas de diligencia debida.**

1. En los supuestos de riesgo superior al promedio previstos en el artículo precedente o que se hubieran determinado por el sujeto obligado conforme a su análisis de riesgo, los sujetos obligados comprobarán en todo caso las actividades declaradas por sus clientes y la identidad del titular real, en los términos previstos en los artículos 9.1 y 10.2. Adicionalmente se aplicarán, en función del riesgo, una o varias de las siguientes medidas:

a) Actualizar los datos obtenidos en el proceso de aceptación del cliente.

b) Obtener documentación o información adicional sobre el propósito e índole de la relación de negocios.

c) Obtener documentación o información adicional sobre el origen de los fondos.

d) Obtener documentación o información adicional sobre el origen del patrimonio del cliente.

e) Obtener documentación o información sobre el propósito de las operaciones.

f) Obtener autorización directiva para establecer o mantener la relación de negocios o ejecutar la operación.

g) Realizar un seguimiento reforzado de la relación de negocio, incrementando el número y frecuencia de los controles aplicados y seleccionando patrones de operaciones para examen.

h) Examinar y documentar la congruencia de la relación de negocios o de las operaciones con la documentación e información disponible sobre el cliente.

i) Examinar y documentar la lógica económica de las operaciones.

j) Exigir que los pagos o ingresos se realicen en una cuenta a nombre del cliente, abierta en una entidad de crédito domiciliada en la Unión Europea o en países terceros equivalentes.

k) Limitar la naturaleza o cuantía de las operaciones o los medios de pago empleados. [...]”

¹¹ Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

3.1.3 Poderes notariales

Partiendo de la base de que un poder es un documento que se otorga a una persona (física o jurídica) autorizándole para llevar a cabo en su nombre una serie de operaciones o actos. En este caso, los Socios, ABC y XYZ, se lo otorgarán a una persona física para que pueda comparecer ante el notario y así cumplir con las formalidades necesarias para llevar a cabo la transmisión de las participaciones. Cuando se habla de poder especial, se hace referencia a que se otorga en exclusiva para un único acto, en lugar de uno general que aplique a todos los actos llevados a cabo por la sociedad, en este caso para la transmisión.

En el caso de XYZ, el poder será otorgado en España y las formalidades que habrá de cumplir son las siguientes de acuerdo con los **artículos 165 y 156** del Real Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante, “**Reglamento Hipotecario**”):

1. Identificar a la sociedad jurídica que otorga el poder, es decir XYZ, para ello deberá acreditar el nombre de la entidad, su domicilio, datos de inscripción y número de identidad fiscal (N.I.F.). A su vez, el representante¹² que acuda en nombre de la sociedad deberá identificarse a sí mismo e indicar los datos del título que demuestre que realmente ostenta la representación de la sociedad.
2. Identificar al apoderado con nombre, apellidos, edad, estado civil y documento de identidad.
3. Por último, identificar en el poder los actos concretos para los que se concede.

Al ser otorgado ante un notario español, siempre y cuando se identifique correctamente a las partes y la operación para la que se otorga, no debería haber problemas para llevar a cabo la transmisión de participaciones.

En el caso de ABC, aunque este haya sido otorgado en Luxemburgo y por lo tanto en el extranjero, esto no implica que no vaya a tener validez en España. De acuerdo con el **artículo 36** del Reglamento Hipotecario, los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser registrados en España siempre y cuando cumplan las normas de Derecho Internacional Privado

¹²Ley de Sociedades de Capital. Artículo 233. Atribución del poder de representación.

1. En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.

b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.

d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

siempre y cuando sean legalizados y cumplan los requisitos exigidos. Para que los documentos otorgados en el extranjero tengan validez en España, han de superar un análisis de idoneidad o equivalencia en relación con los documentos públicos españoles a los que se pretende equiparar. Esto se demuestra en dos pasos:

- a. Por un lado, un juicio de suficiencia de poder, en el que se demuestre que el poder otorgado es suficiente para llevar a cabo la operación que se pretende.
- b. Por otro lado, un juicio de equivalencia, en el que se determine que el documento ha sido otorgado por una autoridad con funciones equivalentes a la española, que cause los mismos efectos, que el contenido sea conforme al ordenamiento jurídico de destino y que cumpla los requisitos de la legislación específica aplicable.

Es decir, habrá de quedar probado que cumple con todos los requisitos que hemos explicado con respecto al poder de XYZ y existen dos modos de llevar a cabo esta comprobación.

Una de las posibilidades para esto es que hayan otorgado el poder notarial ante el cónsul español en Luxemburgo. Habrá tenido que acreditar su identidad y otorgar el poder notarial. Al tratarse de una sociedad, deberá además demostrar su capacidad para otorgar, en nombre y por cuenta del accionista, el poder notarial en favor de la persona designada. El cónsul una vez tenga toda la documentación necesaria, procederá a otorgar una escritura pública de apoderamiento, en español, a favor de la persona designada pudiendo así usarse automáticamente en España. Así quedarán acreditadas que las similitudes necesarias en cuestión de formas y capacidad legal son las necesarias. Esta es la opción recogida en el propio artículo 36 del Reglamento Hipotecario.

La otra posibilidad es que se otorgase el poder ante fedatario público extranjero (es decir, un notario de Luxemburgo). Aparte de los requisitos expuestos en el caso de que se otorgase ante el cónsul, en este caso habría que legalizar el poder mediante el procedimiento de apostilla de La Haya o a través del cónsul español. El poder estaría probablemente redactado en el idioma del notario, por lo que también habría que llevar a cabo una traducción jurada al español.

Cabe resaltar que debido a que se trata de una sociedad extranjera, será necesario obtener un N.I.E. de manera previa a llevar a cabo el apoderamiento siguiendo lo explicado anteriormente en este informe.

3.2 LA SUSCRIPCIÓN DE UN PACTO DE SOCIOS

3.2.1 Beneficios de la suscripción

ABC y XYZ deberían valorar la posibilidad de suscribirlo ya que, de todas las cosas que pretenden regular, hay algunas que no pueden incluirse en los estatutos de una sociedad y además, en el caso de que todas pudiesen ser incluidas cabría la posibilidad de que estos no fuesen inscribibles en el Registro por considerar que contienen cuestiones excepcionales. A

todo esto, hay que añadir el hecho de que las partes quieren exigirse mutuamente una serie de garantías que tampoco podrán ser incluidas en los estatutos. Todo esto hace idónea la opción de suscribir un pacto parasocial ya que a través de este podrán regular todos aquellos aspectos extraestatutarios.

Asimismo, es también un beneficio muy importante la rapidez con la que se puede hacer efectivo un pacto parasocial comparado con el arduo proceso que puede llegar a suponer una modificación estatutaria que ha de ser inscrita y aprobada.

En el caso de ambas sociedades lo que se estaría suscribiendo es un pacto parasocial omnilateral, estos son aquellos pactos que afecta a todos los socios y no sólo a los firmantes. Ahora bien, este tipo de pactos también conllevan una serie de problemas con respecto a la oponibilidad. A pesar de ser suscritos por todos los socios que componen una sociedad, la propia sociedad no forma parte del contrato a no ser que lo firme y, por lo tanto, los acuerdos a los que se haya llegado en el documento no son exigibles en los órganos de administración de la sociedad o en la propia junta.

