



*Trabajo Fin de Máster*

## **CASO PRÁCTICO ESPECIALIDAD EMPRESA**

**Beatriz Cadena Vigo**

MUAA – Grupo C

Tutor

**Jaime Bragado Yturriaga**

Madrid, diciembre 2022

# ÍNDICE

## 1. OBJETO Y DESCRIPCIÓN DEL CASO: ..... 1

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS..... 2

1. Adquisición de una sociedad española por ABC. Requisitos y formalismos. Cumplimiento de normas en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo por parte de las sociedades intervinientes en la operación, ABC, XYZ y HP.....	2
2. Otorgamiento de poderes especiales por ABC y XYZ. Formalidades para ser admitidos por el notario autorizante de la operación. ....	6
3. Formalidades/ acciones a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la compraventa. ....	8
4. Suscripción de pacto de socios. Cláusulas que debería recoger dicho pacto.....	12
5. Recomendación de traslado de los acuerdos del pacto de socios a los estatutos sociales. Estructuración del derecho de nombramiento de los administradores. ....	16
6. Contingencia fiscal relevante por IVA identificada. Cobertura vía “manifestaciones y garantías” y alternativas. ....	18
7. Posibilidad de utilizar los 500 millones de euros disponibles en la caja de HP para la adquisición de sus participaciones. Alternativas a esta operación. ....	21
8. Traslado de domicilio social. Revocación y otorgamiento de poderes generales.....	23
9. Refinanciación de HP y pago anticipado de toda la deuda existente (Deuda con Bancos y Deuda con Socios) .....	26
10. Resolución contrato O&M y sustitución por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con sociedad del grupo de ABC. ....	28

## **1. OBJETO Y DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

El objeto del presente trabajo es el asesoramiento a dos sociedades (conjuntamente, los “Socios”) en una operación mercantil. Estas sociedades son:

- ABC Capital EU S.A.R.L (“ABC”), sociedad luxemburguesa.
- XYZ, S.L. (“XYZ”), sociedad española.

La operación que se pretende llevar a cabo es la adquisición del 100% del capital social de la sociedad Hidro Power, S.L. (“HP”). HP es una entidad de capital privado titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España, cuya titularidad corresponde a Inversiones Españolas, S.A. (“IESA”). En cuanto a la administración de la entidad esta está compuesta por un administrador único. Además de un contrato de operación y mantenimiento, la entidad tiene dos deudas:

- i) Deuda financiera con un banco
- ii) Deuda por préstamo participativo con IESA.

Para poder asesorar a las sociedades se deben tener en cuenta las intenciones de las mismas. En este sentido, cabe señalar que en dicha transacción ABC adquirirá el 90% del capital social mientras que XYZ adquirirá el 10% del mismo. Con respecto a la gestión y administración de la sociedad, los Socios quieren que la sociedad pase a estar administrada por un Consejo de Administración compuesto por tres miembros y que XYZ, además de participar en la toma de decisiones de HP, se encargue del día a día de su gestión.

En primer lugar, se abordarán cuestiones relativas a la estructuración de la adquisición, así como los requisitos y formalismos necesarios para llevarla a cabo. Por otro lado, se determinará como estructurar las relaciones entre los Socios teniendo en cuenta sus intenciones. Y, por último, se asesorará sobre cómo llevar a cabo algunas operaciones. Estas operaciones son el traslado de domicilio, la revocación y otorgamiento de poderes, la refinanciación de la compañía y pago de toda la deuda y la sustitución del contrato de operación y mantenimiento que tienen suscrito.

## **2. CUESTIONES PLANTEADAS**

### **1. Adquisición de una sociedad española por ABC. Requisitos y formalismos. Cumplimiento de normas en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo por parte de las sociedades intervinientes en la operación, ABC, XYZ y HP.**

ABC es una entidad extranjera por lo que, a pesar de que la liberalización es la nota dominante en materias de inversión extranjera, para determinar si puede adquirir participaciones en una sociedad española hay que tener en cuenta la legislación sobre inversión exterior. Esto se debe a que en determinadas situaciones se suspende el régimen de liberalización.

De acuerdo con el artículo 7 bis de la Ley 19/2003 sobre el régimen jurídico de los movimientos de capital y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, se establece una limitación a la liberalización de las inversiones extranjeras. De acuerdo con este artículo, cuando se trata de inversión exterior en determinados sectores es necesario recabar una autorización o comunicación previa a la inversión. El apartado dos del artículo 7 bis hace referencia a las infraestructuras críticas entre las que se incluyen las infraestructuras de energía. Como en este caso se trata de centrales hidroeléctricas, es decir, nos encontramos con un supuesto de los mencionados en este precepto, la inversión está sometida a la obtención de una autorización, de conformidad con el artículo 6 de esta ley. Por lo tanto, la sociedad ABC deberá solicitar la correspondiente autorización formal ante la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.

Además, una vez que la inversión se ha realizado, el inversor deberá notificarla a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones de la Secretaría de Estado de Comercio. Al tratarse de la participación en una sociedad española, mediante la asunción de participaciones sociales, por parte de una sociedad extranjera, ABC deberá realizar una declaración posterior a la realización de la inversión. Esta inversión será declarada por el titular no residente, ABC, mediante el modelo D-1A “Declaración de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión”. Dicha declaración debe presentarse en el plazo de un mes a contar desde la realización de la inversión.

Por otro lado, en referencia a las sociedades extranjeras, es requisito indispensable la obtención de un número de identificación fiscal español (NIF). La normativa española establece que todas aquellas personas jurídicas con intereses económicos o profesionales en España deberán dotarse de un N.I.F. Por lo tanto, en este caso, al tratarse de la adquisición de participaciones sociales que, además, deberá hacerse en escritura pública, es indispensable que la sociedad ABC obtenga un NIF de no residente, para aportárselo al notario.

Este documento se obtiene mediante la presentación de la documentación de la sociedad ante la Agencia Tributaria española. Entre los documentos necesarios para solicitar el NIF se encuentran la escritura de constitución o los estatutos sociales inscritos en el Registro oficial de Luxemburgo, fotocopia del número de identificación fiscal de la persona física que firme el modelo de solicitud en nombre de la sociedad y fotocopia del documento que acredite poder suficiente. Esto implica que antes de obtener el NIF de la sociedad, debe obtenerlo el representante legal de la misma ya que, de acuerdo con la Agencia Tributaria, no se asignará el NIF a la persona jurídica sin la previa asignación del NIE a los representantes legales, o en su caso, socios, cuando estos carezcan del mismo. En cuanto a la documentación requerida, esta debe haber sido traducida mediante traducción jurada y apostillada. Por último, deberá completarse también el modelo 036 y el compareciente en nombre del poderdante deberá completar el modelo 030.

Hay unos requisitos y trámites generales para poder adquirir participaciones. Estos son los relativos a los sujetos (la identificación de los sujetos comparecientes, su capacidad, la legitimación de las partes y el poder de disposición de la parte transmitente); los relativos a las participaciones (descripción de las mismas, la transmisibilidad de las mismas que, en este caso, al tratarse de una SL, requiere de la aprobación de la Junta General; y las relativas al precio (fijación y medios de pago).

Por último, con respecto a la formalización de la transmisión de participaciones sociales, el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) establece que debe constar en documento público. Esto no es un requisito de validez de la transmisión, es decir, que no es esencial para la perfección de la transmisión, aunque cabe señalar que tiene efectos declarativos y frente a terceros. Sin embargo, el artículo 13 de la LSC establece que debido a que, como consecuencia de la transmisión, la sociedad deja de tener el carácter de unipersonal, en este caso es necesario el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil (RM). Además, es obligatoria su inscripción en el Libro de Socios.