A su vez, en el caso de que accedan nuevos socios a la sociedad, estos tampoco habrán suscrito dicho pacto parasocial con lo cual no se verán obligados por él. Esto es fácilmente subsanable si se introduce una prestación accesoria de suscripción del pacto a la compra de las participaciones.

La realidad práctica es que, aunque este tipo de pactos no son oponibles ante la sociedad o terceros, actúan como tal ya que, a pesar de tratarse de un contrato privado, éste contiene mecanismos para garantizar el cumplimiento que, aunque no se tratan de los mismos mecanismos que obligarían a cumplir por ejemplo, los estatutos, no dejan de ser efectivos a la hora de forzar el cumplimiento del pacto.

3.2.2 Cláusulas recomendadas para su inclusión

Respecto a las prestaciones que recomendamos incluir en el pacto parasocial serían las siguientes:

1. Debido a que ABC pretende que XYZ se encargue de la gestión del día a día de HP debido a su gran experiencia en la gestión de este tipo de activos y más aún, es uno de los motivos por los que ha querido tomar parte en la operación, recomendamos que se constituya como una **prestación accesoria de XYZ la gestión de HP**. Entendemos como prestación accesoria como aquellas obligaciones sociales impuestas a algunos o todos los socios como accesorias a la obligación principal de aportación de capital¹³. En relación con esta prestación accesoria de gestión de la sociedad que se incluirá en el pacto social, cabe mencionar también que de acuerdo con el **artículo 86** de la **LSC**, se podrá incluir en los estatutos vinculando así al socio y a la sociedad en su conjunto, que podrá exigirle el desempeño de dicha prestación.

En el caso de que se pretendiese **remunerar** esta prestación accesoria, de acuerdo con el **artículo 87** de la **LSC**, los estatutos determinarán la retribución que deba tener.

¹³ Barba de Vega, J., *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1984

2. Con respecto al requerimiento de XYZ de **tomar parte en las decisiones importantes**, así como disponer de un **derecho de veto** para determinadas materias, a pesar de la gran diferencia en el reparto del capital, proponemos modular las mayorías necesarias en junta general basándonos en el **artículo 159.1 LSC**¹⁴. La propuesta sería requerir al menos un 91% para tomar las decisiones que fuesen competencia de la junta y, a su vez, a través del **artículo 160 j) LSC**, incluir aquellas materias como competencia de la junta en las que pretendan instaurar un veto. Aunque no fuese un veto propiamente dicho, las decisiones no podrían prosperar sin el apoyo de XYZ, lo cuál terminaría por causar el mismo efecto. Por lo tanto, cabe la posibilidad de pactar dicha mayoría del 91%.

En cuanto a la posibilidad de que ésta mayoría pudiese ser inscribible en los estatutos y por lo tanto oponible a la sociedad, parece que el único obstáculo podría ser el **artículo 200 LSC**¹⁵ que no permite que las mayorías reforzadas deriven en unanimidad. En el caso de esta operación, es cierto que con ese 91% se obligaría a alcanzar una unanimidad de facto, ya que el reparto del capital exigiría que todos los socios votasen en el mismo sentido. La Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 1615/2021¹⁶, confirmó nuevamente que no se puede hacer que las decisiones institucionales de una sociedad dependa de todos y cada uno de los socios que la conforman, si bien, el hecho de que, como consecuencia de la distribución de capital existente en una determinada compañía, el logro de las mayorías reforzadas exija contar con el voto favorable de todos los socios no comporta la ineficacia de las correspondientes disposiciones estatutarias ya que se trataría de una cuestión estructural y la Audiencia explica en la sentencia que el análisis debe llevarse a cabo en abstracto. Es decir, el hecho de que no existan socios minoritarios con un 1% o un 3% de los cuáles no dependería la mayoría estipulada es algo circunstancial debido al reparto del capital de esta sociedad en concreto y por lo tanto, no implica que el pacto de mayoría sea inválido¹⁷.

A su vez, en el caso del consejo de administración que pretenden constituir, las mayorías se podrán determinar estatutariamente de acuerdo con el artículo 245 LSC. Pero no existe un modo en el que determinar el veto para las materias legalmente atribuidas al consejo.

3. En relación al nombramiento de los administradores parece aconsejable llevar a cabo un pacto de representación proporcional. Así, teniendo en cuenta el reparto de acciones cabría la posibilidad de que ABC nombrase a dos de los consejeros y a su vez, XYZ nombrase sólo a uno. Ahora bien, este pacto implicaría que, los administradores no están vinculados al pacto que los elige una vez nombrados pues habrán de cumplir con sus deberes de lealtad frente a la sociedad.

¹⁴ **Artículo 159. Junta general.** “1. Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.”

¹⁵ **Artículo 200. Mayoría estatutaria reforzada.** “1. Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad.”

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 1615/2021, de 27 de julio de 2021 [ECLI:ES:APB:2021:6327]

¹⁷ Mayoría reforzada del 90 por 100 en pacto parasocial de sociedad limitada <https://www.ga-p.com/publicaciones/mayoria-reforzada-del-90-por-100-en-pacto-parasocial-de-sociedad-limitada/>

Con respecto a la inscripción de este acuerdo en los estatutos, hay discordancia pues el artículo 191 del RRM lo prohíbe si bien, el Tribunal Supremo lo admite y la DGRN no. Es por ello que, recomendamos reflejarlo en el pacto parasocial, ya que cabe la posibilidad de que no sea inscribible si se recoge en los estatutos.

4. También proponemos la inclusión de algún tipo de pacto o cláusula con respecto a la transmisión de participaciones. Entre dichas cláusulas se encuentran: lock-up, drag-along, tag-along, dead-lock, ROFR (right of first offer), entre otras. Se pueden hacer combinaciones de estas cláusulas, pero es recomendable añadirlas al pacto para poder seguir unos criterios a la hora de tratar la transmisibilidad de las participaciones.

3.2.3 Conclusión

Se recomienda la suscripción de un acuerdo parasocial que recoja todas aquellas cuestiones que quieran regularse de forma excepcional entre los dos socios. Por otra parte, se recomienda que, en la medida de lo posible, todos los pactos que hayan acordado se añadan a los estatutos con la intención de que estos sean oponibles a la sociedad y a futuros socios que se puedan incorporar a la sociedad más adelante.

Las principales cláusulas que recomendamos incluir son la de prestación accesoria, la regulación de las mayorías de voto y por último la representación proporcional en sede del órgano de administración.

3.3 REESTRUCTURACIÓN DE HP

3.3.1 Contingencias dentro del contrato de compraventa

Se ha detectado una contingencia fiscal por IVA durante la fase de autoría fiscal y legal previa a la transmisión y compraventa de las participaciones. IESA ha propuesto cubrirla con una cláusula de manifestaciones y garantías, acerca de la cual hay que estudiar la efectividad.

A su vez, pasamos a proponer otras alternativas para proteger los intereses de ABC y XYZ.