Para determinar las formalidades que deben cumplir las tres sociedades en relación con las normas de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, hay que atender a la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo (en adelante, Ley PBC/FT). Esta ley establece dos bloques de obligaciones: aquellas relativas a una diligencia debida y las relativas a la información. Sin embargo, no establece una lista cerrada de obligaciones ya que estas variaran en función de diferentes factores como el tipo de negocio, los clientes o el origen de los fondos, entre otras. Por lo tanto, para determinar las obligaciones concretas de cada sujeto obligado, hay que llevar a cabo un análisis de las obligaciones propias del sector analizando los riesgos concretos de la operación y el cliente.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley de PBC/FT, las tres entidades son sujetos obligados. En primer lugar, como sujetos obligados, deberán aplicar cada una de las medidas de diligencia debida previstas en la Ley, determinando el grado de aplicación de

dichas medidas. En primer lugar, se debe identificar a cualquier persona física o jurídica con la que pretenda establecer negocios o intervenir en cualquier operación. En segundo lugar, con carácter previo a cualquier relación de negocio se deberá identificar al titular real de las entidades. En tercer lugar, como sujeto obligado deberá obtener información sobre el propósito y la índole de las relaciones de negocio, así como acerca de la naturaleza de la actividad de aquel con quien vaya a establecer una relación de negocios. Y, por último, llevarán a cabo un seguimiento continuo de estas operaciones.

Hay en determinadas situaciones en las que los sujetos obligados, además de llevar a cabo las obligaciones de diligencia debida normales, deberán llevar a cabo medidas reforzadas en aquellos casos en los que se establezcan relaciones con personas con responsabilidad pública, con un país que presenta deficiencias en sus sistemas de prevención de blanqueo, o se realicen operaciones que puedan entrañar un riesgo (ej. operaciones no presenciales). En este caso, el capital de ABC es 100% titularidad de la sociedad ABC Global Ltd, radicada en las Islas Vírgenes Británicas que, a su vez está participada al 100% por el ABC Trust, fideicomiso domiciliado en Bermudas. Teniendo en cuenta que el titular real de ABC se encuentra en un país de alto riesgo, serán necesarias las medidas de diligencia debida reforzada. Asimismo, cabe señalar, con respecto a la titularidad real del Trust, que se deberá tener en cuenta la información requerida por el artículo 4 ter de la Ley de PBC/FT.

Por otro lado, en lo que respecta a las obligaciones relativas a la información, en cuanto que son sujetos obligados, deberán llevar a cabo a un examen de cualquier operación que, por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y, en caso de que exista algún indicio o certeza de que está relacionado, debe comunicárselo al SEPBLAC. Además, se abstendrá de realizar dicha operación. Por último, tiene la obligación de conservar la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones en esta materia durante un periodo de diez años.

Adicionalmente, deberán poner la información de su titularidad real a disposición de los sujetos obligados, a fin de que estos puedan dar cumplimiento a las obligaciones en materia de prevención de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

Otra de las obligaciones en relación a las normas en materia de PBC/FT se da con respecto a los medios de pago en la compraventa de las participaciones. Por imperativo de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo y conforme al artículo 24 de la Ley del Notariado, debe consignarse en la escritura cuál es el medio de pago empleado en la compraventa.

Es decir, que, en primer lugar, que ABC podrá adquirir las participaciones de la sociedad española, pero para poder hacerlo tendrá que cumplir una serie de formalísimos y requisitos tanto por el hecho de que es una sociedad extranjera como por el sector en el que se va a producir la inversión extranjera. Además, para cumplir con la legalidad, todas

las sociedades intervinientes en la operación deberán cumplir con las obligaciones en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo expuestas en este informe.

## **2. Otorgamiento de poderes especiales por ABC y XYZ. Formalidades para ser admitidos por el notario autorizante de la operación.**

Para poder comparecer ante notario en España y otorgar la compraventa, ABC y XYZ han otorgado un poder especial en sus respectivos domicilios para llevar a cabo la compraventa. Para poder ser admitidos en España por el notario autorizante de la operación, estos poderes deben cumplir unas formalidades determinadas. Los poderes tendrán unas formalidades comunes que siempre se deberán cumplir, sin embargo, hay que atender al lugar en el que han sido otorgados para determinar las especialidades que deben cumplir para ser válidos.

En primer lugar, cabe señalar las formalidades que tienen en común ambos poderes para ser admitidos. Por un lado, el poderdante deberá identificarse. En este caso al tratarse de personas jurídicas la sociedad se deberá identificar con su número de identificación fiscal y con la información relativa a su inscripción en el Registro Mercantil correspondiente. El poderdante debe tener la capacidad necesaria para realizar los actos que encomienda al apoderado. También deberá estar identificada la persona que actúe en su nombre, quien deberá acreditar su cargo, que puede actuar en nombre de la sociedad y que tiene capacidad para obligarlo. Además, el apoderado debe ser identificado correctamente y se deberá expresar el alcance de los poderes otorgados. Con respecto a la identificación del apoderado, en caso de que este sea extranjero, deberá obtener un Número de Identificación de Extranjero (“NIE”) para poder operar en España. El otorgamiento de poderes deberá ir firmado por el representante de la sociedad poderdante y por el Notario Público.

La sociedad XYZ está domiciliada en Málaga, por lo tanto, al haberse otorgado el poder en España, este no requiere ninguna formalidad especial. Para que un poder sea plenamente válido en España es necesario que sea otorgado debidamente ante un Notario público. El poder especial debe constar en documento público de conformidad con el artículo 1280.5 del CC. En el caso del Socio XYZ, el poder se otorgará directamente ante notario español. De esta manera se garantiza la rapidez y legalidad del poder ya que no necesitará ningún otro trámite para ser válido y desplegar todos sus efectos en todo el territorio español.

Por el contrario, el poder especial que ha otorgado la sociedad ABC ha sido otorgado en Luxemburgo, por lo que debe cumplir unas formalidades especiales. En este caso, el poder ha sido otorgado ante un notario extranjero. Al igual que los notarios españoles, los notarios de los demás Estados, por lo general, resguardan la legalidad de los actos celebrados ante ellos. Por lo tanto, el poder dado ante un Notario extranjero será válido en España. Sin embargo, para que este poder sea válido en España debe cumplir varios requisitos.



En lo que respecta al contenido del poder, deberá, o bien haberse redactado a doble columna, estando una de ellas redactada originalmente en español, o bien realizar una traducción del poder del contenido al español, la cual deberá ser una traducción jurada, salvo que el Notario conozca el idioma. Además, como se ha explicado anteriormente, si el apoderado de esta sociedad es extranjero debe tener un NIE español.

Para determinar si el documento público extranjero es susceptible de ser ejecutado en España hay que atender a la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, de conformidad con su artículo 41 y al Convenio de la Haya nº XII. El poder debe estar debidamente legalizado. Una vez que el representante de la sociedad ha formalizado el poder notarial en presencia del federatario público extranjero, quien debe certificar el documento de identidad y la capacidad del representante para otorgar el poder, la firma del federatario extranjero deberá ser legalizada.

En primer lugar, hay que verificar si Luxemburgo es parte del Convenio de la Haya nº XII, de 5 de octubre de 1961, ya que la legalización de la firma podrá hacerse bien mediante el procedimiento de apostilla establecido en dicho Convenio, o bien a través de un cónsul español en el extranjero.

Como tanto España como Luxemburgo son Estados miembros, de conformidad con el Convenio de La Haya, no será necesaria la legalización para el reconocimiento mutuo de documentos. Sin embargo, sí que se requerirá un sello o apostilla. La apostilla de la Haya consiste en una anotación sobre el documento público notarial que certifica la autenticidad de los documentos públicos expedidos en otro país. La apostilla permite que se reconozca la eficacia jurídica de un poder entre países firmantes del Convenio.

Por último, al haberse otorgado en el extranjero, el poder deberá ir acompañado de una certificación notarial. En la certificación notarial el Notario Público certifica que el representante de la sociedad tiene capacidad suficiente como representante legal y oficial de la poderdante y que está debidamente autorizado por dicha sociedad. En la certificación también acredita que la sociedad poderdante está debidamente constituida de acuerdo con las leyes de Luxemburgo y que las facultades del poder que se está otorgando están dentro de los límites de su objeto social. Este documento deberá incluir la firma y el sello del Notario Público. Al igual que con el poder, se deberá realizar una traducción jurada tanto de la certificación notarial como de la apostilla.

### **3. Formalidades/acciones a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la compraventa.**

A la hora de llevar a cabo la adquisición, hay varias prácticas y formalidades que recomendaría llevar a cabo con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la misma. Estas son:

- Suscripción del NDA

En primer lugar, sería aconsejable suscribir un Acuerdo de Confidencialidad o Non Disclosure Agreement (NDA), por el cual ABC y XYZ deberán asumir una serie de condiciones a cambio de recibir la información de HP para proceder a su evaluación.

A través del NDA, el vendedor exigirá al comprador un compromiso de confidencialidad que puede consistir en la obligación de destinar la información confidencial que reciba al único fin de evaluar la adquisición, tratar la información recibida confidencialmente y no revelar dicha información a terceros.

El NDA deberá contener una descripción de la operación que, en este caso, es la adquisición de la totalidad de las participaciones, la definición de la información confidencial, determinar a quién está permitida la revelación, la obligación principal y el uso permitido de la información y la responsabilidad del comprador, mediante la redacción de cláusulas que establezcan las consecuencias legales de divulgar la información recibida, fuera de los términos del contrato.

- Suscripción de Carta de Intenciones (“LOI”) entre Socios e IESA y entre los propios Socios:

Durante las negociaciones previas al contrato de compraventa, los Socios e IESA pueden suscribir una carta de intenciones (LOI). A través de este documento los Socios e IESA declararán sus intenciones de comenzar o continuar la negociación para materializar la compraventa. Mediante este documento se sientan los términos y bases más generales de la transacción y los principios del proceso de negociación. De esta manera, al acotar los términos sobre los que las partes están de acuerdo, se limitan los riesgos de una negociación sin compromiso.

Este acuerdo podrá contener las bases del proceso de due diligence realizado por los Socios, las condiciones suspensivas, las condiciones de la oferta, una cláusula de no vinculación y la libertad de los Socios de retirarse en cualquier momento antes de la firma del acuerdo.

En la Carta de Intenciones, los Socios pueden integrar un acuerdo de exclusividad a IESA, de acuerdo con el cual el vendedor se deberá comprometer a no iniciar negociaciones de venta paralelas. Este acuerdo también incluirá el compromiso de no facilitar información

sobre la propia sociedad. Con este acuerdo se protege los Socios evitando el empleo de recursos humanos y económicos en el proceso de una due diligence sin haberse asegurado de que el vendedor llevará a cabo la operación con ellos. Además de definir los términos esenciales de la negociación con anterioridad al despliegue de recursos necesarios para llevar a cabo la transacción, sirve como protección para las Socios en caso de que IESA se retire antes de finalizar la transacción. Con respecto al Acuerdo de exclusividad, este puede integrarse en la LOI o establecerse mediante un Documento de Reserva (Lock Out Letter).

Además, la LOI podrá incluir obligaciones de confidencialidad y no divulgación para garantizar que las ofertas presentadas por los Socios sean confidenciales.

Por otro lado, también incluirá un precio indicativo, que no será vinculante, las condiciones que se deben cumplir durante el proceso por ambas partes y la duración de la oferta.

Además de la LOI suscrita entre los Socios e IESA, recomendaría la suscripción de la LOI entre ABC y XYZ en la que se sienten las bases de la colaboración. En la carta de intenciones debería constar que la transacción proyectada implicará la adquisición por parte de ABC de un 90% de capital de HP y la adquisición de XYZ de un 10%. También deberían constar las intenciones de los Socios con respecto al órgano de administración de la sociedad y la gestión de la misma.

#### - Due Diligence

Para minimizar el riesgo implícito en la compraventa, al iniciar las negociaciones es siempre aconsejable llevar a cabo un proceso de due diligence. Este proceso, que se realiza con carácter previo a la ejecución de la compraventa, consiste en la investigación de la sociedad que se pretende adquirir. Por lo tanto, sirve para verificar y examinar las distintas áreas de una sociedad target y poder determinar que cumple con sus obligaciones empresariales y que no existen riesgos legales derivados de su actividad y, en caso de que existan, indicar la forma de subsanarlos o negociarlos en el contrato de compraventa de participaciones.

En este caso, serán los potenciales compradores (ABC y XYZ) quienes realicen la due diligence sobre la sociedad que desean adquirir (HP) a los efectos de detectar cualesquiera pasivos ocultos.

En primer lugar, para tener una visión genérica de la sociedad se realiza una due diligence societaria para conocer los aspectos más relevantes de la sociedad. Por otro lado, como la operación se trata de la transmisión de participaciones, es muy relevante el área relativa a los contratos, por lo que se llevará a cabo una due diligence contractual para examinar la relación con terceros para la sociedad. En relación con los contratos que tenga suscritos la sociedad target es muy importante analizar las cláusulas relativas a cambios de control.

También hay que tener en cuenta estas cláusulas en los préstamos que tiene HP. En relación con los contratos y los seguros es importante también tener en cuenta la documentación complementaria asociada como, por ejemplo, las garantías que se dan en este caso.

Otras áreas que se deben tener en cuenta en el proceso de due diligence son la administrativa, en la que hay que revisar los permisos, licencias y autorizaciones administrativas necesarias para el desarrollo de la actividad; el área de protección de datos; de laboral; los litigios; y, las áreas de fiscal y financiero.

Una vez se haya realizado y los Socios conozcan todos los aspectos de la sociedad, la existencia de cargas o gravámenes, la exactitud del estado financiero, los riesgos y las contingencias, los Socios estarán en posición de la información necesaria para formar su voluntad de realizar la transacción, para llevar a cabo la negociación y para poder determinar el valor de la sociedad.

- SPA (contrato de compraventa)

Después de estos trámites se realiza el contrato de compraventa. A pesar de haber llevado a cabo una due diligence, recomendaría incluir en el contrato de compraventa una cláusula de “Manifestaciones y Garantías”. Esta cláusula establece que lo que están comprando los Socios es confirmado como verdadero por el vendedor. En caso de incumplimiento o inexactitud de lo afirmado, el vendedor deberá responder económicamente frente a los Socios. Teniendo en cuenta que la responsabilidad del vendedor se limita al objeto del contrato, es recomendable incluir un régimen de responsabilidad en relación a las contingencias que puedan surgir.

- Firma (sujeto a condiciones suspensivas) y el cierre en dos actos

En los contratos de compraventa cabe diferenciar entre la firma y el cierre que podrán tener lugar en unidad de acto o bien en dos actos ya que la firma representa el acuerdo sobre las condiciones de la compraventa, mientras que el cierre implica la ejecución de esta. Recomendaría hacerlo en dos actos porque de esta manera, la operación únicamente surtirá efectos si se han cumplido una serie de condiciones suspensivas, que, caso de cumplirse, obligará a ambas partes a formalizar la compraventa en el momento del cierre.

Las condiciones suspensivas establecidas a favor de los Socios reducirán los riesgos de su inversión ya que estas les van a permitir resolver, o bien mitigar anticipadamente posibles contingencias.

Una de las condiciones suspensivas que se debe establecer en este caso es la obtención del consentimiento de terceros para la cesión de préstamos o contratos. En este caso, dada la existencia de pactos con cláusulas de cambio de control, se necesitaría el consentimiento de Banco Español, S.A. (“BE”) y Operación de Proyectos, S.L. (“OP”).