3.3.1.1 Cláusula de manifestaciones y garantías

La cláusula de “manifestaciones y garantías” o más comúnmente “reps & warranties” es una cláusula del contrato de compraventa en la que el vendedor *manifiesta* el estado de las cosas en relación con la sociedad objeto de transmisión, a su vez *garantizando* que lo expresado es cierto. En sí, la cláusula no constituye una garantía sino una atribución de responsabilidad en el caso de que lo que contenga no sea cierto¹⁸. Estas declaraciones introducen circunstancias y condiciones que pueden afectar al perfeccionamiento del contrato, o pueden influir en la

¹⁸ [Reps and Warranties \(R&W\) - ILP Abogados](#)

voluntad de una de las partes para formalizarlo¹⁹. IESA pretende por lo tanto declarar dicha contingencia fiscal, o la falta de la misma más bien, mediante esa cláusula teniendo por cierto el hecho de que no existe y haciéndose cargo de las posibles consecuencias derivadas de la inexactitud de esa declaración que puedan afectar negativamente tanto a ABC como a XYZ. Aquí identificamos el primer problema de supeditar la contingencia fiscal en cuestión a una cláusula de *reps & warranties*, y es que la contingencia en cuestión **ya es conocida**. Al ser conocida por ambas partes, esta cláusula deviene inservible pues la premisa de la misma es el desconocimiento del vicio y, por lo tanto, recaería la responsabilidad de hacerse cargo de las consecuencias derivadas de esta cláusula en los compradores.

La premisa principal de esta cláusula es el desconocimiento de la contingencia y por ello entendemos que no se puede considerar como una opción para proteger a ABC y XYZ de las posibles consecuencias derivadas de la misma. Pero, suponiendo que, erróneamente se admitiese la inclusión de la cláusula y ésta fuese violada, habría que acudir a los supuestos de responsabilidad contractual recogidos en los artículos 1902 y 1124 del Código Civil. Cabe señalar que el incumplimiento de esta cláusula no supone un incumplimiento contractual, y por lo tanto sólo se pueden exigir daños y perjuicios.

Excluida la posibilidad de incluir la cláusula, cabe plantearse la posibilidad de la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con el **artículo 1474.2 CC**, *el vendedor responderá de los vicios o defectos ocultos de aquello que se pretende vender*. De esto se derivan tres requisitos para que la responsabilidad del vendedor sea efectiva:

- a. Que el vicio esté oculto, es decir, que sea desconocido por la parte compradora.
- b. Que sea previo a la transmisión.
- c. Que sea grave, es decir, que de haber sido conocido hubiese afectado a la compraventa.

Este artículo limita las posibilidades de reclamación y ofrece tan sólo 6 meses para llevar a cabo dicha reclamación. Suponiendo que la contingencia en cuestión no fuese conocida, tampoco nos valdría la opción de resarcirnos a través de este artículo pues si en el momento de la compraventa la contingencia no era conocida, quizás en el transcurso de esos 6 meses no lo haya sido tampoco²⁰.

3.3.1.2 Alternativas

Existen una serie de *remedios* ante el incumplimiento o la falta de veracidad de las manifestaciones. Lo habitual en estos casos es que el vendedor haya manifestado estar al corriente de todos los pagos y se comprometa a pagar todas las cantidades que resulten debidas a la Hacienda Pública cuyo hecho imponible fuera anterior a la compraventa²¹. IESA no

¹⁹ [Qué son las Representations & Warranties - Traducción Jurídica \(traduccionjuridica.es\)](http://www.traduccionjuridica.es)

²⁰ [Opinión | Reps & Warrants v su aplicación en las operaciones de M&A, por María Roldán @devesaycalvo - Alicanteplaza](#)

²¹ [La compraventa de empresas \(iii\): Contenido típico de un contrato de compraventa de empresa \(SPA sale-purchase agreement\) - Almacén de Derecho \(almacenderecho.org\)](http://almacenderecho.org)

dispone de más activos en su balance aparte de HP, que en ese momento habría sido vendida a ABC y XYZ, por lo que habría que llevar a cabo alguna de las siguientes opciones:

3.3.1.2.1 *Cláusula de Indemnities*

Las cláusulas de *indemnities* se incluyen en aquellos supuestos en los que el comprador conoce algún riesgo de la operación, como es en este caso la contingencia fiscal. Mediante dicha cláusula se establece un mecanismo de resarcimiento en el supuesto de que tales riesgos se materialicen²². Podría pactarse, por ejemplo, que en el caso de que se reclamase el pago por parte de Hacienda, IESA devolviera esa cantidad, bien con el propio dinero de la transacción o quizás incluso con la condonación de parte de la deuda de socios que tanto ABC como XYZ habrían adquirido una vez transmitida HP.

3.3.1.2.2 *Escrow o retención del precio*

Existe también la posibilidad de pactar una retención de un porcentaje del precio de la transmisión que se coloca en una cuenta de *escrow* durante, habitualmente, unos 24 meses como seguro de compensación en el caso de que realmente se acabe dando la contingencia conocida o identificada. En cierto modo, actuaría como una suerte de reducción de precio asegurada pues los fondos están congelados durante ese periodo de tiempo a la espera de que se desvele lo que realmente va a suceder.

Para concluir, no cabe la posibilidad de cubrir la contingencia mediante una cláusula de manifestaciones y garantías debido a que se trata de una contingencia conocida. Respecto a los activos de IESA, podrían compensar esa contingencia bien devolviendo parte del dinero de la compra o bien condonando parte de la deuda que ABC y XYZ han adquirido con motivo de la transmisión. Dos de las opciones para regular esto serían la cláusula de indemnities o la retención de parte del precio.

3.3.1.3 Conclusión

En este caso en concreto, **no sería posible garantizar a ABC y XYZ la protección de cara a las consecuencias de la contingencia fiscal mediante una cláusula de manifestaciones y garantías**. Este tipo de cláusulas sólo operan en aquellos supuestos en los que se desconoce la contingencia y, por lo tanto, de haberse aceptado, probablemente al reclamar de manera posterior habrían podido demostrar que la contingencia había sido descubierta durante la fase de auditoría y que, por lo tanto, el vendedor no está obligado a hacerse cargo de la misma.

Por ello proponemos, bien redactar una **cláusula de indemnities**, que se encarga de proteger a los compradores contra aquellas contingencias identificadas o bien congelar parte del precio durante un periodo determinado (**escrow**) para así tener un seguro de pago en el supuesto de que la contingencia fiscal finalmente fuese ejecutada.

²² [Warranties e Indemnities. Diferencias - ILP Abogados](#)

3.3.2 Fondos para la adquisición

3.3.2.1 Asistencia financiera

Para llevar a cabo la adquisición de HP, ABC y XYZ plantean la posibilidad de utilizar parte del dinero que tiene HP en caja para pagar el precio de compra. Esto no es posible debido a que estarían incurriendo en lo que se conoce como **asistencia financiera**.

Esta figura viene regulada en el **artículo 143 de la Ley de Sociedades de Capital**, que explica aquellos negocios que están prohibidos a las sociedades de responsabilidad limitada. En su segundo párrafo estipula que: *“2. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.”* Esto quiere decir que HP no podrá ayudar financieramente a ABC y XYZ a adquirir participaciones de la sociedad²³. Si bien es cierto que lo que sería realmente nulo es la financiación, no la compraventa y las únicas consecuencias que tendría el llevar a cabo la asistencia en cuestión sería que ABC y XYZ no podrían ver aplazado el pago del total y tendrían que abonarlo íntegramente²⁴.

La prohibición se ha flexibilizado ya que en la propia Sentencia del Tribunal Supremo 6807/2012²⁵ se apoya en una interpretación restrictiva de la prohibición de asistencia financiera cuando explica que sólo deberá aplicarse cuando se hayan infringido los derechos de los socios por beneficiar tan sólo a uno de ellos o en el caso de que la sociedad estuviera cercana a la insolvencia y la operación terminase de empujarla hacia el concurso²⁶. Aun así, estas afirmaciones no permiten la asistencia financiera tal y como viene planteada en esta consulta, sino que abren la mano y flexibilizan la legalidad de ciertos instrumentos que valoraremos a continuación como alternativas a la financiación propuesta.

3.3.2.2 Alternativas propuestas

Se plantean dos únicas alternativas, la fusión apalancada y el reparto de dividendos post compra. Cabría una tercera opción que sería el reparto de dividendos antes de la venta, si bien HP ha especificado que no es una opción viable²⁷.

Fusión apalancada

Esta operación es una fórmula de integración empresarial en la que intervienen dos o más compañías. Viene regulada en el **artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales** (en

²³ [Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias - Almacén de Derecho \(almacenederecho.org\)](#)

²⁴ [Venta de la autocartera en una sociedad limitada por acuerdo adoptado en junta universal - Almacén de Derecho \(almacenederecho.org\)](#)

²⁵ [STS 6807/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6807 - Poder Judicial](#)

²⁶ [¿Sabemos qué es la asistencia financiera? - NotaríAbierta \(notariabierta.es\)](#)

²⁷ La opción de repartir los dividendos antes de la venta también podría llegar a ser una opción, si bien, HP niega la posibilidad de poder repartirlos antes de la venta. En este caso, el trámite se haría mediante un acuerdo entre vendedor y comprador, en el que los dividendos se reparten antes de la venta, y se rebaja el precio de las acciones en proporción.

adelante, “LME”)²⁸ y podemos decir que se trata de una fusión posterior a la adquisición de una sociedad con endeudamiento de la adquirente. Esto implica que, debido al gran endeudamiento al que se somete la adquirente para poder llevar a cabo la adquisición, finalmente parte de ese endeudamiento lo soporta la empresa adquirida. Esto conlleva perjuicios claros para la sociedad adquirida ya que ve disminuido su patrimonio y esto acaba afectando a acreedores y socios²⁹. La adquisición apalancada como tal no siempre termina en fusión, si bien se lleva a cabo con la intención de que la deuda recaiga efectivamente sobre el patrimonio de la adquirida³⁰.

El modo de llevar a cabo esta operación es la creación de una nueva sociedad (NewCo) por parte de ABC y XYZ que deberá tener el mismo reparto de participaciones que aquel pretendido para HP. Esta nueva sociedad servirá como vehículo para conseguir que sea HP quien soporte la transmisión de las participaciones en su patrimonio. Mediante dicho vehículo se adquirirán las participaciones mencionadas utilizando fondos propios y utilizando financiación ajena.

Una vez completada la transmisión, se comenzaría el proceso de fusión de la nueva sociedad con HP. Y, tras esto, HP tendría que hacer frente al préstamo a corto plazo solicitado por la NewCo para adquirir HP, trasladando así el gasto.

En el artículo mencionado se recogen una serie de requisitos exigidos por la ley para este tipo de operaciones. Para empezar, se entenderá que se está llevando a cabo este tipo de operación cuando la sociedad adquirente haya pedido un préstamo en los tres años previos a la adquisición que estuviese destinado a ella o a la adquisición de activos esenciales. Los requisitos son los siguientes:

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

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

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

Siguiendo las indicaciones del artículo, se puede llevar a cabo con facilidad la operación de la que venimos hablando y sortear así la calificación de asistencia jurídica sin abandonar la intención de trasladar parte del riesgo de la transmisión a la propia sociedad adquirida.

²⁸ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/04/03/3/con>

²⁹ Bayona Giménez, R., La Prohibición de Asistencia Financiera Para la Adquisición de Acciones Propias en las Sociedades Anónimas. Tesis Doctoral Dirigida por Luis Fernández de la Gándara. Universidad de Alicante (2000) Pp. 373.

³⁰ [La fusión apalancada como operación económico-financiera - Parte primera. La fusión apalancada en la realidad económica - Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades. Contribución al estudio de la fusión apalancada - Libros y Revistas - VLEX 694734013](#)

Reparto de dividendos post compra

En esta alternativa lo que planteamos es que, tras la compra de HP, sin la intervención de ninguna empresa intermediaria y utilizando fondos propios, se lleve a cabo un reparto de dividendos. Al hacerlo así, el reparto de HP ya estará hecho al 90/10 y, por lo tanto, el reparto de dividendos será equitativo en relación con lo que cada uno pagó para llevar a cabo la adquisición.

Así, aunque de primeras tendrían que aportar los fondos, sería una inversión que recuperarían a muy corto plazo.

3.3.2.3 Conclusión

Tal y como estaba planteada la financiación y obtención de fondos inicialmente no se puede llevar a cabo, ya que se estaría incurriendo de lleno en lo que se conoce como asistencia financiera. Si bien, como hemos explicado, el aumento de la flexibilización permite alternativas como la fusión apalancada que, atendiendo al resultado, son virtualmente la misma operación, pero sin restricciones. Por ello **recomendamos llevar a cabo dicha fusión apalancada** o, como opción subsidiaria, el reparto de dividendos.

3.3.3 Domicilio social y revocación de poderes generales

Dentro de los ajustes que se quieren llevar a cabo de manera paralela a la adquisición, procede analizar el traslado de domicilio a Madrid y la revocación de los poderes generales existentes previa transmisión de participaciones.

Aunque analizaremos cada uno de los dos trámites por separado a continuación, parece relevante hacer una aclaración previa. En ambos casos el encargado de llevar a cabo estos trámites será el órgano de administración. Como se ha expresado en la consulta, ABC y XYZ quieren constituir un consejo de administración y HP cuenta actualmente con un administrador único. A su vez, se ha explicado que estos trámites se quieren llevar a cabo en unidad de acto con la adquisición. Para poder explicar los distintos supuestos hay que analizar qué dicen las leyes acerca de la dimisión o cesación de los administradores y el nombramiento de los nuevos.

Cabe añadir que es habitual en este tipo de operaciones, la existencia de una condición suspensiva que consista en la dimisión del administrado o administradores previos, así que vamos a partir de esa premisa. La dimisión de los administradores está regulada en los artículos 147 y ss. y las principales ideas son las siguientes:

- a. El administrador ha de comunicar a la sociedad su dimisión mediante escrito.
- b. En unidad de acto, ha de convocar a la junta general para el nombramiento del siguiente administrador o consejo de administradores.
- c. En el *interim*, será el administrador que haya dimitido quién seguirá ejerciendo la función pues la sociedad no puede operar sin dicha figura.
- d. En el caso de no llegarse a un acuerdo en la junta, se nombrará un sustituto.

Es decir, dependiendo del modo en que se configure la dimisión del administrador, será el administrador único de HP o el consejo de administradores nombrado, el encargado de llevarlo a cabo. Asumimos que será el consejo de administradores para dejar reflejado el trámite de convocatoria del consejo.

3.3.3.1 Traslado de domicilio

Con respecto al traslado de domicilio cabe señalar que no puede llevar a cabo de manera arbitraria, sino que este tiene que estar localizado en el “*centro de su efectiva y administración y dirección*”, es decir, dónde se encuentre el órgano de administración por ser el encargado de tomar las decisiones, o también puede domiciliarse en el lugar de “*su principal establecimiento o explotación*”³¹. Partiendo de la base de que ABC está domiciliado en Luxemburgo, asumimos que como mínimo XYZ sí que estará domiciliada en Madrid y por lo tanto se podrá justificar que la administración de la empresa se vaya a hacer desde dicho lugar.