Otra condición suspensiva podría ser el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias como es en este caso la autorización previa de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.

Por otro lado, durante el periodo interino entre la firma del contrato de compraventa y su ejecución, una vez cumplidas las correspondientes condiciones suspensivas fijadas, se debe regular la gestión de la empresa target. En este sentido se limitarán sus facultades de gestión, exigiendo el consentimiento de los Socios para la toma de determinadas decisiones o restringiéndolas, entre ellas, la distribución de dividendos.

#### **4. Suscripción de pacto de socios. Cláusulas que debería recoger dicho pacto.**

El pacto de socios es un contrato voluntario entre los socios por el que se regula la organización de la sociedad y su gobierno, la toma de decisiones, la venta de acciones y la previsión de soluciones para posibles conflictos futuros entre las partes, entre otras cosas. El pacto de socios permite regular aspectos que normalmente no cubren los Estatutos Sociales y que son más conflictivos en las relaciones entre los socios por lo que permite eludir posibles conflictos internos. Por ello, el pacto es un instrumento práctico en aras a la regulación de la convivencia entre los socios que, además, protege el interés legítimo de la sociedad dotando de una mayor seguridad al funcionamiento del negocio.

Además, es conveniente suscribir un pacto de socios siempre que entre a formar parte de una sociedad un nuevo socio o cuando se van a llevar a cabo negocios entre varios socios. En este caso, el cambio de titularidad de la sociedad también implica la pérdida de la condición de unipersonalidad de la sociedad. Por lo tanto, considero que es recomendable que ABC y XYZ suscriban un pacto de socios que regule sus relaciones como socios de la sociedad.

En cuanto a los acuerdos que debería recoger dicho pacto, estos son:

En primer lugar, se debe establecer el objeto del pacto de socios, la naturaleza del mismo (extra-estatutaria y vinculante entre las partes con fuerza de ley) y los principios fundamentales por los que se regirá. Así como la entrada en vigor de dicho Pacto. También puede establecer las actuaciones a llevar a cabo en la fecha de entrada en vigor. Entre estas se encuentran: la elevación a público del presente acuerdo, la celebración de la Junta General de Socios para el nombramiento de los nuevos consejeros y la modificación los estatutos sociales para adaptar su contenido al del presente acuerdo, en caso de que se quiera trasladar su contenido a los estatutos, y la celebración de un Consejo de Administración.

En segundo lugar, una cláusula que regule la celebración y convocatoria de la Junta General de socios, así como las materias reservadas a la Junta (como la aprobación de las cuentas anuales o los contratos con socios, entre otras) y las mayorías para la adopción de acuerdos. Para salvaguardar los intereses de XYZ:

- Establecer que para los acuerdos relativos a Materias Reservadas sólo se entenderán aprobados si cuentan con el voto favorable de XYZ, otorgándole un derecho de veto o,
- Elevar la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos relativos a las Materias Reservadas, de tal forma que sea necesario el voto favorable de XYZ.

Por otro lado, se deberá incluir una cláusula sobre la administración de la sociedad. En esta cláusula se podría establecer que la Sociedad estará administrada por un Consejo de Administración, formado por tres miembros correspondiendo el nombramiento de dos de

ellos a ABC y el nombramiento del tercero restante a XYZ. En este sentido, se podría establecer que en el nombramiento y cese de los consejeros que son propuestos por cada Socio, el otro Socio se compromete a ejercitar su derecho de voto en el sentido propuesto por aquél. En esta cláusula se regularía también la duración y retribución de los cargos, la convocatoria, constitución y celebración del Consejo, y las materias reservadas y el régimen de mayorías. De acuerdo con las intenciones de los Socios, se podría establecer la adopción de acuerdos relativos a materias reservadas con el voto favorable del consejero nombrado por XYZ, siendo el voto dirimente de este consejero. Además, para que XYZ pueda encargarse de la gestión del día a día de HP, el consejero que le corresponda nombrar a XYZ será un consejero delegado para que tenga funciones ejecutivas.

Con respecto a la transmisión de participaciones sociales debería recoger varios acuerdos, teniendo en cuenta que se está asesorando a los dos Socios:

- Cláusula de permanencia y no transmisión de participaciones (Lock-up) a través de la cual se establece una prohibición temporal de transmisión de las participaciones durante un tiempo determinado (2-3 años).
- Deberá regularse la transmisión inter vivos, mortis causa y transmisión forzosa mediante una cláusula que establezca que los socios y, en su defecto, la sociedad, tendrán igualmente un derecho de adquisición preferente. Con respecto a la transmisión inter vivos, se puede incluir una cláusula de notificación previa si alguno de los Socios tiene la intención de transmitir el total o parte de sus participaciones.
- Derecho de adquisición preferente y derecho de acompañamiento (Tag-along): mediante esta cláusula el socio no transmitente podrá optar por la adquisición preferente de las participaciones sociales cuya venta se proyecte o la adhesión a la oferta del adquirente, en cuyo caso, cada uno de los socios transmitirá su participación en la sociedad al adquirente proporcionalmente a la oferta realizada por éste, en función de la participación que cada socio vendedor ostente en el capital social de la Sociedad.
- Derecho de adquisición preferente y derecho de arrastre (Drag-along): si alguna de las Partes recibe una oferta de adquisición de un número de participaciones superior al que dicha Parte posea y alcance el 100% del capital social, la misma estará facultada para obligar a la otra Parte a transmitir al comprador todas las participaciones sociales de que la otra Parte sea titular en ese momento.

En este caso sería recomendable incluir una limitación con respecto al precio por participación y en el caso de que la oferta sea inferior al mínimo establecido no existirá derecho de arrastre, pero la otra parte podrá ejercer su derecho de adquisición preferente sobre las participaciones sociales del socio que haya

presentado la oferta, a precio y en iguales condiciones a las ofrecidas por el tercero.

- Transformación o cambio de control del Socio Controlante, cuando el Socio que ostenta directamente más del 50% de la Sociedad, se transforme o sufra un cambio de control deberá notificar la circunstancia al otro Socio, quien podrá optar por autorizarlo, seguir como Socio y solicitar al Socio Controlante una compensación o salir del capital de la Sociedad mediante la Opción de Venta irrevocable.
- Ante una situación de conflicto en la Junta General donde se imposibilite la adopción de acuerdos sociales puede llevar al bloqueo societario. Por lo tanto, conviene determinar las normas y mecanismos destinadas a solucionar situaciones de bloqueo, así como el plazo para ejercitarlos. También se pueden determinar las causas de bloqueo y plantear medidas que disuadan a los socios de generar tales situaciones.

Una medida para solucionar el bloqueo es el otorgamiento de opciones de compra o venta a favor de uno o varios socios. Una vez se produce la situación de bloqueo, el socio tiene derecho o bien a vender su participación a otro socio que está obligado a comprarlo, o bien a comprar la participación de otro socio que está obligado a venderlo.

Otra medida para solucionar el bloqueo es optar por la constitución de un voto de calidad a favor del presidente o a favor de algún consejero.

Por otro lado, se puede incorporar una cláusula que establezca que, en el caso de darse una situación de bloqueo, se proceda al nombramiento de un representante por cada socio para que traten de negociar de buena fe y conjuntamente un compromiso, acudiendo a la mediación de terceros si fuera necesario. Y, en caso de que los representantes de los Socios no lleguen a un acuerdo, cada socio realizará las correspondientes ofertas de compra de las participaciones del otro socio. Adquirirá la totalidad de las participaciones el Socio que ofrezca el precio más alto o el Socio que haya presentado la oferta única porque el otro socio la haya presentado en tiempo y forma.