El traslado a Madrid desde Málaga viene regulado en el **artículo 285.2 LSC** al tratarse de un traslado dentro del territorio nacional y el **artículo 19 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil** (en adelante, el “**Reglamento del Registro Mercantil**” o “**RRM**”), por cambiarse a una provincia distinta. A su vez, el **artículo 23 LSC** estipula que en los estatutos sociales deberá constar el domicilio social de la sociedad, por lo tanto, modificar el domicilio supondrá modificar los estatutos. De acuerdo con el **artículo 285 LSC** será la junta la competente para cualquier modificación estatutaria, si bien será el órgano de administración el competente para llevarlo a cabo debido a que el cambio de domicilio es una excepción invocada en el segundo apartado del artículo. Por lo tanto, sería el consejo de administradores constituido, que deberá ser convocado por su presidente³². Se entenderá constituido o convocado cuando concurren el número de consejeros previsto en los estatutos, ya que el **artículo 245.1 LSC** dice que “*En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración [...]*”, por lo que deberá quedar regulado en los mismos.

Las formalidades exigidas para llevar a cabo el traslado de domicilio reguladas en el mencionado artículo del Registro Mercantil:

- d. Presentar en el Registro Mercantil de origen (Málaga) el documento que acredite el acuerdo o decisión de traslado por parte del órgano de administración. El acuerdo del órgano de administración podrá ser elevado a instrumento público tomando como base el acta y podrá llevarlo a cabo cualquier consejero del órgano³³.
- e. Solicitar en el Registro Mercantil de origen (Málaga) una certificación literal de todas las inscripciones de la sociedad y que incluirá también las cuentas anuales presentadas los últimos cinco ejercicios. Esta certificación tendrá que ser posteriormente entregada en el Registro Mercantil de destino y tendrá una validez de tan solo tres meses. Una vez transcurridos habrá que solicitar una nueva.

³¹ Artículo 120 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

³² Ley Sociedades de Capital. **Artículo 246. Convocatoria del consejo de administración.** “1. El consejo de administración será convocado por su presidente o el que haga sus veces.”

³³ Vid. Artículos 94.1 2º, 95, 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil.

- f. Se transcribirán todas las inscripciones literalmente en el Registro de destino.

En conclusión, tras haberse acordado el traslado por parte del órgano de administración, éste deberá ser elevado a instrumento público para poder presentarlo ante el Registro Mercantil de origen y que éste pueda otorgar la certificación de todos los asientos de la sociedad y los remita al Registro Mercantil de destino, quedando así completado el traslado.

3.3.3.2 Revocación de los poderes actuales

El hecho de revocar un poder, al igual que el de otorgarlo, es un acto unilateral ya que, como dice el **artículo 1732.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil** (en adelante, “CC”), el mandato termina con su revocación.

Ésta puede ser bien expresa o tácita de acuerdo con los **artículos 1733 y 1734 CC**:

- a. Expresa si se revoca el mandato, habitualmente acudiendo al notario y se pide al anterior apoderado la devolución del documento en que constase el anterior poder.
- b. Tácita, mediante el nombramiento de un nuevo mandatario.

Al querer nombrar nuevos apoderados que ostenten los mismos poderes que aquellos que se pretenden revocar, parece que la opción de la revocación tácita sería suficiente. Si bien, es recomendable hacerlo de modo expreso por cuestiones de seguridad jurídica y que el apoderado no pueda seguir obrando en nombre de la empresa alegando desconocimiento de la revocación.

Al igual que en el trámite anteriormente explicado, el acuerdo del órgano de administración deberá ser elevado a instrumento público y obligatoriamente inscrito de acuerdo con el **artículo 94.1 5º del Reglamento del Registro Mercantil** por tratarse de un poder general.

En fin, habrá de revocar el poder aquel que lo haya concedido, que en el caso de HP muy probablemente habrá sido su administrador único y deberá inscribirse en el Registro para que tenga efectos plenos y cumplir con las formalidades requeridas por ley.

3.3.3.3 Conclusión

El encargado de llevar a cabo estos trámites será el órgano de administración.

En el caso del cambio de domicilio las formalidades más relevantes serán el levantamiento del informe en el registro mercantil de origen, así como su posterior transcripción literal en el registro de destino, de modo que quede completado el traslado.

Respecto a la revocación, podrá hacerse de manera expresa o tácita. Recomendamos que se haga de manera expresa y elevando a público el acuerdo del órgano de administración para que no quede duda de que dicho poder ha sido revocado y que no se pueda continuar operando con él.

En el caso de que se lleve a cabo la fusión propuesta hay que tener en cuenta que, tras haberla hecho los poderes se extinguirían automáticamente y el domicilio pasaría a ser el de la absorbente. Si NewCo o la nueva sociedad constituida tuviese el domicilio en Madrid, esto facilitaría los trámites planteados.

3.3.4 Refinanciación de deuda

Esta operación que se pretende llevar a cabo es conocida como **consolidación de deuda** e implica es que se unifiquen todas las deudas existentes de un mismo individuo o sociedad (en este caso la Deuda Bancos y Deuda Socios de HP) y obtenga un nuevo préstamo, habitualmente con mejores condiciones que los anteriores, para pagar todos los préstamos previos.

En este caso lo que se pretende es llevar a cabo una amortización anticipada total, es decir, dar por finalizado el contrato de préstamo antes de tiempo, pagar todas las cantidades pendientes de amortización y, en su caso, los intereses devengados hasta la decisión de la resolución³⁴. A su vez, es muy probable que el banco haya incluido una comisión por vencimiento anticipado y que también tengan que cubrir ese gasto una vez resuelto.

Para poder llevar esto a cabo y saber las posibles consecuencias, sobre todo económicas, de hacerlo, habrá que examinar los préstamos y comprobar si incluyen alguna cláusula que pueda afectar al correcto desarrollo de la operación.

Con respecto a la comisión de amortización anticipada que hemos mencionado antes, es decir, pueden exigir un porcentaje del total que se pretende amortizar como *sanción* por resolver anticipadamente el contrato de préstamo. En el caso del préstamo bancario, hay que analizar la legislación vigente para ver las posibles consecuencias.

La Ley 41/2007³⁵ dice en su **artículo 8** que los máximos porcentajes aplicables a esa comisión por vencimiento anticipado serán de:

- (i) 0,5% del capital amortizado anticipadamente, los cinco primeros años de vida del préstamo, y
- (ii) 0,25% del capital amortizado anticipadamente, los restantes

Además, estipula que, de haberse pactado porcentajes inferiores a los regulados, serán estos los que hayan de ser aplicados.

Por otro lado, con respecto a la Deuda con los socios por valor de 100 millones de euros que vencerá a 1 de enero de 2030. Esta deuda proviene de un préstamo participativo, que se define como aquel en el que el prestamista participará de los beneficios de la empresa financiada y que normalmente contiene un tipo de interés fijo³⁶. Este tipo de préstamos tienen un régimen especial de amortización que queda recogido en el **artículo 20 b)** del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que dice lo siguiente:

“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.”