- Introducir una cláusula de no competencia por la que los Socios acuerden que, durante la vigencia del Pacto, salvo autorización por escrito del otro Socio, no competirán, directa o indirectamente, con la Sociedad.

Otras cláusulas que deberían incluirse en el Pacto de Socios son: una cláusula que determine la política de distribución de los dividendos, compromiso de no dilución, las funciones de cada socio, la duración de este, la terminación, resolución y condiciones del incumplimiento, la confidencialidad del Pacto y de los documentos e información



derivados del mismo, la validez de las disposiciones en caso de que alguna fuese nula o ineficaz y la resolución de conflictos, entre otras.

## **5. Recomendación de traslado de los acuerdos del pacto de socios a los estatutos sociales. Estructuración del derecho de nombramiento de los administradores.**

Para determinar si es recomendable que trasladen a los estatutos los acuerdos alcanzados debe tenerse en cuenta que el contenido de los estatutos sociales no se deja a voluntad de los socios, ya que las cuestiones que se pueden incluir en los mismos están tasadas. Además, debido a que los pactos de socios no requieren de tantos requisitos formales para su adopción, gozan de una mayor flexibilidad y pueden modificarse de forma más rápida. Por otro lado, también cabría determinar que no es recomendable si los Socios pretenden mantener confidenciales el pacto o alguna de sus cláusulas.

No obstante, hay que tener en cuenta que los pactos sociales no se integran en el ordenamiento jurídico de la persona jurídica a la que se refiere, sino que permanece en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben. Es decir, que se limitan a regular las relaciones internas entre aquellos socios que firman el pacto, que en este caso es la totalidad de los socios de la sociedad, y tiene fuerza de ley entre las partes.

El artículo 29 de la LSC establece que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles frente a la sociedad. Por lo tanto, este artículo declara la no oponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad, teniendo efectos únicamente entre los socios suscriptores del acuerdo, salvo que la propia sociedad haya suscrito el pacto. De modo que ni la sociedad puede hacer efectivos los pactos parasociales frente a los socios ni los socios frente a la sociedad.

Los estatutos sociales se inscriben en el Registro Mercantil a efectos de publicidad y por ello no sólo obligan a los que los firman, sino que también obliga a la sociedad, a futuros socios y a terceros. Debido a la publicidad los estatutos sociales conllevan una seguridad jurídica y formal.

Por lo tanto, para reforzar la eficacia y adquirir la condición de oponible frente a la sociedad y terceros conviene trasladar los acuerdos alcanzados en el pacto de socios a los estatutos sociales. Si bien, hay algunas cláusulas que no son inscribibles, por lo que no podrán ser trasladadas a los estatutos sociales. En definitiva, es recomendable modificar los estatutos sociales para adaptar su contenido al del pacto de socios en todo lo que sea posible.

Con respecto a las cláusulas que no puedan ser trasladadas a los estatutos, cabe señalar que, aunque no tengan eficacia frente a terceros, seguirán teniendo eficacia entre las partes. Además, el pacto social incluirá una cláusula por la que las partes acuerden que en el supuesto de que algunas de las cláusulas del acuerdo no pudieran tener un reflejo exacto en los estatutos y no produjeran una discrepancia entre ambos, prevalecerá en las relaciones entre los socios el contenido del pacto de socios. Por ello, en caso de que algún socio incumpla alguno de los términos u obligaciones del pacto, el otro socio podrá

exigirle el cumplimiento de lo acordado, una indemnización o podrá emprender acciones legales.

En cuanto al nombramiento de los administradores, cabe señalar que el órgano de administración será un Consejo de Administración que estará formado por tres miembros. De acuerdo con las intenciones de ABC y XYZ, ABC tendrá derecho a designar a dos de los miembros del Consejo y XYZ al miembro restante.

Para poder estructurar el derecho que cada uno tiene a nombrar a determinados administradores de tal forma que el mismo pueda acceder al registro, habría que acudir a la división de clases de las participaciones sociales. Como muchos acuerdos no son inscribibles, la división de participaciones es una vía para que estos acuerdos puedan acceder al Registro Mercantil.

El artículo 188 de la Ley de Sociedades de Capital establece que, como regla general, cada participación concede a su titular un voto. Sin embargo, establece la posibilidad de que los estatutos sociales dispongan otra cosa. Por su parte, el artículo 184 del Reglamento del Registro Mercantil determina la forma de configurar ciertos privilegios y autoriza a los estatutos sociales a determinar alguna excepción, mediante la creación de participaciones que otorguen más derechos a sus titulares. Por lo tanto, abre la posibilidad de crear participaciones sociales que estén dotadas de un privilegio con respecto al nombramiento de administradores. De esta manera se reserva a los titulares de una determinada clase de participaciones el derecho a nombrar a un determinado número de consejeros.

De acuerdo con el 184.2 del Reglamento del RM, en este caso se deberá indicar el contenido y la extensión del derecho atribuido. Es decir, que los estatutos deberán describir de manera precisa el acuerdo con respecto al cual las participaciones estarán dotadas del privilegio. Por lo tanto, se deberá determinar los números de participaciones que pertenecen a la Clase A y la Clase B y los derechos políticos que se asignan a cada clase. En este sentido, los Estatutos reflejarán que el titular de las participaciones de la Clase A tiene derecho a nombrar a dos consejeros y que al titular de las participaciones de la Clase B le corresponde el nombramiento de un consejero. Cada clase de participaciones se corresponderá con el número de participaciones que le corresponden a ABC y XYZ, respectivamente. Se deberá asignar también una clase a los consejeros para ligarles con las clases de participaciones, para que el consejero estuviese identificado a la hora de llevar a cabo acuerdos que afecten a su nombramiento, cese o sustitución. De esta forma ABC designará a los consejeros del Grupo A y XYZ designará al consejero del Grupo B.

Además, deberá especificarse que este derecho alcanza también a los acuerdos relativos al cese de los administradores y a la modificación de la estructura del órgano de administración ya que, en caso de que cambie la estructura del órgano de administración, XYZ perderá el privilegio de nombrar a un consejero.

## **6. Contingencia fiscal relevante por IVA identificada. Cobertura vía “manifestaciones y garantías” y alternativas.**

Las manifestaciones y garantías, o reps and warranties, plasman la base sobre la que se ha formado el consentimiento del comprador para formalizar la compraventa. Es decir, que el comprador basa su consentimiento en la creencia de que lo estipulado por el vendedor en dicha cláusula es exacto y veraz y, en caso contrario, el comprador deberá ser indemnizado.

Estas se emplean para redistribuir el riesgo entre las partes, de tal manera que el comprador proteja su posición contractual frente a la aparición de contingencias. Con carácter previo a la compraventa, el comprador llevará a cabo una due diligence en la que obtendrá información esencial sobre la sociedad. Una vez realizada la due diligence, las contingencias que hayan surgido durante la realización de la misma se reflejarán en el contrato mediante las manifestaciones y garantías.

Las manifestaciones consisten en una descripción detallada del estado real de la sociedad objeto de compra, en las que se describe el cumplimiento de dicha sociedad de todas sus obligaciones, como las obligaciones que pueda tener en materia fiscal, mercantil, laboral, etc. El vendedor garantiza que estas manifestaciones son exactas, completas y veraces. Por su parte, mediante las garantías, el comprador podrá ser resarcido por los daños producidos como consecuencia de la falsedad o inexactitud de dichas manifestaciones. Es decir, que la garantía consiste en una promesa de indemnización en caso de que alguna de las afirmaciones sea falsa.

Por lo tanto, la cobertura que ofrecen las manifestaciones y garantías incluye tanto los vicios ocultos como la responsabilidad contractual por incumplimiento de lo dispuesto en dicha cláusula. La responsabilidad del vendedor por el incumplimiento de dichas manifestaciones, por la ocultación o falsedad de estas, podrá reclamarse durante un periodo de cinco años desde la fecha de la formalización del contrato.