³⁴https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASND2MTtLUouLM_DxbIwMDS0MDIwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAl_3Z8TUAAAA=WKE#:~:text=a%29%20La%20amortizaci%C3%B3n%20anticipada%20total%20tiene%20lugar%20cuando%20del%20acuerdo%20o%20de%20la%20decisi%C3%B3n%20de%20resoluci%C3%B3n.

³⁵ Vid. Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

³⁶ [Préstamo participativo - Qué es, definición y concepto | 2022 | Economipedia](#)

Es decir, genera una obligación de ampliar los fondos propios. La finalidad de esto es poder proteger todos los créditos que pertenezcan a acreedores que no son partícipes del préstamo y que naciesen con anterioridad a la amortización³⁷. Existen distintos modos de llevar a cabo esta ampliación de fondos propios, como puede ser mediante aportaciones dinerarias o compensación de créditos, entre otros. En el caso de no cumplir con esta exigencia, podría considerarse como nula la amortización anticipada y se reestablecería el contrato de préstamo.

3.3.4.1 Conclusión

Es posible amortizar anticipadamente ambos préstamos, si bien habrá que atender a las particularidades de ambos y estar muy atentos a las cláusulas de vencimiento anticipado ya que lo más probable es que haya que pagarlos.

En el caso del préstamo bancario, se recomienda tratar de negociar las condiciones con la entidad bancaria para evitar los mayores gastos posibles.

Por otro lado, en el caso del préstamo de socios habrá que cumplir con la ampliación de fondos propios ya que se trata de una obligación legal.

3.3.5 **Contratos de O&M (Operaciones y mantenimiento)**

En el caso de una compraventa de empresas como es esta, la cesión de los contratos no se produce automáticamente, mientras que los activos del patrimonio de la empresa sí que cambian de propiedad³⁸. Es por ello que habrá que acudir al contrato específico que se hubiese suscrito con O&M y comprobar qué consecuencias se derivan del mismo en función de si incluyen alguna de las siguientes cláusulas:

- (i) Cláusula de cambio de control
- (ii) Cláusula de desistimiento unilateral
- (iii) Cláusula penal

Estas son cláusulas habituales y propias de los contratos estándar y por lo tanto, a pesar de carecer de la información concreta, es recomendable estudiarlas.

En cualquiera de los casos, el contrato se podrá resolver y en principio, se podrá suscribir el nuevo contrato de mantenimiento, siempre que sea aprobado por los órganos societarios competentes y asumiendo que, dependiendo de las circunstancias en las que esté suscrito el contrato, podrá llevar aparejado unos riesgos y sobrecostes.

3.3.5.1 Análisis del contrato previo de O&M

Cláusula de cambio de control

Estas cláusulas se incluyen en los contratos que suscribe la sociedad en el transcurso de sus operaciones como un mecanismo por los posibles riesgos que se puedan derivar de la compraventa de la sociedad³⁹. Los contratos se suscriben bajo la premisa de una confianza entre las dos partes. Al cambiar una de esas partes con motivo de la compraventa de la sociedad, la confianza desaparece. Esto podría ser beneficioso en el caso de que se tratase de un contrato

³⁷ [Amortizacion anticipada prestamos-1.pdf \(ga-p.com\)](#)

³⁸ [¿Qué es una cláusula de cambio de control? - EL BLOG DE LUIS CAZORLA](#)

³⁹ [Las cláusulas de cambio de control: funciones y funcionamiento \(argaliabogados.com\)](#)

*intuitu personae*⁴⁰ y que la modificación de una de las partes conlleve la resolución sin poder exigir daños y perjuicios por la misma. La cláusula pone solución a esto bien registrando la posibilidad de resolver el contrato anticipadamente, bien la indemnización por daños y perjuicios.

El artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, “Cdc”) define cuándo se da de acuerdo con el OJ español un cambio de control en la sociedad. Las dos primeras posibilidades que presenta son:

- (i) Que se ostente la mayoría de los votos
- (ii) Que se puedan designar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración

Ambas cosas son ciertas en este caso, ya que, tras la transmisión de participaciones, ABC y XYZ cumplirán ambas premisas. Por lo tanto, teniendo en cuenta que efectivamente ha habido un cambio de control en HP con motivo de la transmisión, se dan dos supuestos distintos:

- a. Pueden pedir una autorización a O&M, esto generará una condición suspensiva la cuál implicará que no se podrá llevar a cabo de manera efectiva la transmisión de participaciones hasta que la autoricen. Esto evitará tener que indemnizar a O&M por los daños y perjuicios que hubiesen pactado en la cláusula, además de por la terminación anticipada del contrato.
- b. Otra opción es que no pidan la autorización y permitan que se ejecute la cláusula de cambio de control, finalizando así el contrato y pagando la indemnización para poder liberarse del mismo.

En el caso de pedir una autorización y que esta sea concedida, posteriormente tendrán que terminar el contrato y hacer frente a las posibles consecuencias que se hubiesen pactado en el propio contrato que analizaremos a continuación. En cualquier caso, el hecho de terminar el contrato probablemente lleve aparejado un incremento de costes a la operación.

Cláusula de desistimiento unilateral

El mejor de los casos sería que el contrato contemplase una cláusula de desistimiento unilateral que permitiese resolver el contrato sin motivación expresa y que no conlleve el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Estas cláusulas suelen encontrarse en los contratos indefinidos y suelen llevar aparejado un requisito de preaviso mínimo. Teniendo en cuenta la consulta, asumimos que esto es altamente improbable y por lo tanto no ahondaremos más en la misma.

Cláusula penal

Otra de las opciones sería la existencia de una cláusula penal que exigiese una indemnización en el caso de que se desistiese unilateralmente del contrato. Esta cláusula, como opuesta a la anterior, suele encontrarse más a menudo en contratos que tienen un tiempo determinado y que exigirán el pago de daños y perjuicios por el desistimiento anticipado.

Independientemente de cuáles sean las cláusulas recogidas en el contrato original y las consecuencias que traigan, una vez resuelto el contrato, habrá de cumplir con los deberes de

⁴⁰ Es un tipo de contrato que se suscribe con la intención de que una persona en particular lleve a cabo la obligación pactada, haciendo así imposible la sustitución de la misma pues el hecho de que sea esa persona la encargada de desempeñarlo, es parte de la obligación.

liquidación del mismo. Esto implicará sencillamente, pagar las cantidades que resten por los servicios prestados.

Vistas todas las opciones, parece prudente concluir que lo que más conviene a ABC y XYZ (o a HP) en el caso de que no exista una cláusula de desistimiento unilateral sería tratar de negociar un acuerdo con el proveedor de O&M para evitarse el pago de indemnizaciones (que pueden incluso llegar a suponer el pago de todas las cantidades restantes hasta la finalización pactada originalmente).

3.3.5.2 Posibles riesgos

Además de todo esto que ya hemos analizado, hay que tener en cuenta que existen una serie de riesgos aparejados a la efectiva realización de esta sustitución de contratos. Por un lado, debido a que la nueva empresa encargada de la operación y mantenimiento forma parte del grupo de ABC, habrá que determinar si se trata de una **operación vinculada** y las implicaciones que tiene esto. A su vez, se sabe ya de antemano que las **condiciones van a ser peores** que las del contrato suscrito con O&M y esto también tendrá sus propias consecuencias aparejadas.