Teniendo en cuenta que IESA no dispone de más activos en balance aparte de HP, para proteger los intereses de los Socios recomendaría la retención de parte del precio, es decir, un pacto escrow.

Las deudas con Hacienda prescriben a los cuatro años, por lo tanto, puede surgir, o no, el riesgo de que dicho organismo decida llevar a cabo una inspección o revisión de los ejercicios anteriores a la transmisión y, a tal efecto, girar una liquidación. Ante esta situación es conveniente la suscripción de un pacto escrow, consistente en la retención de parte del precio por parte de los Socios. La suma retenida se depositará ante notario quien, para garantizar el pago de las garantías otorgadas, sólo entregará dicha suma en caso de que las condiciones detalladas en el acta notarial se cumplan.

Con respecto a la determinación de la cantidad que será objeto de la retención deberá atenderse a las contingencias identificadas. En este caso, al tratarse de una contingencia fiscal hay que tener en cuenta que las infracciones tributarias pueden llevar aparejadas una sanción. Por lo tanto, se tendrá que determinar si la contingencia fiscal identificada deriva de incumplimiento normativo. Ya que, en ese caso, el depósito, además de la cuota defraudada y los intereses generados, deberá incluir una suma correspondiente a una sanción de hasta el ciento cincuenta por ciento de la cuota (Capítulo III de la Ley General Tributaria).

Otra forma de garantizar los intereses de los socios es mediante el otorgamiento de un aval bancario. El aval garantiza la obligación de pago al estar respaldada con la solvencia de una entidad bancaria, de manera que será el banco quien responda en caso de que surja una obligación de pago por alguna de las contingencias reguladas en el contrato. Se recomienda un aval a primer requerimiento para facilitar el pago inmediato por parte del banco. Una de las ventajas del aval es que permite que ir ajustándolo en función del vencimiento de las garantías. Como en este caso se trata de una contingencia fiscal, las cuales prescriben a los cuatro años, el aval podrá ir ajustándose a al vencimiento gradual de las garantías. Además, de forma complementaria se puede incluir un aval personal, puesto que estos no son excluyentes. En este caso, se podría incluir el aval de los socios de IESA.

Por último, otra forma de respaldar la operación es mediante los seguros de manifestaciones y garantías. Este seguro cubre la responsabilidad del vendedor en caso de que incumpla las reps and warranties otorgadas en el contrato. Dicho contrato puede ser suscrito por el comprador, deduciendo el importe de la prima del precio de compraventa. Con este seguro será la aseguradora quien responda directamente de la reclamación en caso de que se manifieste alguna contingencia lo que garantiza la solvencia y el cumplimiento de las obligaciones de indemnización que puedan surgir.

Con respecto a las alternativas que pueden proponerse, una alternativa que suelen negociar las partes en los acuerdos de adquisición, además de las manifestaciones y garantías, es una cláusula de indemnidad o specific indemnity, la cual cubre temas específicos al margen de las manifestaciones y garantías. La cláusula de la specific indemnity, a diferencia de las cláusulas anteriores, tiene una aplicación más concreta y va dirigida al área de riesgo particular que se ha identificado en la due diligence. La specific indemnity se establece sobre una contingencia ya conocida. Es decir, cuando el comprador conoce determinados riesgos o contingencias, se configura la cláusula de indemnidad como instrumento para resarcir en el caso de que tal contingencia se materialice, trasladando el riesgo al vendedor.

Las manifestaciones y garantías suelen estar sujetas a diversas limitaciones como, por ejemplo, límites a los importes disponibles para su recuperación o la duración del periodo de reclamación de las indemnizaciones desde el cierre. Por el contrario, las specific

indemnities no suelen estar sujetas a las mismas limitaciones por lo que permite desplazar más fácilmente el riesgo al vendedor.

En el caso que nos ocupa la contingencia ya ha sido identificada. Por lo tanto, los Socios, además de las manifestaciones y garantías que en todo caso deben incluir, deberían establecer una specific indemnity sobre la contingencia fiscal por IVA. De esta manera, en caso de que la Agencia Tributaria reclamase dicha irregularidad con posterioridad a la adquisición, esta será satisfecha por IESA. La cláusula de indemnidad también puede ser garantizada a través del pacto escrow o el aval bancario, lo cual sería conveniente.

## **7. Posibilidad de utilizar los 500 millones de euros disponibles en la caja de HP para la adquisición de sus participaciones. Alternativas a esta operación.**

La posibilidad que están valorando los Socios consiste en financiar el precio de la operación con recursos ajenos, en este caso, garantizados por los propios activos de la empresa target (HP). Esta operación no es posible ya que, tanto en el caso de que la Sociedad pague por cuenta de los Socios como en el caso de que les facilite un préstamo, se encontrarían en un caso de asistencia financiera prohibida por nuestro ordenamiento. La asistencia financiera consiste en aquellas operaciones a través de las cuales la sociedad ayuda financieramente a un tercero a adquirir participaciones de la sociedad. La prohibición de asistencia financiera regulada en la LSC pretende evitar que una sociedad cuyas participaciones se van a comprar por un tercero, soporte con su patrimonio el peso de la deuda del préstamo o la modalidad de financiación que se vaya a emplear para comprar las participaciones.

Las operaciones descritas anteriormente entran en el supuesto de prohibición de asistencia financiera regulada en el artículo 143.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Este artículo prohíbe a las sociedades de responsabilidad limitada la anticipación de fondos, concesión de créditos o préstamos, la prestación de garantías y la facilitación de asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones. De la literalidad del precepto se deduce la amplitud del término de asistencia financiera al establecer “ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera”. Es decir, que en las sociedades limitadas no cabe la asistencia financiera de ningún tipo. Por lo anteriormente expuesto, los Socios no podrán financiar la operación con los recursos de HP.

Existe una alternativa para evitar la prohibición de asistencia financiera. Esta es la operación denominada como “compra apalancada” o “leveraged buy out” (LBO). Una compra apalancada se define como una adquisición de una sociedad en la que los fondos utilizados para financiar la operación generan el propio endeudamiento de la sociedad objeto de compra, actuando esta como garante de la operación y pretendiéndose amortizar la deuda con cargo a recursos patrimoniales o flujos de caja esperados.

El proceso de realización de un LBO incluye en primer lugar la creación de una sociedad, denominada NewCo, a la que se le aportarán fondos, de forma que la sociedad se endeuda para llevar a cabo a la adquisición de la sociedad target (HP). Para evitar que la compra apalancada constituya un supuesto de prohibición de asistencia financiera, se lleva a cabo la fusión o *Forward Merger Leveraged Buy Out*.

Esta figura está regulada en el artículo 35 de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que se refiere a la fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. Por lo tanto, después de la adquisición de HP, se procede a la absorción de la sociedad target por parte de la NewCo, quedando los patrimonios de ambas sociedades integrados. De esta forma, la deuda generada para la

adquisición de la sociedad target queda, como consecuencia de la reestructuración societaria, incorporada al pasivo de la sociedad absorbente.

Por último, en caso de que HP se quiera fusionar con la entidad endeuda para comprar HP, para evitar la prohibición de asistencia financiera se deberán cumplir los requisitos y garantías establecidos en el propio artículo 35. Este artículo enumera tres requisitos adicionales que debe cumplir el plan de fusión para ser válido, los cuales, están dirigidos a garantizar la solvencia de la nueva sociedad. Estos requisitos son: que el proyecto de fusión indique los plazos y recursos para satisfacer las deudas, que el informe de los administradores justifique la adquisición y la operación de fusión y, por último, un informe de expertos que juzgue la razonabilidad de las dos indicaciones anteriores y si existe o no asistencia financiera.