Operación vinculada

Las operaciones vinculadas vienen reguladas en el **artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades**⁴¹ (en adelante, “**LIS**”) y se considerarán como tal las operaciones realizadas entre dos entidades del mismo grupo⁴². Por lo tanto, la suscripción de un contrato entre HP y una de las sociedades del grupo de ABC, teniendo en cuenta que HP al finalizar la transmisión estará participada en un 90% por ABC y por lo tanto también caerá bajo el paraguas del artículo 18 de las operaciones vinculadas, habrá de considerarse como tal.

La principal consecuencia es que las operaciones deberán ser valoradas a precio de mercado, lo cual se entenderá, de acuerdo con el artículo que se viene mencionando, por el precio que se haya acordado por las personas o entidades independientes que operen bajo la libre competencia. Esto tiene relevancia ya que, como han expuesto, este nuevo contrato tiene condiciones más onerosas que el que ostentaban previamente.

Consecuencias en el supuesto de que haya un concurso de acreedores

Como hemos repetido en diversas ocasiones, este nuevo contrato conlleva condiciones peores que el suscrito por O&M y por ello, genera diversos riesgos y consecuencias. En el caso de que se diese la circunstancia de tener que solicitar un concurso en los próximos dos años, de acuerdo con el **artículo 226** del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, el nuevo contrato quedará rescindido por ser perjudicial contra la masa activa. Se puede determinar como un acto perjudicial ya que es un “*acto de disposición a título oneroso a favor de una persona especialmente relacionada*”⁴³. La regulación de las personas especialmente relacionadas es similar a la de las operaciones vinculadas, aun así, nos remitimos al artículo 283.1.3 de la Ley Concursal, que estipula que se considerarán personas especialmente vinculadas a las sociedades del mismo grupo. Es decir, al

⁴¹ [BOE.es - BOE-A-2014-12328 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.](#)

⁴² Art. 18.2d)

⁴³ Artículo 228. Presunciones relativas de perjuicio.

“Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.”

estar el nuevo contrato en manos de una empresa que forma parte del grupo de ABC y, además, contener unas condiciones más onerosas que el contrato previo, esto supone que, en el caso de un concurso de acreedores, este contrato quedará rescindido.

3.3.5.3 Órganos competentes

Competencia

Con respecto a quién ostenta la competencia tanto para desistir del contrato con O&M como para suscribir el nuevo contrato, tenemos que atender a lo regulado por la LSC. Las competencias de la junta vienen reguladas en el **artículo 160 LSC** y se les debe añadir aquellas que se les adjudiquen en los estatutos, mientras que las del órgano de administración están reguladas en el **artículo 209 LSC** que se refieren únicamente a la gestión de la sociedad.

Debido a que no aparece expresamente a cuál de los dos pertenecería esta competencia y que, además, desconocemos qué es lo que está regulado en los estatutos de HP o lo que se estima modificar una vez adquirida la empresa, habrá que acudir a las excepciones reguladas en la propia ley. Teniendo en cuenta las particularidades de la operación, hemos de acudir al **artículo 231 bis**, que regula las **operaciones intragrupo**. De acuerdo con dicho artículo, será competente la junta general siempre que se trate de operaciones intragrupo cuya competencia esté especialmente designada a la junta u operaciones que superen el 10% del activo total de la sociedad. Teniendo en cuenta que no se da ninguno de los dos casos, hay que acudir al **art. 231 bis 2** que determina que en aquellos supuestos en que no decida la junta general, decidirá el órgano de administración.

Ahora bien, esta decisión puede ser impugnada debido a la existencia de un conflicto de interés. Los administradores que forman parte del consejo de administración y que han sido designados por ABC, la empresa verdaderamente vinculada al nuevo proveedor de servicios, conforman al menos la mayoría simple requerida. De acuerdo con el mismo **artículo 231 bis 2**, se les permite llevar a cabo la votación, pero en caso de ser impugnada habrán de probar que estaba realmente alineada con el interés social y que emplearon la lealtad y diligencia debidas en caso de que se exija la responsabilidad.

Con respecto a las mayorías de voto, de acuerdo con lo regulado en el artículo 198 LSC, será necesaria una mayoría simple a no ser que los estatutos estipulen algo distinto.

Conviene tener en cuenta también que, debido a que se trata de un contrato más oneroso que el anterior, se puede estar faltando al deber de lealtad por no tener los intereses sociales en mente. Ya hemos explicado que esa cuestión se puede sortear a la hora de tomar la decisión, pero de acuerdo con el **artículo 230 LSC** también comporta responsabilidad. Si bien, se permitirán este tipo de acuerdos con una autorización de la junta general en la que se dispensará a los administradores vinculados.

4 Conclusión

La operación planteada por ABC y XYZ es viable de acuerdo con todo lo analizado previamente. La transmisión de las participaciones a XYZ y ABC será posible si se siguen

todos los requisitos que hemos enumerado en cada uno de los apartados en observancia con las leyes.

Para empezar, deberán de cumplir con todas las formalidades expresadas en el primer bloque acerca de la propia transmisión de participaciones, incluyendo también el nombramiento de los apoderados que lleven a cabo la operación en nombre de ambas sociedades.

Una vez llevados a cabo los trámites y quede definida la operación, se recomienda suscribir un pacto de socios en el que se regule todo aquello que quiera modularse entre los socios. En la medida de lo posible, se han de inscribir las cláusulas pactadas en los estatutos, para así convertirlas en oponibles a toda la sociedad y, sobre todo, a futuros socios que puedan acceder a la misma.

Toda vez que han quedado determinados los principales pilares que harán que la operación continúe su curso, se recomienda incluir una cláusula de *indemnités* o mantener el precio en *escrow* en relación con la contingencia fiscal identificada.

Para conseguir los fondos de la operación, se propone llevar a cabo una fusión apalancada, lo cual además resolverá otras dos de las cuestiones planteadas ya que a través de dicha fusión quedarán automáticamente revocados los poderes anteriores y el domicilio se convertirá en el que estuviese registrado la nueva empresa.

Respecto a la refinanciación de deuda, habrá que analizar los contratos suscritos y ver en qué medida pueden afectar las cláusulas contenidos en los mismos a la idea de la refinanciación con el sindicato alemán. Pudiéndose amortizar la deuda anticipadamente, pero probablemente con una penalización aparejada.

Y, por último, con respecto al contrato de O&M, también este se podrá resolver considerando las posibles cláusulas que incluyese el previo y siguiendo los preceptos de la ley a la hora de conseguir las autorizaciones y acuerdos necesarios para que la actuación sea válida.

5 Bibliografía

5.1 Legislación

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. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 160, de 05/07/2003.

Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167, de 13/07/1991.

Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134, de 05/06/2001.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 161, de 03/07/2010.

Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 114, de 13/05/2006.

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 106, de 16/04/1947.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 184, de 31/07/1996.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25/07/1889.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 82, de 04/04/2009.

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 294, de 08/12/2007.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 127, de 07/05/2020.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 289, de 16/10/1885.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 288, de 28/11/2014.

Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167, de 13/07/1991.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 82, de 04/04/2009.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 236, de 02/10/2015.

Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 139, de 08/06/1996.

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 103, de 29/04/2010.

5.2 Jurisprudencia

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia 6807/2012 de 2 de Jul. 2012, Rec. 87/2010

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 782/2021 de 29 Abr. 2021, Rec. 648/2021

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 2230/2019 de 29 Nov. 2019, Rec. 1453/2019

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 1615/2021 de 27 Jul. 2021, Rec. 941/2021

5.3 Otras fuentes

Rosales de Salamanca, F. (2015, 7 de diciembre). ¿Cómo revocar un poder notarial? *Notario Francisco Rosales*. <https://www.notariofranciscorosales.com/como-revocar-un-poder-notarial/#:~:text=La%20revocaci3n%20del%20poder%20puede%20ser%20expresa%20y,de%20documento%20en%20que%20consta%20el%20mandato%20>".

Hernández Ramos, E. (2022, 27 de enero). El poder mercantil: cómo revocarlo y desde cuándo surte efectos. *Economist & Jurist*. <https://www.notariofranciscorosales.com/como-revocar-un-poder-notarial/#:~:text=La%20revocaci3n%20del%20poder%20puede%20ser%20expresa%20y,de%20documento%20en%20que%20consta%20el%20mandato%20>".

Hau, A. (2019, 1 de abril). Cambio de domicilio social de las sociedades mercantiles. *INEAF Business School*. <https://www.ineaf.es/tribuna/cambio-de-domicilio-social-de-las-sociedades-mercantiles/>

Garrigues (2022, junio). Guía de negocios en España 2022 (ICEX). *ICEX*. <https://www.guidetobusinessinspain.com>

Revista El Derecho-Mercantil (2019, 30 de agosto). ¿Es obligatorio elevar a escritura pública la compraventa de participaciones sociales? *Espaciopymes.com (Lefebvre)*.

<https://espaciopymes.com/noticias/es-obligatorio-elevar-a-escritura-publica-la-compraventa-de-participaciones-sociales/>

(2016, 11 de octubre). Inversión exterior en España: normas y régimen para el inversor. *GVA Gómez-Villares y Atencia*. <https://www.gva-abogados.com/la-inversion-exterior-espana-normas-regimen-inversor/>

Paz-Ares, C. (2022, 9 de mayo). La traición de Elmer. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/la-traicion-de-elmer>

Alfaro, J. (2015, 7 de octubre). Lecciones: las prestaciones accesorias. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/lecciones-las-prestaciones-accesorias>

Herrera, C.J. (2022, 1 de febrero). ¿Cómo otorgar poderes correctamente en España? *Letslaw by RSM*. <https://letslaw.es/otorgar-poderes/>

(2017, 28 de febrero). Los poderes otorgados en el extranjero. *NotaríAbierta*. <https://notariabierta.es/los-poderes-otorgados-extranjero/>

(2020, 31 de agosto). Las prestaciones accesorias en las sociedades de capital. *Startup Guide IONOS*. <https://www.ionos.es/startupguide/creacion/las-prestaciones-accesorias/#:~:text=Las%20prestaciones%20accesorias%20son%20“aquellas%20obligaciones%20sociales%20que,en%20la%20sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%2C%20Madrid%2C%201984%2>

Díaz Moreno, A. (2020, 17 de enero). Licitud de la cláusula estatutaria que, de facto, suponga la unanimidad para la adopción de actuaciones. *Gómez Acebo y Pombo GA_P*. <https://www.gap.com/publicaciones/licitud-de-la-clausula-estatutaria-que-de-facto-suponga-la-exigencia-de-unanimidad-para-la-adopcion-de-acuerdos-sociales/>

Díaz Moreno, A. (2022, 28 de enero). Mayoría reforzada del 90 por 100 en pacto parasocial de sociedad limitada. *Gómez Acebo y Pombo GA_P*. <https://www.gap.com/publicaciones/mayoria-reforzada-del-90-por-100-en-pacto-parasocial-de-sociedad-limitada/>

Alfaro Águila-Real, J. (2013, 18 de noviembre). Los pactos sociales omnilaterales. A propósito de Noval Pato. *Almacén de Derecho*. <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2013/11/los-pactos-parasociales-omnilaterales.html>

Barba de Vega, J. Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada, Madrid, 1984

Sanz González, M. Reps and Warranties (R&W). *ILP Abogados*. <https://www.ilpabogados.com/reps-and-warranties-rw/>

¿Qué son las Representations & Warranties? *Traducción Jurídica*.

<https://traduccionjuridica.es/las-representations-warranties/>

Roldán, M. Reps & Warrants y su aplicación en las operaciones de M&A. *Alicanteplaza*.

<https://alicanteplaza.es/reps-warrants-y-su-aplicacion-en-las-operaciones-de-ma>

Alfaro Águila-Real, J. La compraventa de empresas (iii): Contenido típico de un contrato de compraventa de empresa (SPA sale-purchase agreement). *Almacén de Derecho*.

<https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-iv-contenido-tipico-de-un-contrato-de-compraventa-de-empresa-spa-sale-purchase-agreement>

Furió Párraga, A. Warranties e Indemnities. Diferencias. *ILP Abogados*.

<https://www.ilpabogados.com/warranties-e-indemnities-diferencias/>

LALEY. Amortización anticipada. *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*.

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASNDS2MTtbLUouLM_DxbIwMDS0MDIwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAl_3Z8TUAAAA=WKE#:~:text=a%29%20La%20amortización%20anticipada%20total%20tiene%20lugar%20cuando,del%20acuerdo%20o%20de%20la%20decisión%20de%20resolución.

Carazo Alcalde, J. (2022) Préstamos participativo. *Economipedia*.

<https://economipedia.com/definiciones/prestamo-participativo.html>

Marín de la Bárcena, F. (2022, mayo) Amortización anticipada de préstamos participativos.

Gómez Acebo y Pombo GA_P. https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/05/Amortizacion_anticipada_prestamos-1.pdf

Cazorla, Luis. ¿Qué es una cláusula de cambio de control? *El blog de Luiz Cazorla*.

<http://luiscazorla.com/2014/12/que-es-una-clausula-de-cambio-de-control/#:~:text=Las%20cláusulas%20de%20cambio%20de%20control%20o%20change,contraparte%20aun%20cuando%20no%20exista%20cesión%20contractual%20alguna.>

(2021, 5 de julio) Las cláusulas de cambio de control. *Argali Abogados*.

<https://argaliabogados.com/index.php/2021/07/05/clausulas-cambio-control/>

Alfaro Águila-Real, J. (2017, 13 de enero) Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias. *Almacén de Derecho*.

<https://almacenederecho.org/lecciones-asistencia-financiera-la-adquisicion-acciones-participacionees-propias>

Alfaro Águila-Real, J. (2018, 15 de octubre) Venta de la autocartera en una sociedad limitada por acuerdo adoptado en junta universal. *Almacén de derecho*.

<https://almacenederecho.org/venta-de-la-autocartera-en-una-sociedad-lmitada-por-acuerdo-adoptado-en-junta-universal>

Fraile Escribano, M.D. (2016, 23 de junio) ¿Sabemos qué es la asistencia financiera?
NotaríAbierta. <https://notariabierta.es/sabemos-la-asistencia-financiera/>

Bayona Giménez, R., La Prohibición de Asistencia Financiera Para la Adquisición de Acciones Propias en las Sociedades Anónimas. Tesis Doctoral Dirigida por Luis Fernández de la Gándara. Universidad de Alicante (2000)

Gimeno Ribes, M. La fusión apalancada como operación económico financiera. *VLEX*.
<https://vlex.es/vid/fusion-apalancada-operacion-economico-694734013>

[Sujetos obligados | Sepblac](#)