## **8. Traslado de domicilio social. Revocación y otorgamiento de poderes generales.**

Los Socios tienen previsto que, en unidad de acto con la adquisición, se lleve a cabo, por un lado, el traslado de domicilio social de Málaga a Madrid, es decir, que se trata de un traslado dentro del territorio nacional, y, por otro, la revocación y otorgamiento de poderes generales.

El traslado de domicilio social supone una modificación de los estatutos sociales que, por lo general y de conformidad con el artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital, es competencia de la junta general. Sin embargo, el apartado segundo de este artículo establece que, salvo disposición contraria de los estatutos, el traslado del domicilio social dentro del territorio nacional corresponde al órgano de administración. Este artículo no limita la competencia de la Junta General, que también podrá ejercer dicha competencia. En este caso, presumimos que los estatutos no establecen una disposición contraria y que, por lo tanto, para agilizar la modificación, el órgano que ejercerá la competencia para adoptar este acuerdo es el Consejo de Administración.

En cuanto a los poderes, la junta de socios puede acordar el apoderamiento de una determinada persona, sin embargo, el acuerdo deberá ser ejecutado expresamente por el órgano de administración de la sociedad, de conformidad con el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital. Este artículo reconoce al Consejo de Administración la facultad de conferir apoderamientos a cualquier persona y, por lo tanto, también le corresponde la facultad de revocar los poderes.

Los acuerdos adoptados por los órganos colegiados se consignarán en acta, por lo que los acuerdos del traslado de domicilio, la revocación y el otorgamiento de poderes generales se documentarán mediante un acta, la cual se transcribirá en el libro de actas correspondiente, será certificada, elevada a escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil.

Con respecto al contenido del acta del Consejo de Administración, en primer lugar, expresará la fecha y el lugar en el que se celebra la reunión. A continuación, se detalla una lista de los asistentes a la reunión, firmada por todos ellos. En tercer lugar, el acta recogerá los acuerdos adoptados por los consejeros.

En la redacción del acuerdo de traslado de domicilio social de la sociedad y la consecuente modificación de los estatutos sociales se determinará el nuevo domicilio de la sociedad, se indicará el artículo de los estatutos que queda modificado como consecuencia del traslado y recogerá la transcripción literal del nuevo artículo.

En el acuerdo de revocación de poderes se identificarán todas las personas cuyos poderes se quieran revocar y dejar sin efecto. Además del nombre de la persona se deberá indicar el DNI, el tipo de poder otorgado y en virtud de que escrituras públicas fueron formalizados dichos poderes.

Para el otorgamiento de poderes generales, además de los datos las personas a las que se quiera otorgar el poder, se indicarán que se otorga el poder para que, en representación de la sociedad, puedan elevar a público cualquier acuerdo adoptado por el órgano de administración y la junta general.

El acta incluirá un acuerdo de delegación de facultades mediante el cual se autoriza a todos los miembros del Consejo de Administración, para que, en nombre y representación de la misma, puedan realizar cuantas gestiones sean necesarias para la inscripción total o parcial de las decisiones adoptadas en los correspondientes registros públicos.

El acta será aprobada por el órgano al finalizar la reunión y, una vez aprobada, será firmada por el Secretario con el visto bueno del Presidente del Consejo.

Tras la aprobación del acta se hará una certificación de la misma. La certificación del acta transcribe de forma literal las decisiones adoptadas. La elaboración de certificación del acta corresponde al Secretario y se emitirá con el visto bueno del Presidente, por lo que requerirá la firma de ambos. En este caso, a pesar de que se haga en el mismo acta, recomendaría hacer dos certificaciones distintas, una para el traslado de domicilio y otro para la revocación y otorgamiento de poderes. Esto se debe a que, en caso de que se vuelva a trasladar el domicilio, pero se sigan los poderes otorgados, cuando estos últimos se tengan que enviar, se enviarán junto con un domicilio desactualizado.

Para la plena eficacia de los acuerdos estos deberán ser formalizados en escritura pública y deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Al haber facultado expresamente a los miembros del Consejo de Administración podrá elevarlo a instrumento público cualquiera de los consejeros.

En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil se debe tener en cuenta que el traslado de domicilio se está produciendo de una provincia a otra, por lo que hay que atenerse a lo establecido en el artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil. La inscripción debe hacerse en ambos registros (Madrid y Málaga). En primer lugar, se solicitará la inscripción en el Registro de Madrid. Al inscribir la escritura en el registro de Málaga se deberá solicitar una certificación literal de todas las inscripciones de la sociedad. Posteriormente, la escritura, junto con la certificación literal, se inscribirán en el Registro Mercantil de Madrid.

En relación con el otorgamiento de poderes, este deberá redactarse en un documento en el que se identificará tanto al poderdante como al apoderado y se deberá explicar el alcance de los poderes. Además, en los poderes se deberá certificar que el representante de la sociedad tiene capacidad suficiente como representante legal y oficial de la poderdante y que está debidamente autorizado por dicha sociedad. También certificará que la sociedad poderdante está debidamente constituida de acuerdo con las leyes del país en la que se constituyó y que las facultades del poder que se está otorgando están dentro

de los límites de su objeto social. Este documento irá con la firma y el sello del Notario Público.

Por último, con respecto a la revocación de poderes, una vez otorgada, se notificará notarialmente al apoderado, solicitando que haga entrega de la copia de la escritura de poder. Además, para llevar a cabo la revocación se necesitaría DNI o NIE de la persona que ostentaba el poder, el poder notarial que otorgó el poder, la escritura de constitución de la sociedad y el acta de titularidad real.

## **9. Refinanciación de HP y pago anticipado de toda la deuda existente (Deuda con Bancos y Deuda con Socios)**

HP tiene en su pasivo dos deudas. Por un lado, tiene una deuda bancaria con Banco Español, S.A. (BE) de 400 millones de euros y, por otro, una deuda con el socio vendedor, IESA, de 100 millones de euros que vence el 1 de enero de 2030, que adquirirán los Socios. La intención de los Socios es, tan pronto adquieran el capital social de HP, llevar a cabo la refinanciación de la compañía y, por otro lado, repagar anticipadamente toda la deuda existente.

En primer lugar, HP se financiaría con deuda bancaria alemana ya que los Socios pretenden refinanciar la compañía mediante la financiación de un sindicato bancario alemán. Teniendo en cuenta la excelente relación de ABC y el sindicato bancario alemán, esta opción resulta conveniente ya que con el sindicato bancario obtendrán unas condiciones más ventajosas que las condiciones actuales. El destino del importe que se perciba por la financiación irá destinado a refinanciar importes existentes de deuda, en este caso la deuda con BE y la deuda con Socios.

El contrato de financiación sindicada es un negocio jurídico de préstamo o crédito por el cual una pluralidad de prestamistas, en este caso, bancos alemanes, se obligan, de forma mancomunada, a poner a disposición del prestatario un importe de dinero, en este caso HP, quien queda obligado a devolver el importe y los intereses. El objeto de dicho contrato en este supuesto es la refinanciación de deuda. El contrato de refinanciación de deuda se suscribe para llevar a cabo la cancelación o amortización de una deuda asumida previamente a la suscripción del contrato de refinanciación.

Una vez realizada la refinanciación de la compañía HP, la operación que deberán llevar a cabo es una amortización anticipada de los préstamos, es decir, el pago de la deuda pendiente de forma previa al vencimiento del contrato de préstamo.

En relación con la deuda bancaria, HP amortizaría de forma anticipada la totalidad del importe de los contratos de financiación que tiene con BE, de forma que la deuda quede cancelada. La amortización anticipada de dicho préstamo tiene un coste que estará fijado en el contrato de préstamo que suscribió HP con el banco, que suele consistir en un determinado porcentaje sobre la cantidad que se amortiza anticipadamente. Deberán analizar cuál es el mejor momento para hacer la amortización ya que los costes pueden variar según las circunstancias del caso.

En lo que respecta a la deuda con Socios, hay que tener en cuenta que se trata de un préstamo participativo. La regulación de los préstamos participativos se recoge en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 de sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Los préstamos participativos se caracterizan porque la entidad prestamista, además de poder acordar un interés fijo que

no dependa de la evolución de la sociedad, percibirá un interés variable determinado en función de la evolución de la actividad de la sociedad, ateniendo al volumen de negocio, al beneficio neto o al patrimonio, o bien a otra forma acordada por las partes.

El apartado 1.b) del artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 establece que, para poder amortizar anticipadamente este tipo de préstamos, la amortización deberá compensarse con una ampliación de capital de sus fondos propios de igual cuantía a la de la amortización. De conformidad con este artículo, la ampliación de capital no podrá provenir de la actualización de activos. La justificación de todo ello radica en que el préstamo participativo se considera como fondos propios por lo que, con la cancelación del préstamo, quedaría reducido el patrimonio de la sociedad.

El pago de la deuda con BE no tiene mayor complejidad a la hora de cancelar la deuda, es decir, que simplemente se pagará el importe que corresponda con el dinero percibido en la refinanciación. Sin embargo, para la amortización anticipada del préstamo participativo hay que tener en cuenta la compensación por aumento de capital de los fondos propios que debe realizarse. Como el préstamo participativo es considerado como fondos propios el aumento de capital no puede hacerse con cargo a reservas. Esto se debe a que el pago del préstamo participativo conlleva una disminución del patrimonio neto de la sociedad y, si se hace con cargo a reservas el patrimonio de la sociedad quedará mermado, que es precisamente lo que se quiere evitar con la ampliación de capital. Por lo tanto, en este caso, podrá hacerse una ampliación de capital con cargo a nuevas aportaciones dinerarias de los socios. O bien, que parte de la financiación otorgada por el sindicato bancario alemán consista en un préstamo participativo por el importe de la suma que se haya pagado con objeto del pago anticipado de la deuda con Socios.

## **10. Resolución contrato O&M y sustitución por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con sociedad del grupo de ABC.**

HP tiene suscrito un contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos S.L. (“OP”), que presta servicios en exclusiva a HP. Tras la venta, los Socios quieren sustituir dicho contrato por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo ABC, cuyas condiciones son ligeramente más onerosas.

En primer lugar, como el contrato se pretende suscribir con una empresa del grupo ABC, hay que determinar si este supuesto debe acogerse al régimen establecido en la Ley de Sociedades de Capital relativo a las operaciones intragrupo. El artículo 231 de la LSC establece que se entenderá por operaciones vinculadas respecto del administrador las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios. En este caso, HP va a llevar a cabo negocios con una sociedad que forma parte del grupo de uno de sus socios, ABC, por lo que nos encontramos con dos entidades que pertenecen al mismo grupo. En consecuencia, será de aplicación el régimen para operaciones intragrupo recogido en la LSC. Además, en este sentido, la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en su artículo 18, define como entidades vinculadas a dos entidades que pertenezcan al mismo grupo. Por todo ello, en cuanto que las operaciones intragrupo no están prohibidas, la sustitución podrá llevarse a cabo siempre que se cumplan los requisitos legales establecidos para este tipo de operaciones.

Para determinar a qué órgano le corresponde la aprobación de la suscripción del nuevo acuerdo se debe atender a lo expuesto en el artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La suscripción de dicho acuerdo no es una materia legalmente reservada a la competencia de la Junta General, por lo que, la aprobación de esta operación no corresponde a la Junta General. La aprobación del resto de operaciones intragrupo a las que se refiere este artículo corresponderá al órgano de administración. Además, el apartado tercero de este artículo establece la posibilidad que el órgano de administración delegue esta competencia en órganos delegados o en miembros de la alta dirección. De conformidad con el apartado 3 de este artículo y, teniendo en cuenta que la suscripción de dicho contrato consiste en una gestión normal de la sociedad y que se va a concluir en condiciones de mercado, en este caso es posible la delegación que establece dicho artículo. Por lo tanto, el órgano que debería aprobar la suscripción del nuevo contrato es el Consejo de Administración, que tendrá la facultad de delegar la aprobación a un órgano delegado o un miembro de la alta dirección de la sociedad.

Una vez determinado el órgano que deberá aprobar la sustitución del contrato, hay que determinar cómo se llevará a cabo y los requisitos que deben tenerse en cuenta. En el caso de las operaciones vinculadas, los administradores no están obligados a abstenerse de participar en la deliberación y votación de dicho acuerdo. Sin embargo, para la protección de los intereses en juego, recae sobre los administradores la obligación de justificar que la operación responde al interés social. En caso de que se pretenda llevar a cabo la delegación mencionada, previamente, el Consejo de Administración debe haber

implantado un procedimiento interno de evaluación del cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la delegación. Además, el artículo 231 bis de la LSC añade una mención al deber de diligencia y lealtad de dichos administradores. Por otro lado, la Ley 36/2006 de Medidas para la prevención del fraude fiscal establece obligaciones de documentación específica exigible para las operaciones vinculadas. Otro requisito lo establece la LIS en su artículo 18 de acuerdo con el cual las entidades vinculadas deberán poner a disposición de la Administración Tributaria documentación específica que justifique que la operación se ha valorado por su valor de mercado.

El principal riesgo que conlleva la resolución del contrato O&M es el conflicto de intereses que pueden tener los consejeros designados por ABC. Los artículos 228 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital establecen, además del deber de lealtad, el deber de evitar aquellas situaciones que puedan generar un conflicto de intereses. Los administradores, en cuanto que son representantes de los socios, deben anteponer siempre el interés de estos últimos en cualquier situación en que ambos puedan entrar en conflicto. Es por ello, que la ley no enumera los supuestos en los que se entiende que existe el conflicto de intereses. Por el contrario, deben ser los propios administradores o el órgano de administración quien determine si existe o no un conflicto. En este caso en particular, hay que tener presente que podría darse un conflicto de intereses por parte de los consejeros de ABC. El artículo 28 de la LSC dispone que deben abstenerse de la deliberación y votación de aquellos asuntos en los que el administrador, una persona vinculada, tenga un conflicto de intereses. En consecuencia, para evitar un conflicto de interés, los consejeros de ABC podrían abstenerse en la votación.

Por otro lado, a la hora de llevar a cabo la resolución del contrato de operación y mantenimiento suscrito con OP, habrá que analizar las cláusulas del contrato para la identificación de los posibles riesgos que pueda acarrear dicha resolución. En primer lugar, habrá que tener en cuenta la duración del contrato y sus prórrogas. En caso de que se haya pactado una duración determinada y HP pretenda resolver el contrato antes de la fecha de vencimiento, el interés de OP se vería frustrado por el tiempo de servicios incumplido y, por lo tanto, HP deberá compensarle por los daños y perjuicios ocasionados por su decisión. En caso de que el contrato no prevea un plazo de duración, cabe la resolución anticipada del mismo siempre que la resolución se funde en una causa justa y que se respete el plazo de preaviso previsto ya que, de lo contrario, dará lugar a una indemnización por daños y perjuicios.

En último lugar, habrá que ver que si el contrato contiene alguna cláusula que prevea la resolución anticipada del mismo. En caso de que esté prevista habrá que tener en cuenta el plazo de preaviso para su resolución. Además, en caso de que esté regulado lo normal es que incluya un pacto contractual de indemnización de daños y perjuicios que la finalización anticipada pueda acarrear. En caso de que el contrato no prevea dicha cláusula se recomendaría llevar a cabo una negociación para resolver el contrato, a pesar de que pueda conllevar una penalización, para evitar los riesgos derivados del incumplimiento.